

**KONTRUKSI KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK
INDONESIA (MKRI) ATAS PERTANYAAN KONSTITUSIONAL
(*CONSTITUTIONAL QUESTION*) DALAM PERSPEKTIF
NEGARA HUKUM**

DISERTASI

**Diajukan Untuk Memenuhi Sebagai Syarat-Syarat Memperoleh Gelar
Doktor Ilmu Hukum**

**Disusun Oleh:
Uli Parulian Sihombing
187010182112009**



**KEMENTERIAN PENDIDIKAN, KEBUDAYAAN,
RISET DAN TEKNOLOGI
UNIVERSITAS BRAWIJAYA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI DILUAR KAMPUS UTAMA
DOKTOR ILMU HUKUM
JAKARTA
2021**

Lembar Persetujuan Ujian Akhir Disertasi
**KONTRUKSI KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK
INDONESIA (MKRI) ATAS PERTANYAAN KONSTITUSIONAL
(CONSTITUTIONAL QUESTION) DALAM PERSPEKTIF NEGARA HUKUM**

Oleh
Uli Parulian Sihombing
NIM: 187010182112009

Menyetujui:
Komisi Promotor

Promotor



Dr. Muchammad Ali Safaat, SH., MH.
NIP. 1976081519990310003

Ko-Promotor



Dr. Tunggul Anshari Setia Negara, SH., MHum
NIP. 195905241986011001

Ko-Promotor



Dr. Aan Eko Widiarto, SH., M.Hum.
NIP. 197604172005011001

Mengetahui:

**Ketua Program Studi di Luar Kampus Utama
Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya**

Kampus Jakarta



Dr. Nurini Aprilianda, SH., M.Hum
NIP. 197604292002122001

DISERTASI**KONTRUKSI KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK
INDONESIA (MKRI) ATAS PERTANYAAN KONSTITUSIONAL
(CONSTITUTIONAL QUESTION) DALAM PERSPEKTIF NEGARA HUKUM**

Oleh:

**Uli Parulian Sihombing
NIM: 187010102112009**

Telah Dipertahankan di depan majelis penguji dalam Ujian Akhir
Disertasi (Terbuka) pada tanggal **23 April 2021**
dan dinyatakan memenuhi syarat

Komisi Promotor**Dr. Muchamad Ali Safa'at, S.H., M.H.**
Promotor**Dr. Tunggul Anshari Setia Negara, SH., MHum**
Ko-Promotor**Dr. Aan Eko Widiarto, SH., M.Hum.**
Ko-Promotor**Malang, 23 April 2021****Fakultas Hukum
Universitas Brawijaya
Dekan,****Mengetahui:
Program Doktor Ilmu Hukum
Di Luar Kampus Utama
Ketua,****Dr. Muchamad Ali Safa'at, S.H., M.H**
NIP.1976081519990310003**Dr. Nurini Aprilianda, S.H., M.Hum.**
NIP.197604292002122001

DAFTAR ISI

BAB I PENDAHULUAN

| | |
|----------------------------------|----|
| I.1 Latar Belakang..... | 1 |
| I.2 Rumusan Masalah..... | 20 |
| I.3 Tujuan Penelitian..... | 20 |
| I.4 Manfaat Penelitian..... | 20 |
| I.5 Orisinalitas Penelitian..... | 21 |
| I.6 Definisi Konseptual..... | 25 |
| I.7 Sistematika Pembahasan..... | 26 |
| I.8 Desain Penelitian..... | 30 |

BAB II PERTANYAAN KONSTITUSIONAL DAN PERAN MK DALAM NEGARA HUKUM

| | |
|---|-----|
| II.1 Peran MKRI Dalam Perspektif Negara Hukum | |
| II.1.1 Teori Negara Hukum..... | 32 |
| II.1.2 Prinsip <i>Checks and Balances</i> | 42 |
| II.1.3 Prinsip Kedaulatan Hukum (Nomokrasi)..... | 55 |
| II.1.4 MKRI dalam Perspektif Negara Hukum..... | 63 |
| II.2 Teori Konstitusi..... | 71 |
| II.3 Teori Pengujian UU terhadap Konstitusi (<i>Constitutional Review</i>)..... | 107 |
| II.4 Putusan Pengadilan Bersifat Final dan Mengikat (Prinsip <i>Erga Omnes</i>)..... | 129 |
| II.5 Permohonan Pertanyaan Konstitusional (<i>Constitutional Question</i>)..... | 146 |

BAB III METODE PENELITIAN

| | |
|---|-----|
| III.1 Jenis Penelitian..... | 161 |
| III.2 Metode dan Pendekatan Penelitian..... | 161 |
| III.3 Sumber Bahan Hukum..... | 163 |

III.4 Teknik Pengumpulan Bahan Hukum.....166

III.5 Teknik Analisis Bahan Hukum.....167

BAB IV URGENSI KEWENANGAN MKRI MENERIMA DAN MEMUTUS PERTANYAAN KONSTITUSIONAL

IV.1 Urgensi Filosofis Permohonan Pertanyaan Konstitusional

IV.1.1 Prinsip Perimbangan dan Pengawasan (*Checks & Balances*) dan Pertanyaan
Konstitusional.....169

IV.1.2 Prinsip Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Warga Negara dan Pertanyaan
Konstitusional.....173

IV.1.3 Prinsip Erga Omnes dan Pertanyaan Konstitusional.....180

IV.2 Urgensi Teoritis Pertanyaan Konstitusional

IV.2.1 Teori Negara Hukum.....184

IV.2.2 Teori Pengujian UU Terhadap Konstitusi (*Constitutional Review*).....193

IV.3 Urgensi Empiris Kewenangan MKRI Memutus Pertanyaan Konstitusional

IV.3.1 Putusan-Putusan MK Terkait Pertanyaan Konstitusional.....196

IV.3.2 Putusan-Putusan Pengadilan Negeri di bawah Kekuasaan MA Terkait
Pertanyaan Konstitusional.....208

IV.4 Perbandingan Pertanyaan Konstitusional

IV.4.1 Pertanyaan Konstitusional di MK Austria.....212

IV.4.2 Pertanyaan Konstitusional di MK Korea Selatan.....221

IV.4.3 Pertanyaan Konstitusional di MK Jerman.....228

BAB V KONTRUKSI PERMOHONAN PERTANYAAN KONSTITUSIONAL

V.1 Obyek Pertanyaan Konstitusional.....237

V.2 Kualifikasi Kedudukan Hukum Pemohon Pertanyaan Konstitusional (*Legal
Standing*).....265

V.3 Putusan MK Atas Pertanyaan Konstitusional.....271

V.4 Hukum Acara Pertanyaan Konstitusional.....276

BAB VI PENUTUP (KESIMPULAN DAN SARAN).....299

Daftar Pustaka



Daftar Tabel

| | |
|--|-----|
| Tabel 1.1 Kasus-Kasus Penghinaan Presiden dan atau Wakil Presiden, Pemerintah Sebelum Putusan MK Nomor 013-22/PUU-IV/2006,dan Putusan MK Nomor 6/PUU-V/2007..... | 6 |
| Tabel 1.2 Kasus-Kasus Pencemaran Nama Baik Sebelum Putusan MK Nomor 14/PUU-VI/2008..... | 7 |
| Tabel 1.3 Kasus-Kasus Penodaan Agama Sebelum Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009..... | 9 |
| Tabel 1.4 Kasus-Kasus Peninjauan Kembali Sebelum Putusan MK Nomor 34/PUU-XII/2013.. | 11 |
| Tabel 1.5 Orisinalitas Penelitian/ Penelitian Terdahulu..... | 22 |
| Tabel 1.6 Putusan-Putusan MKRI..... | 164 |
| Tabel 1.7 Putusan MK Jerman..... | 165 |
| Tabel 1.8 Putusan MK Korea Selatan..... | 165 |
| Tabel 1.9 Putusan MK Austria..... | 166 |
| Tabel 1.10 Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Menurut UUD 1945..... | 176 |
| Tabel 1.11 Pengaturan dan Jenis <i>Constitutional Review</i> | 196 |
| Tabel 1.12 Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Austria..... | 220 |
| Tabel 1.13 Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Korea Selatan..... | 227 |
| Tabel 1.14 Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Jerman..... | 236 |

Daftar Gambar

Gambar 1

Teori *Constitutional Review*

16



Daftar Lampiran

Lampiran 1.1. Surat Keterangan Penelitian dari FH Undip.....331

Lampiran 1.2 Letter of Acceptance (LOA) Jurnal Yuridika.....332



Ringkasan

Pada saat pembahasan rancangan Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 di Badan Persiapan Usaha-Usaha Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), Mohammad Yamin, salah satu pendiri negara ini (*the founding father*), mengusulkan agar UUD 1945 mengakomodir *constitutional review* dengan memberikan kewenangan tersebut kepada Mahkamah Agung Republik Indonesia (MARI). Tetapi Soepomo, juga salah satu pendiri negara ini (*the founding father*), menolak usulan dari Mohammad Yamin tersebut karena Indonesia tidak mengenal pemisahan kekuasaan (*the separation of power*), dan belum adanya sumber daya manusia di bidang hukum konstitusi. Kemudian, Perubahan Ketiga UUD 1945 dan UU Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI) telah mengakomodir *constitutional review*, yang bertujuan untuk perlindungan hak-hak *constitutional* warga negara, dan berfungsi sebagai implementasi prinsip pengawasan dan keseimbangan (*checks and balances*) terhadap UU yang dihasilkan oleh eksekutif dan legislatif yang berpotensi melanggar UUD 1945. Di dalam perkembangannya, UU Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI) belum mengakomodir pertanyaan konstitusional. Di sini lain, hak-hak konstitusional warga negara perlu dilindungi ketika sedang berperkara di pengadilan. Hak-hak warga negara yang sedang berperkara di pengadilan berpotensi dilanggar oleh adanya UU yang diduga melanggar UUD 1945. Peneliti meneliti pertanyaan konstitusional bertujuan; *Pertama*, peneliti meneliti pertanyaan konstitusional bertujuan untuk menganalisis *ratio legis* atas pembahasan *constitutional review* termasuk di dalamnya pertanyaan konstitusional di dalam UU MKRI. *Kedua*, untuk merumuskan jawaban mengapa pertanyaan konstitusional perlu diatur di dalam UU MKRI. *Ketiga*, untuk merumuskan kontruksi pertanyaan konstitusional di dalam UU MKRI.

Metode penelitian di dalam menyusun disertasi ini adalah penelitian hukum normatif. Kemudian, peneliti menggunakan pendekatan perundang-undangan, pendekatan kajian kasus-kasus, pendekatan perbandingan dan konsep. Peneliti mengkaji UU MKRI dan Peraturan MKRI Nomor 06/PMK/2005 tentang hukum acara di dalam UU MKRI, dan berdasarkan pendekatan perundang-undangan tersebut diharapkan adanya kejelasan makna *constitutional review* apakah pertanyaan konstitusional masuk dalam makna dari *constitutional review*. Kemudian, peneliti menggunakan pendekatan kasus-kasus untuk mengkaji putusan-putusan pengadilan khususnya pertimbangan hukumnya untuk menilai apakah ada kebutuhan adanya pertanyaan konstitusional. Selanjutnya, peneliti menggunakan pendekatan perbandingan hukum dengan mengkaji UU MK di Jerman, Austria dan Korea Selatan untuk menganalisis pertanyaan konstitusional dan pertimbangan hukum di dalam putusan-putusannya. Kemudian, peneliti menggunakan pendekatan konsep untuk mengkaji konsep *constitutional review*, dan apakah pertanyaan konstitusional termasuk *constitutional review*. Peneliti menggunakan teori *fair trial* sebagai salah satu bagian prinsip negara hukum demokratis untuk menganalisis isu-isu hukum.

Berdasarkan hasil penelitian, peneliti merumuskan jawaban atas isu-isu hukum di atas yaitu; *Pertama*, terdapat urgensi pertanyaan konstitusional untuk menjamin prinsip *checks and balances* di mana MKRI berfungsi untuk mengawasi dan mengimbangi eksekutif dan legislatif untuk mencegah pelayahgunaan kekuasaan. *Kedua*, perlindungan hak-hak konstitusional warga negara, yang berpotensi dilanggar hak-hak konstitusionalnya di pengadilan karena norma di dalam UU/UU

diduga bertentangan dengan UUD 1945. *Ketiga*, penulis mengkonstruksikan pertanyaan konstitusional di dalam UU MKRI di masa depan yaitu; a. obyek pertanyaan konstitusional adalah UU atau bagian dari UU yang dijadikan dasar hukum perkara di pengadilan, b. Kualifikasi pemohon; peneliti merekomendasikan model pertanyaan konstitusional di MK Korea Selatan, Jerman dan Austria di mana hakim mempunyai *legal standing* untuk mengajukan pertanyaan konstitusional, dan pihak dalam perkara yaitu warga negara mengajukan pertanyaan melalui hakim. c. Untuk lamanya persidangan pertanyaan konstitusional, peneliti menilai perlu waktu yang layak untuk mencegah terjadinya penundaan persidangan yang berlarut-larut (*undue delay*). d. Proses persidangan pertanyaan konstitusional harus mempertimbangkan prinsip *fair trial* (peradilan yang adil) yaitu para pihak diberikan kesempatan yang sama untuk mengajukan alat-alat bukti, persidangan bersifat terbuka, putusan dapat diakses oleh publik dalam waktu yang layak, dan putusan mempunyai kekuatan hukum tetap yang mengikat secara vertikal dan horizontal (prinsip *erga omnes*).

UNIVERSITAS BRAWIJAYA



Summary

There was a public discourse between Muhammad Yamin and Soepomo during the Indonesian Constitution drafting before the BPUPKI (The Indonesian Body of Independent Preparation). Mohammad Yamin who was one of the founding fathers proposed there must be a constitutional review in the 1945 Constitution and the Supreme Court had to have such jurisdiction. But Soepomo who was also another founding father disagreed with Muhammad Yamin's proposal because he argued Indonesia did not recognise the separation of power and did not have sufficient constitutional legal experts. Furthermore, the third amendment of the 1945 Constitution has the Constitutional Court Act has recognized constitutional review. But the 1945 Constitution and the Constitutional Court Act do not recognise constitutional question yet. In fact, the constitutional rights of the citizens should be protected during the court process. The author is interested in providing such answers to the legal issue.

The objectives of the research are to analyse "ratio legis" (legal reasoning) in drafting of the Constitutional Court Law and the 1945 Constitution whether constitutional review including constitutional question has been raised by the drafters, to provide the answer on why the Constitutional Court Law and the 1945 Constitution shall recognise constitutional question, to provide a legal construction of constitutional question in the future of the Constitutional Court Law. The author uses of legal normative method in order to gather primary and secondary sources regarding this research. Furthermore, the author also applied the following approaches in order to provide the answers to the legal issue; legislation approach in order to analyse the Constitutional Court Law and the MKRI regulation Number 06/PMK/2005 on the constitutional court proceeding to analyse the meaning of constitutional review. The author also uses of case approach in order to analyse the legal reasoning in the courts verdicts whether there are needs for accommodating constitutional question. Furthermore, the author uses of a comparative approach by elaborating and analysing the Constitutional Court Laws in South Korea, Germany and Austria and its verdicts. Also, the author applies the theory of fair trial as a part of the democratic rule of law principle to provide the answers to the legal issue.

Based on the result of this research, the author provides the following answers to the legal issue; *First*, there is an urgency for the Constitutional Court of Indonesia (MKRI) to have jurisdiction on constitutional question to ensure checks and balances principle where the MKRI can check the laws which are passed by the Parliament whether the laws are compatible with the 1945 Constitution. *Second*, for the constitutional rights of the citizens can be protected by a constitutional question mechanism where the court can assess the laws against the 1945 Constitution. *Third*, the author recommends the following the construction of constitutional question mechanism in the future of the Constitutional Court Law; a. the Applicant is a judge for the ordinary court, and the parties particularly the citizen can also propose constitutional question to the judge following constitutional question models in Germany, South Korea and Austria, b. There shall be adequate time for the length of the constitutional question

proceeding to prevent undue delay, c. the court proceeding of constitutional question shall ensure fair trial principle including equality of arms, public access to the court decisions, final decision of constitutional question.



BAB I PENDAHULUAN

I.1 Latar Belakang

Keinginan Bangsa Indonesia untuk memiliki mekanisme pengujian undang-undang (UU) terhadap konstitusi (*constitutional review*) sudah ada sebelum masa kemerdekaan. Para *founding fathers* kita pernah mendiskusikan untuk adanya gagasan *constitutional review* di dalam UUD 1945, walaupun konteksnya masih di dalam kerangka *judicial review* yaitu pengujian peraturan di bawah UU terhadap UU¹. Muhammad Yamin melontarkan gagasan *constitutional review* atau *materieele toetsingsrecht* tersebut ketika pembahasan rancangan Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 di Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Republik Indonesia (BPUPKI).² Tetapi gagasan Muhammad Yamin tentang *constitutional review* tersebut mendapatkan penolakan. Soepomo menolak usulan Muhammad Yamin tentang adanya mekanisme *constitutional review* ketika pembahasan rancangan UUD di BPUPKI.³

Sebenarnya Soepomo keberatan adanya *constitutional review* karena belum siapnya tenaga-tenaga ahli (di bidang konstitusi dan *constitutional review*) pada waktu itu, dan belum waktunya mengerjakan *constitutional review*.⁴ Soepomo menjelaskan adanya permasalahan tidak ada pengalaman ahli hukum Indonesia di bidang *constitutional review* pada rapat Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia tanggal 15 Juli 1945 menjelaskan sebagai hal tersebut itu berikut :

"Ahli hukum Indonesia sama sekali tidak mempunyai pengalaman dalam hal ini, dan Tuan Yamin harus mengingat juga bahwa di

¹ Menurut Jimly Asshiddiqie terdapat perbedaan antara *constitutional review* dengan *judicial review*. Dari aspek wewenangnya, *constitutional review* terkait dengan pengujian konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945, sementara *judicial review* terkait pengujian peraturan di bawah UU terhadap UU. Dari aspek historisnya, *judicial review* lahir di negara-negara *common law* sementara *constitutional review* lahir di negara-negara *civil law*. Lihat lebih jauh Jimly Asshiddiqie, **Model-Model Pengujian Konstitusionalitas di Berbagai Negara**, Jakarta: Konstitusi Press, 2005, hal 3.

² Jimly Asshiddiqie, **Menuju Negara Hukum Yang Demokratis**, (Jakarta : BIP Kelompok Gramedia, 2008), hal 304.

³ Soetandyo Wigjosoebroto, **Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional**, Jakarta: HUMA, Espitema Institute, Van Vollenhoven Institute dan KITLV, 2014, hal 176.

⁴ Firmansyah Arifin (Eds), **Merambah Jalan Pembentukan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia di Indonesia**, Jakarta : KRHN: 2002, hal 81.

Austria, Ceko-Slowakia dan Jerman bukan Mahkamah Agung, akan tetapi pengadilan special, *constitutioneel-hof*, sesuatu pengadilan spesifik, yang melulu mengerjakan konstitusi. Kita harus mengetahui bahwa tenaga kita belum begitu banyak, dan bahwa kita harus menambah tenaga-tenaga, ahli-ahli tentang hal itu. Jadi buat negara yang muda belum waktunya, mengerjakan persoalan tersebut”⁵

Jadi berdasarkan hal tersebut, keberatan Soepomo tentang *constitutional review* adalah masalah terbatasnya ketersediaan sumber daya manusia di Indonesia pada waktu itu yang mempunyai keahlian di bidang konstitusi khususnya *constitutional review*. Soepomo juga keberatan gagasan Yamin karena konsep yang dianut dalam UUD yang tengah disusun bukan pemisahan kekuasaan (*separation of powers*), melainkan konsep pembagian kekuasaan (*distribution of powers*), tugas hakim bukanlah menguji UU melainkan menerapkan UU, dan kewenangan hakim dalam menguji UU bertentangan dengan konsep supremasi Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR)⁶. Soepomo juga menolak usulan Mohammad Yamin agar MA diberikan wewenang *constitutional review* karena jika ada perselisihan antara UU dengan UUD bukanlah permasalahan yuridis melainkan permasalahan politis.⁷

Soepomo dan M. Yamin tidak hanya berdebat soal *constitutional review*, tetapi juga mereka berdebat apakah hak-hak manusia (HAM) dapat dimasukkan ke dalam UUD 1945. M. Yamin mengusulkan HAM masuk ke dalam UUD 1945 sebagai hak-hak konstitusional seperti *Declaration of Rights* di dalam Konstitusi Amerika Serikat, sementara Soepomo menolaknya karena bertentangan dengan prinsip kekeluargaan.⁸

Di negara-negara yang menganut supremasi konstitusi seperti di Amerika Serikat, Perancis dan Jerman mengadopsi *constitutional review*, sementara di negara-negara yang menganut supremasi parlemen seperti di Belanda dan Inggris

⁵ Sekretariat Negara Republik Indonesia, **Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)**, Jakarta: PT Widya Komputer Indonesia, hal. 331.

⁶ Pustaka Masyarakat Setara, **Dinamika Perlindungan Hak Konstitusional Warga : MK Sebagai Mekanisme Nasional Baru Pemajuan dan Perlindungan HAM (10 Tahun MKRI)**, Jakarta; Pustaka Masyarakat Setara, 2013, hal 94.

⁷ Sekretariat Negara Republik Indonesia, *Op. Cit.*, hal. 330.

⁸ RM.A.B Kusuma, **Lahirnya UUD 1945**, Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia (FH UI), 2004, hal. 26.

tidak mengadopsi *constitutional review*.⁹ Di Belanda menganut prinsip supremasi parlemen karena itu UU tidak dapat diganggu gugat (*de wet is ondschendbaar*).¹⁰

Pada masa Rezim Pemerintahan Orde Baru (Orba) di tahun 1970, isu *constitutional review* ini diangkat dalam pembahasan Rancangan Undang-Undang (RUU) tentang Kekuasaan Kehakiman. Menurut Daniel S. Lev, kelompok yang menginginkan independensi peradilan menghendaki dimasukkannya ketentuan *constitutional review* ke dalam UU Kekuasaan Kehakiman.¹¹

Menurut Todung Mulya Lubis gagasan pembentukan MK secara institusional sudah ada sejak masa Rezim Pemerintahan Orba yaitu ketika Suardi Tasrif dan para advokat lainnya mengusulkan pembentukan MK di Indonesia yang bertujuan untuk menguji konstusionalitas setiap UU atau aturan hukum lainnya.¹² Isu konstusional kedua (selain kebebasan pers) adalah adanya kebutuhan untuk mempunyai MK, dan sejumlah cendekiawan juga telah mengusulkan pembentukan MK yang terpisah dari MA.¹³

Pasca reformasi, "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh oleh sebuah Mahkamah Agung (MA) dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi".¹⁴ Selanjutnya, "(1). MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dan mengikat untuk menguji UU terhadap UUD.....".¹⁵ Pasal 24 C ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945 juga secara tegas mengakui eksistensi pengujian apakah undang-undang (UU) bertentangan dengan UUD 1945 (*constitutional review*).

Dengan kehadiran MK di Indonesia, maka hal ini menimbulkan konsekuensi yang positif terhadap UUD 1945 sebagai sebuah konstitusi yang modern dan

⁹ Tunggul Anshari Setia Negara, **Pengujian Formal UU terhadap UUD Negara Republik Indonesia 1945 Oleh MKRI**, Disertasi tidak diterbitkan, Malang, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 2015, hal. 40.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Daniel S. Lev, **Hukum dan Politik di Indonesia : Kesenambungan dan Perubahan**, Jakarta : LP3ES, 1990, hal 400-401.

¹² Todung Mulya Lubis, ***In Search of Human Rights, Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order 1966-1990***, Berkeley California USA: University of California Berkeley Press, 1990, hal 207.

¹³ Cheryl Saunders (Eds), ***Indonesia di dalam Asia-Pacific Constitutional Yearbook***, Melbourne : Centre for Comparative Constitutional Studies, 1997, hal 138-139.

¹⁴ Perubahan Ketiga UUD 1945, Pasal 24 C ayat (2).

¹⁵ Perubahan Ketiga UUD 1945, Pasal 24 C ayat (1).

demokratis. Menurut Jimly Asshidiqqie salah satu aspek substansi UUD 1945 merupakan konstitusi modern dan demokratis yaitu terbentuknya lembaga baru yang melaksanakan kekuasaan kehakiman yaitu MK.¹⁶ Selain mempunyai wewenang seperti dijelaskan di atas, MK juga wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presidendiduga : (1) telah melakukan pelanggaran hukum berupa (a) penghianatan, (b) korupsi, (c) penyuapan, (d) tindak pidana berat lainnya; (2) atau perbuatan tercela, dan/ sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945.¹⁷

MK juga mempunyai tugas untuk melakukan penafsiran ketika memeriksa, mengadili, dan memutus perkara pengujian UU terhadap konstitusi. MK merupakan penafsir akhir dan disebut memiliki fungsi *the final interpreter of the constitution* karena putusan MK bersifat final dan mengikat.¹⁸

Kehadiran MK telah memberikan kontribusi positif untuk menyetatkan sistem ketatanegaraan dan hukum kita.¹⁹ Kehadiran MK merupakan jawaban atas kondisi pembentukan peraturan perundang-undangan di masa lampau yang mana legislatif hanya menjadi tukang stempel atas usulan pemerintah dalam membentuk UU yang disinyalir melanggar konstitusi.²⁰

Hal penting lainnya yang bisa menjelaskan UUD 1945 merupakan konstitusi modern dan demokratis yaitu ada pengalihan dari paham "Supremasi Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR)" ke "Supremasi Konstitusi", penguatan *check and balances* antar cabang kekuasaan negara, pemilihan Presiden dan Wakil Presidensecara langsung, pembatasan kekuasaan presiden, pemberdayaan lembaga perwakilan DPR, dan pembentukan lembaga baru Dewan Perwakilan Daerah (DPD).²¹ *Constitutional review* merupakan salah satu wewenang dari MK, dan merupakan hal yang positif untuk perkembangan konstitusi dan hukum ketatanegaraan di Indonesia yang modern dan demokratis untuk penghormatan, pemenuhan dan perlindungan hak-hak manusia (HAM) setiap warga negaranya .

¹⁶ Jimly Ashiddiqie, **Menuju Negara Hukum Yang Demokratis**, Jakarta : BIP Kelompok Gramedia, 2008, hal. 298-301.

¹⁷ MKRI, **Profil Mahkamah Konstitusi**, Jakarta: Sekretariat Jenderal MK, 2009, hal 7.

¹⁸ Muchammad Ali Safaat, Aan Eko Widiarto et all. (2018), **Pola Penafsiran Konstitusi Dlam Putusan MK Periode 2003-2008 dan 2009-2013**, Jurnal Konstitusi, 14(2), Jakarta, MKRI, 2017, hal. 235.

¹⁹ Muchammad Ali Safaat et all, **Constitutional Question: Alternatif Pencarian Keadilan Konstitusional**, Malang: UB Press, 2010, hal. 9.

²⁰ *Ibid.*, hal. 10.

²¹ Asshiddiqie, *Loc. Cit.*

Hans Kelsen mengatakan implementasi konstitusional legislasi dapat dijamin secara efektif dan baik jika suatu organ selain badan legislatif diberikan tugas untuk menguji apakah suatu produk hukum itu konstitusional atau tidak, dan tidak memberlakukannya jika menurut organ ini inkonstitusional.²² Pendapat Hans Kelsen tersebut merupakan gagasan awal untuk diberikannya wewenang *constituitional review* kepada MK.

Di dalam perkembangannya, terdapat gagasan untuk mempertegas dan memperjelas makna *constitutional review* dari MK yaitu tidak hanya pengujian UU terhadap UUD 1945, tetapi juga MK berwenang memeriksa dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional dari hakim pengadilan di bawah kekuasaan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MA). Munculnya gagasan MK untuk mengadili dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional karena di dalam praktek pengadilan tata negara tersebut muncul isu tersebut. Terdapat Hakim MK yang *dissenting opinion* di dalam putusannya perkara Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis merekomendasikan jika hakim di pengadilan biasa yang sedang mengadili suatu perkara dan ragu atas konstitusionalitas suatu UU terhadap UUD 1945, maka hakim tersebut dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusi kepada MK.²³

Tetapi, Putusan MK tersebut menegaskan MK tidak diberikan kewenangan untuk memutus dan mengadili permohonan pertanyaan konstitusional tersebut, meskipun baik Pemohon I (Eggy Sudjana) dan Pemohon II (Pandapotan Lubis) mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas Pasal 154, 134, 136 bis dan 137 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) karena tidak ada dasar hukum di UU MK Nomor 24 Tahun 2003.²⁴

Berikut ini beberapa kasus yang berhubungan dengan adanya urgensi permohonan pertanyaan konstitusional ke MK yaitu:

²² MKRI, *Op. Cit*, hal. 1.

²³ Indonesia, Putusan MK Nomor 013-22/PUU-IV/2006 tertanggal 6 Desember 2006.

²⁴ *Ibid.*

Tabel 1.1
Kasus-Kasus Penghinaan Presiden dan atau Wakil Presiden & Pemerintah, Sebelum Putusan MK Nomor 013-22/PUU-IV/2006, dan Putusan MK Nomor 6/PUU-V/2007

| Nama Terdakwa | Putusan Pengadilan | Pasal Yang Didakwakan/Dituduhkan | Keterangan |
|---------------------------------|---|--|--|
| Eggy Sudjana & Pandapotan Lubis | Terbukti Melanggar Pasal 134, 136 bis, dan 137 KUHP | Pasal 154, 134, 136 bis dan 137 KUHP tentang penghinaan terhadap kepala negara | Diputus bersalah oleh pengadilan karena menghina Presiden Susilo Bambang Yudhoyono (SBY) yang dituduh menerima gratifikasi pada 2006 |
| Pandapotan Lubis | Terbukti Melanggar Pasal 134, 136 bis, dan 137 KUHP | Pasal 154, 134, 136 bis dan 137 KUHP tentang penghinaan terhadap kepala negara | Diputus bersalah oleh pengadilan karena menghina Presiden SBY yaitu membuat gambar Presiden SBY dengan kerbau pada 2006 |
| M.Iqbal Siregar | Terbukti Melanggar Pasal 134,136 bis dan 137 KUHP | Pasal 154, 134, 136 bis dan 137 KUHP tentang penghinaan terhadap kepala negara | Diputus pengadilan bersalah karena mengkritik kebijakan Presiden Megawati ketika melakukan demonstrasi di depan Istana pada 2003. |
| I Wayan Suardana | Terbukti Melanggar Pasal 134,136 bis dan 137 KUHP | Pasal 154, 134, 136 bis dan 137 KUHP tentang penghinaan terhadap kepala negara | Diputus pengadilan bersalah karena mengkritik kebijakan Presiden SBY untuk menaikkan harga Bahan Bakar Minyak (BBM), pada 2005. |
| Herman Saksono | Terbukti Melanggar Pasal 134,136 bis dan 137 KUHP | 134, 136 bis dan 137 KUHP tentang penghinaan terhadap kepala negara | Diputus pengadilan bersalah karena mengedit foto artis Mayang Sari dan Bambang Trihatmojo yang mirip dengan Presiden SBY pada 2005. |
| Supratman | Terbukti Melanggar Pasal 134,136 bis dan 137 KUHP | Pasal 154, 134, 136 bis dan 137 KUHP tentang penghinaan terhadap kepala negara | Diputus pengadilan bersalah karena membuat tulisan di media masa yang kritik kebijakan Presiden Megawati pada 2003. |
| R.Panji Utomo | Terbukti Melanggar Pasal 154 dan 155 KUHP | Pasal 154, 155 KUHP | Diputus pengadilan bersalah karena melakukan aksi di depan Kantor Badan |

| | | |
|--|--|--|
| | | Rekonstruksi Aceh yang mengkritik penyaluran bantuan bencana alam tsunami pada 2006. |
|--|--|--|

Sumber : Bahan Hukum Primer, Diolah Peneliti, 2020

Tabel 1.2
Kasus-Kasus Pencemaran Nama Baik Sebelum
Putusan MK Nomor: 14/PUU-VI/2008

| Nama Terdakwa | Putusan Pengadilan | Pasal Yang Didakwakan/Dituduhkan | Keterangan |
|----------------------|--|---|---|
| Risang Bima Wijaya | Terbukti Bersalah Melanggar Pasal 310 KUHP | Pasal 310 Ayat (1) dan (2) KUHP | Terdakwa menulis berita di Media Masa Yang Menulis Kasus Pelecehan Seksual di Yogyakarta pada 2007. |
| Bersihar Lubis | Terbukti Bersalah Melanggar Pasal 310 KUHP | Pasal 310 Ayat (1) dan (2) KUHP | Terdakwa menulis opini di Media Masa "Interogatur Yang Dunggu" pada 2007. |
| Monang Z. Tambunan | Terbukti bersalah melanggar Pasal 310 KUHP | Pasal 310 Ayat (1) dan (2) KUHP | Terdakwa melakukan unjuk rasa di depan Istana, dan mengatakan kata-kata yang tidak pantas terhadap Presiden SBY, pada 2005. |
| Kho Seng Seng | Terbukti bersalah melanggar Pasal 310 KUHP | Pasal 310 ayat (1) dan (2) KUHP | Terdakwa menulis komplain atas pelayanan apartemen di media masa. Tetapi pengelola melaporkan terdakwa dengan aturan pencemaran nama baik dan pengadilan menyatakan bersalah melanggar Pasal 310 KUHP, pada 2007. |
| Ramses Siregar dkk | Tidak terbukti bersalah melanggar Pasal 310 KUHP | Pasal 310 ayat (1) dan (2) KUHP | Terdakwa dan dua rekan jurnalis lainnya bekerja di Majalah Panji Demokrasi, dan menulis berita tentang kritik atas kinerja DPRD Deli Serdang. Anggota DPRD keberatan atas isi berita tersebut dan mengadakan pencemaran nama baik ke Polisi. Pengadilan |

| | | | |
|--|--|------------------------|--|
| | | | menyatakan menolak dakwaan karena pelapor belum menempuh upaya hak jawab sesuai UU Pers Nomor 40 Tahun 1999. |
| Dahri Uhum Nasution dkk (Pimpinan Redaksi dan Jurnalis Suara Kabar Mingguan (SKM) Opisisi Medan) | Terbukti melanggar Pasal 310 ayat (1) dan (2) KUHP | Pasal 310 dan 311 KUHP | Terdakwa dan rekan jurnalis lainnya yang bekerja di SKM Oposisi Medan menulis berita tentang dugaan korupsi oleh Rektor IAIN Sumut. Pengadilan menghukum para terdakwa terbukti melakukan pencemaran nama baik rektor secara tertulis pada 2004. |
| Bambang Harimurty (Pimpinan Redaksi Majalah Tempo) | Terbukti melanggar Pasal 310 ayat (1) dan (2) KUHP oleh pengadilan negeri dan tinggi. MA membebaskan terdakwa tidak terbukti melanggar Pasal 310 dan 311 KUHP. | Pasal 310 dan 311 KUHP | Pada 2004 pengadilan memutuskan menghukum terdakwa karena melakukan pencemaran nama baik melalui tulisannya di Majalah Tempo berjudul 'Ada Tomy di Tenabang'. Pengadilan Tinggi DKI memperkuat putusan tersebut, tetapi pada 2009 MA membatalkan putusan PN Jakpus dan PT DKI Jakarta, dan membebaskan terdakwa karena terdakwa membuat karya jurnalistik tersebut sudah sesuai dengan kode etik jurnalis. |
| Karim Putungan (Pimpinan Redaksi Rakyat Merdeka) | Terbukti melanggar Pasal 310 ayat I2) KUHP | Pasal 310 dan 311 KUHP | Pada September 2003, pengadilan menyatakan terdakwa terbukti melakukan pencemaran nama baik Akbar Tanjung karena membuat karikatur/gambar yang menghina Akbar Tanjung. |

Sumber : Sumber Hukum Primer, Diolah Peneliti, 2020.

Tabel 1.3.
Kasus-Kasus Penodaan Agama Sebelum Putusan MK Nomor
140/PUU-VII/2009

| Nama Terdakwa | Putusan | Pasal Didakwakan/Dituduhkan Yang | Keterangan |
|----------------------------------|-------------------------------------|--|--|
| Ir. Charisal Agustinus Manu | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2004, pengadilan menghukum terdakwa terbukti melakukan penodaan agama |
| Mangapin Sibuea | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2004, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Rus'an | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2005, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Ardi Husein | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2005, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Sumardin Tappayya | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2005, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Yusman Roy | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2005, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Teguh Santoso | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2006, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Lia Aminuddin | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2006, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Abdul Rachman | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2006, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Ahmad Mussadeq | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2007, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Nur Iman Dainel dan Djoko Widodo | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2007, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Raji | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2007, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Dedi Priadi | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2007, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |

| | | | |
|----------------|-------------------------------------|--|---|
| Lia Aminuddin | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2009, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Wahyu Andiro | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2009, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| Nimrot Lasbaun | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2009, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |
| FX Marjana | Terbukti melanggar Pasal 156 a KUHP | UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP | Pada 2009, UU Nomor 1/PNPS/1965 jo Pasal 156 a KUHP |

Sumber : Sumber Hukum Primer, Diolah Peneliti, 2020.

Tabel 1.4
Kasus-Kasus Permohonan Peninjauan Kembali (PK) Sebelum
Putusan MK Nomor 34/PUU-XII/2013

| Nama Terdakwa | Putusan | Pasal Yang Didakwakan/Dituduhkan | Keterangan |
|---------------------|------------------------------------|--|---|
| Antasari Azhar | MA menolak Permohonan PK pada 2012 | Pasal 338 KUHP | Terdakwa tidak bisa mengajukan permohonan PK kedua kali sebelum Putusan MK tersebut karena Pasal 268 ayat (3) KUHP membatasi permohonan PK hanya sekali |
| Agus Hadi alias Oki | MA menolak permohonan PK pada 2011 | UU Narkotika, Obat-Obat Terlarang dan Psikotropika | Terdakwa tidak bisa mengajukan permohonan PK kedua kali sebelum Putusan MK tersebut karena Pasal 268 ayat (3) KUHP membatasi permohonan PK hanya sekali |
| Namaona Denis | MA menolak permohonan PK pada 2008 | UU Narkotika, Obat-Obat Terlarang dan Psikotropika | Terdakwa tidak bisa mengajukan permohonan PK kedua kali sebelum Putusan MK tersebut karena Pasal 268 ayat (3) KUHP membatasi permohonan PK hanya sekali |
| Amrozi | MA menolak permohonan PK pada 2007 | UU Anti Terorisme | Terdakwa tidak bisa mengajukan permohonan PK |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | | kedua kali sebelum Putusan MK tersebut karena Pasal 268 ayat (3) KUHP membatasi permohonan PK hanya sekali |
|--|--|--|--|

Sumber : Sumber Hukum Primer, Diolah Peneliti, 2020.

Eggy Sudjana dituduh melakukan penghinaan terhadap presiden dan didakwa Pasal 134, 136 bis, 154 KUHP. Mahkamah Agung (MA) telah menguatkan putusan Pengadilan Negeri (PN) Jakarta Pusat dan PT Jakarta, dan menghukum Eggy Sudjana tiga (3) bulan penjara karena terbukti melanggar Pasal 154 jo. Pasal 134, Pasal 136 bis, 137 KUHP.²⁵ Tetapi di lain pihak, MK memutuskan pasal-pasal penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden di dalam KUHP bertentangan dengan konstitusi. PN Jakarta Pusat di dalam pertimbangannya menjelaskan putusan MK *a quo* berlaku ke depan, sementara tindak pidana yang dilakukan oleh Eggy Sudjana sudah dilakukan sebelum adanya putusan MK tersebut.²⁶ Oleh karena itu menurut majelis hakim PN Jakarta Pusat tersebut putusan MK *a quo* tidak bisa diterapkan dalam kasus Eggy Sudjana. Eggy Sudjana juga pernah mengajukan permohonan provisi agar Pasal 154, Pasal 134 dan Pasal 136 bis KUHP tidak digunakan di kasusnya di PN Jakarta Pusat itu, tetapi MK menolaknya karena tidak mempunyai kewenangan berdasarkan UU MK.²⁷

PN Jakarta Pusat juga pernah menyidangkan kasus penghinaan terhadap Presiden (Pasal 134, Pasal 136 bis dan 154 KUHP) terhadap Pandapotan Lubis yang dituduh melakukan penghinaan terhadap Presiden Susilo Bambang Yudhoyono dan Wakil Presiden Yusuf Kala.²⁸ Pandapaton Lubis juga pernah mengajukan permohonan provisi kepada MK, tetapi MK menolaknya karena tidak ada dasar hukum kewenangannya.²⁹ Kemudian juga terdapat kasus-kasus lain yang terdakwa dinyatakan bersalah dan diputus oleh pengadilan dengan menggunakan Pasal 134, 136 bis dan 137 KUHP tentang penghinaan terhadap Presiden dan atau Wakil Presiden, sebelum adanya Putusan MK Nomor 013-22/PUU-IV/2006, dan Putusan MK Nomor 6/PUU-V/2007 (dijelaskan di Tabel 1).

²⁵ Putusan MARI Nomor 153 PK/Pid/2010;

²⁶ *Ibid.*;

²⁷ *Ibid.* lihat pendapat berbeda (*dissenting opinion*) Hakim MK I Dewa Gede Palguna;

²⁸ Putusan MKRI Nomor 22/PUU-IV/2006;

²⁹ *Ibid.*;

Putusan-Putusan pengadilan tersebut tidak sejalan dengan Putusan MK Nomor 013-022/PUU-IV/2006. Artinya, jika permohonan pertanyaan konstitusional diterapkan maka pengadilan di dalam memutus kasus-kasus penghinaan terhadap presiden dan Wakil Presidenseharusnya tidak menggunakan Pasal 134, 136 bis dan 137 KUHP.

Selanjutnya MK atas permohonan hak uji materi atas Pasal 154 dan 155 KUHP dari R.Panji Utomo memutuskan Pasal 154 dan 155 KUHP bertentangan dengan konstitusi karena melanggar hak konstitusional setiap warga negara atas kemerdekaan menyampaikan pendapat di muka umum dan kepastian hukum.³⁰ PN Banda Aceh menghukum Panji Utomo 3 bulan penjara karena melanggar Pasal 154 dan 155 KUHP.³¹ Jika permohonan pertanyaan konstitusional sudah ada sejak berdirinya MK pada 2003, maka hakim seharusnya tidak menggunakan Pasal 154 dan 155 KUHP untuk memutus kasus R.Panji Utomo.

Kemudian MK memutuskan Pasal 310 KUHP tentang pencemaran nama baik tetap sesuai dengan konstitusi.³² Di dalam pertimbangan hukum, Putusan MK atas Pasal 310 KUHP menjelaskan yang terjadi dalam kasus-kasus pencemaran nama baik atas pemberitaan dan atau tulisan di media masa cetak/digital adalah bukan permasalahan norma, tetapi terhadap permasalahan penerapan norma.³³ Penerapan norma dari Pasal 310 KUHP khususnya kasus-kasus pemberitaan di media cetak/digital, sering tidak mempertimbangkan secara utuh khususnya Pasal 310 ayat (3) KUHP yaitu untuk kepentingan umum dapat menjadi pertimbangan untuk membebaskan terdakwa. Kemudian juga, terdapat UU Pers Nomor 40 Tahun 1999 yang sebenarnya menyediakan mekanisme untuk adanya hak jawab bagi siapa saja yang keberatan atas pemberitaan di media cetak/digital sebelum upaya hukum dilakukan.³⁴

Kasus-kasus pencemaran nama baik di bidang media seperti dijelaskan di Tabel 2, pengadilan tidak pernah mempertimbangkan dan atau menguji apakah ada kepentingan umum, dan juga pengadilan tidak mempertimbangkan unsur apakah pelapor sudah menggunakan mekanisme hak jawab yang ada di dalam UU

³⁰ Putusan MK Nomor 6/PUU-V/2007;

³¹ Putusan PN Banda Aceh Nomor 232/Pid.B/2006/PN-BNA;

³² Putusan MK Nomor : 14/PUU-VI/2008 dan Nomor 7/PUU-VII/2009;

³³ *Ibid*;

³⁴ UU Pers Nomor 40 Tahun 1999, Pasal 6

Pers Nomor 40 Tahun 1999 kecuali putusan pengadilan di dalam kasus Ramses Siregar dkk.

Selanjutnya, di dalam pertimbangan hukum Putusan MK uji materi UU Nomor 1/PNPS/1965 tentang Penyalahgunaan dan atau Penodaan Agama terhadap UUD 1945 menjelaskan hakim tidak melihat adanya permasalahan norma yang ada di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965 jo. Pasal 165 a KUHP.³⁵ Tetapi MK melihat adanya permasalahan penerapan norma UU Nomor 1/PNPS/1965 jo. Pasal 155 a KUHP.³⁶

Pasal 156 a KUHP merupakan satu kesatuan dengan Pasal 1 sampai dengan 4 UU Nomor 1/PNPS/1965, yang artinya Pasal 2 dan 3 UU Nomor 1/PNPS/1965 mengatur upaya dan sanksi administrasi dan Pasal 4 mengatur sanksi pidana untuk pelanggaran penodaan agama yang kemudian dijadikan Pasal 156 a KUHP. Di dalam penerapan norma UU Nomor 1/PNPS/1965 biasanya aparat penegak hukum termasuk hakim langsung menggunakan Pasal 156 a KUHP, dan tidak ada yang menggunakan mekanisme upaya dan sanksi administrasi seperti yang diatur Pasal 2 dan 3 UU/PNPS/1965. Menurut peneliti, putusan-putusan pengadilan di dalam kasus-kasus penodaan agama seperti yang dijelaskan di dalam Tabel 3 tidak sepenuhnya menerapkan norma-norma upaya dan sanksi administrasi terlebih dahulu (Pasal 2 dan 3 UU Nomor 1/PNPS/1965, tetapi pengadilan langsung memutus kasus-kasus tersebut dengan menggunakan Pasal 156 a KUHP). Artinya, menurut peneliti terhadap kesalahan dalam penerapan norma-norma UU Nomor 1/PNPS/1965 di dalam kasus-kasus penodaan agama tersebut.

MK juga memutuskan Pasal 286 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) Nomor 8 Tahun 1981 bertentangan dengan UUD 1945 karena PK merupakan upaya hukum luar biasa yang terkait dengan prinsip keadilan (bukan prinsip kepastian hukum), dan di dalam perkara pidana yang dicari adalah kebenaran materil, sehingga keadilan itu tidak bisa dibatasi oleh waktu.³⁷ Di dalam beberapa kasus permohonan PK sebelum adanya putusan Mk tersebut, seperti yang dijelaskan di dalam Tabel 4, terdakwa hanya boleh mengajukan permohonan PK sekali saja. Jika terdapat permohonan pertanyaan konstitusional pada saat itu,

³⁵ Putusan MK Nomor 40/PUU-VII/2009, Pasal 156 a KUHP berasal dan tidak bisa dipisahkan dari Pasal 4 UU Nomor 1/PNPS/1965

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Putusan MK Nomor 34/PUU-XI/2013

maka sudah seharusnya terdakwa berhak mengajukan permohonan PK lebih dari satu kali.

Hakim MK I Gede Dewa Palguna juga pernah mengangkat gagasan pentingnya permohonan pertanyaan konstiusional agar menjadi salah satu kewenangan MK pada saat ini. MK tidak hanya mempunyai kewenangan untuk pengujian UU terhadap UUD, tetapi juga mempunyai kewenangan untuk memutus pertanyaan konstiusional (*constitutional question*), perlawanan konstiusional (*constitutional challenge*) dan pengaduan konstiusional (*constitutional complaint*) yang semua merupakan bagian dari *constitutional review*.³⁸ Di dalam teori *constitutional review*, MK tidak hanya mempunyai wewenang untuk menguji norma abstrak di dalam UU terhadap UUD 1945 (*abstract review*) tetapi juga mempunyai wewenang untuk menguji norma konkret (*concrete review*).³⁹

Untuk melihat norma umum dan abstrak sebagai obyek dari *constitutional review*, maka kita harus membedakan jenis-jenis peraturan perundang-undangan yang yaitu sebagai berikut:

- a. Peraturan perundang-undangan yang bersifat umum yaitu berlaku umum bagi siapa saja dan bersifat abstrak karena tidak menunjukkan kepada hal, atau peristiwa, atau kasus konkret yang sudah ada sebelum peraturan ini ditetapkan;
- b. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus karena kekhususan subyek yang diaturnya, yaitu hanya berlaku bagi subyek hukum tertentu;
- c. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus karena kekhususan wilayah berlakunya, yaitu hanya berlaku di wilayah lokal tertentu;
- d. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus karena kekhususan daya ikat materinya, yaitu hanya berlaku internal.⁴⁰

Jimly Asshidiqie menjelaskan lebih lanjut tentang peraturan perundang-undangan yang bersifat umum (kelompok pertama) yaitu:

"Peraturan tertulis kelompok pertama, yaitu peraturan yang bersifat umum atau yang dibiasa disebut juga dengan "*algemene verbindende voorschriften*" biasanya berisi norma hukum menurut Hans Kelsen bersifat umum dan abstrak (*general and abstract norms*), dan suatu norma hukum disebut bersifat abstrak jika

³⁸ I Dewa Gede Palguna, **Pengaduan Konstitusional (*Constitutional Complaint*) Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara**, Jakarta : Sinar Grafika : 2012, hal. 35-38.

³⁹ Ashiddiqie, *Op.Cit*, hal 65.

⁴⁰ Jimly Asshiddiqie, **Perihal Perundang-Undangan**, Depok: PT Raja Grafindo Persada, 2020, hal. 13.

rumusannya berisi nilai-nilai baik-buruk sehingga harus dilarang (*prohibere*), disuruh (*obligatere*), ataupun dibolehkan (*permittere*) yang secara tidak langsung dikaitkan dengan subyek-subyek, keadaan, atau peristiwa konkret tertentu.”⁴¹

Norma hukum yang abstrak dan umum, dan tidak ada hubungannya dengan peristiwa atau keadaan yang bersifat konkret sebelumnya (*concrete norm*). Oleh karena itu, norma umum dan abstrak sering disebut dengan *abstract norm*, yang berbeda dengan *concrete norm*.

Hans Kelsen dan Adolf Merkel membedakan norma umum dan abstrak (*general and abstract norm*), dengan norma konkret (*concrete norm*), yaitu norma umum dan abstrak ditujukan kepada subyek hukum secara umum misalnya dalam bentuk UUD, UU dan peraturan perundang-undangan lainnya.⁴² Hans Kelsen sendiri untuk memberikan penjelasan apakah sebuah tindakan sesuai dengan perbuatan yang dilawang/diwajibkan di dalam norma hukum yaitu membedakan antara observasi (diterjemahkan ; menjalakan apa yang telah ditetapkan atau apa yang berlaku, menaati) dan non-observasi (sifat-sifat, bukan sebuah norma, tetapi sepenggal tingkah laku).⁴³

Sementara norma konkret memuat kaidah larangan atau larangan yang ditujukan kepada pihak atau individual tertentu.⁴⁴ Menurut Maria Farida Indrati S, norma hukum abstrak adalah suatu norma hukum yang melihat pada perbuatan seseorang yang tidak ada batasnya dalam arti tidak konkret, dan norma hukum konkret adalah suatu norma hukum yang melihat perbuatan seseorang itu secara lebih nyata (konkret).⁴⁵

Untuk memahami norma hukum, maka kita perlu melihat lebih jauh eksistensi norma-norma yang ada di masyarakat. Terdapat tiga jenis norma yang ada yaitu norma agama, norma kesopanan dan norma hukum, dan masing-masing mempunyai ciri-ciri dan konsekuensinya yang berbeda-beda.⁴⁶ Jimly Asshiddiqie memberikan gambaran perbedaan antara norma agama, kesusilaan dan norma hukum sebagai berikut:

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, hal. 66.

⁴³ Hans Kelsen, ***Essay In Legal And Moral Philosophy (Hukum dan Logika) alih bahasa Arief Sidharta***, Bandung:Alumni, 2013, hal. 52-52.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Maria Farida Indrati S, ***Ilmu Perundang-Undangan : Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan***, Yogyakarta: Kanisus, 2007, hal. 27.

⁴⁶ Jimly Asshiddiqie, ***Perihal Undang-Undang***, Depok:Rajawali Press,2020, hal. 2-3.

"Jika ketiga norma yang ada yaitu norma agama dibandingkan satu dengan yang lainnya dapat dikatakan bahwa norma agama dalam arti vertikal dan sempit bertujuan untuk kesucian hidup pribadi, kaidah kesusilaan (pribadi) berujuan agar terbentuk kebaikan akhlak pribadi, dan kaidah kesusilaan antarpribadi bertujuan untuk mencapai kesedapan hidup bersama antarpribadi. Ketiga norma tersebut mempunyai daya ikat yang bersifat "*volunteer*" yaitu berasal dari kesadaran pribadi dari dalam diri setiap pendukung norma itu sendiri. Artinya, daya lakunya tidak dapat dipaksakan dari luar, melainkan tumbuh dari dalam diri manusia sendiri (*imposed from within*). Berlainan dengan itu, daya laku kaidah hukum (*legal norm*) justru dipaksakan dari luar diri manusia (*imposed from without*).⁴⁷

Berdasarkan penjelasan Jimly Asshiddiqie di atas, terdapat perbedaan antara norma agama (dalam arti sempit), norma kesusilaan, dan norma hukum yaitu dalam hal daya laku, atau menurut peneliti kekuatan mengikatnya berbeda-beda. Kekuatan mengikat norma kesusilaan (antar pribadi dan individu) dan norma agama tidak dapat dipaksakan dari luar, tetapi tumbuh dari dalam diri manusia sendiri (*imposed from within*). Sementara kekuatan mengikat norma hukum dipaksakan dari luar diri manusia (*imposed from without*).

Norma hukum sendiri terdiri berbagai jenis, dan kita harus membedakan norma-norma hukum yang ada yaitu sebagai berikut:

Norma-norma hukum itu dapat dibedakan antara yang bersifat imperatif dan yang bersifat fakultatif. Yang bersifat imperatif biasa disebut juga dengan hukum memaksa (*dwingenrecht*), sedangkan yang bersifat fakultatif dibedakan antara norma hukum yang mengatur (*regelendrecht*) dan norma hukum yang menambah (*aanvullendrecht*). Kadang-kadang ada pula norma-norma hukum yang bersifat campuran atau sekaligus bersifat memaksa (*dwingende*) dan mengatur (*regelende*). Kemudian juga terdapat norma hukum yang bersifat umum dan abstrak (*general and abstract norms*), dan yang bersifat konkret (*concrete and individual norms*)⁴⁸

Pembedaan norma hukum abstrak dan umum, dengan norma hukum yang khusus dan individual membawa konsekuensi yang luas. Konsekuensi yang luas dari pembedaan norma hukum yang abstrak dan umum, dengan norma hukum yang bersifat konkret dan individual sebagai berikut:

⁴⁷ *Ibid.*, hal. 3.

⁴⁸ *Ibid.*, hal. 4.

"Norma hukum umum dan abstrak karena ditujukan kepada semua subyek terkait tanpa menunjuk atau mengkaitkannya dengan subyek konkret, pihak, atau individu tertentu. Norma hukum yang bersifat umum dan abstrak inilah yang biasanya menjadi materi peraturan hukum yang berlaku bagi setiap orang atau siapa saja yang dikenai perumusan norma hukum tertuang dalam peraturan perundang-undangan yang terkait. Sementara norma hukum konkret ditujukan kepada orang tertentu, pihak atau subjek-subjek hukum tertentu, atau peristiwa dan keadaan-keadaan tertentu. Kemudian kontrol terhadap norma hukum umum dan abstrak hanya dapat melalui mekanisme hukum yaitu *judicial review*, dan mekanisme kontrol norma hukum konkret dan individual yang keputusan atau ketetapannya yang bersifat "*beschikking*", dilakukan oleh pengadilan tata usaha negara (*administratieve-rechtspraak*)."⁴⁹

Sementara menurut UU Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) menjelaskan Keputusan TUN adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat TUN yang berisi tindakan TUN yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan bersifat konkret, final dan individual yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.⁵⁰

Kemudian norma umum dan abstrak diaplikasikan ke dalam peristiwa hukum konkret atau kasus konkret oleh hakim pengadilan dalam bentuk putusan pengadilan.⁵¹ Yang dimaksud dengan *concrete review* di sini adalah pengujian konstusionalitas aplikasi dari norma umum dan abstrak di dalam UU oleh hakim dalam peristiwa hukum atau kasus hukum, terhadap konstitusi. Sementara *abstract review* adalah pengujian konstusionalitas norma umum dan abstrak di dalam UU terhadap konstitusi.⁵²

⁴⁹ *Ibid.*, hal 2-6.

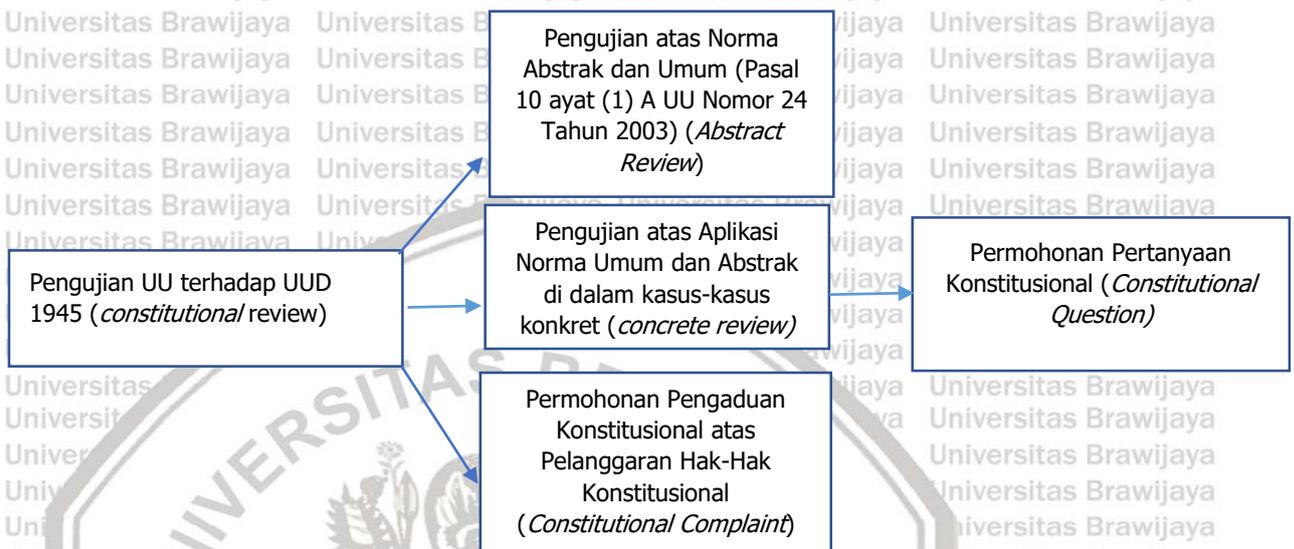
⁵⁰ Indonesia, UU PTUN Nomor 5 Tahun 1996 sebagaimana telah dirubah oleh UU Nomor 9 Tahun 2004, Pasal 1 angka 3. Penjelasan atas Pasal 1 angka ke 3 menjelaskan konkret adalah obyek yang diputuskan KTUN tersebut tidak abstrak, tetapi berwujud, tertentu atau dapat ditentukan. Individual adalah KTUN tersebut tidak ditujukan untuk umum, tetapi tertentu baik alamat maupun hal yang dituju. Final artinya bersifat definitif dan karenanya dapat menimbulkan akibat hukum.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Lihat Jimly Asshiddiqie di dalam **Model-Model Pengujian Konstusionalitas di Berbagai Negara**, Jakarta:Konpress,2005, hal 64-66, bandingkan dengan I Dewa Gede Paguna di dalam **Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint):Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara**, Jakarta:Sinar Grafika,2014, hal. 137-138.

Peneliti mencoba mengilustrasikan *teori constitutional review* dari berbagai pendapat para sarjana (doktrin) di atas berdasarkan yaitu:

Gambar 1.1



Gambar 1.1 Teori *Constitutional Review*

Sumber : Bahan Hukum Sekunder, Diolah Peneliti, 2020.

UU MK Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana dirubah oleh UU Nomor 8 Tahun 2011, dan UU Nomor 24 Tahun 2020 tidak mengatur wewenang MK untuk mengadili dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional, begitu juga UU MK Nomor 24 Tahun 2003 tidak menjelaskan apakah pengadilan/hakim mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai pemohon untuk mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK.

Menurut peneliti terdapat kekosongan hukum dalam mengatur wewenang MK atas permohonan pertanyaan konstitusional, sehingga mengakibatkan ketidakadilan terhadap terdakwa/tersangka yang hak-hak konstitusionalnya dilindungi oleh konstitusi yaitu ketika terdakwa/tersangka divonis oleh pengadilan melanggar pasal-pasal penghinaan presiden/kepala negara dan pemerintah, permohonan peninjauan kembali (PK)-nya untuk pertama kali ditolak. Ternyata kemudian MK membatalkan pasal-pasal tentang penghinaan terhadap presiden dan wakil presiden, dan juga pembatasan permohonan peninjauan kembali yang

hanya satu kali. Kemudian juga ketika MK memberikan penafsiran, dan menyatakan terdapat permasalahan penerapan norma (bukan permasalahan norma hukumnya) terhadap UU Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan dan/atau Penodaan Agama, dan Pasal 310 KUHP tetapi pengadilan tidak menerapkannya di dalam beberapa kasus sebelumnya.

Di dalam kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis, Panji Utomo dan kasus-kasus lainnya, pengadilan telah menjatuhkan putusan pidana atas mereka karena melanggar pasal-pasal di dalam KUHP yang berkaitan dengan pencemaran dan penghinaan terhadap presiden dan pemerintahan, dan kemudian ternyata MK membatalkan pasal-pasal KUHP tersebut (Pasal 134, 136 bis, 137, 154 dan 155 KUHP). Kemudian, di dalam kasus permohonan PK, permohonan para pemohon tersebut ditolak. Yang kemudian ternyata MK memutuskan permohonan PK tidak bisa dibatasi oleh waktu. Selanjutnya, terdakwa di dalam kasus-kasus penodaan agama, dinyatakan bersalah melanggar Pasal 156 a KUHP. Sementara menurut MK sebenarnya terdapat permasalahan penerapan hukum yaitu seharusnya ada upaya dan sanksi administrasi terlebih dahulu sebelum menggunakan Pasal 165 a KUHP.

Begitu pula di dalam kasus Risang Bima Wijaya, Bersihar Lubis dan kasus-kasus pencemaran nama baik di bidang media lainnya. MK menjelaskan terdapat permasalahan penerapan norma Pasal 310 KUHP yaitu Pasal 310 ayat (1), (2) dan (3) merupakan satu kesatuan. Pasal 310 ayat (3) KUHP menjelaskan tidak merupakan pencemaran nama baik, jika perbuatan tersebut dilakukan untuk kepentingan umum dan pembelaan diri. Begitu juga dengan UU Pers Nomor 40 Tahun 1999 mengatur hak jawab untuk pihak yang merasa keberatan atas pemberitaan/tulisan di media masa.

Peneliti tertarik untuk mengkaji lebih dalam (radikal), sistematis dan komprehensif atas kewenangan MK dalam mengadili dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional dan kedudukan hukum (*legal standing*) pemohon untuk mengajukan pertanyaan konstitusional ke MK.

Peneliti sudah membahas latar belakangnya di atas, dan penulis berkeyakinan terdapat permasalahan filosofis dari absennya permohonan pertanyaan konstitusional yaitu terdapat ketidakadilan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara di pengadilan, UU MK belum mengatur pengujian penerapan norma-norma abstrak di dalam kasus-kasus konkret di pengadilan yaitu permohonan pertanyaan konstitusional terhadap konstitusi, sehingga menimbulkan

ketidakadilan untuk warga negara yang sedang berperkara di pengadilan. UU MK hanya mengakomodir *abstract review* saja, dan belum mengatur *concrete review*.

Kemudian juga terdapat permasalahan teoritis *constitutional review* seperti yang sudah dijelaskan di atas yaitu *constitutional review* yang dikenal di dalam UU MKRI tersebut, baru sebatas dalam *abstract constitutional review*, belum mengenal atau mengadopsi *concrete constitutional review*.

1.2 Rumusan Masalah

1. Apa urgensi adanya Permohonan Pertanyaan Konstitusional ke MK dalam perspektif negara hukum?
2. Mengapa Permohonan Pertanyaan Konstitusional perlu diatur di dalam UU MKRI?
3. Bagaimana seharusnya konstruksi Permohonan Pertanyaan Konstitusional di dalam UU MKRI di masa depan?

1.3 Tujuan Penelitian

4. Untuk menganalisis ratio legis Permohonan Pertanyaan Konstitusional di dalam UU MKRI;
5. Untuk merumuskan jawaban mengapa Permohonan Pertanyaan Konstitusional perlu diatur di dalam UU MKRI;
6. Untuk merumuskan konstruksi Permohonan Pertanyaan Konstitusional di dalam UU MKRI.

1.4 Manfaat Penelitian

1. Manfaat teoritis

Hasil penelitian ini diharapkan memberikan kontribusi untuk pengembangan teori peradilan tata negara (*constitutional adjudication*) di Indonesia karena selama ini kita hanya mengenal pengujian konstitusionalitas norma abstrak dan umum di dalam UU terhadap UUD 1945, melalui penelitian ini akan dikaji apakah MK mempunyai wewenang mengadili dan memutus permohonan pertanyaan

konstitusional dari hakim/pengadilan sehingga hak-hak konstitusional warga negara dapat lebih dilindungi oleh MK di masa depan.

2. Manfaat praktis.

Hasil penelitian ini diharapkan memberikan kontribusi yang nyata dan implementatif ke para pemangku kepentingan (*stakeholders*) dari peradilan tata negara yaitu:

- 2.1 MKRI, hasil penelitian ini diharapkan memberikan kontribusi implementatif untuk menyelesaikan permasalahan atas kasus-kasus permohonan pertanyaan konstitusional yang pernah diajukan kepada MK oleh para pencari keadilan. Kemudian, hasil penelitian ini diharapkan adanya sinergi antara MA dan MK dalam memberikan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara;
- 2.2 MA, hasil penelitian ini diharapkan memberikan solusi implementatif untuk para pihak yang akan mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional kepada MK, dan diharapkan adanya sinergi antara MA dan MK dalam perlindungan hak-hak konstitusional warga negara di pengadilan;
- 2.3 Masyarakat, hasil penelitian ini diharapkan memberikan kontribusi untuk memaksimalkan dan memberikan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara di pengadilan;
- 2.4 Akademisi, hasil penelitian ini diharapkan memberikan kontribusi untuk penerapan teori peradilan tata negara (*constitutional adjudication*) yang kontemporer.

1.5 Orisinalitas Penelitian

Penelitian ini “Kontruksi Kewenangan MK atas Permohonan Pertanyaan Konstitusional dalam Perspektif Negara Hukum” memfokuskan pada analisis filsafati, teori dan norma peradilan tata negara (*constitutional adjudication*) khususnya pengujian konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945 (*constitutional*

review). Peneliti telah melakukan identifikasi terhadap beberapa hasil penelitian yang sudah dipublikasikan secara resmi yang berhubungan dengan kewenangan MK dalam mengadili dan memutus permohonan pertanyaan konstitusionalitas untuk membandingkan dengan penelitian ini yaitu peneliti menemukan disertasi yang mempunyai kemiripan dengan usulan disertasi Peneliti sebagai berikut:

Tabel 1.5
Orisinalitas Penelitian/ Penelitian Terdahulu

| No. | Peneliti | Judul | Isu Hukum | Persamaan/Perbedaan/Keterbaruan |
|-----|---------------------|---|--|--|
| 1 | I Dewa Gede Palguna | Disertasi S3 Hukum di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (FH UI) : Pengaduan Konstitusionalitas : Upaya Hukum terhadap Hak-Hak Konstitusional Warga Negara (Studi Kewenangan MK dalam Perspektif Perbandingan) | Memperluas wewenang MK untuk mengadili dan memutus permohonan pengaduan konstitusional | Persamaan : Meneliti kewenangan MK untuk mengadili dan memutus permohonan pengujian konstitusionalitas UU terhadap UUD (<i>constitutional review</i>). Perbedaan : Peneliti meneliti kewenangan MK atas permohonan pertanyaan konstitusional dari hakim atas keraguan konstitusionalitas UU yang sedang dijadikan dasar hukum suatu kasus di pengadilan. Keterbaruan : Peneliti meneliti kewenangan MK untuk mengadili dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional dari hakim di pengadilan, atas usulan para pihak yang sedang berperkara di pengadilan. |
| 2 | Tunggul Ansari SN | Disertasi S3 Hukum, Pengujian Formal UU terhadap UUD 1945 Oleh MK di FH Universitas Brawijaya | Kewenangan MK untuk menguji proses pembentukan UU (Formal) | Persamaan; Meneliti Kewenangan MK untuk pengujian UU terhadap UUD 1945 Perbedaan; Disertasi Tunggul Anshari SN memfokuskan pada penelitian pengujian formil di UU MKRI, sementara peneliti memfokuskan penelitian pengujian materil. Keterbaruan Kewenangan MK untuk mengadili dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional. |

Sumber : Sumber Hukum Sekunder, Diolah Peneliti, 2020.

| | | | | |
|---|---|--|---|---|
| 3 | Radian Salman | Disertasi S3 hukum, Pengujian UU Oleh MK dalam Perspektif Konstitusionalisme dan Demokrasi di FH Universitas Airlangga | Kewenangan MK untuk Menguji UU terhadap UUD 1945. | <p>Persamaan Pengujian konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945</p> <p>Perbedaan Peneliti memfokuskan perluasan makna pengujian konstitusional UU terhadap UU yaitu tidak hanya dalam kasus atas norma yang abstrak, tetapi juga di dalam kasus-kasus konkret di pengadilan.</p> <p>Keterbaruan Peneliti mengangkat isu hukum permohonan pertanyaan konstitusional atas UU yang diragukan konstitusionalitasnya dan sedang dijadikan dasar hukum di pengadilan.</p> |
| 4 | Stefanus Hendriatmo <i>Washington Law School</i> Amerika Serikat (AS) | <i>Comparative Constitutionalism in Muslim Majority Law and Politics of Constitutional Courts (Indonesia and the Search For Judicial Heroes)</i> | Politik Hukum atas Kewenangan MKRI | <p>Persamaan Meneliti Kewenangan MK khususnya dalam pengujian UU terhadap UUD 1945.</p> <p>Perbedaan Peneliti menggunakan metodologi penelitian hukum normatif dengan pendekatan perundangan-undangan, perbandingan hukum, dan konsep. Sementara Disertasi Stefanus Hendriatmo menggunakan metodologi penelitian empiris dengan pendekatan politik hukum. Disertasi Stefanus Hendriatmo tidak hanya memfokuskan pada MKRI, tetapi juga MK di negara-negara muslim.</p> <p>Keterbaruan Peneliti meneliti isu hukum kewenangan MK dalam pengujian UU terhadap UUD 1945 dalam kasus konkret khususnya permohonan pertanyaan konstitusional oleh hakim atas UU yang sedang dijadikan dasar hukum atas suatu perkara di pengadilan.</p> |
| 5 | Ni Ketut Sri Utari | Pengujian UU Oleh MK (Perspektif HAM), Disertasi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga. | Kewenangan MK Untuk Menguji Konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945 | <p>Persamaan Meneliti kewenangan MK untuk menguji konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945</p> <p>Perbedaan Penelitian peneliti memfokuskan pada kewenangan MK untuk memutus permohonan pertanyaan konstitusional, sementara penelitian Ni Ketut Sri Utara memfokuskan penelitian pada kewenangan MK untuk menguji konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945 dalam kasus-kasus norma abstrak dan umum dalam perspektif HAM</p> <p>Keterbaruan Penelitian peneliti memfokuskan pada kewenangan MK untuk mengadili dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional.</p> |

| | | | | |
|---|------------------|---|---|---|
| 6 | Maruarar Siahaan | Implementasi Putusan MK Dalam Pengujian UU, Studi Mekanisme <i>Checks And Balances</i> Di Indonesia | Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro | <p>Persamaan Meneliti pengujian UU terhadap UUD 1945 khususnya substansi UU yang bertentangan dengan UUD 1945.</p> <p>Perbedaan Peneliti meneliti pengujian UU terhadap UUD 1945 dalam kasus konkriet, sementara penelitian Maruarar Siahaan meneliti pengujian UU terhadap UUD 1945 dalam kasus abstrak.</p> <p>Keterbaruan Peneliti meneliti pengujian UU terhadap UUD 1945 dalam kasus-kasus konkriet di pengadilan.</p> |
| 7 | Sugeng Dwiyono | Perluasan Kewenangan MK Dalam Putusan-Putusan Sebagai Upaya Penegakan Keadilan Substantif | Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro | <p>Persamaan Peneliti meneliti pengujian UU terhadap UUD 1945 yang sama dengan penelitian Sugeng Dwiyono.</p> <p>Perbedaan Peneliti meneliti pengujian UU terhadap UUD 1945 dalam kasus konkriet, sementara Sugeng Dwiyono meneliti pengujian UU terhadap UUD 1945 dalam kasus abstrak.</p> <p>Keterbaruan Peneliti meneliti pengujian UU terhadap UUD 1945 dalam kasus-kasus konkriet di pengadilan.</p> |
| 8 | Cholidin Nasir | Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Warga Negara Melalui <i>Constitutional Question</i> (Studi Hukum Tentang <i>Constitutional Question</i> Dan Penerapannya Di Indonesia). | Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro | <p>Persamaan Peneliti meneliti pertanyaan konstitusional yang sama dengan penelitian Cholidin Nasir.</p> <p>Perbedaan Peneliti menganalisis isu hukum pertanyaan konstitusional berdasarkan; <i>pertama</i>, teori <i>fair trial and effective judicial remedies</i> (peradilan yang adil dan pemulihan pelanggaran hak-hak konstitusional). Kedua, teori <i>checks and balances</i> (kontrol dan perimbangan) sebagai salah satu ciri negara hukum demokratis. <i>Ketiga</i>, perbandingan hukum hukum berdasarkan <i>leading case laws</i> dari putusan-putusan MK Jerman, Austria dan Korea Selatan atas permohonan pertanyaan konstitusional. Peneliti tidak hanya memfokuskan penelitian pada hukum materilnya, tetapi juga hukum acara pertanyaan konstitusional ke depannya.</p> |

I.6 Definisi Konseptual

1. Permohonan pertanyaan konstitusional adalah hak dari pemohon yang menilai atau ragu atas UU yang menjadi dasar hukum di dalam perkara di MA dan badan peradilan di bawahnya karena bertentangan dengan konstitusi, dan mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas UU tersebut ke MK.⁵³

⁵³ Rangkuman dari berbagai dari doktrin (Mahfud MD, I Gede Dewa Palguna, Muchammad Ali Syafa'at dan Jazim Hamidi).

2. Mahkamah Konstitusi adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud di dalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945⁵⁴
3. Permohonan Pengujian UU adalah permintaan yang diajukan secara tertulis kepada Mahkamah Konstitusi mengenai pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945.⁵⁵
4. Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya UU yaitu a. perorangan warga negara Indonesia, b. kesatuan hukum masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur UU, c. badan hukum publik atau privat, d. lembaga negara⁵⁶;
5. Hak dan atau kewenangan konstitusional adalah hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diatur di dalam UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945⁵⁷
6. Permohonan pengujian UU meliputi pengujian formil dan/atau pengujian materiil⁵⁸
7. Pengujian materiil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal, dan atau bagian UU yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945⁵⁹;
8. Pengujian formil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan proses pembentukan UU dan hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil⁶⁰

⁵⁴ Indonesia, UU Mahkamah Konstitusi Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Pasal 1 angka ke 1

⁵⁵ UU Mahkamah Konstitusi Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah UU Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Pasal 1 angka ke 3 a.

⁵⁶ UU Mahkamah Konstitusi Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah UU Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Pasal 51 ayat (1).

⁵⁷ Peraturan MK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU, Pasal 1 angka ke 2.

⁵⁸ Peraturan MK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU, Pasal 4 ayat (1).

⁵⁹ Peraturan MK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU, Pasal 4 ayat (2).

⁶⁰ Peraturan MK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU, Pasal 4 ayat (2).

I.7 Sistematika Pembahasan

Bab I Pendahuluan

Pada bab ini akan menjelaskan latar belakang untuk pengantar dan membahas isu hukum, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, definisi konseptual, orisinalitas penelitian, sistematika pembahasan dan desain penelitian.

I.1 Latar Belakang

I.2 Rumusan Masalah

I.3 Tujuan Penelitian

I.4 Manfaat Penelitian

I.5 Orisinalitas Penelitian

I.6 Definisi Konseptual

I.7 Sistematika Pembahasan

I.8 Desain Penelitian

Bab II Landasan Teori

Pada bab ini akan membahas Peran MKRI Dalam Perspektif Negara Hukum, Teori Konstitusi, Prinsip Negara Hukum, Prinsip Kontrol dan Perimbangan (*checks and balances*), Putusan Pengadilan Yang Bersifat Final dan Mengikat (Prinsip *Erga Omnes*), dan Pertanyaan Konstitusional.

II.1 Peran MKRI Dalam Perspektif Negara Hukum

II.1.1 Negara Hukum

II.1.2 Prinsip *Checks and Balances*

II.1.3 Prinsip Kedaulatan Hukum (Nomokrasi)

II.1.4 MKRI dalam Perspektif Negara Hukum

II.2 Teori Konstitusi

II.3 Teori Pengujian UU terhadap Konstitusi (*Constitutional Review*).

II.4 Putusan Pengadilan Bersifat Final dan Mengikat (Prinsip *Erga Omnes*)

II.5 Permohonan Pertanyaan Konstitusional (*Constitutional Question*).

Bab III Metode Penelitian

Pada bab ini akan membahas tentang jenis penelitian, metode dan pendekatan penelitian, sumber bahan hukum, teknik pengumpulan bahan hukum, dan teknik analisis bahan hukum.

III.1 Jenis Penelitian

III.2 Metode dan Pendekatan Penelitian

III.3 Sumber Bahan Hukum

III.4 Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

III.5 Teknik Analisis Bahan Hukum

Bab IV Urgensi Kewenangan MKRI Menerima dan Memutus Pertanyaan Konstitusional.

Pada bab ini akan dibahas sebagai berikut:

1. Urgensi Filosofis Pertanyaan Konstitusional,
2. Urgensi Teoritis Pertanyaan Konstitusional;
3. Urgensi Empiris Pertanyaan Konstitusional;
4. Perbandingan Pertanyaan Konstitusional di MK Austria, Korea Selatan dan Jerman.

IV.1 Urgensi Kewenangan MKRI Menerima dan Memutus Pertanyaan Konstitusional.

IV.1.1 Urgensi Filosofis Permohonan Pertanyaan Konstitusional

IV.1.1.1 Prinsip Perimbangan dan Pengawasan (*Checks & Balances*) dan Pertanyaan Konstitusional;

IV.1.1.2 Prinsip Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Warga Negara dan Pertanyaan Konstitusional.

IV.1.1.3 Prinsip Erga Omnes dan Pertanyaan Konstitusional.

IV.2 Urgensi Teoritis Pertanyaan Konstitusional

IV.2.1 Teori Negara Hukum

IV.2.1 Teori Pengujian UU Terhadap Konstitusi (*Constitutional Review*)

IV.3 Urgensi Empiris Kewenangan MKRI Memutus Pertanyaan Konstitusional

IV.3.1 Putusan-Putusan MK Terkait Pertanyaan Konstitusional;

IV.3.2 Putusan-Putusan Pengadilan Negeri di bawah Kekuasaan MA
Terkait Pertanyaan Konstitusional;

IV.4 Perbandingan Pertanyaan Konstitusional

IV.4.1 Pertanyaan Konstitusional di MK Austria

IV.4.2 Pertanyaan Konstitusional di MK Korea Selatan

IV.4.3 Pertanyaan Konstitusional di MK Jerman

Bab V Kontruksi Permohonan Pertanyaan Konstitusional

Pada bab ini akan dibahas mengenai kualifikasi kedudukan hukum Pemohon Pertanyaan Konstitusional, obyek Pertanyaan Konstitusional, hukum acara Pertanyaan Konstitusional, dan Putusan MK atas pertanyaan konstitusional.

V.1 Obyek Pertanyaan Konstitusional

V.2 Kualifikasi Kedudukan Hukum Pemohon Pertanyaan Konstitusional
(*Legal Standing*)

V.3 Putusan MK Atas Pertanyaan Konstitusional

V.4 Hukum Acara Pertanyaan Konstitusional.

Bab VI Penutup (Kesimpulan dan Saran)

Pada bab penutup akan dibahas mengenai kesimpulan dan saran-saran berdasarkan hasil pembahasan di bab-bab sebelumnya atas rumusan masalah.

I.8 Desain Penelitian Disertasi : Kontruksi Kewenangan MKRI Atas Pertanyaan Konstitusional Dalam Perspektif Negara Hukum

Para pencari keadilan di pengadilan berpotensi hak-hak konstitusionalnya dilanggar oleh norma hukum yang melanggar UUD 1945. MKRI sudah menerima permohonan *constitutional review* atas norma hukum yang diduga bertentangan dengan UUD 1945. Bahkan MKRI di dalam Putusannya kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis, dan dr Utomo menyatakan pasal-pasal penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden bertentangan dengan UUD 1945. Tetapi kemudian, hakim di pengadilan negeri masih tetap menggunakan pasal-pasal yang dinyatakan bertentangan dan tidak mempunyai kekuatan hukum lagi untuk menyatakan mereka telah melakukan penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden. Hal ini menimbulkan ketidakadilan untuk para pencari keadilan di pengadilan, yang seharusnya hak-hak konstitusional mereka dilindungi oleh pengadilan. Terdapat mekanisme perlindungan hak-hak konstitusional warga negara yang sedang berperkara di pengadilan yaitu pertanyaan konstitusional (*constitutional question*). Peneliti tertarik untuk meneliti mekanisme pertanyaan konstitusional ini untuk tujuan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara. UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana dirubah dengan UU Nomor 8 Tahun 20011 dan UU Nomor...Tahun 2020 belum mengakomodir mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional tersebut. Kemudian dari aspek praktis, terdapat kebutuhan atas mekanisme pertanyaan konstitusional tersebut.

Dari aspek teoritis, juga terdapat kebutuhan untuk pengembangan konsep *constitutional review* karena UU MKRI masih menganut konsep *constitutional review* dalam pengujian norma abstrak (*abstract review*), sementara UU MKRI belum mengakomodir pengujian aplikasi norma abstrak dalam kasus konkret (*concrete review*). Peneliti mengidentifikasi terdapat tiga permasalahan yaitu apa urgensi perlu ada permohonan pertanyaan konstitusional, mengapa pertanyaan konstitusional perlu diatur di dalam UU MKRI, dan bagaimana kontruksi pertanyaan konstitusional di dalam UU KRI Hasil dari penelitian ini diharapkan akan adanya kontruksi permohonan pertanyaan konstitusional di dalam UU MKRI dan Peraturan MKRI, dan perwujudan norma hukum yang mengatur permohonan pertanyaan konstitusional di dalam UU MKRI dan Peraturan MKRI di masa depan.

Latar Belakang

- (1) MK telah menerima sejumlah permohonan konstiusionalitas UU terhadap Konstitusi (*constitutional review*) yang berhubungan isu pertanyaan konstiusional dari masyarakat. Para pencari keadilan yang sedang berperkara di pengadilan belum secara maksimal diberikan perlindungan hak-hak konstiusionalnya ketika norma hukum yang diterapkan di dalam kasusnya berpotensi melanggar Konstitusi;
- (2) *Constitutional review* menurut UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang MK sebagaimana telah dirubah UU Nomor 8 Tahun 2011 hanya mencakup pengujian norma umum dan abstrak yaitu pengujian UU terhadap UUD 1945 (*abstract review*), sementara pengujian dalam kasus-kasus konkriet di pengadilan (*concrete review*) belum bisa dimohonkan ke MK;
- (3) Terdapat sejumlah kasus penerapan norma pidana yang abstrak dan umum di dalam kasus konkret di pengadilan negeri, yang mana norma umum dan abstrak tersebut telah dibatalkan oleh MK. Kemudian juga, MK dalam beberapa kasus telah memutuskan adanya permasalahan penerapan norma pidana umum dan abstrak, tetapi pengadilan negeri tetap menerapkan norma umum dan abstrak di dalam kasus-kasus konkret yang tidak sesuai dengan putusan MK tersebut. Hal ini menimbulkan ketiadilan untuk para pencari keadilan tersebut.

Problematika Filsafat

1. **Ontologi** : Adanya ketidakadilan terhadap warga negara yang sedang berperkara di pengadilan.
2. **Epistemologi** : Berdasarkan UU MK Nomor 24 Tahun 2003, para pihak di pengadilan belum bisa menggunakan mekanisme pertanyaan konstiusional ke MK atas keraguannya mengenai konstiusionalitas UU yang sedang digunakan sebagai dasar hukum untuk mengadili dan memutus perkara tersebut;
3. **Aksiologi**: Belum adanya mekanisme permohonan pertanyaan konstiusional yang bertujuan untuk perlindungan hak-hak konstiusional warga negara yang sedang berperkara di pengadilan.

Problematika Yuridis

Terdapat kekosongan hukum di dalam UU MK untuk mengatur kewenangan MKRI atas permohonan pertanyaan konstiusional dari para pihak di pengadilan di bawah kekuasaan MA yang meragukan konstiusionalitas UU yang dijadikan dasar hukum kasusnya.

Problematika Teoritis

Teori *constitutional review* yang berlaku sekarang ini belum diterapkan secara utuh yaitu hanya menerapkan *abstract review* saja, dan belum menerapkan *concrete review*.

(1) Apa urgensi perlu adanya permohonan pertanyaan konstiusional dalam perspektif negara hukum? (2) Mengapa permohonan pertanyaan konstiusional perlu diatur di dalam UU MK (3) Bagaimanakah kontruksi permohonan pertanyaan konstiusional di dalam UU MK?

Tujuan Penelitian

Untuk menganalisis ratio legis Permohonan Pertanyaan Konstiusional di dalam UU MKRI, untuk merumuskan jawaban mengapa Permohonan Pertanyaan Konstiusional perlu diatur di dalam UU MKRI, untuk merumuskan kontruksi Permohonan Pertanyaan Konstiusional di dalam UU MKRI

Kerangka Teori dan Konsepsional

Teori Negara Hukum, Teori Konstitusi, Teori Pengujian UU terhadap UUD & Konsep Pengujian UU terhadap UUD 1945 (*constitutional review*), konsep Permohonan Pertanyaan Konstiusional.

Metode Penelitian: Hukum Normatif, Pendekatan: Perundang-undangan, kasus, perbandingan dan konsep.

Hasil dan Pembahasan

- (1) Kontruksi Permohonan Pertanyaan Konstiusional ke MK (2) Perwujudan Permohonan Pertanyaan Konstiusional di UU MK dan Peraturan MK tentang Hukum Acara MK.

Kontruksi mekanisme Permohonan Pertanyaan Konstiusional untuk perlindungan hak konstiusional warga negara di pengadilan.

Peraturan Perundang-undangan (UU MK dan Peraturan MK tentang Hukum Acara)

Preskripsi

Pembentukan Hukum

Reformasi Hukum

BAB II

PERTANYAAN KONSTITUSIONAL DAN PERAN MK DALAM NEGARA HUKUM

Peneliti akan mengelaborasi dan menganalisis prinsip-prinsip dan teori hukum tata negara yang relevan dengan isu hukum dalam disertasi ini, yaitu prinsip negara hukum, prinsip perimbangan dan pengawasan (*checks and balances*), prinsip erga omnes, dan prinsip kedaulatan hukum (nomokrasi). Peneliti melakukan pemilihan prinsip-prinsip hukum tersebut karena prinsip-prinsip hukum tata negara tersebut mempunyai relevansi dengan topik disertasi dari penulis, dan prinsip-prinsip hukum tata negara tersebut merupakan prinsip-prinsip kontemporer dan ter-*update* untuk membahas isu-isu hukum di dalam disertasi ini.

II.1 Peran MKRI dalam Perspektif Negara Hukum

II.1.1 Teori Negara Hukum

Peneliti akan menggunakan teori hukum negara dari A. Mukthie Fadjar, Mahfud MD, Jimly Asshiddiqie dan I Gede Dewa Palguna, dan juga beberapa sarjana asing yaitu teori negara hukum konstitusional, demokratis dan kesejahteraan untuk menganalisis dan menjawab isu hukum pertama, dan kedua. Kemudian juga peneliti akan membahas negara hukum deliberatif yang dikembangkan oleh Jurgen Habermas, karena menekankan adanya partisipasi penuh warga negara dalam bernegara.

Mahfud MD menjelaskan dalam konteks negara hukum, Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 secara tegas menjelaskan "Negara Indonesia adalah negara hukum", tanpa menyebutkan istilah asing baik *rechtstaat* atau *the rule of law*.⁶¹ Dalam hal ini, Mahfud MD ingin menegaskan Negara Hukum di kita adalah Negara Hukum yang sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945 pasca reformasi 1998.⁶² Mahfud MD ingin menegaskan bahwa konstitusi kita sangat jelas menyebutkan negara kita adalah negara hukum, oleh karena itu disebut negara hukum konstitusional.

⁶¹ Mahfud MD, *Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan MK*, Jurnal Ius Quia Justum, Volume IV, Nomor 4, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (UII), Yogyakarta, 2009.

⁶² *Ibid.*

Sementara menurut Jimly Asshidiqie terdapat dua belas prinsip negara hukum yaitu:

Pertama, supremasi hukum yaitu adanya pengakuan normatif dan empiris akan supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum pedoman tertinggi. *Kedua*, persamaan di depan hukum (*equality before the law*) yaitu persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan. *Ketiga*, prinsip legalitas (*due process of law*) yaitu segala tindakan pemerintah harus didasarkan atas perundang-undangan yang sah dan tertulis. *Keempat*, pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara dilakukan dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. *Kelima*, organ-organ eksekutif independen, *Keenam*, peradilan bebas dan tidak memihak, dan ini hal yang mutlak di negara hukum. *Ketujuh*, Peradilan Tata Usaha Negara yaitu harus ada terbukanya kesempatan untuk warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi negara sebagai pihak yang berkuasa. *Kedelapan*, Peradilan Tata Negara/Mahkamah Konstitusi, adanya MK dalam fungsinya untuk *checks and balances* antar cabang-cabang kekuasaan. *Kesembilan*, Perlindungan HAM yaitu perlindungan HAM dimasyarakatkan secara luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap HAM sebagai ciri penting dalam negara hukum demokratis. *Kesepuluh*, bersifat demokratis, yaitu masyarakat ikut serta dalam proses pengambilan keputusan sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang diterapkan dan ditegakan mencerminkan perasaan keadilan yang hidup di tengah masyarakat. *Kesebelas*, berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara (*welfare rechtsstaat*) yaitu hukum sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama. *Keduabelas*, transparansi dan kontrol sosial, yaitu adanya kontrol sosial dan transparansi terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum.⁶³

Terdapat beberapa istilah dari negara hukum yaitu *rechtsstaat/etat de droit* dan *rule of law*⁶⁴, tetapi sebenarnya mengandung substansi yang sama yaitu supremasi atau kedaulatan hukum atas orang dan pemerintah oleh hukum.⁶⁵ Yang menjadi perbedaan antara *rechtsstaat* dengan *rule of law* adalah latar belakang sejarah dan pengertiannya.⁶⁶ Perbedaan tersebut terjadi karena ada perbedaan dalam memaknai pembagian kekuasaan dari Mostesquieu (*civil law* dari Eropa Kontinental) tidak hanya eksekutif, legislatif, tetapi juga yudisial, dan John Locke (*rule of law* dari

⁶³ Asshiddiqie, *Op.Cit*, hal.200-206.

⁶⁴ Jimly Asshiddiqie, **Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara**, Jakarta: Rajagrafindo Press, 2016, hal.281.

⁶⁵ I Gde Dewa Palguna, **Mahkamah Konstitusi: Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan Negara Lain**, Jakarta: Konpres, 2018, hal. 24.

⁶⁶ Asshiddiqie, *Op.Cit*.

common law) memaknai pembagian kekuasaan eksekutif, legislatif, federatif, dan tidak ada kekuasaan yudisial.⁶⁷

Sebenarnya konsep negara hukum berakar dari prinsip nomokrasi (*nomocratos* atau *nomocratien*) yang dikembangkan oleh Plato. Plato di dalam bukunya *Republic* menjelaskan idealnya ada perturan hukum yang menentukan dinamika penyelenggaraan kekuasaan negara, dan suatu negara yang baik seharusnya dipimpin oleh seorang filosof yaitu raja-filosof (*the doctrine of philosopher's king*) yang cendik cendikia.⁶⁸ Prinsip nomokrasi ini kemudian berkembang menjadi prinsip negara yang yang dipraktekan di negara-negara Eropa Kontinental (*civil law system*) dengan gagasan *rechstaat*, dan di Inggris dikenal dengan *rule of law*.⁶⁹ Berdasarkan penjelasan Plato di atas, maka sebenarnya akar dari *rule of law* dan *rechtstaat* adalah sama yaitu prinsip nomokrasi yaitu pemerintahan berdasarkan atas hukum yang mana konstitusi adalah hukum tertinggi.

Makna negara hukum sangat mendalam yaitu setiap orang dan pemerintah terikat oleh hukum, bukan karena hukum itu dibuat oleh mereka yang membuatnya tetapi hukum itu harus baik dan adil.⁷⁰ Kelahiran konsep negara hukum tidak lepas dari paham konstitusionalisme yaitu adanya keinginan untuk mengontrol dan mencegah adanya penyalahgunaan kekuasaan khususnya oleh cabang-cabang kekuasaan negara.⁷¹ Fungsi mengontrol dari pengadilan tersebut sering disebut dengan prinsip *checks and balances* (pengawasan dan keseimbangan).

Terdapat makna filosofis tersembunyi dari adanya *constitutional review* yaitu berdasarkan prinsip *ultra vires* yaitu hakim diberikan kewenangan untuk menguji UU yang dibuat oleh DPR dengan maksud agar kekuasaan DPR tersebut tidak disalahgunakan (supremasi parlemen) dan harus sesuai dengan prinsip negara hukum (*the rule of law*).⁷² Secara tidak langsung justifikasi munculnya *constitutional review* karena supremasi parlemen harus diimbangi dengan supremasi hukum (*the rule of law/supremacy of law*).⁷³

⁶⁷ *Ibid.*, hal. 283.

⁶⁸ Jimly Asshiddiqie, **Konstitusi Kebudayaan dan Kebudayaan Konstitusi**, Malang: Intrans Publishing, 2017, hal. 127.

⁶⁹ *Ibid.* 127.

⁷⁰ Palguna., *Op. Cit.*, hal. 25.

⁷¹ *Ibid.*, hal. 19.

⁷² Elliot Mark, **The Constitutional Foundations of Judicial Review**, Oxford-Portland: Hart Publishing, 2001), hal. 1-2.

⁷³ *Ibid.*

Prinsip pengawasan dan perimbangan (*checks and balances*) yang diberikan kepada MK dalam konteks negara hukum, untuk mencegah adanya penyalahgunaan kekuasaan oleh cabang-cabang kekuasaan pemerintahan (eksekutif, legislatif, dan yudisial). Prinsip pengawasan dan perimbangan tersebut juga menjadi landasan dalam membentuk wewenang *constitutional review* yang diberikan kepada MA AS, ketika pembentukan konstitusi AS berdasarkan *Constitutional Convention*.⁷⁴

Menurut Jimly Asshiddiqie dan I Gede Dewa Palguna menjelaskan negara hukum adalah negara hukum dalam arti *the rule of law*, yang mana salah satu ciri *the rule of law* itu adalah independensi peradilan.⁷⁵ Lembaga peradilan diberikan wewenang untuk mengadili dan memutus permohonan pengujian konstitusionalitas UU terhadap konstitusi, yang mana fungsi ini merupakan bentuk implementasi dari prinsip *check and balance*.⁷⁶ MK di dalam konteks negara hukum tersebut berfungsi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*), bahkan MK tidak hanya berfungsi sebagai pengawal konstitusi, tetapi juga penafsir konstitusi (*the interpretation of the constitution*).⁷⁷ Oleh karena itu hakim berwenang untuk melakukan penafsiran atas norma-norma yang kabur/tidak jelas di dalam konstitusi, yang mana terdapat berbagai macam metode penafsiran konstitusi yang dapat digunakan oleh hakim⁷⁸.

Sebenarnya terdapat dua model negara hukum yaitu model negara hukum klasik dan modern, menurut model negara hukum klasik tujuan dan fungsi negara adalah memelihara ketertiban dan keamanan masyarakat, sementara tujuan dan fungsi negara menurut model negara hukum modern adalah menyelenggarakan kesejahteraan umum bagi seluruh warganya dalam arti seluas-luasnya, jasmaniah dan rohaniah, di lapangan ekonomi, dan sosial kultural.⁷⁹

Kemudian teori negara hukum ini mengalami perkembangan khususnya di negara-negara penganut sistem hukum Anglo Saxon. AV Dicey menjelaskan terdapat tiga (3) prinsip di dalam negara hukum (*the rule of law*) yaitu prinsip *supremacy of*

⁷⁴ Levy Leonard dkk, **Judicial Review : Sejarah Kelahiran, Wewenang, dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi**, diterjemahkan Eni Purwaningsih, New York, Evaston, dan London: Harper Torchbook dll, 1967, hal. 3.

⁷⁵ Palguna, *Op.Cit.*, hal 30-31.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Nicholas Quinn Rosenzanz, **Federal Rules of the Statutory Interpretation**, Harvard Law Review Volume 115, Number 8, Harvard Law School.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ A. Mukthie Fadjar, **Negara Hukum dan Perkembangan Teori Hukum: Sejarah dan Pergeseran Paradigma**, Malang: Intrans Publishing, 2018, hal. 118-119.

law, equality before the law, dan roh hukum yang bersifat predomnan (*the legal spirit of predominance*).⁸⁰ Lebih lanjut, makna roh hukum yang bersifat predomnan tersebut dihubungkan dengan prinsip *due process of law* yaitu proses hukum yang harus dilalui untuk tegaknya hukum dan keadilan.⁸¹ Lebih jauh, *due process of law* itu sendiri terdiri dari dua jenis yaitu *substantive due process of law* dan *procedural due process of law*.⁸² AV Dicey membedakan secara tegas *substantive due process of law* dan *procedural due process of law* yaitu:

"*Due process of law* dikatakan bersifat substantif apabila dilihat dari segi orang atau pihak yang akan menerima dampak dari adanya materi pengaturan baru dalam bentuk undang-undang atau peraturan perundang-undangan yang diberlakukan untuk umum. Pemerintah negara harus memastikan bahwa materi norma hukum yang tercantum dalam berbagai bentuk peraturan perundang-undangan menjamin bahwa warga negara tidak diperlakukan tidak adil. Suatu undang-undang dan peraturan perundang-undangan yang ditetapkan jangan sampai menimbulkan ketidakadilan terhadap setiap warga negara. Sedangkan *due process of law* yang dianggap bersifat prosedural, untuk memastikan bahwa penyelenggaraan pemerintahan negara menjamin segala ketentuan peraturan perundang-undangan diterapkan, dijalankan, dan ditegakan dengan adil, berlaku bagi semua orang tanpa kecuali dan tanpa diskriminasi."⁸³

Due process of law juga berkaitan dengan proses peradilan yang adil dan terbuka (*fair and public hearing*) yang merupakan bagian dari hak-hak sipil dan politik (sipol) setiap orang. Manfred Nowak menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

"*The right to a fair and public hearing before a tribunal in all suit at law and criminal matters pursuant to Art. 14 (1) is the core of "due process of law. All of the remaining provisions in Art. 14 (2) to (7) and Art. 15 are specific formulations of the "fair trial" in criminal cases. Art. 14 (1) contains an institutional guarantee that requires State parties to take extensive, positive measures to ensure this guarantee. They must set up by independent, impartial tribunals and provide them with the competence to hear and decide on criminal charges and on rights and obligations in suits at law. Such hearings must be fair and public and insofar as a criminal charge is involved, comport with other provisions in Arts. 14 and 15. Finally, all decisions in criminal and civil matters must be pronounced publicly. Many of the terms listed in Art. 14 (1) are in need of interpretation.*"⁸⁴

⁸⁰Jimly Asshiddiqie, **Pengujian Formil Undang-Undang di Negara Hukum**, Jakarta: Konpress & Jimly School, 2020, hal. 17.

⁸¹ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 29.

⁸² *Ibid.*, hal. 55.

⁸³ *Ibid.*, hal. 55-56.

⁸⁴Manfred Nowak, **UN Covenant in Civil and Political Rights CCPR Commentary 2nd Edition**, Kehl: 2005, hal. 314.

Manfred Nowak juga menyebutkan prinsip *due process of law* harus diterapkan di dalam proses peradilan yang adil dan terbuka. Artinya, harus ada jaminan baik *due process of law* secara substantif dan prosedural di dalam proses peradilan. Berdasarkan pendapat Manfred Negara harus menjamin penerapan prinsip *due process of law* di dalam proses peradilan. Penerapan prinsip *due process of law* secara substantif oleh pengadilan melalui *constitutional review*, sebagai contoh MA Amerika Serikat membatalkan UU di negara bagian Nebraska yang melarang siswa di sekolah negeri atau swasta mengikuti pengajaran bahasa asing kecuali untuk siswa Kelas 9 ke atas, karena UU tersebut bertentangan dengan *substantive due process of law* yaitu dilihat dampaknya bagi warga negara yang terkena akibatnya, yaitu para siswa dan orang tua murid.⁸⁵

MA AS menjelaskan pertimbangan hukum di dalam putusannya atas kasus UU yang melarang siswa belajar Bahasa Asing yaitu sebagai berikut:

"Pemerintah negara bagian Nebraska membela UU yang diberlakukannya UU yang diberlakukannya itu dengan mendalilkan bahwa UU itu dimaksudkan untuk membantu para siswa belajar Bahasa Inggris dengan baik, sehingga sebelum kelas 9, perlu dilarang untuk belajar bahasa asing yang dikuatirkan akan mengganggu kemahiran mereka berbahasa Inggris. Namun, MA AS menilai bahwa hal itu tetap bertentangan dengan Konstitusi AS karena melanggar prinsip kebebasan para orang tua untuk mengarahkan kepentingan pendidikan masa depan putra-putri mereka, termasuk untuk belajar Bahasa asing. Menurut MA AS, materi UU yang diuji konstitusionalitasnya itu tidaklah terkait langsung dan secara wajar (*reasonably related to*) dengan kepentingan pemerintahan yang sah dan *legitimate*, melainkan termasuk wilayah pilihan bebas orang tua dalam menentukan arah pendidikan bagi anak-anaknya."⁸⁶

Dari putusan MA AS tersebut terdapat nilai kepentingan umum yang harus menentukan dalam pembentukan UU, dan pembentukan UU tersebut (*law-making process*) tidak boleh didasarkan atas kepentingan pribadi atau golongan. Ini juga menegaskan *due process of law* tidak hanya harus diterapkan di dalam proses peradilan, tetapi juga prinsip *due process of law* harus diterapkan di dalam proses pembentukan UU (*law-making process*) yang dilakukan baik oleh pemerintah dan parlemen. Pembentuk UU harus memastikan prinsip *due process of law* diterapkan dalam proses pembentukan UU, kemudian peradilan khususnya peradilan

⁸⁵ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 57-58.

⁸⁶ Asshiddiqie, hal. 57-58.

konstitusional harus memastikan apakah proses pembentukan UU, dan juga substansi UU tersebut bertentangan dengan Konstitusi atau tidak.

Pertimbangan kepentingan umum sebagai bagian prinsip *substantive due process of law* juga terlihat di dalam putusan MA untuk kasus *New York Times vs Sullivan* yang di dalam pertimbangan hukumnya menjelaskan sebagai berikut:

“New York Times telah melakukan pencemaran nama baik terhadap Sullivan dan harus didenda perdata seberat-beratnya, ini bertentangan dengan kepentingan umum yang dilindungi oleh Amandemen Pertama di dalam Konstitusi AS yang melindungi kemerdekaan pers, dan komitmen nasional yang mendalam terhadap prinsip bahwa debat umum harus dilakukan secara terang-terangan, terbuka, dan bebas”.⁸⁷

Di dalam putusan MA atas kasus *New York Times vs Sullivan*, *substantive due process of law* menilai kebebasan pers merupakan kepentingan umum khususnya ketika *New York Times* sedang mengangkat isu-isu publik terkait kepentingan umum seperti pemberantasan korupsi, sementara MA AS mengesampingkan kepentingan pribadi dari Sullivan yang keberatan atas pemberitaan dari *New York Times* tersebut. MKRI juga pernah memutus *constitutional review* berdasarkan pertimbangan *procedural due process of law* yaitu:

“Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 ditegaskan bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun karena itu pernah ada UU Nomor 15 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti UU Nomor 15 Tahun 2002 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti UU Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme menjadi Undang-Undang. UU Nomor 15 Tahun 2003 ini kemudian diberlakukan dengan UU Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti UU Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti UU Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002 Menjadi Undang-Undang. UU Nomor 16 Tahun 2003 ini jelas melanggar prinsip yang dijamin dalam Pasal 18 I ayat (1) UUD 1945 tersebut di atas. Dalam kaitannya dengan proses penegakan hukum, UU tersebut jelas memberikan dasar hukum bagi tindakan penegakan hukum yang melanggar hak konstitusional yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Karena itu, ketika UU Nomor 16 Tahun 2003 tersebut dimohonkan pengujian konstitusionalitasnya oleh para pemohon, MK mengabulkan permohonan dengan menyatakan UU Nomor 16 Tahun 2003 tersebut bertentangan UUD 1945, dan diputus MK tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat

⁸⁷Ellen Alderman & Caroline Kennedy, *In Our Defense The Bill of Rights In Action: Makna dan Tantangan Bill of Rights Amerika*, Bandung: Penerbit Angkasa, 1991, hal. 30-31.

sejak diputus oleh MK tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat. Pemberlakuan UU Nomor 15 Tahun 2003 ini kepada peristiwa bom Bali yang terjadi pada tanggal 12 Oktober 2002 yang dinyatakan secara konkrit dalam judulnya, secara terang benderang (*express verbis*) merupakan pelanggaran terhadap asas larangan hukum diberlakukan surut sebagaimana ditentukan sebagai hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun sebagaimana ditentukan berdasarkan Pasal 18 I ayat (1) UUD 1945.⁸⁸

MKRI menilai Asas Ne Bis In Idem merupakan *procedural due process of law* di dalam memutus *constitutional review* atas UU Nomor 16 Tahun 2003 tersebut melanggar hak konstitusional warga negara yaitu hak untuk tidak memberlakukan norma hukum secara surut (Ne Bis In Idem). *Procedural due process of law* di sini adalah penerapan UU Nomor 16 Tahun 2003 yang berlaku surut terhadap para pihak yang diduga melakukan pemboman di Bali pada tahun 2002. Berdasarkan asas Ne Bis In Idem, UU Nomor 16 Tahun 2003 tidak boleh diberlakukan secara surut terhadap tindak pidana terorisme yang dilakukan sebelum tahun 2003, dan bom Bali terjadi pada 2002. Oleh karena itu terdapat ketidakadilan dalam hal *procedural due process of law* yaitu menerapkan UU Nomor 16 Tahun 2003 berlaku surut terhadap tindak pidana terorisme sebelum 2003, dan melanggar asas Ne Bis In Idem yang diakui dan dilindungi oleh UUD 1945.

Konsep *due process of law* baik secara substantif dan prosedural sangat relevan dengan peran MKRI dalam melakukan *constitutional review* dan juga posisinya sebagai *the final interpreter of the Constitution*, dan juga *the Guardian of the Constitution*. MK mempunyai peran strategis dalam *constitutional review* khususnya dalam konteks *due process of law* secara substantif dan prosedural misalnya mencegah terjadinya praktek diskriminasi sebagai akibat diberlakukannya norma hukum, dan juga mencegah terjadinya proses hukum yang sewenang-wenang sebagai akibat diperlakukannya norma hukum.

Kemudian bagaimana dengan Indonesia, apakah mengadopsi negara hukum klasik atau modern? Menurut A. Mukthie Fadjat menegaskan bahwa negara hukum modern (dalam arti materil) yang hendak ditegakkan di Indonesia yaitu dijelaskan di dalam Alinea Keempat Pembukaan UUD 1945 menjelaskan "...Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan

⁸⁸ Ashiddiqie, hal. 59.

ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial".⁸⁹

Konsep negara hukum tidak lepas kritik dari para sarjana. Negara hukum (*rule of law*) bukanlah sesuatu yang final, di dalam konsep negara hukum hanya terjadi dinamika sosial yang otonom, dan padahal terdapat berbagai faktor yang saling bertinteraksi dan berkompetisi dalam proses pembentukan hukum yaitu ideologi, kekuasaan, tradisi, dan keadilan.⁹⁰ Menurut Brian Tamanaha konsep negara hukum adalah konsep yang belum jelas (*elusive concept*), dan bahkan membingungkan tentang apa artinya dan bagaimana negara hukum itu bekerja.⁹¹

Kemudian juga terdapat konsep negara hukum deliberatif yang dikembangkan oleh Jurgen Habermas. Konsep negara hukum deliberatif mendasarkan pada demokrasi deliberatif dari Jurgen Habermas di mana demokrasi deliberatif bukanlah demokrasi langsung karena masyarakat terdominasi oleh suara terbanyak, dan ruang diskursus publik harus memenuhi dua syarat yaitu bebas dan kritis.⁹² Bebas maksudnya setiap warga negara dapat bebas berbicara di mana pun untuk berkumpul dan berpartisipasi, dan kritis maksudnya mampu secara adil untuk mempertanggungjawabkan pendapatnya secara rasional.⁹³ Konsep negara hukum tidak hanya berhenti pada konsep negara hukum klasik dan kesejahteraan, tetapi juga dalam perkembangan terdapat konsep negara hukum deliberatif yang dilandasi teori demokrasi deliberative dari Habbermas.⁹⁴

Negara hukum deliberatif ini sejalan dengan adanya permohonan pertanyaan konstitusional karena warga negara yang sedang berperkara di pengadilan dituntut untuk berpartisipasi dengan bersikap secara kritis terhadap UU yang dijadikan dasar dalam mengadili/menghukumnya. Di mana warga negara tersebut dapat mengusulkan kepada pengadilan untuk mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional kepada MK atas konstitusionalitas UU yang sedang dijadikan dasar hukum perkaranya itu.

⁸⁹Fajar., hal. 120.

⁹⁰Rachmat Safa'at (Ed), **Ilmu Hukum di Tengah Arus Perubahan**, Malang: Surya Pena Gemilang, 2008, hal. 123.

⁹¹*Ibid.*, hal 126-128.

⁹² Wimi Haliim, **Demokrasi Deliberatif Indonesia : Konsep Partisipasi Masyarakat Dalam Membentuk Demokrasi dan Hukum Yang Responsif**, Jurnal Masyarakat Indonesia Volume 42, 2016.

⁹³*Ibid.*

⁹⁴A.A Reza Watimenna, **Melampaui Negara Hukum Klasik Locke-Rousseau-Habbermas**, Yogyakarta: Kanisius, 2007, hal. 80.

Indonesia merupakan negara hukum menurut Konstitusi. Jimly Asshiddiqie menegaskan hal tersebut sebagai berikut:

“Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 sudah menegaskan bahwa “Indonesia adalah negara hukum”. Penggunaan kata “adalah” menunjukkan bahwa per definisi Indonesia tidak lain adalah negara hukum. Negara hukum itu bukan kata sifat, tetapi langsung merupakan definisi eksistensial negara Indonesia sebagai negara hukum, yaitu negara hukum berdasarkan Pancasila dan UUD 1945”.⁹⁵

Di dalam konteks prinsip negara hukum, lembaga peradilan mempunyai peran yang vital untuk pengawasan pemerintah dan parlemen. Lebih jauh Jimly Asshiddiqie menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

“Dalam pelaksanaan prinsip-prinsip negara hukum itu, diakui bahwa di dalamnya harus ada mekanisme kontrol oleh lembaga peradilan dengan menjalankan fungsi pengujian atau keabsahan norma hukum (*judicial review*) baik mengenai produk-produk legislasi dan regulasi maupun produk keputusan-keputusan administrasi. Karena itu *judicial review*, dipandang sebagai sarana perlindungan hak-hak hukum dan penegakan tata kelola pemerintahan yang baik. Mekanisme pengujian atas produk-produk legislasi dan regulasi serta produk-produk keputusan administrasi oleh lembaga peradilan merupakan elemen pokok dari negara hukum moden atau *Rule of Law* di zaman sekarang.”⁹⁶

Prinsip negara hukum demokratis memberikan ruang kepada lembaga peradilan untuk menjalankan fungsi melakukan kontrol atas produk hukum yang dihasilkan oleh parlemen dan pemerintah yaitu *judicial review*. Di dalam konteks negara hukum yang demokratis, MK menjalankan fungsi *constitutional review* atas norma-norma hukum yang dihasilkan oleh parlemen dan pemerintah.

Kemudian juga, *constitutional review* merupakan bentuk kontrol lembaga peradilan terhadap norma hukum di dalam UU yang dihasilkan oleh parlemen dan eksekutif agar tidak menyalahgunakan demokrasi, karena UU yang dihasilkan tersebut merupakan kehendak dari suara mayoritas yang belum tentu sejalan dengan keadilan dan demokrasi itu sendiri. Jimly Asshiddiqie menjelaskan hubungan antara *constitutional review* dengan demokrasi dan keadilan itu sendiri sebagai berikut:

“Dengan adanya mekanisme pengujian oleh pengadilan ini, praktik demokrasi yang didominasi oleh paradigme berpikir “mayoritarianisme”, siapa yang jumlah suaranya banyak dan lebih banyak maka merekalah yang menentukan. Seakan-akan suara mayoritas itu identic dengan kebenaran hanya menghasilkan

⁹⁵ Asshiddiqie, *Op.Cit*, hal. 17

⁹⁶ *Ibid.*, hal. 35.

kompromi politik yang belum tentu mencerminkan kebenaran konstitusional yang objektif dan rasa keadilan yang hidup dengan *trick* dan tipu muslihat hanya akan membuahkan hasil demokrasi yang formalistik dan prosedural semata.”

Oleh karena itu urgensi adanya wewenang MK untuk mengadili dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional merupakan bagian dari pengujian konstitusionalitas UU terhadap konstitusi, dalam rangka menjalankan/mengimplementasikan prinsip *checks and balances*, untuk mengawal demokrasi dan merupakan mandat dari prinsip negara hukum konstitusional. Kemudian, dalam konteks negara hukum deliberatif, warga negara yang sedang berperkara di pengadilan dapat berpartisipasi untuk mempertahankan hak-hak konstitusionalitasnya untuk mengusulkan permohonan pertanyaan konstitusional atas UU yang diragukan konstitusionalitasnya.

II.1.2 Prinsip *Checks and Balances*

Peneliti juga akan mengkaji prinsip-prinsip hukum tata negara dalam tataran filsafat hukum yaitu prinsip *checks and balances* dalam hubungannya dengan eksistensi peradilan tata negara. Laura Langer menjelaskan prinsip *checks and balances* dalam kaitannya dengan *constitutional review* khususnya peran dari MK atau pengadilan di dalam bukunya *Judicial Review in the State Supreme Court A Comparative Study* yang diterbitkan oleh New York University Press pada 2002 menjelaskan dalam konteks prinsip *checks and balances* MK atau pengadilan diberikan wewenang untuk menguji UU terhadap konstitusi yang dihasilkan oleh DPR dan pemerintah karena supremasi parlemen harus diimbangi dengan supremasi konstitusi.⁹⁷

Di dalam konteks prinsip *checks and balances* itu konstitusi adalah hukum tertinggi, sehingga tindakan lembaga tinggi negara seperti tindakan DPR, presiden dan yudisial harus sesuai dengan konstitusi. Oleh karena itu masing-masing kekuasaan politik dan yudisial harus saling mengawasi dan mengimbangi agar tindakannya sesuai dengan konstitusi sebagai hukum tertinggi.

Prinsip *checks and balances* dalam konteks *constitutional review* juga mendapatkan kritik khususnya menjadikan lembaga peradilan sebagai pembuat kebijakan baru (*policy maker*).⁹⁸ Di dalam beberapa kasus putusan *constitutional*

⁹⁷ Laura Langer, *Judicial Review in the State Supreme Court : A Comparative Study*, Albany: New York University Press, 2002, hal 1-4.

⁹⁸ *Ibid.*

review yang dilakukan oleh MA di Amerika Serikat itu kadang-kadang bersifat ultra petita yaitu pengadilan memutuskan lebih dari apa yang diminta oleh pemohon, maka pengadilan membuat norma baru yang tidak hanya sekedar membatalkan sebuah UU karena bertentangan dengan konstitusi.⁹⁹ Tetapi putusan MK yang bersifat ultra petita tidak selalu dianggap tidak baik dalam konteks tertentu. Dalam konteks teori hukum responsif, maka putusan yang bersifat ultra petita merupakan suatu yang valid dapat dilakukan oleh MK.¹⁰⁰ Kemudian terdapat beberapa kriteria dalam penerapan ultra petita dalam putusan MK yaitu, pertama, UU yang diminta merupakan jantung UU, kedua, praktek ultra petita lazim dilakukan di negara-negara lain, ketiga, jika pengujian terhadap UU yang terkait kepentingan umum, keempat, ultra petita tidak berlaku mutlak, kelima, adanya permohonan keadilan (*ex aquo et bono*).¹⁰¹

Prinsip *check and balances* erat kaitannya dengan paham konstitusionalisme. Jimly Asshiddiqie di dalam bukunya *Konstitusi dan Konstitusionalisme* yang diterbitkan oleh Konpres pada 2006 banyak mengelaborasi konstitusionalisme. Konstitusionalisme menurut CJ Friedrich adalah *an institutionalized system of effective, regularized restraints upon government action*.¹⁰² Konstitusionalisme mengatur dua hubungan yang saling berkaitan yaitu *Pertama*, hubungan antara pemerintah dan warga negara, dan *Kedua*, hubungan antara lembaga pemerintah yang satu dengan yang lain.¹⁰³ Oleh karena itu biasanya isi konstitusi meliputi tiga hal yaitu (a) menentukan pembatasan kekuasaan organ-organ negara, (b) mengatur hubungan lembaga negara yang satu dengan yang lain, (c) mengatur hubungan kekuasaan antara lembaga-lembaga negara dengan warga negara.¹⁰⁴

Konstitusionalisme sebagai salah satu ciri negara hukum diperlukan agar kekuasaan dalam proses pemerintahan dapat dikendalikan dan dibatasi sebagaimana mestinya.¹⁰⁵ Adanya kewenangan MK atas *constitutional review* adalah untuk memperkuat prinsip *checks and balances* antar cabang-cabang kekuasaan yang sengaja dipisahkan untuk menjamin demokrasi berjalan dengan baik.¹⁰⁶

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Ibnu Sina Chandra, *Ultra Petita Dalam Pengujian UU dan Mencapai Keadilan Konstitusional*, Jurnal Konstitusi Volume 9 Nomor 1 Maret 2012.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, Jakarta: Konpres, 2006, hal. 25.

¹⁰³ Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, hak. 388.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, hal 23-24.

¹⁰⁶ *Ibid.*, hal 151-162.

Dalam konteks ketatanegaraan di Indonesia khususnya pasca amandemen UUD 1945, prinsip *checks and balances* mulai terwujud secara nyata. Hubungan antara kekuasaan eksekutif yang dilakukan oleh Presiden, kekuasaan legislatif oleh DPR (dan dalam hal tertentu oleh Dewan Perwakilan Daerah (DPD) sebagai *co-legislator*), dan kekuasaan yudikatif dilakukan oleh MA dan MK merupakan perwujudan prinsip *check and balances*.¹⁰⁷ Prinsip *checks and balances* dimaksudkan untuk mengimbangi pembagian kekuasaan yang dilakukan agar tidak terjadi penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga pemegang kekuasaan tertentu atau terjadi kebuntuan dalam hubungan antar lembaga.¹⁰⁸ Adanya prinsip *checks and balances ini* juga untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan wewenang oleh salah satu pemegang kekuasaan.¹⁰⁹

Kewenangan khusus yang diberikan kepada MK merupakan salah satu bentuk *judicial control* dalam rangka sistem *checks and balances* di antara cabang-cabang kekuasaan kehakiman.¹¹⁰ Gagasan awal kelahiran peradilan tata usaha negara memang berasal dari implementasi prinsip *checks and balances*. Gagasan pemisahan kekuasaan (*separation of power*) dari Rosseau dan Montesqieu merupakan bibit pengembangan *constitutional review* ke depan.¹¹¹ Kemudian adanya putusan MA Amerika Serikat dalam kasus *landmark* Marbury vs Madison mempunyai pengaruh implementasi prinsip *checks and balances* khususnya adanya kewenangan MA untuk melakukan *constitutional review*.¹¹² Pada akhirnya, Hans Kelsen mengusulkan adanya peradilan khusus di luar MA yang diberikan kewenangan untuk *constitutional review*.¹¹³

Pada awal, Montesqieu mengagas pemisahan kekuasaan murni (*the separation of power*) sebagai landasan pemerintahan (*democratic government*), tetapi kemudian muncul gagasan demokrasi konstitusional (*constitutional democracy*). Prinsip *checks and balances* menjadi bagian dari constitutional democracy. Walucho menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

“So far, so good, But a number of further questions surrounding constitutions merit our attention. One is whether the possibility of

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, hal 417-418

¹⁰⁹ Isrok, **Penerapan Fungsi Checks And Balances pada Hubungan DPRD dan Kepala Daerah dalam Laporan Pertanggungjawaban Kepala Daerah**, Jurnal Hukum Konstitusi, Volume 5, Nomor 2, MKRI, 2008.

¹¹⁰ Maruarar Siahaan, **Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia**, Jakarta: Sinar Grafika, 2015.

¹¹¹ *Ibid.*, hal 3.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

*constitutionally limited government power requires, as a matter of either conceptual necessity or practical politics, the kind of separation of powers urged by the French political theorist Baron de Montesquieu. Although a defated US congressman or president may go later to serve as an American Supreme Court justice, or a judge in Canda might take a leave or absence to run for Parliament, this seldom occur in practice. And it is certainly the case that these role are never combined in one and the same time. But is this common feature of constitutional democracies in any sense necessary? If so, why is this the case? And does this fact have any bearing on judicial review wherein, some have argued, judges have too eagerly embraced powers that really ought to reside in the legislative branches of government? In constitutional democracies legislators and members of the executive are not usually thought to be in the business of deciding legal cases. Indeed, they are sometimes chastised for trying to influence the outcome of legal disputes, as when a cabinet minister intervenes in a constituent's legal case by contacting the presiding judge"*¹¹⁴

Teori pemisahan kekuasaan berawal dari gagasan JJ Rosseau untuk memisahkan kekuasaan menjadi tiga cabang yaitu eksekutif, legislatif dan yudikatif. Menurut JJ Rosseau pemisahan kekuasaan bertujuan mencegah adanya penyalahgunaan kekuasaan oleh salah satu cabang kekuasaan, JJ Rosseau mencontohkan kondisi penyalahgunaan kekuasaan ketika demokrasi berubah menjadi oligarki.¹¹⁵

Konsep pemisahan kekuasaan sudah dikenal sejak jaman Romawi. CF Strong mencoba menelusuri akar sejarah pemisahan kekuasaan pada masa Republik Romawi sebelum menjadi Imperium Romawi. Menurut CF Strong menjelaskan sebagai berikut:

"Sekitar 500 SM, bentuk pemerintahan republik mulai muncul di Romawi, dan berdasarkan Konstitusi Romawi sudah mengenal sistem pemisahan kekuasaan di mana terdapat tiga cabang kekuasaan negara yang bertujuan untuk saling mengontrol dan mengimbangi (*checks and balances*) yaitu; *Pertama*, elemen monarki (diserahkan dari tangan raja) yang memanifestasikan dirinya dalam bentuk jabatan penasehat yang dipilih selama setahun dan ada dua yang masing-masing berwenang untuk memveto satu sama lain; *Kedua*, elemen aristokrat yang diwujudkan dalam bentuk Senat yang berwenang dalam pembentukan UU (legislatif); *Ketiga*, adalah elemen demokratis yaitu pertemuan-pertemuan rakyat dalam tiga jenis konvensi yang dibagi

¹¹⁴ WJ Waluchow, *A Common Law Theory Of Judicial Review The Living Tree*, Cambridge: Cambridge University Press, hal. 30.

¹¹⁵ JJ Rousseau, *Du Contract Social (Perjanjian Sosial)*, Jakarta: Visi Media, 2007, hal. 146-153.

berdasarkan tanah atau rakyat (*cury, century, atau suku bangsa*).¹¹⁶

Ketatanegaran Romawi mengalami perkembangan dari bentuk negara kota, menjadi republik dan akhirnya menjadi imperium. Sistem *checks and balances* di Romawi mengalami kemunduran ketika Julius Caesar menaklukkan Pompey ditahun 48 SM (sebelum masehi), dan Senat mengukuhkan Julius Caesar sebagai diktator seumur hidup, dan menjadikan Romawi sebagai imperium.¹¹⁷

Kemudian juga terdapat Piagam Madinah atau sering juga disebut dengan Konstitusi Madinah yang bersifat dan berlaku untuk seluruh umat manusia di Kota Madinah, dan ditetapkan oleh Nabi Muhammad SAW pada 622 M.¹¹⁸ Konstitusi Madinah merupakan bentuk implementasi negara bangsa pada waktu itu, karena menghormati dan mengakui hak-hak seluruh umat manusia di Kota Madinah pada waktu itu.

Konsep pemisahan kekuasaan mengalami perkembangan seperti yang dijelaskan oleh Bruce Ackerman. Bruce Ackerman, dalam konteks pemisahan kekuasaan di Amerika Serikat, sebenarnya tidak hanya ada empat cabang kekuasaan (eksekutif, legislatif, senat dan kongres), tetapi ada lima cabang kekuasaan (Eksekutif, Legislatif, Senat, Kongres dan Lembaga Independen Negara).¹¹⁹ Di Indonesia juga terdapat lembaga-lembaga independen negara pasca perubahan UUD 1945.

Selanjutnya, teori pemisahan juga berkembang dalam konteks di dalam cabang kekuasaan negara itu sendiri (*checks and balances within*). Di dalam rumah parlemen sebenarnya terdapat dua kamar yaitu senat dan kongres, begitu juga di Indonesia pasca perubahan kedua UUD 1945 terdapat DPR dan DPR.¹²⁰ Adanya konsep dua kamar di dalam rumah parlemen sebenarnya merupakan penerapan *checks and balances*.¹²¹

Kekuasaan peradilan lahir dari prinsip pemisahan kekuasaan memberikan kontribusi untuk mencegah dan menyediakan upaya hukum untuk pemulihan atas

¹¹⁶CF Strong, **Konstitusi Politik Modern Kajian Tentang Sejarah Dan Bentuk-Bentuk Konstitusi Dunia**, Bandung: Penerbit Nuansa& Nusamedia, hal. 27-28.

¹¹⁷*Ibid.*, hal.29

¹¹⁸Kafrawi & Sarkawi, **Perbandingan Hukum Tata Negara (Comparative Of Constitutional Law)**, (Mataram:2015, hal. 211.

¹¹⁹ Maruarar Siahaan, **Implementasi Peraturan MK Dalam Pengujian UU, Studi Tentang Mekanisme Checks And Balances di Indonesia**, Disertasi tidak diterbitkan, Semarang, FH Undip, 2010.

¹²⁰ Asshiddiqie, *Loc., Cit.* hal 250.

¹²¹*Ibid.*

pelanggaran konstitusi oleh cabang-cabang kekuasaan yang lainnya (*judicial remedy*). Vicki C. Jackson memberikan argumen posisi lembaga peradilan dalam konteks prinsip *checks and balances* sebagai berikut:

*"On all of these accounts, it would seem, judicially enforced constitutional law functions both to deter potential "bad acting" by powerfull political forces and to provide opportunities for loser in the political arena to continue their contest in the courts, under the banner of the constitution"*¹²²

Pendapat Vicki C. Jackson tersebut sangat jelas fungsi lembaga peradilan dalam konteks prinsip *checks and balances* adalah tidak hanya untuk mencegah adanya "*bad acting*" dari penguasa, tetapi juga untuk memberikan ruang kepada para pihak yang tidak puas di arena politik (bisa saja dalam pembentukan UU di parlemen atau pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara) untuk berkontestasi di pengadilan dalam kerangka konstitusi. Meskipun Vicki C. Jackson tidak menyebutkan secara langsung peran lembaga peradilan untuk memulihkan atas pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara atau adanya UU yang bertentangan dengan konstitusi, tetapi menegaskan pihak-pihak yang tidak puas dapat melanjutkan kontestasi di pengadilan dalam kerangka konstitusi. Ini memberikan penegasan bahwa memang ada upaya hukum atas pelanggaran hak-hak konstitusional atau adanya UU yang bertentangan dengan konstitusi.

Di dalam konteks negara hukum juga menyebutkan prinsip *checks and balances* dalam konteks teori pemisahan kekuasaan, dan menurut Julius Stahl terdapat empat unsur negara hukum yaitu *pertama*, pengakuan HAM; *kedua*, pemisahan kekuasaan; *ketiga*, pemerintahan atas dasar UU, dan *keempat*, peradilan administrasi.¹²³ Teori pemisahan kekuasaan sendiri muncul sebagai respon atas kekuasaan monarki yang absolut di Eropa, yang mana para raja menarik pajak yang tinggi dari rakyatnya, dan meminta bantuan keuangan pada para bangsawan untuk kebutuhan perang.¹²⁴

Dua orang sarjana terkemuka yang menggagas ide pemisahan kekuasaan yaitu John Locke dan Montesquieu. John Locke memisahkan membagi cabang-cabang kekuasaan negara menjadi tiga yaitu eksekutif, legislatif dan federatif, sementara

¹²²Vicki C. Jackson, *Constitutional Engagement In A Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press, 2010, hal. 4.

¹²³A. Ahsin Thohari, **Hak Konstitusional dalam Hukum Tata Negara Indonesia**, Jakarta: Penerbit Erlangga, 2016, hal. 11.

¹²⁴Isharyanto, **Hukum Kelembagaan Negara (Studi Hukum Dan Konstitusi Mengenai Perkembangan Ketatanegaraan Republik Indonesia)**, Yogyakarta: Deepublish, 2016, hal. 15.

Mostesqieu membagi cabang-cabang kekuasaan menjadi tiga yaitu eksekutif, legislatif dan yudikatif.¹²⁵ Perbedaan konsep pemisahan kekuasaan antara

John Locke dengan Mostesqieu adalah John Locke memasukan kekuasaan yudisial dalam kekuasaan eksekutif, sementara Mostesqieu menjadi kekuasaan yudisial berdiri sendiri.¹²⁶ Teori pemisahan kekuasaan dari Mostesqieu sering dikenal dengan Trias Politica, yang sebenarnya berasal dari pemikiran Immanuel Kant.¹²⁷

Teori pemisahan kekuasaan klasik dari John Locke dan Mostesqieu memang dimaksudkan untuk mencegah adanya penyalahgunaan kekuasaan oleh salah satu cabang kekuasaan negara. Konsep pemisahan kekuasaan menurut John Locke bertujuan agar kekuatan-kekuatan sosial hendaknya saling mengimbangi.¹²⁸

Kelemahan teori pemisahan kekuasaan dari John Locke ternyata dasar teori pemisahan kekuasaannya tidak berdasarkan atas kedaulatan rakyat karena kekuasaan parlemen diwakili oleh kaum bangsawan dan golongan kaya.¹²⁹ Kemudian juga, teori pemisahan kekuasaan dari John Locke diletakan dalam konteks bentuk negara monarki moderat.¹³⁰

Mostesque juga menegaskan adanya pemisahan kekuasaan bertujuan untuk mencegah jangan sampai seseorang atau satu badan atau jawatan menjadi terlalu kuat dan menghancurkan kebebasan masyarakat.¹³¹ Hans Kelsen juga menjelaskan pentingnya pemisahan kekuasaan yaitu *that all the powers intrusted to government whether State or national a divided into the three grand departments, the executive, the legislative and the judicial.*¹³²

Tetapi di sisi lain, teori pemisahan dari Mostesque ini juga mendapatkan kritik ketika menempatkan negara sebagai penjaga malam saja khususnya peran negara untuk mewujudkan keadilan sosial tidak bisa dijawab baik oleh John Locke dan Mostesque.¹³³ Kritik ini bisa dipahami negara absen dalam mewujudkan keadilan sosial, dan seperti yang disampaikan oleh John Locke negara hadir karena untuk

¹²⁵ *Ibid*, hal. 15-16.

¹²⁶ *Ibid*.

¹²⁷ Moh. Mahfud MD, **Membangun Politik Hukum, Menegakan Konstitusi**, Jakarta: LP3ES, 2006, hal. 277.

¹²⁸ Franz Magnis Suseno, **Etika Politik : Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern**, Jakarta: Gramedia, 1999, hal. 125.

¹²⁹ *Ibid.*, hal. 223.

¹³⁰ *Ibid.*, hal. 225.

¹³¹ *Ibid*.

¹³² Hans Kelsen, **General Theory of Law And State**, Cambridge-Massachusset: Harvard University Press, 1949, hal. 269.

¹³³ *Ibid*, hal. 232-235.

melindungi hak individu atas kepemilikan (*property*). Begitu juga Montesquie tidak menjawab bagaimana mewujudkan keadilan sosial tersebut.

Paham liberalisme klasik ini juga mendapatkan kritik dari paham studi hukum kritis yaitu sebagai berikut:

Sistem hukum yang bercorak liberal ini dibangun dalam tradisi pemikiran yang meyakini bahwa di dalam teori maupun prakteknya hukum dapat dikonstruksikan sebagai institusi netral dan bebas nilai. Hukum tersebut tertuang dalam peraturan-peraturan tertulis formal rasional untuk menjamin kepastian yang dapat diprediksikan. Kontruksi pemikiran ini muncul dalam (teori) hukum sebagai dampak dominasi paradigm positivisme dalam pengetahuan yang berkembang pada masa kelahiran hukum modern.¹³⁴

Paham hukum kritis ini juga melihat landasan teori pemisahan kekuasaan berlandaskan hukum alam khususnya positivisme hukum yang memang sedang berkembang ketika muncul pemikiran Montesquieu, dan menempatkan fenomena yang dikaji sebagai obyek yang dapat dikontrol, digeneralisir sehingga gejala ke depan bisa diramalkan.¹³⁵

Teori pemisahan kekuasaan berdasarkan paham liberalisme klasik ini tidak menjawab bagaimanakah peran negara dalam mewujudkan keadilan sosial. Tetapi kontribusi teori pemisahan kekuasaan dari paham liberalisme klasik ini harus diakui juga karena tujuan adanya pemisahan kekuasaan itu adalah untuk mencegah adanya penyalahgunaan kekuasaan oleh salah satu cabang kekuasaan.

Kemudian Hans Kelsen memberikan batasan-batasan konsep pemisahan kekuasaan yaitu sebagai berikut;

“Bahwa seluruh kekuasaan yang diberikan kepada pemerintah, baik pemerintah negara bagian maupun pemerintah dibagi ke dalam tiga bidang yaitu eksekutif, legislatif, dan yudikatif, fungsi sesuai dengan bidang-bidang pemerintahan masing-masing harus diberikan kepada satu lembaga negara yang terpisah, dan bahwa kesempurnaan sistem ini memerlukan batasan-batasan secara luas dan tegas yang memisahkan dan membagi bidang-bidang ini”.¹³⁶

Berdasarkan pendapat Hans Kelsen tersebut di atas sebenarnya ingin menegaskan bahwa dalam pemisahan kekuasaan harus ada kejelasan masing-masing kewenangannya. Tetapi kemudian, Hans Kelsen menegaskan ada prinsip *checks and balances* dari masing-masing cabang kekuasaan seperti contohnya

¹³⁴FX Aji Samekto, **Studi Hukum Kritis: Kritik Terhadap Hukum Modern**, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005, hal. ix

¹³⁵*Ibid.*, hal. 5

¹³⁶ Hans Kelsen, **Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara**, Bandung: Nusa Media, 2018, hal. 382.

pengadilan melakukan pengawasan atas UU dan administrasi yang sebenarnya merupakan kewenangan legislatif dan eksekutif.¹³⁷ Hans Kelsen mulai menyadari bahwa terdapat model lain dalam teori pembagian kekuasaan yaitu adanya teori pembagian kekuasaan berdasarkan prinsip *check and balances*, sehingga tujuan dari pemisahan kekuasaan itu sendiri untuk mencegah adanya penyalahgunaan kekuasaan bisa dicapai secara optimal. Kemudian, Hans Kelsen menegaskan makna historis adanya pemisahan kekuasaan bukanlah untuk pemisahan kekuasaan itu sendiri, tetapi untuk mencegah adanya pemusatan kekuasaan pada salah satu cabang kekuasaan.¹³⁸ Faktor sejarah monarki yang memusatkan seluruh kekuasaan pada raja/ratu yang menjadi latar belakang munculnya teori pemisahan kekuasaan, yang kemudian berkembang menjadi model teori pemisahan kekuasaan berdasarkan prinsip *checks and balances*.

Konsep klasik ketatanegaraan dalam penentuan cabang-cabang kekuasaan pemerintahan adalah pembagian kekuasaan (*the division or distribution of power*), kemudian berkembang model kontemporer berdasarkan prinsip *checks and balances*. Menurut Jimly Asshiddiqie model pembagian kekuasaan rakyat terdapat dua jenis yaitu;

"*Pertama*, model *distribution or division of power* yaitu kekuasaan rakyat dibagi-bagi secara vertikal oleh lembaga tertinggi negara ke dalam lembaga tinggi negara yang berada di bawahnya; *Kedua*, *separation of power* yaitu kedaulatan rakyat ditentukan dan dibagikan secara horizontal dengan cara memisahkannya menjadi kekuasaan-kekuasaan yang dinisbatkan sebagai fungsi lembaga-lembaga negara yang sederajat dan saling mengendalikan satu sama lain berdasarkan prinsip *checks and balances*".¹³⁹

Di dalam perkembangannya, teori pemisahan kekuasaan ini mengalami pergeseran dari yang model klasik menjadi model yang kontemporer. Prinsip *checks and balances* merupakan perkembangan modern dari teori pemisahan kekuasaan di dalam hukum tata negara. Prinsip *checks and balances* muncul di dalam putusan MA Amerika Serikat (AS) kasus Madison versus Marbury. MA AS memutuskan kewenangan pengadilan atas *constitutional review* untuk menguji apakah UU bertentangan dengan konstitusi.¹⁴⁰ Hakim Agung AS John Marshall menegaskan pengadilan (MA) mempunyai wewenang untuk memutuskan dan mengadili UU yang

¹³⁷ *Ibid.*, hal 397-398.

¹³⁸ *Ibid.*, hal. 399.

¹³⁹ Asshiddiqie, *Op.Cit*, hal. 73.

¹⁴⁰ Mark Tushnet, *I Dissent : Great Opposing Opinions In Landmark Supreme Court Cases*, (Boston: Beacon Press, 2008), hal. 3

bertentangan dengan konstitusi, yang kasus konkretnya timbul dari konstitusi (*constitutional review*).¹⁴¹ Lebih jauh, John Marshall menegaskan hakim sebenarnya boleh tidak menerapkan UU yang bertentangan dengan konstitusi, karena hakim berpegang pada sumpahnya.¹⁴²

Tetapi pendapat John Marshall itu ditentang oleh hakim agung lainnya yaitu Hakim Agung Gibson menegaskan sumpah terhadap konstitusi tidak mengikat hakim, melainkan mengikat pegawai-pegawai pemerintah saja dalam melaksanakan tugasnya.¹⁴³ Sebenarnya pandangan John Marshall yang menegaskan hakim tidak boleh menerapkan hukum yang bertentangan dengan konstitusi merupakan langkah awal untuk mewujudkan permohonan pertanyaan konstitusional. Berdasarkan pendapat John Marshall tersebut jelas permohonan pertanyaan konstitusional merupakan peran kontrol lembaga yudisial untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan oleh eksekutif dan legislatif dalam konteks prinsip *checks and balances*. Hans Kelsen juga menjelaskan fungsi yudisial dalam konteks prinsip *checks and balances* sebagai berikut :

*"We have seen that courts fulfil a legislative function when authorized to annul unconstitutional laws. They do so also when they are competent to annul a regulation on the ground that it appears to be contrary to a law, or—as is sometimes the case—that it seems "unreasonable". In the latter case, the legislative function of courts is especially obvious."*¹⁴⁴

Penulis menggarisbawahi fungsi yudisial dalam konteks prinsip *checks and balance* menurut Hans Kelsen ketika yudisial menyatakan UU bertentangan dengan konstitusi, maka fungsi yudisial sebagai lembaga legislatif, dan itu tidak berarti mengambilalih fungsi legislatif dalam pembuatan UU. Fungsi yudisial tersebut adalah implementasi prinsip *checks and balances*.

Konsep pemisahan kekuasaan sebenarnya juga sudah dikenal di Nusantara. Di lingkungan kerajaan Sriwijaya pada abad ke-6 dan ke-7 sudah mengenal pemisahan kekuasaan (eksekutif, legislatif dan yudikatif), meskipun tidak terpisah seperti yang diidealkan oleh Montesquie pada pertengahan abad ke-18.¹⁴⁵ Menurut Jimly Asshiddiqie menjelaskan sebagai berikut:

Pada masa awal Kerajaan Sriwijaya sebelum abad ke-7, Marga di Palembang, dan sekitarnya di Sumatera bagian Selatan, dipimpin oleh

¹⁴¹ Chemerinsky, *Op.Cit.*, hal 44.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Kelsen, *Op.Cit.*, hal. 272.

¹⁴⁵ Jimly Asshiddiqie, **Konstitusi dan Konstitusi Kebudayaan**, Jakarta: Intrans Publishing, 2017, hal. 19.

Pesirah yang sekaligus memimpin tiga urusan yang terpisah yaitu tugas pemerintahan, tugas pembentukan aturan hukum adat, dan tugas mengadili para pelanggar hukum adat.¹⁴⁶

Fungsi peradilan dalam konteks prinsip *checks and balances* menurut Keith E. Whittington menjelaskan sebagai berikut:

Pembuat UU sepenuhnya digerakan oleh logika politik, sebab memang organ ini adalah lembaga politik, oleh karena itu fungsi *constitutional review* adalah untuk menetapkan nilai-nilai dan menyatakan menyatakan nilai-nilai fundamental, atau setidak-tidaknya dapat menjamin kekuasaan yang dipilih agar tidak tergelincir ke dalam motivasi yang semata-mata demi memperoleh keuntungan politik.¹⁴⁷

Di dalam konteks ketatanegaraan kita, prinsip *checks and balances* memberikan fungsi kepada MK untuk menjadi penyeimbang demokrasi majoritarian.¹⁴⁸ Parlemen menghasilkan UU berdasarkan *rule of majoritarian*, sementara MK mengutamakan prinsip *rule of law*, oleh karena itu demokrasi mengedepankan prinsip *majority rule* yang sama sekali tidak identik dengan keadilan atau pun kebenaran konstitusional sehingga harus diimbangi dan dikontrol oleh hukum (konstitusi) melalui MK.¹⁴⁹ Fungsi permohonan pertanyaan konstitusional dalam konteks prinsip *checks and balances* adalah untuk mencegah penerapan UU yang berpotensi melanggar hak-hak konstitusional warga negara di pengadilan, dan baik hakim atau para pihak di pengadilan dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas UU yang diragukan konstitusionalitasnya ke MK.

CF Strong menegaskan fungsi pengadilan pada masa sekarang ini dalam implementasi prinsip *checks and balances* sebagai berikut:

"Pada awalnya fungsi pengadilan di negara-negara *common law* adalah membuat hukum (*judge made law*), sementara fungsi pengadilan di negara-negara *civil law* adalah menerapkan UU yang dibuat legislatif, tetapi dalam perkembangannya khususnya ketika lahirnya peradilan tata negara yang terpisah dari MA di negara-negara *civil law*, dan ternyata tugas pengadilan juga melakukan penafsiran atas UU yang tidak jelas makna (*the interpreter of the Constitution*) dan menjadi pengawal konstitusi (*the Guardian of the Constitution*)".¹⁵⁰

¹⁴⁶ *Ibid.*, hal. 19-20.

¹⁴⁷ Ahmad Syahrizal, **Peradilan Konstitusi: Suatu Studi Tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif**, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2006), hal. 65-66.

¹⁴⁸ Jimly Asshiddiqie, **Konstitusi Ekonomi**, (Jakarta: Kompas, 2010), hal. 55.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ CF Strong, *Op. Cit.*, hal. 391-397.

Berdasarkan pendapat CF Strong di atas sangat jelas fungsi pengadilan khususnya peradilan tata negara kontemporer dalam implementasi prinsip *checks and balances* adalah membuat hukum juga (*judge made law*) melalui penafsiran atas ketentuan-ketentuan di dalam UU yang bertentangan dengan konstitusi. Fungsi lembaga peradilan untuk melakukan *constitutional review* merupakan implementasi dari prinsip *checks and balances*, seperti yang terjadi pada MA di AS di mana Konstitusi AS tidak menyebutkan secara eksplisit kewenangan MA AS atas *constitutional review* tersebut.¹⁵¹

Teori pemisahan kekuasaan dalam prakteknya juga sudah tidak murni lagi diterapkan termasuk di AS karena di sana berlaku juga sistem pengawasan yang disebut prinsip *checks and balances*.¹⁵² Teori pemisahan kekuasaan mengalami perkembangan karena mengikuti tuntutan perubahan dan kompleksnya dalam tata kelola pemerintahan.

Menurut Moh. Mahfud MD Pasca amandemen UUD 1945 memunculkan sistem *checks and balances* yang proporsional di dalam sistem ketatanegaraan Indonesia.¹⁵³ Kehadiran MK untuk melakukan *constitutional review* atas UU yang diduga bertentangan dengan konstitusi untuk implementasi prinsip *checks and balances* adalah hal yang bagus untuk sistem ketatanegaraan, sehingga legislatif lebih berhati-hati dalam membuat UU.¹⁵⁴ Kemudian juga adanya sistem bikameral di dalam pembentukan UU yaitu Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan DPD (Dewan Perwakilan Daerah) merupakan bentuk implementasi prinsip *check and balances* dalam sistem ketatanegaraan kita, meskipun peran DPD dalam pembentukan UU belum optimal.¹⁵⁵

Pasca amandemen UUD 1945, prinsip *checks and balances* menjadi "perekat" cabang-cabang kekuasaan negara khususnya adanya peran DPR dan MK yang signifikan dalam sistem ketatanegaraan kita, yang mana sebelum amandemen UUD 1945 peran eksekutif lebih besar (*executive heavy*).¹⁵⁶ Teori pemisahan kekuasaan kontemporer berdasarkan prinsip *checks and balances* selain berfungsi untuk membatasi kekuasaan dari penguasa (alat kelengkapan negara), juga untuk mewujudkan spesialisasi fungsi dalam rangka mencapai efisiensi yang maksimal

¹⁵¹ Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 95.

¹⁵² A.Mukthie Fajar, *Op.Cit.*, hal 138.

¹⁵³ Moh.Mahfud MD, **Perdebatan Hukum Tata Negara : Amandemen Konstitusi**, Jakarta:LP3ES,2006, hal. xv.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Taufiqurrohman Syahuri, **Tafsir Konstitusi Berbagai Aspek Hukum**, Jakarta:Kencana Prenada Media Group,2011, hal. 44-51.

sesuai dengan tuntutan zaman yang makin modern.¹⁵⁷ Lebih lanjut, A.Mukti Fajar menjelaskan teori pemisahan kekuasaan kontemporer sebagai berikut:

"Teori pemisahan kekuasaan dari Montesquieu sudah tidak mungkin lagi diterapkan secara murni oleh negara demokrasi modern karena beberapa hal sebagai berikut:

- 1) Pemisahan kekuasaan negara menjadi tiga kekuasaan dan masing-masing kekuasaan dipegang oleh organ-organ yang terpisah secara mutlak, menyebabkan tidak adanya kontrol, sehingga sangat memungkinkan terjadinya penyalahgunaan kekuasaan dan pelanggaran terhadap batas wewenang yang diberikan yang memang sudah terjadi kecenderungan setiap organ, bahkan setiap manusia;
- 2) Di dalam negara moder, tidak mungkin tiap-tiap badan kenegaraan hanya disertai satu fungsi tertentu (eksekutif, legislatif dan yudikatif) saja. Tetapi banyak badan kenegaraan yang disertai lebih dari satu macam fungsi, misalnya pembuatan hukum atau perundang-undangan, tidak mungkin hanya diserahkan pada badan legislatif saja tetapi kekuasaan eksekutif pun mempunyai wewenang untuk membuatnya karena kebutuhan-kebutuhan negara yang mendesak. Kita kenal umpamanya yang disebut *freiss ermesson* (kebijaksanaan) dari alat-alat perlengkapan pemerintahan eksekutif. Juga di Indonesia menurut UUD 1945, undang-undang dibuat oleh DPR dengan persetujuan presiden, wewenang pembuatan PERPU, PP dan sebagainya, bahkan badan peradilan-pun mempunyai wewenang untuk kreasi hukum;
- 3) Dalam negara modern, tugas atau fungsi negara tidak hanya terdiri dari tiga macam saja, tetapi sangat kompleks seperti apa yang kita kenal dengan tugas "penyelenggaraan kesejahteraan umum".¹⁵⁸

Seperti yang sudah dijelaskan di atas pasca amandemen UUD 1945 juga terdapat implementasi *checks and balances within* yaitu adanya kelahiran lembaga-lembaga pemerintahan independen seperti Komisi Nasional Hak-Hak Prinsip i Manusia (Komnas HAM), Komisi Ombudsman Nasional, Komisi Yudisial dan lain-lain. Jimly Asshiddiqie menjelaskan sebagai berikut;

"Fungsi lembaga-lembaga pemerintahan independen tersebut juga merupakan implementasi *checks and balances* karena fungsi independensi lembaga pemerintahan tersebut untuk mencegah adanya penyalahgunaan kekuasaan untuk kepentingan kekuasaan seperti organisasi tentara dapat dipakai oleh pemerintah untuk membungkam aspirasi warga negara, bank sentral juga ada kecenderungan digunakan untuk mengontrol sumber-sumber keuangan negara yang justru menguntungkan penguasa".¹⁵⁹

¹⁵⁷ A.Muktie Fajar, *Op.Cit.*, hal 136.

¹⁵⁸ *Ibid.*, hal. 139

¹⁵⁹ Asshiddiqie., *Loc.Cit.*

Berdasarkan pendapat di atas, penulis menemukan adanya pemahaman dan perkembangan konsep manajemen kedaulatan rakyat yaitu dari konsep pembagian kekuasaan, menjadi pemisahan kekuasaan klasik, dan akhirnya menjadi konsep pemisahan kekuasaan kontemporer berdasarkan prinsip *checks and balances*. Kemudian prinsip *check and balances* juga tidak diterapkan secara horizontal tetapi juga diterapkan di dalam lembaga pemerintahan itu sendiri seiring dengan kemunculan lembaga negara independen (*checks and balances within*).

Lembaga peradilan khususnya peradilan tata negara dalam menjalankan prinsip *checks and balances* yaitu berfungsi melakukan pengawasan dan menyeimbangi lembaga eksekutif dan yudikatif untuk mencegah adanya penyalahgunaan kekuasaan. Kemudian, permohonan pertanyaan konstitusional diletakan sebagai fungsi peradilan tata negara untuk melakukan pengawasan dan menyeimbangi tindakan-tindakan eksekutif dan legislatif yang berpotensi melanggar konstitusi dan penyalahgunaan kekuasaan.

Peneliti menggunakan prinsip *checks and balances* untuk menganalisis permasalahan hukum yang telah dielaborasi di atas yang berhubungan dengan Permohonan Pertanyaan Konstitusional.

II.1.3 Prinsip Kedaulatan Hukum (Nomokrasi)

Teori kedaulatan hukum (nomokrasi) pertama kali dikembangkan oleh Plato. Jimly Asshiddiqie menjelaskan sebagai berikut:

“Pada awalnya Plato menulis buku “Republic” yang mengidealkan bahwa suatu negara yang baik seharusnya dipimpin oleh filosof. Akan tetapi filosof dalam hal ini adalah seorang raja yang naik tahta berdasarkan garis keturunan darah karena itu disebut dengan doktrin Raja-Filosof (*the doctrine of philosopher’s king*) yang cerdik cendekia. Kemudian, Plato menulis buku berjudul *Nomoi* yang menjelaskan Plato tidak lagi mengidealkan kepemimpinan oleh raja-filosof, melainkan berdasarkan adanya sistem nilai dan norma yang melandasi penyelenggaraan kekuasaan”.¹⁶⁰

Plato menuliskan gagasannya tentang prinsip kedaulatan hukum (nomokrasi) karena dilatarbelakangi oleh kondisi negara kota Athena (Yunani). Franz Magnis-Suseno menjelaskan hal tersebut sebagai berikut :

“Plato menulis pada zaman masyarakat Yunani mengalami perubahan-perubahan yang mendalam, Athena pusat kebudayaan

¹⁶⁰ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 127.

Yunani dan tempat tinggal Plato, semakin merosot dalam semua bidang sebagai akibat kekalahan perang Pelopenes. Pemerinrahan negara menjadi rebutan orang-orang yang tidak memenuhi syarat, tetapi berambisi. Atas situasi tersebut, Plato ingin memberikan gagasan untuk kehidupan negara yang lebih baik, yang mana masyarakat ditata berdasarkan cita-cita keadilan.¹⁶¹

Prinsip nomokrasi ini berkembang menjadi gagasan negara hukum, yang mana di negara-negara *common law* disebut dengan *rule of law*, sementara di negara-negara *civil law* disebut dengan *rechtsstaat*.¹⁶² Ada beberapa sarjana yang mengembangkan prinsip kedaulatan hukum seperti Hugo Krabbe (1857-1936) dan Kranenburg. Menurut Krabbe menjelaskan sebagai berikut:

“Kekuasaan tertinggi bukan pada raja ataupun negara, tetapi kekuasaan tertinggi terletak pada hukum yaitu hukum yang bersumber dari kesadaran hukum setiap orang. Dalam hal ini hak-hak setiap orang, hak prinsip setiap orang yang bersumber pada kesadaran hukum, setiap orang menunjukkan kedudukannya lebih tinggi dari negara”.¹⁶³

Pandangan Hugo Krabe tersebut merupakan kritik atas teori kedaulatan negara absolut dan monarki absolut.¹⁶⁴ Teori kedaulatan negara sendiri meneruskan teori kedaulatan raja dalam suasana kedaulatan rakyat, negara berdaulat karena rakyat, selanjutnya kedaulatan itu dimiliki oleh negara yang dimanifestasikan pada diri raja.¹⁶⁵ Teori kedaulatan negara sekilas mendapatkan legitimasi dari rakyat, tetapi sebenarnya legitimasi itu samar-samar karena ternyata raja lah yang akhirnya paling menentukan karena negara dimanifestasikan pada diri raja.

Prinsip kedaulatan hukum menekankan hukum mengikat bukan karena negara menghendaknya, melainkan karena perumusan perasaan keadilan/hukum masyarakat.¹⁶⁶ Perasaan akan hukum/keadilan ini terjelma dalam naluri hukum (*recht instinct*), atau dalam bentuk yang lebih sempurna yaitu “kesadaran hukum” (*rechtsbewustjin*), di dalam negara membentuk sesuatu yang abstrak yaitu disebut *legislatif power*.¹⁶⁷

¹⁶¹ Magnis Suseno, *Op.Cit.*, hal 186-187.

¹⁶² *Ibid*.

¹⁶³ Hendra Nurtjahjo, **Filsafat Demokrasi**, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara, 2005, hal. 70-71.

¹⁶⁴ A. Muktie Fajar, *Op.Cit.*, hal 106.

¹⁶⁵ Nurtjahjo, *Op.Cit.*, hal. 68-69.

¹⁶⁶ Lili Rasjidi & Liza Sonia Rasjidi, **Filsafat dan Teori Hukum**, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2016, hal. 84.

¹⁶⁷ *Ibid*, hal. 71.

Kemudian terdapat kritik atas prinsip nomokrasi, seperti yang dituturkan oleh Leon Duguit sebagai berikut:

“Bahwa sesungguhnya yang berdaulat itu bukanlah hukum yang tercantum dalam bunyi teks UU, melainkan menjelma dalam *sociale solidariteit* (*solidarite sociale*), dan *sociale solidariteit* itu sendiri adalah (i) *onderling hulpbetoom* atau solidarismus yang merupakan kegotongroyongan dalam bekerja untuk kepentingan umum tanpa mengharapkan imbal jasa; dan (ii) *wederketige hulpbetoon* atau mutualismus yang merupakan gejala kegotongroyongan dalam bekerja saling tolong menolong antar orang per orang dengan harapan di masa yang akan datang mendapatkan balasan yang setimpal”.¹⁶⁸

Durkheim juga menjelaskan melalui tulisannya *division du trail social* 1893 menjelaskan solidaritas sosial (dianggap sebagai suatu kesetiakawanan sosial yang tampak) adalah hukum.¹⁶⁹ Itulah sebabnya maka kita dapat menaruh keyakinan telah menemukan semua kecorakragaman yang hakiki dari solidaritas sosial yang tercermin dalam hukum.¹⁷⁰ Kritik atas prinsip kedaulatan hukum juga terkait dengan apa makna kesadaran/keadilan rakyat karena Krabbe tidak menjelaskan hal tersebut secara rinci dan jelas.¹⁷¹

Prinsip kedaulatan hukum menegaskan hukum merupakan kekuasaan tertinggi, bukanlah pada pemerintah, legislatif ataupun yudisial. Hukum tertinggi di sini adalah konstitusi, seperti yang dijelaskan di atas Hakim Agung MA AS Marshall menegaskan konstitusi merupakan *supreme law of the land*. Lebih jelasnya Hakim Agung Marshall menjelaskan sebagai berikut :

“*Constitutional review is appropriate because Article IV make the Constitution the supreme law of the land the Constitution itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made pursuance to the constituiton. have that rank.*”¹⁷²

Prinsip kedaulatan hukum lahir dari kasus Marbury vs Madison tersebut, yang menurut Hakim Scalia menegaskan kembali adanya prinsip kedaulatan hukum tersebut yaitu *a government of law and not of men* atau pemerintahan berdasarkan hukum bukan manusia yang menentukannya.¹⁷³ Lebih jauh Hakim Scalia

¹⁶⁸ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 97.

¹⁶⁹ Alvin S. Johnson, **Sosiologi Hukum**, Jakarta: Rineka Cipta, 2006, hal. 103.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Rasjidi, *Loc.Cit.*

¹⁷² Chemerinsky, *Op.Cit.*, hal 44.

¹⁷³ Kevin A. Ring, **Scalia's Court : A Legacy Of Landmark Opinions**, Washington: Regnery Publishing, 2002, hal. 21.

menjelaskan berdasarkan putusan kasus *Madison vs Marbury*, pengadilan (konstitusi) diberikan wewenang untuk melakukan penafsiran atas UU yang tidak jelas maknanya dan bertentangan dengan konstitusi.¹⁷⁴ Pendapat Hakim Scalia tersebut menegaskan lagi kedaulatan hukum diimplementasikan melalui konstitusi sebagai hukum tertinggi, dan oleh karena itu pengadilan berwenang melakukan penafsiran atas makna yang tidak jelas di dalam UU yang bertentangan dengan konstitusi. Lebih jauh di dalam sistem ketatanegaraan yang kontemporer, konstitusi mempunyai kedudukan tertinggi, dan tidak ada lembaga negara ataupun manusia mempunyai kedudukan tertinggi dalam sistem ketatanegaraan.

Sebenarnya sebelum adanya kasus *landmark* di MA AS, sudah ada gagasan untuk prinsip kedaulatan hukum tersebut yaitu dari Alexander Hamilton. Alexander Hamilton adalah seorang federalist¹⁷⁵ menyatakan sebagai berikut:

*"The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A Constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore, belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation outh to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents".*¹⁷⁶

Alexander Hamilton menjelaskan mengapa konstitusi kedudukannya lebih tinggi dari pada UU karena konstitusi itu merefleksikan *the intention of the people* sementara UU mencerminkan *the intention of their agent*.¹⁷⁷ Lebih jauh, Alexander Hamilton menjelaskan sebagai berikut :

*"Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. If only supposes that the power of the people is superior to both ; and that where will of the legislature declared in its statute, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, that judges ought to be governed by the latter, rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental".*¹⁷⁸

Berdasarkan pendapat Alexander Hamilton tersebut, kehendak rakyat melalui konstitusi merupakan hukum tertinggi dibandingkan dengan UU yang merupakan

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Federalist adalah kelompok perancang Konstitusi AS yang progresif.

¹⁷⁶ Titon Slamet Kurnia, "**Peradilan Konstitusional**" oleh Mahkamah Agung melalui **Mekanisme Pengujian Konkret**, di dalam Jurnal Konstitusi Volume 16 Nomor 1 2018, hal. 69.

¹⁷⁷ *Ibid.* hal. 70

¹⁷⁸ *Ibid.*

kehendak agen. Teori prinsipal dan agen yang sudah dibahas di atas berdasarkan pendapat dari Ginsburg dalam pembentukan konstitusi, memberikan penjelasan yang cukup logis bahwa rakyat sebagai pemegang kehendak (prinsipal) memberikan mandat kepada eksekutif dan legislatif (agent) untuk membuat konstitusi. Konstitusi merupakan hukum tertinggi (nomokrasi) dibandingkan UU.

Pasca amendemen UUD 1945 tidak ada lembaga tertinggi negara karena secara vertikal lembaga-lembaga negara mempunyai posisi yang sama. Sebelum amendemen UUD 1945 sistem kelembagaan yang dianut bukan pemisahan kekuasaan, tetapi pembagian kekuasaan.¹⁷⁹ Pasca amendemen UUD 1945, tidak ada lembaga tertinggi negara, dan kekuasaan legislatif ada pada DPR, sementara kekuasaan eksekutif ada pada pemerintah, dan kekuasaan yudikatif ada pada MA dan MK.¹⁸⁰ Sehingga konstitusi mempunyai kedudukan yang tertinggi dalam sistem ketatanegaraan kita.

Pengalihan paham "Supremasi MPR" ke "Supremasi Konstitusi" setelah perubahan UUD 1945 membawa dampak besar dalam sistem ketatanegaraan kita. Menurut Jimly Asshiddiqie terdapat pergeseran paham "Supremasi MPR" ke "Supremasi Konstitusi" yaitu:

"Konstitusilah yang menempatkan kedudukan di dalam negara Indonesia dan konstitusi lah yang mengatur berbagai aspek ketatanegaraan dan penyelenggaraan negara, termasuk pelaksanaan kedaulatan negara, karena berdasarkan Pasal 1 ayat (1) menyatakan kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut UUD 1945".¹⁸¹

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, rakyat mengadakan kontrak sosial dengan pemerintah melalui konstitusi, dan konstitusi dibuat atas dasar kedaulatan rakyat sehingga rakyat lah yang berdaulat. Menurut kedaulatan rakyat menjelaskan rakyatlah yang menjadi sumber kekuasaan di dalam negara- yang lain tidak, kedaulatan rakyat lahir sebagai respon atas kedaulatan raja yang absolut dalam sistem monarki klasik.¹⁸² JJ Ruseau menekankan adanya kontrak sosial antara rakyat dan pemerintah yaitu rakyat menyerahkan kedaulatannya kepada pemerintah melalui kontrak sosial (konstitusi).¹⁸³

¹⁷⁹ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 417.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*, hal 447.

¹⁸² Nurtjahjo, *Op.Cit.*, hal. 61.

¹⁸³ *Ibid.*, hal. 63.

Teori kedaulatan rakyat ini juga mendapatkan kritik dari Mohammad Hatta yaitu sebagai berikut:

“Demokrasi barat yang dilahirkan Revolusi Perancis tiada membawa kemerdekaan rakyat yang sebenarnya, melainkan menimbulkan kekuasaan kapitalisme. Sebab demokrasi politik saja tidak cukup untuk mencapai demokrasi yang sebenarnya, yaitu Kedaulatan Rakyat. Haruslah adapula demokrasi ekonomi, yang memakai dasar, bahwa segala penghasilan yang mengenai penghidupan orang banyak harus berlaku di bawah tanggung orang banyak pula. Volkssouveriniteit yang dianjurkan oleh Rosseau pincang dan menyimpang dari jalannya, tiada membawa kedaulatan kepada rakyat, oleh karena ia berdasarkan individualisme tidak dapat sesuai dengan cita-cita kedaulatan rakyat yaitu rakyat (adalah) raja dalam menentukan nasibnya sendiri. Bagaimana pemerintah negeri harus dijalankan dan bagaimana caranya rakyat mesti hidup, semuanya itu harus hasil putusan rakyat mufakat”.¹⁸⁴

Berdasarkan pendapat Mohammad Hatta tersebut sebenarnya makna kedaulatan rakyat tidak hanya kedaulatan rakyat di bidang politik, tetapi juga kedaulatan rakyat di bidang ekonomi atau juga disebut demokrasi ekonomi. Teori kedaulatan rakyat dari JJ Rousseau tersebut tidak memperhatikan aspek kedaulatan rakyat di bidang ekonomi, karena tidak kalah penting juga dibandingkan dengan kedaulatan rakyat di bidang politik. Kemudian juga kondisi rakyat di bidang ekonomi belum tentu berbanding lurus dengan kedaulatan rakyat di bidang politik dari satu rejim pemerintah ke rejim yang lainnya. Oleh karena itu kedaulatan rakyat di bidang ekonomi dan politik tidak bisa dipisahkan dan harus saling mendukung untuk keberlanjutan demokrasi.

Kemudian juga teori kedaulatan rakyat dari Rousseau mendapatkan kritik khususnya tentang pendapat umum (*volunte generale*) sebagai dasar penentuan ada atau tidak adanya kedaulatan rakyat. Franz Magnis Suseno menjelaskan sebagai berikut:

“Kehendak umum muncul dalam kehendak mayoritas. Jika kehendak mayoritas bertentangan dengan kehendak minoritas, maka kehendak umum adalah kehendak mayoritas, dan kehendak minoritas harus menerima kehendak mayoritas tersebut. Rousseau mengikat kehendak umum pada kehendak mayoritas bersifat sewenang-wenang dan oleh karena itu merupakan kelemahan struktural teorinya yang paling menyolok”.¹⁸⁵

¹⁸⁴ *Ibid.*, hal. 66.

¹⁸⁵ Magnis Suseno, *Op.Cit.*, hal. 245-247.

Kelemahan teori kedaulatan rakyat dari Roussau tersebut ada kemungkinan kehendak umum tersebut bertentangan dengan kehendak minoritas, dan kehendak umum tersebut mungkin tidak selalu benar. Oleh karena itu kehendak umum mungkin bisa secara sewenang-wenang terhadap kehendak minoritas. Kemudian juga, teori kedaulatan rakyat ini mendapatkan kritik dari kalangan pegiat lingkungan hidup khususnya kedaulatan rakyat terlalu bersifat antroposentris.¹⁸⁶ Menurut Jimly Asshiddiqie kritik atas teori kedaulatan rakyat ini memunculkan teori kedaulatan lingkungan hidup karena memang kelemahan teori kedaulatan rakyat terfokus pada manusia atau bersifat antroposentris.¹⁸⁷ Lebih jauh Jimly Asshiddiqie sebagai berikut:

“Gagasan ekokrasi/kedaulatan lingkungan hidup dikembangkan dalam konteks kekuasaan yang dikonstruksikan dalam mekanisme hubungan antara Tuhan, Alam dan Manusia. Selama ini di zaman modern, relasi kekuasaan hanya dipandang sebagai persoalan manusia, pandangan ini dikenal dengan *antroposentrisme* yang menempatkan kehidupan berpusat pada manusia.”¹⁸⁸

Dalam padangan teori kedaulatan lingkungan hidup menjelaskan alam dan manusia harus hidup dalam keseimbangan, oleh karena itu harus ada pandangan baru untuk memperbaiki hubungan manusia dan alam yang selama ini eksploitatif dan tidak seimbang.¹⁸⁹ Di dalam perkembangan, prinsip kedaulatan rakyat ini menjadi landasan untuk eksistensinya *constitutional review* di dalam konstitusi, dan wewenangnya diberikan kepada pengadilan khusus di luar MA. Hal tersebut sejalan dengan pendapat Jimly Asshiddiqie dan Ginsburg yang menjelaskan sebagai berikut:

“Secara hipotesis Ginsburg mendalilkan, bahwa perspektif kontraktual mengalokasikan skema demokrasi konstitusional dengan hubungan kontral antara rakyat dan negara. Menurutnya relasi kontraktual itu adalah sifat keterkaitan antara “principal” dan “agen”. Prinsipal itu sendiri tidak lain dan tidak bukan adalah “rakyat” yang meletakkan kepercayaan kepada para “politisi” sebagai agen mereka. Para agen ini harus memenuhi keinginan kolektif rakyat sebagai pemilik kedaulatan sesungguhnya. Sebab, rakyat adalah prinsipal dan atas nama konstitusi dibentuk. Karena

¹⁸⁶ Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), antroposentris adalah paham yang menekankan manusia merupakan pusat kehidupan atau berpusat pada manusia. Atau dalam tatanan alam semesta ini, manusia lah sebagai pusat semuanya. Paham antroposentris sangat mempengaruhi mazhab hukum positif seperti pendapat Descartes yang menatakan saya berpikir maka saya ada (*cogito ergo sum*).

¹⁸⁷ Jimly Asshiddiqie, *Green Constitution : Nuansa Hijau UUD 1945 Negara Republik Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Press, 2009), hal. 117-118.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.*, hal 119.

pengadilan konstitusi merefleksikan untuk mengendalikan agen politik".¹⁹⁰

Kemudian gagasan Ginsburg tersebut sejalan dengan gagasan Jimly Asshiddiqie tentang kedaulatan rakyat. Menurut Jimly Asshiddiqie prinsip kedaulatan rakyat terbagi ke dalam dua katagori khususnya pasca amandemen UUD 1945 yaitu sebagai berikut:

"Kedaulatan negara RI berada di tangan rakyat dan kedaulatan rakyat itu diorganisasikan melalui Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Sehubungan yang pertama, timbul persoalan mengenai arti kata rakyat. Melalui konsep pemikiran yang menekankan, pengertian kata rakyat di sini bersifat individu-individu otonom yang memiliki hak dan kekuasaan untuk menentukan kebijakan negara. Oleh karena itu, kedudukan individu dan hak prinsipnya mendapatkan penekanan di atas negara sebagai bentuk kolektif masyarakat warga negara. Adanya kolektifitas negara sebagai bentuk dianggap sebagai hasil dari kesepakatan bersama antarindividu dalam suatu perjanjian bersama. Hanya melalui satu kesepakatan bersama yang terjadi secara timbal balik itu, selanjutnya mereka memasuki satu komunitas, dan membangun satu organ politik."¹⁹¹

MK mempunyai wewenang atas *constitutional review* karena UU yang dihasilkan oleh legislative dan eksekutif mempunyai muatan-muatan politis khususnya kepentingan-kepentingan politik jangka pendek, dan salah satu fungsi MK untuk mengeliminir UU dari kontaminasi virus kekuasaan yang berpotensi mencederai makna Negara Hukum.¹⁹²

Meskipun terdapat kritik terhadap teori kedaulatan rakyat (demokrasi), tetapi teori kedaulatan rakyat ini masih relevan karena menempatkan konstitusi sebagai hukum tertinggi yang bersumber pada kekuasaan tertinggi ada pada rakyat. Tentunya kedaulatan rakyat ini tidak hanya hanya di bidang politik, tetapi juga demokrasi ekonomi. Kemudian, prinsip kedaulatan rakyat ini sebagai landasan/dasar untuk eksistensi *constitutional review* yang menjadi wewenang MKRI.

¹⁹⁰ Syahrizal, *Op.Cit.*, hal 48-49.

¹⁹¹ *Ibid.*, hal. 49.

¹⁹² *Ibid.*, hal. 50

II.1.4 MKRI dalam Perspektif Negara Hukum

Gagasan pembentukan peradilan tata negara sudah ada sejak lama khususnya ketika para sarjana mengusulkan adanya peradilan khusus yang diberikan wewenang *constitutional review*. Hans Kelsen pernah menjelaskan perlunya peradilan tata negara tersebut sebagai berikut :

*"The annulment of a law is a legislative function, an act—so to speak—of negative legislation. A court which is competent to abolish laws – individually or generally – functions as a negative legislator. The power to examine the laws to their constitutionality and to invalidate unconstitutional laws may be conferred, as a more or less exclusive function on a special constitutional court."*¹⁹³

Penulis menggarisbawahi pendapat Hans Kelsen khususnya tentang keberadaan *a special constitutional court*. Peradilan konstiusional khusus tersebut kedudukannya berada di luar peradilan umum khususnya di MA. Kemudian, Hans Kelsen menjelaskan fungsi MK adalah untuk menyelesaikan konflik antar norma hukum yaitu produk hukum valid lantaran dibuat menurut cara yang ditentukan oleh konstitusi, hubungan antara konstitusi dengan norma hukum yang terdapat dibawahnya digambarkan sebagai hubungan "superordinasi" dan "subordinasi".¹⁹⁴

Jauh sebelum Hans Kelsen menggagas peradilan tata negara tersebut. Sebenarnya sudah ada gagasan *constitutional review* yang lahir dari kasus Marbury vs Madison di MA AS. MA AS dalam kasus Madison vs Mabury memutuskan secara bulat (*unaminous decision*) bahwa ada UU yang bertentangan dengan konstitusi, dan tugas pengadilan untuk melakukan *constitutional review*.¹⁹⁵ Putusan MA AS dalam kasus Madison vs Mabury tersebut merupakan langkah awal untuk memberikan wewenang *constitutional review* kepada pengadilan. Terdapat kasus mirip dengan Madison vs Mabury di MA AS yaitu Eakin vs Raub. Yang mana meskipun mayoritas hakim di dalam kasus Eakin vs Raub memutuskan mengikuti putusan MA AS dalam kasus Mabury vs Madison, tetapi terdapat hakim yang dissenting yaitu Hakim Gibson J.¹⁹⁶ Hakim Gibson menolak argumen agar pengadilan diberikan wewenang constitutional review dengan alasan sebagai berikut :

"Now, as the judiciary is not expressly constituted for that purpose, it must derive whatever authority of the sort it may posses, from the reasoneableness and fitness of the thing. But in theory, all the organs of the government are of equal capacity; or, if not equal,

¹⁹³Kelsen, *Op.Cit.*, hal 268.

¹⁹⁴Syahrizal, *Op.Cit.*, hal. 53.

¹⁹⁵ Tushnet, *Op.Cit.*, hal. 3.

¹⁹⁶ *Ibid*, hal. 5

*each must be supposed to have superior capacity on onnly for those things which peculiarly belong to it; and. As legislation peculiarly belong to it; and as legislation peculiarly involves the consideration of those limitations which are put on the law-making power, and the interpretation of laws when made, involves the construction of the laws themselves, it follows that the contruction of the constitution belong to the legislature.*¹⁹⁷

Pada intinya Hakim Gibson J menjelaskan pada intinya menjelaskan untuk melakukan interpretasi atas UU merupakan kontruksi atas hukum itu sendiri, tetapi ini harus mengikuti/sesuai dengan kontruksi konstitusi yang merupakan ranah dari legislatif. Pendapat berbeda (*dissenting opinion*) Hakim Gibson J dalam kasus Eakin Vs Raub merupakan respon atas pendapat Hakim Mashall dalam kasus Marbury vs Madison yang menjelaskan pengadilan mempunyai wewenang untuk melakukan *constitutional review*, dan pengadilan dapat melakukan interpretasi jika terdapat kekosongan hukum.

Putusan MA AS dalam kasus Madison vs Marbury membawa konsekuensi adanya dua pihak dalam menentukan penafsiran atas konstitusi yaitu pihak *judicial constraint* dan *judicial activism*. Kelompok *judicial constraint* sering disebut juga dengan *originalism* yang pada intinya adalah:

*First, originalism holds that ratification was the formal, public, sovereign, and consent-conferring act which made the Constitution and subsequent amendments law. Second, originalism holds that interpretation of the Constitution is an attempt to discover the public meaning it had for those who made it law. Third, originalism holds that although interpretation begins with the text, including the structure and relationship of the institutions it creates, the meaning of the text can be further elucidated by extrinsic sources. This includes evidence from those who drafted the text in convention as well as from the public debates and commentary surrounding its ratification. Recourse to such evidence was rare before the twentieth century, but modern originalists have increasingly used it to contest the interpretations of their opponents. Finally, because originalism regards the sovereign act of lawmaking authority as having "fixed" the meaning of a constitution to be interpreted by ordinary legal methods, consultation of extrinsic evidence is usually limited to historical sources that might reveal the public meaning of the text at the time it became law.*¹⁹⁸

¹⁹⁷ *Ibid*, hal. 8.

¹⁹⁸ Jonathan O'Neil, ***Originalism In American Laws & Politics : A Constitutional History***, (Baltimore & London, The John Hopkins University Press, 2005), hal. 2.

Pandangan originalist tersebut menegaskan interpretasi atas konstitusi hanya dapat dilakukan secara terbatas yaitu menemukan *public meaning* (terjemahan terbatasnya adalah pengertian umum) berdasarkan *text* oleh yang mendraft/para pembuat konstitusi itu sendiri (*to those who made it law*). Kemudian *text* itu sendiri dapat ditelusuri dari diskusi-diskusi perdebatan ketika pembentukan konstitusi dan komentar ketika proses ratifikasi konstitusi itu. Kelompok *judicial restraint* sering menggunakan bukti-bukti adanya diskusi perdebatan pembentukan konstitusi, dan komentar atas pembentukan konstitusi ketika berhadapan dengan kelompok *judicial activism*. Sementara, *judicial activism* membuka peluang interpretasi atas konstitusi secara terbuka, tetapi berdasarkan penerapan teori moral dan filsafat tertentu, dan kelompok *judicial constraint* menolak menggunakan penerapan teori moral dan filsafat tertentu dalam melakukan interpretasi atas konstitusi tersebut.¹⁹⁹

Di dalam kasus *Marbury vs Madison*, Hakim Marshall sangat jelas merupakan kelompok *judicial activism* karena melakukan interpretasi atas Konstitusi AS secara luas dan membuka peluang pengadilan untuk memiliki *constitutional review*. Sementara Hakim Gibson J merupakan kelompok *judicial restraint* karena memiliki pandangan penafsiran terbatas atas konstitusi berdasarkan *text* saja.

Kemudian juga ada sarjana lain memberikan alasan diberikannya kewenangan pengadilan atas *constitutional review* yaitu Larry Kramer. Menurut Larry Kramer terdapat justifikasi yang kuat pengadilan diberikan wewenang *constitutional review*:

"To many, respect for popular sovereignty demanded that judges enforce duly enacted laws and leave constitutional questions to be settled elsewhere. No one doubted that a properly ratified constitution was, as Edmund Pendleton observed, "a rule obligatory upon every department, not to be departed from on any occasion". It did not follow, however, that the judiciary could therefore invoke the constitution's authority against another department. No one of the branches was meant to be superior to any other, unless it were the legislature, and when it came to constitutional law, all were meant to be subordinate to the people. Just as it is not your place to punish me for violating ordinary laws, so to regime of popular constitutionalism it was not the judiciary's responsibility to enforce the constitution against the legislature. It was the people's responsibility; a responsibility they discharged mainly through elections, but also, if necessary, by other, extralegal means".²⁰⁰

Berdasarkan pendapat Larry Kramer di atas, maka sebenarnya kewenangan pengadilan untuk melakukan *constitutional review* adalah berdasarkan atas prinsip

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Kramer, *Op.cit.*, hal 58.

kedaulatan rakyat (*popular sovereignty*), kemudian juga terdapat berdasarkan prinsip kedaulatan rakyat melahirkan prinsip pengawasan horizontal (*checks and balances*) antar organ negara sehingga tidak ada lembaga tertinggi. Dalam bahasa Larry Kramer dijelaskan tidak ada organ negara yang superior terhadap organ negara lainnya. Dan lebih jauh, ketika dalam konteks konstitusi, semua organ negara harus tunduk atau subordinat kepada prinsip kedaulatan rakyat tersebut.

Menurut Jimly Asshiddiqie eksistensi MKRI pasca reformasi 1998 diperlukan untuk menggantikan peran fungsi MPR sesuai dengan keingan zaman.²⁰¹ Lebih jauh

Jimly Asshiddiqie menjelaskan kebutuhan adanya MK di Indonesia sebagai berikut :

“Pada saat yang sama khususnya pada akhir Abad XX, di beberapa negara mengalami proses demokratisasi (juga mengadopsi eksistensi MK), dan Indonesia bergerak cepat ke arah demokratisasi mulai sejak 1998 yang lalu, telah mengambil pelajaran dari negara-negara yang mengadopsi gagasan pembentukan MK dalam rumusan perubahan ketiga UUD 1945 yang ditetapkan November 2002”.²⁰²

Pasca amandemen UUD 1945 lahirlah MKRI, yang mana MKRI tersebut berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji UU terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan hasil pemilu, dan memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD.²⁰³ Kewenangan MK atas *constitutional review* merupakan implementasi tindak lanjut gagasan negara hukum²⁰⁴, dan menurut Autherman dan Henderson keberhasilan mewujudkan cita negara hukum antara lain ditentukan oleh keberhasilan pengadilan melaksanakan tugas pengujian konstitusionalitas undang-undang.

Pasca amandemen UUD 1945 tersebut, kekuasaan kehakiman tidak hanya berada di MA, tetapi juga ada lembaga baru yaitu MKRI. Berdasarkan hal tersebut, maka sudah jelas MKRI mempunyai kedudukan yang independen dan sederajat dengan lembaga-lembaga negara lainnya dalam menjalankan fungsinya untuk melakukan *checks and balances*. Mahfud MD juga menegaskan keberadaan MKRI

²⁰¹ Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi Fenomena Hukum Tata Negara Abad XX*, di dalam Hukum & Kuasa Konstitusi : Catatan-Catatan Untuk Pembahasan UU MK, Jakarta: KRHN, 2004, hal 10.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Indonesia, Pasal 24 C ayat (1) dan (2) UUD 1945.

²⁰⁴ Palguna, *Op.Cit.*, hal 588.

pascaamandemen UUD 1945 adalah untuk menjalankan fungsi *checks and balances* yaitu sebagai berikut:

“Hak uji UU terhadap UUD 1945 diberikan kepada MKRI sebagai lembaga yudikatif yang sejajar dengan pembuat UU selain didasari pandangan perlunya *checks and balances* antarlembaga negara, tampaknya mengacu pula pada alasan John Marshall, Ketua MA AS pada waktu itu untuk pertamakalinya dalam sejarah ketatanegaraan melakukan *judicial review* dengan membatalkan *judicial act* 1789 karena isinya bertentangan dengan Konstitusi AS. Ketika itu ada tiga alasan yang dimukakan oleh Chief Justice AS. *Pertama*, hakim bersumpah untuk menjunjung tinggi konstitusi, sehingga jika ada peraturan yang dianggap bertentangan dengan konstitusi, maka hakim harus melakukan pengujian terhadap peraturan tersebut. *Kedua*, konstitusi adalah *supreme law of the land* sehingga harus ada peluang pengujian terhadap peraturan yang di bawahnya agar isi konstitusi itu tidak dilanggar. *Ketiga*, hakim tidak boleh menolak perkara sehingga kalau ada yang mengajukan permintaan *judicial review*, permintaan itu haruslah dipenuhi.”²⁰⁵

Kedudukan MKRI yang merupakan cabang kekuasaan kehakiman yang independen di Indonesia sejalan dengan pendapat Hans Kelsen di atas bahwa wewenang untuk melakukan *constitutional review* tidak boleh diberikan kepada MA, melainkan kepada peradilan khusus konstitusional. Para perancang perubahan UUD 1945 telah merencanakan agar MKRI berkedudukan sebagai peradilan khusus konstitusional, dan berada di luar MA. Mahfud MD menjelaskan lebih jauh tentang kelahiran MKRI yaitu sebagai berikut:

“Perbebatan tentang dasar konstitusional *judicial review* memerlukan waktu yang panjang. Ketika muncul gagasan pemberian hak kepada MA untuk melakukan uji materi UU atau hak kepada MA untuk melakukan uji materi UU atas UUD seperti yang berlaku di Amerika Serikat, ada yang menolaknya karena sistem ketatanegaraan di Indonesia berbeda dengan Amerika Serikat. Sementara itu, MA di Indonesia sebagai lembaga yudikatif tidak dapat diberikan hak itu karena kedudukannya sejajar dengan DPR dan pemerintah. Ketika pada suatu waktu (dengan TAP MRP Nomor III/MPR/2000) ditetapkan bahwa hak uji materi UU terhadap UUD 1945 diberikan kepada MPR, muncul persoalan karena MPR itu sebenarnya merupakan lembaga politik yang lebih menggambarkan konfigurasi aliran politik daripada keahlian hukum dan kehendak untuk menjamin konsistensi UU terhadap UUD 1945. Maka melalui amendemen ketiga terhadap UUD pada tahun 2002 pilihan akhirnya dijatuhkan kepada pembentukan MKRI sebagai lembaga yudikatif yang sejajar dengan MA dengan hak menguji UU terhadap UUD dan hak-hak tertentu lainnya. Sedangkan hak

²⁰⁵Mahmud MD, **Perdebatan Hukum Tata Negara PascaAmandemen Konstitusi**, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2013, hal, 98-99.

judicial review atas peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi diberikan kepada MA".²⁰⁶

Berdasarkan pendapat Mahfud MD di atas, para perancang perubahan UUD 1945 memang menginginkan MKRI merupakan peradilan yang khusus konstitusi, dan berada di luar MA. Berdasarkan hal tersebut, Mahfud MD menjelaskan sebelum lahirnya MKRI, terdapat lembaga lain yang diberikan wewenang *constitutional review* yaitu MPR. Terdapat sarjana lain yang mengkonfirmasi MPR pernah diberikan wewenang *constitutional review* yaitu Donald L. Horowitz. Donald L. Horowitz menjelaskan sebagai berikut:

"The upshot of these powers, and of a decree formalizing the MPR's jurisdiction to review the constitutionality of laws passed by the DPR, was to shore up the legislative bias of the regime at the very moment direct election of the president of the anomalous supra legislature just as the normalization of governmental structures in Indonesia was becoming a serious possibility. Some influential legislators foresaw abolition of the MPR or an MPR that survived as nothing more than a joint session of the DPR with the new regional house, but others imagined an MPR that remained the highest state institution in order to avert presidential dictatorship. Many on the inside still preferred few changes to the constitution; some, none at all. This reluctance would be manifested repeatedly over the next two years. Outside was done by those on the inside, in spite of themselves, as they became increasingly entangled in the process they created, while those on the outside failed to credit the thoroughness of the constitutional reform".²⁰⁷

Pendapat Donald L. Horowitz tersebut memperkuat pendapat Mahfud MD bahwa MPR pernah diberikan wewenang *constitutional review* melalui TAP MPR Nomor III Tahun 2000. Meskipun pada akhirnya wewenang *constitutional review* diberikan kepada MKRI.

Lebih jauh, menurut Jimly Asshiddiqie fungsi MK dalam konteks ketatanegaraan adalah sebagai berikut:

"MKRI dikonstruksikan sebagai pengawal konstitusi yang berfungsi menegakan keadilan konstitusional di tengah kehidupan masyarakat. MKRI mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen negara secara konsisten dan bertanggungjawab. Di tengah kelemahan sistem konstitusi yang ada, MKRI berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat."²⁰⁸

²⁰⁶ *Ibid.*, hal. 98.

²⁰⁷ Donald L. Horowitz, *Constitutional Change And Democracy In Indonesia*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, hal. 98-99.

²⁰⁸ Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 8.

Berdasarkan pendapat Jimly Asshiddiqie di atas, maka fungsi MK dalam konteks ketatanegaraan yang kontemporer adalah menjadi pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*), dan juga penafsir konstitusi (*the interpreter of the constitution*). Dalam konteks *constitutional review*, hakim MKRI mempunyai kewenangan untuk menafsirkan konstitusi.²⁰⁹ I Dewa Gede Palguna mengutip pendapat TRS Allan menjelaskan kenapa hakim MKRI mempunyai peranan yang vital untuk melakukan penafsiran yaitu:

*"Judges cannot reasonably claim a monopoly of wisdom, even in matters of constitutional interpretation, and since it is an important premise of legal order that elected representation should respect such rights when enacting laws, they should be given credit for their attempt to do so. Their sense of responsibility for the attainment of constitutional justice is likely to be seriously blunted or undermined if every judgement of constitutional propriety is routinely revised by judges".*²¹⁰

Menurut I Dewa Gede Palguna memberikan rambu-rambu untuk hakim yang melakukan interpretasi khususnya terhadap UU yang mungkin bertentangan dengan konstitusi, yang mana hakim yang melakukan penafsiran konstitusi tersebut bukanlah pihak yang memonopoli kebijaksanaan (*wisdom*). Lebih jauh, mungkin ada pelanggaran keadilan konstitusi yang serius jika konstitusi terlalu sering ditafsirkan atau diinterpretasikan oleh hakim/pengadilan melalui putusan-putusannya.

Kemudian Jimly Asshiddiqie menegaskan eksistensi MKRI merupakan pembuktian UUD 1945 pasca amandemen adalah konstitusi yang modern dan demokratis dengan alasan sebagai berikut:

*"Penguatan checks and balances antar cabang kekuasaan negara. Pasca perubahan UUD 1945 tidak ada lagi sebuah lembaga negara yang menempati kedudukan lebih tinggi dibanding lembaga negara lainnya dengan kekuasaan sangat besar (superbody) sehingga tidak bisa dikontrol oleh lembaga, piha, atau siapapun juga. Tidak dikenal lagi istilah Lembaga Tertinggi negara yang melekat pada MPR dan istilah Lembaga Tinggi Negara yang disandang Presiden,DPA,DPR,BPK, dan MA. Kini lembaga negara tersebut disebut dengan lembaga negara dengan kedudukan sejajar dan sederajat. Dengan konfigurasi demikian maka lembaga negara seperti MPR,DPR,Presiden,BPK,MA dan lembaga negara hasil perubahan UUD 1945, yaitu DPR,MK dan Komisi Yudisial dapat menjalankan fungsi saling kontrol dan saling kontrol dan mengimbangi (checks and balances) karena memiliki kedudukan sejajar dan sederajat sesuai tugas dan kewenangan yang diberikan oleh UUD 1945. Aturan dasar demikian mendorong penerapan demokrasi lebih optimal".*²¹¹

²⁰⁹ Palguna, *Op.Cit.*, hal. 589.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, Jakarta:MKRI,2008, hal.449.

Pendapat Jimly Asshiddiqie tersebut menegaskan MKRI mempunyai posisi yang sederajat dan sejajar dengan lembaga-lembaga negara lainnya dalam menjalankan tugasnya untuk melaksanakan prinsip *checks and balances*.

Kemudian menurut Jimly Asshiddiqie terdapat dua model kelembagaan *constitutional review* yang dominan di dunia yaitu model di Austria (*centralized model*), model di Amerika Serikat (*decentralized model*), dan model di Perancis.²¹² Model di AS disebut dengan model tersebar atau desentralisasi (*decentralized model*) karena semua pengadilan bisa melakukan *judicial review* atas persoalan-persoalan konstitusionalitas, dan pada saat yang sama pengadilan tersebut sedang menangani dan memeriksa kasus konkret.²¹³ Sementara model di Austria menerapkan kelembagaan *constitutioal review* di luar MA atau model terpusat (*centralized model*), dan hanya MK yang mempunyai wewenang *constitutional review*.²¹⁴ Model dewan konstitusi (*Counsel D'etat*) yang mana lembaga non-judisial mempunyai wewenang *constitutional review* atas rancangan undang-undang yang sudah disahkan atau telah mendapatkan persetujuan parlemen, tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya.²¹⁵ Jika terdapat permasalahan konstitusionalitas di dalamnya, maka Dewan Konstitusi tersebut yang memutuskan apakah rancangan undang-undang tersebut bertentangan dengan konstitusi atau tidak.²¹⁶

Model kelembagaan MKRI adalah tersentralisasi atau model Austria karena hanya MKRI yang mempunyai wewenang *constitutional review*. MKRI mempunyai wewenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk ; a.menguji UU terhadap UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.²¹⁷ MARI dan peradilan dibawahnya tidak diberikan kewenangan constituional review, dan MA hanya diberikan *judicial review* saja yaitu menguji aturan di bawah UU terhadap UU.

²¹² Asshiddiqie, *Op.Cit*, hal 60-70.

²¹³ *Ibid.*, hal. 60.

²¹⁴ *Ibid.*, hal. 69.

²¹⁵ *Ibid.*, hal.73.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Indonesia, Pasal 10 ayat (1) UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana telah dirubah oleh UU Nomor 8 Tahun 2011.

II.2 Teori Konstitusi

Peneliti akan menggunakan teori konstitusi untuk menganalisis dan menjawab pertanyaan satu dan kedua. Peneliti akan membahas teori konstitusi dari John Rawls, Dworkin, Hans Kelsen, Jimly Asshiddiqie, Mahfud MD, I Dewa Gede Palguna dan Mukti Fajar.

Konstitusi di Indonesia tidak bisa dipisahkan dengan semangat kebangsaan yang mana Jimly Asshiddiqie menjelaskan sebagai berikut:

“Semangat kebangsaan itu tidak lain ialah semangat untuk mewujudkan cita-cita nasional dengan paradigm Pancasila dan UUD 1945 yang tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lainnya. Pancasila adalah jiwanya, undang-undang dasar adalah tubuhnya sebagai perwujudan nilai-nilai normatif yang menjadi pegangan bersama dalam peri-kehidupan berbangsa dan bernegara. Keduanya disebut konstitusi yang berisi jiwa dan jasad sekaligus dalam kerangka negara konstitusional Republik Indonesia”.²¹⁸

Menurut Mahfud MD Konstitusi merupakan resultante dari keadaan sosial, politik, ekonomi, dan budaya (poleksosbud) ketika konstitusi tersebut dibuat.²¹⁹

Dengan kata lain, pembentukan konstitusi menggambarkan jawaban atas kebutuhan pada masa ketika Konstitusi tersebut dibentuk.²²⁰ Pendapat Mahfud MD tersebut menegaskan keadaan poleksosbud pada saat pembentukan konstitusi yang menentukan kebutuhan dan substansi Konstitusi yang diinginkan pada saat itu.

Rawls menjelaskan konstitusi merupakan bentuk kontrak sosial antara warga negara dan negara, yang merupakan perwujudan konsensus kedua belah pihak dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat yang disusun berdasarkan prinsip independen dan setara.²²¹ Rawls memberikan tekanan konstitusi merupakan bentuk kontrak social (*social contract*) antara warga negara dan negara, karena memang ada hak-hak konstitusional warga negara yang tidak boleh dicabut atau dijadikan posisi tawar antara negara dan warga negara.²²²

Oleh karena itu menurut pendapat Rawls di atas hak-hak warga negara harus secara tegas dicantumkan di dalam konstitusi sebagai hukum tertinggi di suatu

²¹⁸Jimly Asshiddiqie, **Pancasila Identitas Konstitusi Berbangsa Dan Bernegara**, Depok: Rajawali Press, 2020.

²¹⁹Mahfud MD, **Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi**, Jakarta: Rajawali Pers, 2013, hal. 20.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹John Rawls, **Distributive Justice**, di dalam *Justice* Eds Alan Ryan, Oxford: Oxford University Press, 1995, hal. 74-74.

²²² *Ibid.*

negara. Lebih jauh, menurut Jimly Asshiddiqie menjelaskan konstitusi erat kaitannya dengan paham konstusionalisme yaitu kekuasaan pemerintah perlu diatur dan dibatasi, oleh karena itu isi konstitusi terdiri dari ; a.menentukan pembatasan kekuasaan organ-organ negara, b.mengatur hubungan antara lembaga-lembaga negara yang satu dengan yang lain, c. mengatur hubungan kekuasaan antara lembaga-lembaga negara dengan warga negara.²²³

Jimly Asshiddiqie menyebut konstitusi merupakan *civil religion* yaitu konstitusi dapat difungsikan sebagai sarana pengendali atau sarana perekayasa dan pembaruan.²²⁴ Jimly Asshiddiqie menjelaskan konstitusi tidak hanya sekedar norma-norma hukum tertulis yang ada di dalam konstitusi, tetapi juga merupakan dokumen konstusional yang hidup di masyarakat (*living constitutional document*). Atau dengan kata lain norma-norma hukum yang ada di dalam konstitusi tidak boleh hanya dipandang secara teks saja, tetapi mempunyai makna yang mendalam dan kontekstual. Hal ini sejalan dengan pendapat Dworkin bahwa konstitusi dilihat tidak hanya teks saja, tetapi mempunyai makna yang mendalam yang berdimensi moral, dan sehingga menurut Dworkin harus ada pertimbangan moral dari hakim dalam keputusannya ketika melakukan penafsiran atas konstitusi tersebut.²²⁵ Pertimbangan moral dari hakim dalam menilai UU juga diperlukan sebagai syarat hakim untuk melakukan penafsiran atas norma-norma di dalam UU yang kabur,kekosongan norma dan konflik norma.²²⁶

Berdasarkan pendapat Jimly Asshiddiqie dan Dworkin tersebut maka sangatlah jelas konstitusi tidak hanya sekedar norma-norma hukum saja, tetapi norma-norma hukum di dalam konstitusi mempunyai makna yang mendalam dan berdimensi moral. Kemudian, konstitusi sebagai *civil religion* dapat difungsikan sebagai pengendali dan pembaruan untuk mensejahterakan masyarakat dan melindungi hak-hak konstusional setiap warga negara.

Kemudian berdasarkan pendapat Hans Kelsen Konstitusi mempunyai dua pengertian yaitu Konstitusi dalam pengertian material dan formil. Hans Kelsen menjelaskan Konstitusi dalam arti material sebagai berikut :

“Considering, only a national legal order, the constitution represents the highest level of positive law.”“Constitution” is

²²³ Jimly Asshiddiqie, **Menuju Negara Hukum Yang Demokratis**, Jakarta:Konpres,2005, hal. 30-31.

²²⁴ *Ibid.*, hal. 33.

²²⁵ Andre Ata Ujan, **Membangun Hukum, Membela Keadilan, Filsafat Hukum**,Yogyakarta:Penerbit Kanisius,2009, hal. 154.

²²⁶Kent Greenwalt, **Legislation:Statutory Interpretation:20 Questions**,New York:Foundation Press,1999, hal.269.

understood here in its material sense, that is, we understand by constitution the positive norm or norms which regulate the creation of general legal norms. The constitution may be created by custom or by a specific act performed by one or several individuals, that is, by a legislative act. The latter case it is always formulated in a document and hence called "a written constitution" in contradiction to the "unwritten constitution" brought about by custom. The material constitution may consist partly of norms of written and partly of unwritten law. The unwritten norms of the constitution may be codified; and if this codification is the work of a law-creating organ and therefore acquires binding force, it becomes a written constitution."²²⁷

Menurut pendapat Hans Kelsen tersebut di atas, Konstitusi dalam pengertian material adalah norma yang membentuk norma-norma hukum yang umum (*general legal norms*), dan Konstitusi dalam pengertian material juga meliputi tertulis (*a written constitution*) dan tidak tertulis (*an unwritten constitution*) karena Konstitusi tidak hanya terformulasikan dalam bentuk dokumen tetapi juga dibentuk berdasarkan kebiasaan ketatanegaraan (*custom*). Sementara Konstitusi dalam arti formil menurut Hans Kelsen adalah sebagai berikut :

"The Constitution in the material sense must be distinguished from the Constitution in the formal sense, namely a document called "Constitution", which as written constitution, may contain not only norms regulating other politically important subjects; and besides regulations according to which the norms contained in this document may be abolished or amended—not like other statutes but by a special procedure and under more rigorous conditions. These regulations represent the constitutional form, and the document to whose content these regulations refer, represents the constitution in a formal sense, which may include any desired content. The purposes of the regulations which render more difficult the abolition or amendment of the content of the constitution in a formal sense is primarily to stabilize the norms designated here as a "material constitution" and which are the positive-legal basis of the entire national legal order".²²⁸

Konstitusi dalam arti formil menurut Hans Kelsen yaitu Konstitusi tertulis yang tidak hanya mengatur subyek-subyek politik yang penting dan juga kemungkinan untuk melakukan amandemen atau perubahan Konstitusi tersebut. Tetapi menurut Hans Kelsen, Konstitusi dalam arti formil juga mengatur secara rinci dan jelas pengaturan amandemen dan perubahan Konstitusi tersebut. Oleh karena itu dalam

²²⁷ MDA Freeman, *Lloyd's Introduction To Jurisprudence Sixth Edition*, London: Sweet & Maxwell Ltd, 1994, hal.317.

²²⁸ Ibid.

Konstitusi dalam pengertian formal menurut Hans Kelsen sangat lah tidak mudah untuk melakukan amandemen atau perubahan Konstitusi.

Kemudian dari aspek substansi, konstitusi hanyalah memuat prinsip-prinsip umum dalam mengatur kehidupan bernegara. Edgar Bodenheimer menjelaskan hal tersebut sebagai:

*"Constitution are destined by their authors to form a fundamental law for the governance of politically organized groups of human beings. A constitutional document sets forth principles upon which government of the state is founded. It regulates the division and regulation of the governmental powers among the various organs exercising the sovereignty of the state; it directs the manner in which these powers are to be exercised; and it often contains a chart of the basic rights (and perhaps also basic duties) which attach to membership in the community for which the constitution is the governing law"*²²⁹

Edgar Bodenheimer menegaskan konstitusi secara substansi mengatur prinsip-prinsip umum dalam kehidupan bernegara untuk mengatur pemisahan kekuasaan diantara organ-organ negara yang menjalankan kewenangannya secara berdaulat. Pendapat Edgar Bodenheimer ini mirip dengan pendapat Hans Kelsen tentang pengertian konstitusi secara materil yaitu norma yang mengatur prinsip-prinsip umum

Rawls menjelaskan hak-hak atas kebebasan fundamental setiap warga harus dijamin dan dilindungi oleh konstitusi, karena konstitusi merupakan bentuk kontrak sosial antara warga negara dengan negara²³⁰. Landasan filosofis dari Rawls mengembangkan teori keadilan tersebut adalah untuk mengakomodir persepsi Rawls bahwa kondisi di masyarakat adalah beragam/plural, dan konsepsi keadilan agar bisa menyatukan masyarakat tersebut maka harus ada konsensus yang disepakati (*overlapping consensus*) yang digali dari prinsip-prinsip yang ada di masyarakat.²³¹

Teori keadilan dari Rawls lahir sebagai kritik terhadap teori utilitarian yang dipelopori oleh David Hume, Bentham dan JS Mill, yang pada intinya menjelaskan tujuan masyarakat adalah mencapai kebahagiaan pribadi sebesar mungkin, demikian juga dalam masyarakat yang ditujukan untuk suatu kebahagiaan orang-

²²⁹ Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence The Philosophy And Method Of The Law*, Delhi: Universal Book Traders, 1996, hal. 404.

²³⁰ Ian Mc Leod, *Legal Theory*, New York : Palgrave Law Masters, 2003, hal. 171.

²³¹ *Ibid.*, hal. 169.

orang sebesar mungkin (*the greatest happiness of the greatest number*).²³² Rawls mengkritik teori utilitarian tersebut, yaitu masyarakat yang diatur menurut prinsip-prinsip utilitarian akan kehilangan harga diri.²³³ Rawls menjelaskan pada intinya berdasarkan teori utilitarian tersebut orang diminta pengorbanannya untuk kepentingan umum, tetapi bagaimana dengan orang-orang yang kurang beruntung, sehingga menurut Rawls tidak dibenarkan adanya pengorbanan dari orang-orang yang kurang beruntung di masyarakat tersebut untuk kepentingan umum.²³⁴

Rawls mempunyai argumen tersendiri dalam mengkritik teori keadilan dari kaum utilitarian, yaitu sebagai berikut "*The principle of utility is incapable of explaining the fact that in a just society the liberties of equal citizenship are taken for granted, and the rights secured by justice are not subject to political bargaining not to the calculus of social interest.*"²³⁵. Di dalam konsep keadilan menurut kaum utilitarian, yang terpenting adalah kebahagiaan sebanyak-banyaknya untuk sebanyak orang (*the greatest happiness for the greatest number*), yang menurut Rawls mempunyai potensi mengabaikan kelompok-kelompok yang tidak beruntung (*the disadvantages*). Oleh karena itu, berdasarkan pendapat Rawls di atas, prinsip utilitaritas yang diangkat oleh kelompok utilitarian tidak dapat menjelaskan fakta bahwa di dalam masyarakat yang adil kebebasan-kebebasan dan persamaan setiap warga negara adalah diberikan secara alamiah (*taken for granted*), dan dilindungi oleh hukum dan tidak boleh menjadi bahan untuk tawar-menawar dalam arena politik, juga tidak boleh menjadi dasar perhitungan kepentingan sosial.

Rawls menjelaskan konsep keadilannya yaitu *justice as fairness*.²³⁶ Theo Huijbers menerjemahkan *justice as fairness* dengan istilah keadilan adalah kejujuran.²³⁷ Sebelum adanya masyarakat yang adil dan dilindungi, diakui oleh konstitusi, Rawls mensyaratkan adanya posisi awal (*orginal position*) dan tabir ketidaktahuan (*veil of ignorance*) untuk menemukan prinsip-prinsip keadilan.²³⁸ Posisi awal untuk menemukan prinsip-prinsip keadilan adalah setiap orang tidak tahu posisinya yang akan diraih di kemudian hari atau disebut juga dengan tabir

²³² Theo Huijbers, **Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah**, Jakarta: Pustaka Filsafat, 1982, hal. 196.

²³³ *Ibid.*, hal. 196.

²³⁴ *Ibid.*, hal. 197.

²³⁵ John Rawls, **Distributive Justice**, di dalam **Justice** ed. Alan Ryan, Oxford: Oxford University Press, 1995, hal. 74.

²³⁶ John Rawls, **A Theory of Justice Revised Edition**, Massachussets: the Belknap Press: Harvard University Press Cambridge, 1990, hal. 3.

²³⁷ Huijbers, *Op.Cit.*, hal. 197.

²³⁸ Rawls, *Op.Cit.*, hal. 12-14.

ketidaktahuan²³⁹ Keadilan sebagai *fairness* adalah *pure procedural justice*, artinya keadilan sebagai *fairness* harus berproses dan sekaligus terefleksi melalui suatu prosedur yang adil.²⁴⁰ Berdasarkan pemaparan tersebut, Rawls menekankan proses, dan bukan hasil dalam mencapai keadilan.

Rawls memberikan gambaran bagaimana sebuah hukum yang adil yaitu orang yang mempunyai akal/rasional tentunya akan meminimalisir bahaya yang akan muncul, oleh karena itu keadilan mensyaratkan hukum harusnya seperti orang tersebut yaitu belaku adil jika orang tidak tahu hukum tersebut, yang berdampak terhadap orang tersebut.²⁴¹

Teori konstitusi sebagai kontek sosial Rawls berasal dari John Locke. Kemudian, teori konstitusi sebagai kontrak sosial dikembangkan oleh John Locke sebagai bagian dari teori hukum alam modern (*the contemporary natural Law*) pasca masa pencerahan (*the enlightenment age*). Teori konstitusi sebagai kontrak sosial dari John Locke menurut Bodenheimer merupakan perkembangan dari hukum alam, yang menjelaskan sebagai berikut:

"Three periods may be distinguished in the evolution of the classical law of nature philosophy. These periods correspond roughly to three successive stages in the social, economic, and intellectual development of this epoch. The first stage in the process of emancipation from medieval theology and feudalism which took place after the Renaissance and Reformation was marked by the rise of Protestantism in religion, of enlightened absolutism in politics, of mercantilism in economics. To this epoch, which lasted longer in Germany than in the western countries in Europe, belong to the theories of Grotius, Hobbes, Spinoza, Pufendorf, and Wolff. It is a characteristic feature of the theories of these men that the ultimate guaranty for the enforcement of natural law is to be found largely in the wisdom and self-restraint English Puritan Revolution of 1649, was marked by a tendency toward free capitalism in economics and liberalism in politics and philosophy. The views of Locke and Montesquieu by means of a separation of powers, the natural rights of individuals against undue encroachments by the government. The third was marked by a strong belief in popular sovereignty and democracy. Natural law was entrusted to "general will" and the majority decision of the people. The most outstanding representative of this stage was the French political thinker Jean-Jacques Rousseau. The third stage in the development of law of nature school has a profound impact on the political and constitutional development of

²³⁹ *Ibid*, hal 15-16.

²⁴⁰ Andre Ata Ujan, **Keadilan dan Demokrasi : Telaah Filsafat Politik John Rawls**, Yogyakarta, Kanisius: 2001, hal. 40.

²⁴¹ *Ibid.*, hal. 170.

France while the second form of the law of nature school gained the upper hand in the United States of America."²⁴²

Menurut Bodenheimer menempatkan pandangan John Locke dan Montesquieu dalam tahapan kedua dari perkembangan filsafat hukum alam. Tahap pertama adalah tahapan emansipasi yang mengkritik feudalisme. Selanjutnya tahapan kedua adalah liberlisme di bidang ekonomi dan politik yang mana Teori John Locke ikut berkontribusi di dalamnya khususnya tentang perlindungan hak-hak individu dari pelanggaran oleh penguasa. Tahapan ketiga adalah kedualatan rakyat dan demokrasi. Tahapan ketiga dari hukum alam adalah berfokus dari keinginan masyarakat (*general will*) dan keputusan mayoritas dari rakyat, yang berkontribusi dalam tahapan ketiga perkembangan filsafat hukum alam adalah JJ Rousseau.

Terdapat kritik terhadap teori keadilan dari Rawls yaitu dari Hari Chand khususnya terhadap konsep posisi asli (*original position*) dan tabir ketidaktahuan (*veil of ignorance*) dari Rawls. Hari Chand mempertanyakan konsep posisi asli tersebut dalam suatu kasus jika ada distribusi barang yang dilakukan berdasarkan kebutuhan (*need*), bukan berdasarkan atas kelayakan (*merit*), dan menurut Hari Chand konsep posisi asli itu tidak menjawab masalah itu.²⁴³ Kemudian menurut Hari Chand konsep tabir ketidaktahuan itu tidak realistis karena yang baik untuk individu belum tentu baik untuk masyarakat.²⁴⁴ Oleh karena itu konsep posisi asli dan tabir ketidaktahuan hanyalah justifikasi untuk adanya kesimpulan yang diinginkan.²⁴⁵ Konsep posisi asli dari Rawls juga tidak realistis, dan tidak koheren yaitu ada dua standpoint yang saling bertentangan di dalam konsep posisi asli.²⁴⁶ Di satu sisi, menuntut orang untuk sampai pada suatu masyarakat yang adil bertolak dari standpoint yang netral, di mana mereka membuat abstraksi dari segala kecuali dari kenyataan bahwa mereka itu manusia.²⁴⁷ Tetapi di lain pihak, Rawls meminta supaya orang dengan bertolak dari standpoint tadi mengambil pilihan yang hanya diinspirasi oleh kepentingan individu sebagai motif.²⁴⁸ Pandangan Rawls tentang posisi asli tersebut adalah pandangan main judi (*gamble*) karena orang-orang dalam posisi asli akan memilih prinsip-prinsip Rawls hanya karena mereka dibimbing oleh

²⁴² Bodenheimer, *Op.Cit.*, hal. 34-35.

²⁴³ Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, Kuala Lumpur, : International Law Book Services, 1994, hal. 52.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Huijbers, *Op.Cit.*, hal. 201.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.*

pertimbangan bahwa mungkin mereka termasuk golongan tidak mampu yang lebih baik memilih pembagian merata daripada mempertaruhkan nasibnya di kemudian hari.²⁴⁹

Perlindungan hak-hak konstitusional juga merupakan bentuk dari hukum responsif, yang mana menurut Nonet dan Selznik salah satu ciri dari hukum yang responsif adalah mendahulukan keadilan substantif dibandingkan dengan keadilan prosedural.²⁵⁰ Kemudian, tujuan dan hakekat adanya konstitusi menurut para sarjana dalam konteks akademik pada intinya adalah kekuasaan, perdamaian, keamanan, ketertiban, kemerdekaan, keadilan, kesejahteraan, dan kebahagiaan.²⁵¹

Di dalam konteks Indonesia, tujuan bernegara yang ada di dalam konstitusi adalah terlihat di dalam Pembukaan UUD 1945.²⁵² Tujuan bernegara di dalam UUD 1945 dapat dikategorikan dua yaitu eksternal pasif dan defensif untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.²⁵³ Sementara tujuan eksternal aktif yaitu ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.²⁵⁴ Sedangkan tujuan internal adalah memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa.²⁵⁵

Hak-hak konstitusional lahir berlandaskan pada konsepsi hak secara umum yaitu hak yang dilindungi hanya layak dilindungi oleh masyarakat sejauh kebebasan orang lain terlindungi juga.²⁵⁶ Atau dengan kata lain, kebebasan individu hanya dapat dilaksanakan jika tidak melanggar kebebasan orang lain.²⁵⁷ Oleh karena itu, hak-hak politik (*political rights*) yang memuat kebebasan dasar masyarakat diatur dan dijamin pelaksanaannya oleh konstitusi.²⁵⁸ Tetapi dalam pembatasan hak-hak konstitusional tersebut harus dilaksanakan secara ekstra hati-hati agar tidak melanggar hak-hak konstitusional itu sendiri atau bahkan menjadikan pelanggaran tersembunyi atas hak-hak konstitusional.²⁵⁹

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Phillipe Nonet & Philip Selznik, **Hukum Responsif Pilihan di Masa Transasi**, Jakarta: HUMA&Ford Foundation, 2003, hal. 64.

²⁵¹ Jimly Asshiddiqie, **Konstitusi Ekonomi**, Jakarta: PT-Kompas Media Nusantara, 2010, hal. 9.

²⁵² *Ibid.*, hal. 10.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Andre Ata Uja, **Membangun Hukum, Membela Keadilan (Filsafat Hukum)**, Yogyakarta: Kanisius, 2009, hal 126-127.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Ibid.*

Teori konsitusi menurut beberapa sarjana mempunyai hubungan dengan proses amandemen konstitusi itu sendiri. Penulis mencoba memberikan gambaran teori konstitusi relevan untuk menjelaskan amandemen konstitusi termasuk kaitannya dengan *constitutional review*. Terdapat kondisi sosial politik yang menjadikan adanya perubahan/amademen Konstitusi suatu negara. Penulis memberikan contoh adanya kondisi sosial politik terjadinya perubahan/amandemen Konstitusi AS terjadinya karena adanya gagasan sistem ketatanegaraan baru dengan adanya *checks and balances* dan pemisahan kekuasaan (*the separation of power*) pasca perang revolusi kemerdekaan dari Inggris di AS. John R. Ville menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

*"As one who has been studying and teaching the subject for more than 35 years that I have been convinced that United States Constitution is an important document and that the constitution amending process is a particular critical of it. Many governments in the early American colonies often associated such charter not only with written scriptures but also the idea of a covenant which was a particular pervasive scriptural theme. When after exhausting all legal routes to reform, the colonies collectively declared their independence of Britain, most state began to write their own constitution and declarations of their rights. So, too, the Continental Congress, began to work on the Articles of Confederation. Ratified in 1781, it proved to be an important, if largely ineffective, prologue to the Constitution followed"*²⁶⁰

Menurut John R. Ville Pasca Kemerdekaan AS dari Inggris, negara-negara bagian di AS mempunyai konstitusi sendiri. Kemerdekaan menjadi momentum negara-negara bagian untuk membuat dan memiliki konstitusi sendiri. Kemudian, *the Continental Congress* mulai bekerja untuk membuat *the Article of Confederation* (Konstitusi Konfederasi), yang kemudian diratifikasi oleh negara-negara bagian di AS pada 1781, yang merupakan jalan menuju pembentukan Konstitusi AS. John R. Vile menilai terdapat keinginan untuk melakukan amandemen terhadap Konstitusi Konfederasi tersebut karena terdapat banyak kelemahan yaitu :

"There were many problems with the Articles which was a far less democratic document than today's Constitution. There was, for example, no independent executive, and each state had a single vote in the Congress. The major problem with the government under the Articles, however, was that it did not secure adequate powers for the national government. States were, for example, responsible for coining their own money and raising the taxes that they paid to the national government, and they began enacting

²⁶⁰ John R. Vile, *Encyclopedia : Constitutional Amendments, Amending Issues, 1989-2010, Third Edition*, Santa Barbara:ABC-CLIO, hal xxvii.

*trade barriers against one another that hurt economic development.”*²⁶¹

Kemudian, di dalam perkembangannya amandemen konstitusi di negara-negara bagian di AS sukar dilakukan karena berdasarkan aturan yang dibuat Kongres mensyaratkan untuk amandemen Konstitusi maka seluruh negara bagian harus menyetujuinya, dan selanjutnya para perancang Konstitusi AS membuat terobosan dengan membuat Pasal VII di dalam Konstitusi AS yang mensyaratkan untuk amandemen harus melalui proses Konvensi Ketatanegaraan (*the Constitutional Convention*). John R. Vile menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

*“These problems were compounded by the fact that when Congress recommended changes, all 13 state legislatures had to approve. Thus obstacle was so formidable that, despite palpable problem, the state were unable to adopt any amendments during the time that the articles were in operation. Moreover, when the founders eventually wrote a new Constitution, they bypassed the mechanism for unanimous state ratification, specifying in Article VII that the new document would go into effect when approved by special constitutional conventions in nine or more states”.*²⁶²

Proses amandemen Konstitusi di negara bagian menemui jalan buntu, maka pada akhirnya para perancang Konstitusi AS yang baru membuat terobosan untuk adanya amandemen harus melalui proses konvensi ketatanegaraan (*the Constitutional Convention*). Di dalam Konstitusi AS yang baru mengadopsi mekanisme Konvensi Ketatanegaraan (*the Constitutional Convention*) sebagai mekanisme resmi untuk amendemen konstitusi, dan dicantumkan di dalam Pasal VII Konstitusi AS. Mekanisme amandemen Konstitusi AS melalui Konvensi Ketatanegaraan (*the Constitutional Convention*) telah menghasilkan beberapa perubahan penting di dalam sistem ketatanegaraan di AS yaitu adanya prinsip *checks and balances*, independensi peradilan (*the independence of judiciary*), pemisahan kekuasaan (*the separation of power*), sistem bikameral, lembaga *electoral college*. John R. Vile menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

“Fifty-five delegates from twelve states met in Philladelphia from May to September 1878. Delegates represented the diversity of the state interests, most notably those associated with population size, the issue of slavery, district regional interests. The interest formulated by the delegates to the Constitutional Convention differed in significant respects from that under the Article of Confederation. Although States were retained in a newly devised

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.*

*federal system, congressional powers were significantly expanded. The new government contained three branches of government rather than one. These included a bicameral in which the people were represented according to population in the larger house; a single executive, chosen by an independent electoral college, with powers to enforce congressional legislation, and an independent judiciary, whose members would serve "during good behaviour".*²⁶³

Penjelasan John R. Vile tersebut menegaskan terdapat perubahan penting pasca Konstitusi AS yang baru yaitu amandemen melalui proses Konvensi Ketatanegaraan (*the Constitutional Convention*), adanya pemisahan kekuasaan (*the separation of power*) di mana terdapat tiga cabang kekuasaan yaitu eksekutif, legislatif dan yudisial, sistem parlemen bikameral yang terdiri dari Kongres dan Dewan Perwakilan Rakyat (*the House of Representative*), eksekutif dan yudisial. Di dalam Konstitusi AS yang baru, lembaga yudisial mempunyai wewenang baru yaitu:

*"The framers allowed considerable play within the joints of the instrument that they had created, for example, the judicial system soon began exercising their power known judicial review, by which it interpreted the Constitution and laws made under its authority and declared acts that it unconstitutional that it considered to be unconstitutional to be void. In addition to providing and allowing for such mechanism, the framer of the Constitution prudently constructed a process of formal constitutional amendment."*²⁶⁴

Lembaga yudisial mempunyai wewenang *judicial review* yang secara spesifik mempunyai wewenang untuk melakukan penafsiran konstitusi dan UU, dan menyatakan/memutuskan UU tidak konstitusial serta batal (*void*). Lebih jauh, di AS terdapat dua cara untuk melakukan amandemen konstitusi yaitu:

"Pertama, amandemen dilakukan dengan mengeluarkan RUU yang dikeluarkan oleh lembaga legislatif, masing-masing dengan dua pertiga suara. Kemudian, RUU tersebut akan dibawa ke negara bagian. Cara inilah yang sering digunakan selama ini dalam mengubah Konstitusi AS. Apabila proses amandemen memakan waktu yang sangat lama, biasanya Kongres akan membatasi batas waktu persetujuan RUU. Dimulai pada awal abad ke-20, Kongres menetapkan bahwa amandemen harus diratifikasi oleh sejumlah negara bagian yang disyaratkan dalam waktu tujuh tahun sejak tanggal penyerahannya untuk menjadi bagian dari Konstitusi AS. *Kedua*, amandemen dilakukan dengan menggelar konvensi konstitusional (*constitutional convention*) oleh dua pertiga lembaga legislatif negara bagian. Konvensi tersebut dilakukan untuk mengusulkan satu amandemen atau lebih. Amandemen-

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

amendemen tersebut kemudian dikirimkan ke negara-negara bagian untuk mendapatkan persetujuan tiga perempat lembaga legislatif negara bagian atau konvensi. Cara kedua ini belum pernah dilakukan dan hingga saat ini selalu terjadi diskusi di antara para hali politik AS mengenai bagaimana konvensi seperti ini bisa dilakukan serta amendemen tentang apa saja yang mungkin bisa terjadi.²⁶⁵

Amendemen konstitusi di AS dapat dilakukan dengan menggunakan dua jalan yaitu selain melalui Konvensi Ketatanegaraan (*the Constitutional Convention*), juga dapat menggunakan RUU yang dirancang oleh Kongres dan DPR yang kemudian disetujui oleh negara-negara bagian. Yang menarik dari proses amendemen konstitusi melalui konvensi adalah terdapat perbedaan pendapat dari para sarjana hukum atas istilah *the Constitutional Convention*. Pan Muhammad Faiz menerjemahkan *the constitutional convention* sebagai konvensi konstitusional.²⁶⁶ Sementara Jimly Asshiddiqie menerjemahkan *the constitutional convention* sebagai Konvensi Ketatanegaraan.²⁶⁷ Jimly Asshiddiqie menjelaskan *the constitutional convention* sebagai berikut:

“Konvensi ketatanegaraan atau *constitutional convention* merupakan peristilahan yang lazim disebut dalam pembicaraan mengenai masalah-masalah praktik ketatanegaraan dan dalam ilmu tata negara (*constitutional law*). Kadang-kadang, istilah konvensi atau konvensi ketatanegaraan itu dianggap identik dengan kebiasaan atau kebiasaan ketatanegaraan, padahal sebenarnya berbeda. Kebiasaan mempersyaratkan pengulangan, sedangkan konvensi tidak. Dalam praktik, konvensi juga dianggap sebagai salah satu cara untuk mengubah apa yang tertulis di dalam teks konstitusi, sesuai dengan kebutuhan yang baik untuk memastikan bekerjanya norma konstitusi di dalam praktek.”²⁶⁸

Jimly Asshiddiqie menegaskan *the constitutional convention* adalah konvensi ketatanegaraan, dan membedakannya dengan kebiasaan. Konvensi ketatanegaraan bukanlah kebiasaan. Selanjutnya Jimly Asshiddiqie menjelaskan ruang lingkup konvensi ketatanegaraan berdasarkan pendapat KC. Whereas yaitu sebagai berikut:

“*Many important changes in the working of a constitution occur without any alternation in the rules which regulate a government, whether they strictly legal or rules of custom and convention.* Banyak perubahan yang terjadi dalam waktu pelaksanaan undang-

²⁶⁵ Faiz, *Op.Cit.*, hal. 69-70.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 191.

²⁶⁸ *Ibid.*

undang dasar tanpa mengubah secara mutlak bunyi teks hukum ketentuan yang mengatur suatu pemerintahan, melainkan terjadi begitu saja melalui kebiasaan dan konvensi (*rules of custom and convention*). KC Wheare bahkan menguraikan lebih lanjut mengenai perubahan-perubahan konstitusi yang dapat terjadi melalui; (i) perubahan hukum dalam arti *strict*, yaitu perubahan melalui amandemen formal; (ii) perubahan melalui penafsiran yudisial atau teks konstitusi, yaitu melalui proses peradilan tata negara (*constitutional adjudication*); dan (iii) perubahan melalui kebiasaan dan konvensi.”²⁶⁹

Jimly Asshiddiqie dengan mengutip pendapat KC Whereas di atas menegaskan konvensi merupakan salah satu metode perubahan konstitusi. KC Whereas juga memisahkan kebiasaan dan konvensi sebagai metode untuk perubahan konstitusi. Peradilan konstitusi juga mempunyai peranan untuk perubahan konstitusi melalui penafsiran atas konstitusi itu sendiri. Kemudian juga proses amandemen konstitusi juga merupakan salah satu metode untuk merubah konstitusi.

Kemudian untuk memahami daya ikat konvensi, menurut Jimly Asshiddiqie kita perlu menghubungkannya dengan daya ikat norma yaitu :

“Dalam kaitannya dengan daya ikat norma, biasa dibedakan antara pengertian: (i) cara (*usage*); kebiasaan (*folkways*); (iii) tata laku (*mores*); dan (iv) adat istiadat (*custom*). Dalam konteks demikian konvensi ketatanegaraan adalah praktek-praktek ketatanegaraan yang berisi salah satu dari keempat jenis norma yaitu *usage* (cara), *folkways* (kebiasaan), *mores* (pola kelakuan), dan *custom* (adat istiadat) tersebut, yang terangkum dalam istilah *constitutional usage*, dan *constitutional practices*, serta *constitutional custom* atau kebiasaan ketatanegaraan.”²⁷⁰

Konvensi ketatanegaraan di dalam konteks daya ikatnya mempunyai kekuatan mengikat berlakunya yang dihasilkan dari praktek-praktek ketatanegaraan. Jimly Asshiddiqie menjelaskan lebih lanjut sebagai berikut:

“Dalam konteks demikian, konvensi ketatanegaraan (*the conventions of the constitution*) itu sendiri tidak lain adalah praktik-praktik ketatanegaraan yang berisi salah satu dari keempat jenis norma yaitu *usage* (cara), *folkways* (kebiasaan), *mores* (pola kelakuan), atau *customs* (adat istiadat) tersebut, yang terangkum dalam *constitutional usages*, dan *constitutional practices*, serta *constitutional customs* atau kebiasaan ketatanegaraan”²⁷¹

²⁶⁹ *Ibid*, hal. 192.

²⁷⁰ *Ibid*, hal. 193.

²⁷¹ *Ibid*.

Konvensi ketatanegaraan berbeda dengan dengan putusan pengadilan yang mengatur sistem ketatanegaraan. Perbedaan ini penting untuk kita ketahui karena menurut WJ Waluchow menjelaskan sebagai berikut:

*"These elements in account of laws defended by Hobbes and Austin draw attention to a further characteristic feature of constitutionally limited government; nonlegal forms of limitation. Let's begin our examination of this feature by observing, once again, that both Hobbes and Austin were prepared to acknowledge national, moral, and prudential limitations upon the sovereign. This is a view that no contemporary theorist would reject either, though some might wish to insist, aling with Hobbes, that, legally speaking, it should always be up to the sovereign alone to interpret and apply these requirements. But we can go much further than this and recognize additional ways in which government powers are typically limited in constitutional democracies-ways that are neither legal nor merrely the dictates of morality, prudence, and rationality. Government powers can also be subject to specifically nolegal yet fully constitutional limitations. These constitutional restraints lack force of law, but same time they are very different from the normal requirements under which all rational creatures labour, to act prudently, rationally, and morally. These requirements are a part of its constitutional law."*²⁷²

Menurut WJ Waluchow yang membedakan antara putusan pengadilan terkait isu-isu ketatanegaraan dengan konvensi ketatanegaraan adalah putusan pengadilan mempunyai *force of law* (ada paksaan berdasarkan hukum), sementara konvensi ketatanegaraan tidak mempunyai *force of law*. Tetapi berdasarkan penjelasan Jimly Asshiddiqie di atas, meskipun konvensi ketatanegaraan tidak mempunyai *force of law*, konvensi ketatanegaraan itu tetap mempunyai daya ikat (*binding*) karena konvesin ketatanegaraan merupakan cara (*usage*), kebiasaan (*folkways*), pola kelakuan (*mores*), kebiasaan (*custom*).

Kemudian, Waluchow juga membedakan hukum tata negara (*constitutional law*) dengan konvensi ketatanegaraan (*constitutional convention*), Pendapat Waluchow adalah sebagai berikut:

"Many people will find the idea of non-legal forms of constitutional limitation puzzling, believing their constitution to be nothing more (and nothing less) than a formal document or set of documents, possibly adopted long ago at a special constitutional, that contains the nation's basic law. But there is a long standing tradition of conceiving of constitution as containing more than constitutional law. This is a view associated with Dicey who proposed that in addition to its constitutional laws, constitutionally limited systems of

²⁷² WJ Walucho, *Op.Cit.*, hal 28.

government can contain a number of "constitutional convention". These are informal conventional rules arising within the practices of the wider political community and that often impose important limits on the basic government powers established by constitutional law. The political community observes these conventions and does so with the clear understanding that the clear understanding that strict conformity is not only the norm but also mandatory. The violation of a constitutional convention might result in serious political cost, for example an absence of cooperation by opposition members in Parliament, or rejection by the electorate in the next election. But it is generally understood that they cannot be enforced in courts. That is, they are not legally enforceable. An example of a British constitutional convention is the rule that the Queen may not refuse Royal Assent to any bill passed by both Houses of the UK Parliament, or that government must resign if it loses the confidence of the House, as is sometimes the case when an important money bill is defeated. These are constitutional conventions which judges will not enforce in courts of law. Their violation result result in no legal costs broadly construed. Such constitutional convention are distinguishable from constitution by the fact that the later are indeed legally enforceable."²⁷³

Waluchow menilai pelanggaran atas konvensi ketatanegaraan tidak dapat dinilai atau dibawa ke MK, sementara pelanggaran atas konstitusi harus dibawa ke MK. Terdapat dua ranah berbeda dalam tata negara yaitu konvensi ketatanegaraan dan konstitusi. Waluchow memberikan contoh yang jelas perbedaan antara pelanggaran atas konvensi ketatanegaraan dengan pelanggaran atas konstitusi. Menurut Waluchow pelanggaran atas konvensi ketatanegaraan mengakibatkan biaya politik yang besar seperti tidak ada dukungan dari oposisi di parlemen terhadap ruling party, kemudian juga kemungkinan hilangnya suara di pemilihan umum di masa depan.

Konvensi ketatanegaraan juga sering terjadi di dalam praktek-praktek ketatanegaraan di Indonesia. Beberapa sarjana memberikan contoh konvensi ketatanegaraan di Indonesia yaitu Maklumat X Tahun 1945. Mahfud MD memberikan penilaian atas Maklumat X Tahun 1945 sebagai konvensi ketatanegaraan sebagai berikut:

"Terdapat dua alasan Maklumat X Tahun 1945 itu konstitusional yaitu Pertama, Maklumat X Tahun 1945 dikeluarkan oleh Wakil Presiden atas nama Presiden yang ketika itu memegang kekuasaan MPR,DPR, dan DPA dengan bantuan sebuah komite nasional. Ketentuan ini tertuang jelas di dalam Pasal IV Aturan Peralihan UUD 1945 yang menentukan bahwa,"Sebelum MPR,DPR dan DPA

²⁷³ *Ibid.*, hal. 29-30,

dibentuk menurut UUD ini, segala kekuasaannya dijalankan oleh Presiden dengan bantuan sebuah komite nasional". Dengan demikian, berdasarkan Aturan Peralihan tersebut pada saat itu Presiden dapat melakukan tindakan-tindakan yang menjadi wewenang MPR, termasuk mengubah konstitusi dan sistem pemerintahannya. Pada saat itu Presiden dari Wakil Presiden secara konvensional disebut sebagai "Dwitunggal" dan Presiden sendiri menyetujui Maklumat tersebut. *Kedua*, Maklumat tersebut dapat dipandang sebagai konvensi yang merupakan bagian dari konstitusi yakni bagian hukum dasar yang tidak tertulis sebab dalam kenyataannya perubahan ketatanegaraan berdasarkan Maklumat tersebut diterima di dalam praktik oleh semua lapisan masyarakat serta oleh supra dan infrastruktr politik waktu itu. Penerimaan itu menjadi kunci bagi keabsahan Maklumat Nomor X dan Maklumat Pemerintah tanggal 14 November Tahun 1945 sebagai penciptaan konvensi ketatanegaraan.²⁷⁴

Mahfud MD menegaskan Maklumat X Tahun 1945 menjadi konvensi ketatanegaraan ketika diterima oleh semua lapisan masyarakat. Menurut peneliti, jika melihat lebih jauh daya laku praktek-praktek ketatanegaraan menjadi konvensi ketatanegaraan berdasarkan pendapat Jimly Asshiddiqie di atas, maka Maklumat X Tahun 1945 merupakan *constitutional practices* (praktek-praktek ketatanegaraan) karena Maklumat X Tahun 1945 diterima oleh semua lapisan masyarakat baik infra dan supra struktur politik.

Lebih jauh, Jimly Asshiddiqie membedakan lima konsepsi konvensi ketatanegaraan yaitu sebagai berikut:

- (i) Praktik, penerapan, kebiasaan, atau fakta-fakta (*mere practice, usage, habit or fact*) yang tidak dianggap bersifat kewajiban (*obligatory*) seperti keberadaan partai politik (fakta) atau kebiasaan-kebiasaan seperti kebiasaan Presiden menerima tamu umum pada hari Raya Idul Fitri dan Idul Adha, ataupun kebiasaan tabur bunga dan renungan suci 17 Agustus malam di makan pahlawan Kalibata;
- (ii) Norma-norma aturan yang tidak bersifat politik (*non-political rules*), seperti *rules of conduct* atau kode etik tidak berkaitan dengan persoalan pemerintahan, atau cara-cara hal-hal yang berhubungan sopan santun tata upacara kerajaan yang tidak memiliki *constitutional significance* sama sekali dipermasalahkan;
- (iii) *Judicial rules of practice* seperti kebiasaan hakim dalam memeriksa dan memutus dengan mengikuti *rules of precedent* dari contoh-contoh perkara serupa yang pernah diputus sebelumnya. Dalam praktek di Inggris misalnya, hal ini sama sekali tidak ada aturan tertulisnya melainkan tumbuh sendiri

²⁷⁴ Mahfud MD, *Op. Cit.*, hal 26-27.

dalam praktik. Itu sebabnya, seperti dalam *R. vs Knuller Ltd (Publishing, Printing and Promotions)*, *House of Lords* merasa tidak terikat dengan keputusan yang dibuat sendiri pada masa sebelumnya;

- (iv) *Rules enforced by the courts*, yaitu peraturan perundang-undangan yang diterapkan atau ditegakan oleh pengadilan, baik dalam bidang perdata, pidana, tata usaha negara, ataupun tata negara. Sambil mengakui adanya perbedaan formal antara *laws dan conventions*. Sir Ivor Jennis cenderung pada pendapat bahwa perbedaan keduanya tidaklah bersifat substantif. Perbedaannya itu mungkin tidak penting bagi ilmuwan politik, tetapi sangat penting bagi ahli hukum. Bahkan, perbedaan itu sendiri dikritik oleh Mitchell, mengingat *there may be laws with no judicial sanction*. Menurutnya ada juga hukum yang tidak disertai ketentuan mengenai sanksi peradilan. Memang benar, seperti dikemukakan oleh Sir Ivor Jennings, ada UU misalnya di bidang pidana yang tidak dapat diterapkan untuk badan-badan pemerintahan, tetapi dapat diterapkan terhadap orang per orang yang menduduki jabatan dalam bidang pemerintahan ini;
- (v) *Rules enforced by Houses of Parliament* melalui para pejabatnya, seperti Ketua Parlemen menurut peraturan tata tertib parlemen yang bersangkutan. Sebagian dari *the law and custom of Parliament* dapat disebut termasuk ke dalam pengertian *the common law* dalam arti luas. Oleh karena itu, sering dipahami secara tumpang tindih dengan pengertian konvensi. Memang ada praktek-praktek penyelenggaraan kegiatan parlemen yang menciptakan konvensi (*constitute convention*) seperti perlindungan atau pemberian kesempatan khusus kepada kelompok minoritas dalam perdebatan ataupun dalam rangka komposisi penyusunan anggota komisi-komisi tertentu. Peraturan tata tertib (*standing orders*) kadang-kadang juga disebut sebagai *constitutional conventions*, tetapi jika telaah lebih seksama, peraturan tata tertib atau *standing order* itu sendiri terdiri atas norma yang; (i) sebagian dapat disebut sebagai hukum (*law*); (ii) sebagian merupakan *mere practice*; dan (iii) barulah sebagian kecil lainnya dapat disebut *conventions*.²⁷⁵

Jimly Asshiddiqie memberikan penjelasan cukup komprehensif mengenai kategori-kategori konvensi. Berdasarkan penjelasan Jimly Asshiddiqie tersebut, kita dapat mengetahui ruang lingkup konvensi ketatanegaraan yang sangat luas. Konvensi ketatanegaraan tidak hanya praktek-praktek ketatanegaraan, tetapi juga UU yang tidak ada sanksinya dan tidak dapat diterapkan kepada lembaga-lembaga negara, tetapi dapat diterapkan kepada pejabat-pejabat di badan pemerintahan

²⁷⁵ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 197-198.

tersebut. Kovensi ketatanegaraan juga dibentuk berdasarkan putusan pengadilan (*rules enforced by the court*) termasuk di dalamnya adalah putusan pengadilan tata negara.

Menurut peneliti keberadaan mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional di MK merupakan bagian untuk memulihkan, melindungi dan menjamin hak-hak konstitusional warga negara, dan sejalan dengan teori keadilan dari John Rawls. Khususnya hak-hak konstitusional warga negara yang potensial dilanggar oleh UU yang sedang dijadikan dasar hukum dalam suatu perkara di pengadilan. Teori keadilan Rawls menekankan perlunya perlindungan hak-hak warga negara melalui konstitusi sebagai kontrak sosial, sebagai lanjutan atas telah terbentuknya masyarakat adil, dan telah dicapai melalui "ujian" berdasarkan konsep posisi asli dan tabir ketidaktahuan. Di dalam konteks Indonesia, menurut Peneliti proses penemuan prinsip-prinsip keadilan berdasarkan teori keadilan tersebut telah dituangkan di dalam konstitusi sejak pasca kemerdekaan sampai dengan pasca amandemen UUD 1945, dan Pancasila telah disepakati sebagai dasar negara.

Kemudian Hans Kelsen menjelaskan konstitusi merupakan norma dasar (*the basic norm/grundnorm*), konstitusi merupakan norma dasar yang mempunyai validitas karena dipresuposisikan (*presuppose*) sebagai valid dan postulat final (*postulate*)²⁷⁶ sebagai norma dasar tertinggi.²⁷⁷ Dengan kata lain, Kemudian, Hans Kelsen menjelaskan konstitusi merupakan norma hukum positif tertinggi dalam tata hukum atau tertib hukum suatu negara.²⁷⁸ Lebih lanjut, Hans Kelsen menjelaskan "*Constitution is understood here in its material sense, that is, we understand by constitution the positive norm or norms which regulate the creation of general legal*

²⁷⁶ *Blacklaw Dictionary* memberikan pengertian *to postulate* (kata kerja) yaitu *to name someone to an ecclesiastical position, subject to a higher by a higher authority*. Terjemahan bebasnya adalah memberikan nama pada seseorang yang berhubungan dengan posisi di geraja, dan memerlukan persetujuan dari institusi lebih tinggi. *Blacklaw Dictionary* juga menjelaskan di dalam konteks hukum romawi terhadap istilah *postulation actionis* adalah *a request to magistrate having jurisdiction for permission to bring an action*. Terjemahan bebasnya adalah suatu permohonan kepada pengadilan yang mempunyai kewenangan untuk memberikan izin untuk melakukan suatu tindakan. Menurut penulis, *Blacklaw Dictionary* belum memberikan pengertian *to postulate* dalam konteks teori norma berjenjang tersebut. Kemudian juga, di Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) menjelaskan pengertian postulat (mungkin kata sepadan dengan *to postulate*) yaitu asumsi yang menjadi pangkal dalil yang dianggap benar tanpa perlu pembuktiannya/anggapan dasar/aksioma. Oleh karena itu penulis menerjemahkan *to postulate* dengan postulat. Kemudian, *presuppose* juga diterjemahkan sebagai presuposisi yang mengandung arti *transcendental-logical presupposition*. Lihat juga penulis lain menggunakan istilah postulat sebagai terjemahan *to postulate* yaitu Ali Safaat, lihat Jimly Asshiddiqie & Ali Safa'at, **Teori Hans Kelsen tentang Hukum**, (Jakarta:Konpress,2012), hal. 90.

²⁷⁷ *Ibid*.

²⁷⁸ Palguna. *Op.Cit*, hal. 203.

norm”.²⁷⁹ Dengan kata lain, Hans Kelsen ingin mengatakan konstitusi dalam arti material konstitusi adalah norma-norma positif yang mengatur pembuatan norma hukum umum. Teori konstitusi dari Hans Kelsen dalam konteks Konstitusi sebagai hukum tertinggi mempunyai keunikan tersendiri yaitu Konstitusi harus dinyatakan sebagai *presupposed* sebagai valid dan postulat.

Berdasarkan teori norma berjenjang dari Hans Kelsen tersebut, maka norma-norma yang kedudukannya berada di bawah konstitusi tidak boleh bertentangan dengan konstitusi, dan validitasnya ditentukan oleh konstitusi. Jimly Asshiddiqie berpendapat tentang teori norma berjenjang dalam konteks supremasi konstitusi dan prinsip konstitusionalisme. Jimly Asshiddiqie membahas supremasi konstitusi di mana konstitusi merupakan kesepakatan bersama, dan merupakan hukum tertinggi (*the supreme law of the land*), dan aturan di bawah konstitusi tidak boleh bertentangan dengan konstitusi itu sendiri, MK merupakan pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) dalam konteks supremasi konstitusi.²⁸⁰ Lebih jauh, Jimly Asshiddiqie menjelaskan UUD tidak dapat dipahami melalui teksnya saja, kita harus memahami konteks filosofis, sosio-politis, sosio-historis, sosio-yuridis, dan bahkan sosio-ekonomis yang mempengaruhi perumusannya.²⁸¹ Di dalam teori hukum dan konstitusi, terdapat prinsip konstitusionalisme yaitu sistem yang terinstitusionalisasi secara efektif terhadap pembatasan atas tindakan-tindakan pemerintah agar sesuai dengan konstitusi,²⁸² Di dalam konteks konstitusionalisme, norma hukum di dalam konstitusi merupakan hukum tertinggi yang oleh Larry D. Kramer disebut sebagai *the supreme law of the respective country*, karena memang dibuat berdasarkan kesepakatan masyarakat dan prinsip kedaulatan rakyat (*the popular constitution*).²⁸³

Konstitusi merupakan hukum tertinggi atau disebut juga *supreme law of the constitution* juga pernah disebutkan oleh Hakim Marshall yang mengadili kasus Madison versus Mabury.²⁸⁴ Konstitusi sebagai hukum tertinggi, maka aturan-aturan

²⁷⁹ Hans Kelsen. *Pure Theory of Law*, Los Angeles: University of California Press Berkley, 1978, 122.

²⁸⁰ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2016, hal. 296-271.

²⁸¹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, hal. 36.

²⁸² *Ibid.*, hal. 21.

²⁸³ Larry D. Kramer, *The People Themselves Popular Constitutionalism And Judicial Review*, Oxford : Oxford University Press, 200), hal. 73.

²⁸⁴ Ervin Chemerinsky, *Constitutional Law : Principles and Policies Fourth Edition*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, hal. 44.

di bawahnya tidak boleh bertentangan dengan konstitusi.²⁸⁵ Kemudian di dalam perkembangannya, konstitusi tidak hanya sebagai *the supreme law of the constitution*, tetapi substansi dari konstitusi itu sendiri harus demokratis. Menurut Rasch dan Congleton terdapat empat tujuan umum konstitusi demokratis yaitu “

“*Pertama*, memudahkan pengambilan keputusan untuk menyesuaikan undang-undang dan pelayanan yang berlaku untuk memajukan kepentingan warga negara mengikuti perubahan kondisi ekonomi dan politik. Tradisi pemerintahan demokratis modern antara lain dilakukan pemilihan wakil rakyat kompetitif yang akan memilih kebijakan dan birokrasi yang tidak politis yang menjalankan kebijakan yang telah dipilih. *Kedua*, konstitusi demokratis berupaya memastikan kekuasaan mayoritas, bukan kekuasaan minoritas. Demokrasi perwakilan memerlukan wakil rakyat sehingga selalu ada risiko wakil rakyat yang terpilih akan bertindak tidak mengikuti kehendak pemilihnya. Pengaturan konstitusionalitas memiliki tugas penting untuk mencegah delegasi kewenangan menjadi pemberi kuasa. Wakil rakyat pasti mempunyai kecenderungan untuk lalai jika kepentingan rakyat dan pemilih tidak sepenuhnya sama. Masalahnya adalah bagaimana menyamakan kepentingan wakil rakyat dengan pemilihnya. Konstitusi demokratis berupaya menjembatani hal ini melalui aturan-aturan yang memastikan pemilihan umum yang terbuka dan kompetitif. *Ketiga*, konstitusi demokratis mengatasi kekhawatiran konstitusionalitas klasik tentang perlindungan hak-hak individu dan minoritas. Konstitusi demokratis mencakup hak-hak dasar yang menentukan domain kebijakan di mana kebijakan harus atau tidak boleh dibuat. Batasan konstitusi semacam itu pada ranah kebijakan pemerintah mengurangi kemungkinan mayoritas untuk melanggar hak-hak individu dan hak-hak etnis, agama, bahasa atau kelompok minoritas. *Keempat*, konstitusi demokratis mengatasi masalah dinamis yang melibatkan stabilitas dan keluwesan rezim konstitusional itu sendiri. Perancang konstitusi harus mengakui bahwa konstitusi yang mereka rancang perlu disesuaikan dengan, ide-ide, atau informasi baru”.²⁸⁶

Pendapat Rasch dan Congleton tersebut menegaskan substansi konstitusi harus demokratis yang memberikan perlindungan dan jaminan hak-hak konstitusional setiap warga negara tanpa ada ketentuan-ketentuan yang diskriminatif terhadap setiap warga negara. Kemudian, Rasch dan Congleton menegaskan juga substansi konstitusi perlu disesuaikan dengan kondisi-kondisi yang baru di sebuah negara dengan melalui proses perubahan atau amandemen terhadap konstitusi itu sendiri. Konstitusi juga harus membuka kemungkinan untuk

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Pan Mohamad Faiz, **Amendemen Konstitusi: Komparasi Negara Kesatuan dan Negara Federal**, Jakarta; Rajawali Pers, 2019, hal.33-35.

dirubah sesuai dengan kondisi poleksosbud.²⁸⁷ Tetapi Konstitusi seharusnya diberlakukan untuk masa yang lama, dan tidak mudah untuk merubah Konstitusi tersebut dibandingkan dengan merubah UU biasa.²⁸⁸ Berdasarkan pendapat Mahfud MD, dan Rasch Congleton, maka substansi Konstitusi harus demokratis yaitu memberikan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara, dan untuk menjadikan substansi Konstitusi menjadi lebih demokratis maka membutuhkan perubahan atau amandemen, tetapi untuk merubah Konstitusi tidak semudah merubah UU.

Semua negara di dunia ini mempunyai konstitusi, tetapi tidak semua negara yang mempunyai konstitusi merupakan pemerintahan konstitusional (*constitutional government*). Beberapa sarjana seperti Whereas dan Sartoni menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

"In 1960, responding to a flurry of constitution making in Western Europe and in many Eastern European countries as well as in Asia and Africa, Giovanni Sartoni remarkd that "Every state has a constitution, but only some states are constitutional. Sartoni's comment suggests a number of important insights about the enterprise of constitution making. How are we to account for the proliferation of constitution maing in this centruy, especially if the presence of a constitution document is not definitive evidence of a commitment to constitutional government? And if the latter is true, then wahat, if not possession of a document, distinguishes constitutional governments from others ? Sartori attributed the proliferation of constitution maing in the late nineteenth and mid twentieth century to an "abuse of political terminology" and the "political exploitation and manipulation of language". As a consequence, he argue, there developed some confusion over the very meaning of the world "constitutional " (the concept of limited government) was reasonably precise, definte, and clear, it seemed in the mid twentieth century that constitutional government meant simply that there existed in any givern country a document formally styled the constitution".²⁸⁹

Sartoni menjelaskan tidak semua negara yang mempunyai konstitusi, pemerintahannya disebut konstitusional. Kemudian, Whereas menjelaskan pemerintahan konstitusional adalah konsep pemerintahan yang dibatasi (*the concept of the limited government*). Oleh karena itu sangat jelas tidak semua negara yang mempunyai konstitusi berdasarkan konsep pemerintahan yang

²⁸⁷Mahfud MD, *Loc.Cit.*

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ John E.Finn, ***Constitutions In Crisis : Political Violence And The Rule Of Law***, New York-Oxford: Oxford University Press, 1991, hal. 22.

dibatasi. Kemudian Whereas menjelaskan lebih jauh apa yang dimaksud dengan *limited government* yaitu:

*"Whatever causes, lost in the change was the nineteenth century's insistence on the concept of jurisdiction of guarantiste of limited government. Consequently, some of new constitutions, such as the Soviet constitutions of 1937 and 1977, may set forth operative principles of government that have little relationship to the actual business of governing and which certainly do not limiet or restrain governmental power. Sartori proposed that such constitutions should be called "façade constitutions", and Karl Loewenstein termed them "fictive" constitutions. For reasons that will be clear as we proceed, I prefer Herbet J. Spiro's reference to such documents as mere "paper constitutions". In such cases, the existence of a constitutional document hardly warrnts our conclusion that such governments are constitutional governments except in the least interesting and least useful of ways."*²⁹⁰

Whereas menjelaskan beberapa negara mempunyai konstitusi seperti Uni Soviet, tetapi pemerintahannya bukanlah pemerintahan yang konstitusional karena tidak ada pembatasan atas pemerintahan. Bahkan Sartori menyebut negara-negara yang mempunyai konstitusi tetapi bukanlah pemerintahan konstitusional dengan "*façade constitution*", sementara Karl Loewenstein menyebutnya dengan "*fictive*" *constitution*.

Kemudian untuk menentukan kerangka normatif konstitusi, terdapat empat teori untuk menjelaskan hal tersebut yaitu:

"1. Classical constitutionalists believe that Constitution's normative structure corresponds to category of classical moral theory. Thus Constitution acknowledges the primacy of justice and invalidity of laws that violating natural laws. Further, the Constitution aims at securing justice and the common good, by providing institutions that create and enforce laws conducive to these ends. Classically inclined scholars advance this interpretation and approve of a classical Constitution, usually because they think that classical moral theory is true or for whatever reason at least do not lament the Constitution's assumption of its truth. Although classically declined scholars describe to the classical interpretation of the framing, they lament that the framers drew on traditional moral theory. Natural law, they think, is a chimera. 2. Modernist says Constitutions aims to achieve the purposes of government as described by the philosophy of modernity namely the securing of peace in the face of religious and moral disagreement. Natural law in the modern sense simply tells people how to secure the good of peace. Approving modernists argue that modernity captures the truth in matters political and ethical, and therefore they delight in

²⁹⁰ *Ibid.*

the Constitution's adherence to modernity. Disenchanted modernists believe modernity to be morally bankrupt. They are therefore disenchanted with the Constitution, because, as they see it, it adheres to modern moral teaching.³ Positivists (the traditional sort) contend that law is whatever the sovereign commands. There is no natural law in the classical or modern sense pointing to any objective good. Thus, sovereign is free whatever he pleases. As (i.e. a majority of people) are sovereign in the United States, the Constitution is an instrument for effecting popular (I.e majority) will unconstrained by either justice or the common good. Enthusiastic positivist relish the idea of a positivistic constitution, for positivism post that there is no such thing as natural law to constrain the will of the sovereign. Thus, if the people are sovereign, they are able to command anything they please. Many enthusiastic positivists, however, inconsistently turn this into a should, suggesting that nothing should contain the popular will. Regretful positivists subscribe to the positivistic interpretation of the Constitution but regret the influence of positivism upon the Constitution. Usually, regretful positivists think at least one some rights should be placed beyond popular reach. They do not believe that a majority should be able to do whatever they want.⁴ Incoherentists believe that the framers drew incompatible thinkers in an incompatible way, rendering the Constitution inconsistently."

291

Menurut peneliti melihat pendapat Paul R. Dehart menjelaskan apa tujuan dibentuknya konstitusi di sebuah negara. Paul R. Dehart menjelaskan terdapat empat teori untuk menjelaskan hal tersebut yaitu *Pertama*, teori konstitusionalis klasik yang memberikan penjelasan konstitusi bertujuan mencapai keadilan (*justice*) dan kebaikan bersama (*common good*). Hal tersebut sangat jelas dari pendapat Paul R. Dehart yang menyebutkan "*Further, the Constitution aims at securing justice and the common good, by providing institutions that create and enforce laws conducive to these ends.*" Menurut Paul R. Dehart teori pertama ini dipengaruhi oleh ajaran hukum alam (*natural law*). *Kedua*, teori modernis yang menjelaskan tujuan pembentukan konstitusi adalah untuk menjamin perdamaian (*securing of the peace*). Menurut penulis teori kedua ini sudah bergeser dari makna tujuan berkonstitusi menurut teori pertama yang berlandaskan pada keadilan (*justice*) dan tujuan bersama (*common good*). *Ketiga*, teori positivist yang menjelaskan tujuan berkonstitusi adalah untuk menjamin kepentingan umum (*majority*), dan sudah meninggalkan keadilan (*justice*) dan tujuan bersama (*common good*). Teori ketiga ini sudah semakin jauh meninggalkan teori pertama

²⁹¹ Paul R. DeHart, *Uncovering The Constitution's Moral Design*, Columbia & London: University of Missouri Press, 2007, hal 6-7.

yang berlandaskan keadilan (*justice*) dan tujuan bersama (*common good*), dan bahkan juga teori kedua yang berlandaskan perdamaian. *Keempat*, teori inkompatibel yang menjelaskan para pembentuk konstitusi (*the framers*) membentuk konstitusi secara tidak tepat (*incompatible*) sehingga menghasilkan konstitusi yang tidak konsisten. Menurut peneliti teori keempat ini menekankan keraguan atas kompetensi dari the framers konstitusi sehingga menghasilkan konstitusi yang tidak berkualitas.

Terdapat sarjana lain yang menjelaskan fungsi konstitusi, sehingga konstitusikan dapat dikatakan efektif dan berjalan dengan baik. Democracy Reporting International (DRI) menjelaskan fungsi konstitusi yaitu:

*"(i) Laying out the social contract between the people and the state, (ii) designating political institutions so that government works (checks and balances), (iii) limiting government, (iv) recognising individual rights and setting out the mechanisms for their protection, (v) playing a symbolic role, (vi) setting out a transformative agenda for society, (vii) overcoming conflict and laying the blueprint for peace".*²⁹²

DRI menjelaskan terdapat tujuh fungsi konstitusi sebagai syarat sebuah konstitusi dikatakan demokratis. Menurut peneliti fungsi konstitusi yang dijelaskan DRI di atas pada dasarnya mirip dengan pendapat para sarjana yaitu adanya kontak sosial antara warga negara dengan negara, adanya pengakuan prinsip checks and balances, pembatasan kekuasaan pemerintahan, memainkan peran simbolik, membentuk agenda transformatif untuk warga negara, dan penyelesaian kondlik dan membentuk cetak biru untuk perdamaian. Kemudian, penjelasan DRI atas fungsi konstitusi tersebut setidaknya merupakan panduan untuk menganalisis apakah konstitusi suatu negara sudah demokratis atau belum.

Menurut Hakim AS John Marshall di atas konstitusi merupakan hukum tertinggi (*the supreme law of the law*). Oleh karena itu pengadilan mempunyai peranan untuk menjadi pengawal dan penagisir final konstitusi (*the guardian and final interpreter of the constitution*). Bodenheimer menjelaskan konteks pengadilan dalam wewenangnya atas constitutional review sebagai berikut:

"In those countries where the interpretation of the meaning of constitutional preecepts is entrusted to an independent judiciary, an exalted task is imposed upon this department of the government.

²⁹² Democratic Reporting International, *Handbook On Democratic Constitutions*, Berlin :DRI, 2021, hal. 5-7.

Inasmuch as decisions involving the application of constitutional norms to the problems of government and its relation to the citizens are often fraught with momentous consequences for the well-being and happiness of the polity, the responsibility thrust upon the organs of justice in this area of judicial administration cannot be discharged without a deep concern for the political, social, and economic impact which a constitutional decision may exert upon the lives of the people and the public weal”²⁹³

Bodenheimer menegaskan pengadilan mempunyai peran vital untuk mengawal konstitusi khususnya yang berdampak terhadap kehidupan politik, sosial dan ekonomi masyarakat. Putusan pengadilan tersebut mungkin mempengaruhi kehidupan masyarakat. Pengadilan mempunyai peranan untuk melakukan interpretasi atas konstitusi yang berdampak terhadap kehidupan masyarakat di bidang politik, ekonomi, sosial dan budaya. Bodenheimer ingin menegaskan konstitusi merupakan *living document*, dan pengadilan melalui wewenangnya *constitutional review* seharusnya melakukan interpretasi atas konstitusi yang berdampak atas kehidupan masyarakat.

Selanjutnya Bodenheimer menjelaskan setidaknya terdapat dua metode interpretasi atas konstitusi yang dilakukan oleh pengadilan. Bodenheimer menjelaskan hal tersebut sebagai berikut :

“There are two cardinal problems in the realm of interpreting constitutional precepts which cannot be solved without some reflection on the ultimate ends of legal ordering. The first is the questions of whether uncertainties regarding the meaning of a constitutional provision should be resolved by recourse to the understanding of the provision which was prevalent at the time of its adoption or whether a constitutional provision should be interpreted in the light of the knowledge, needs, and experience existing at the time when the interpretative decision is rendered. The second problems pertains to the recognition or non-recognition of non-formal sources of constitutional adjudication. It is concerned with the issue of whether the meaning and scope of a positive constitutional command may be interpreted in the light of important principles of policy which have found no direct and immediate acknowledgement in the formal text of the constitution. Our discussion will be limited to these two major problems of constitutional exersis. With respect to the first question, the authorities on American constitutional law are sharply divided into two camps. Fro purposes of convinent terminology, we may describe the view of propounded by the members of the first group as the theory of historical interpretation

²⁹³ Bodenheimer, *Op.Cit*, hal 404-405.

while second view may be identified as the theory of contemporaneous interpretation.²⁹⁴

Bodenheimer membagi dua metode penafsiran konstitusi yaitu penafsiran sejarah (*historical interpretation*), dan penafsiran kontemporer (*contemporaneous interpretation*). Penafsiran sejarah berhubungan dengan pertanyaan ketidakpastian atas ketentuan-ketentuan di dalam konstitusi yang harus dijawab berdasarkan pemahaman-pemahaman ketentuan konstitusi tersebut pada saat diberlakukan atau apakah ketentuan konstitusi tersebut harus ditafsirkan berdasarkan pengetahuan, kebutuhan dan pengalaman yang ada pada saat keputusan untuk melakukan penafsiran. Kemudian penafsiran kontemporer berhubungan dengan isu apakah maksud dan ruang lingkup ketentuan di dalam konstitusi ditafsirkan berdasarkan prinsip-prinsip yang penting yang telah ditemukan tetapi tidak mempunyai kaitan langsung dengan teks formal di dalam konstitusi.

Sementara menurut Jimly Asshiddiqie yang mengutip pendapat Arief Sidharta menjelaskan terdapat sembilan metode penafsiran yaitu:

*"Pertama, penafsiran letterlijk (harafiah/what does the word mean). Kedua, teori penafsiran gramatikal atau penafsiran bahasa (what does it linguistically mean?). Ketiga, teori penafsiran historis (what is historical background of the formulation of a text). Keempat, teori penafsiran sosiologis (what does social context of the event to be legally judged). Kelima, teori penafsiran sosi0-historis (asbabun nuzul dan asbahul wurud, what does the social context behind the formulation of the text). Keenam, teori penafsiran filosofis (what is philosophical thought behind the ideas formulated in the text). Ketujuh, teori penafsiran teleologis (what does the articles would like to achieve by the formulated text). Kedelapan, teori penafsiran holistik. Kedelapan, teori penafsiran holistic tematis-sistematis (what is the theme of the articles formulated, or how to understand the articles systematically according to the grouping of the formulation). Kesembilan, penafsiran historis (historische interpretatie)."*²⁹⁵

Jimly Asshiddiqie memberikan pengertian penafsiran konstitusional secara historis adalah sebagai berikut:

"Penafsiran historis mencakup dua pengertian yaitu (1) penafsiran sejarah perumusan UU; dan (ii) penafsiran sejarah hukum. Penafsiran yang pertama, memfokuskan diri pada latar belakang sejarah perumusan naskah, yaitu bagaimana perdebatan yang terjadi ketika naskah itu hendak dirumuskan. Oleh karena itu, yang dibutuhkan adalah kajian mendalam tentang notulen-notulen rapat,

²⁹⁴ *Ibid.*, hal. 405.

²⁹⁵ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 220-224

catatan-cataan pribadi peserta rapat, tulisan-tulisan ilmiah maupun komentar tertulis yang pernah dibuat, otobiografi yang bersangkutan, atau wawancara yang dibuat oleh wartawan dengan yang bersangkutan, atau wawancara khusus yang sengaja dilakukan untuk keperluan menelaah peristiwa yang bersangkutan. Penafsiran kedua, mencari makna dikaitkan dengan konteks kemasyarakatan masa lampau. Dalam penafsiran tersebut juga kita merujuk pendapat-pendapat pakar dari masa lampau, termasuk pula rujukan kepada norma-norma hukum masa lalu yang masih relevan".²⁹⁶

Menurut peneliti pendapat Bodenheimer dan Jimly Asshiddiqie tentang penafsiran sejarah agak sedikit berbeda, meskipun ada persamaannya dalam hal mengkaji ketentuan di dalam UU yang belum jelas makna/artinya. Jimly Asshiddiqie memberikan ruang lingkup yang lebih luas dibandingkan pendapat Bodenheimer. Ruang lingkup penafsiran historis menurut Jimly Asshiddiqie, tidak hanya penafsiran sejarah ketentuan di dalam UU/konstitusi, tetapi lebih luas dari itu yaitu penafsiran sejarah ketentuan hukum/konstitusi (sejarah konsep hukum/berbagai konstitusi). Fokus penafsiran sejarah menurut ketentuan di dalam hukum/konstitusi.

Bodenheimer memberikan contoh penafsiran historis dalam konteks *constitutional review* yang menjadi putusan *landmark* oleh MA AS yaitu dalam kasus *Dred Scott vs. Sanford*:

"The theory of historical interpretation of constitutional clauses was enunciated with uncompromising frankness by Chief Justice Roger Taney in the case of Dred Scott v. Sanford. In this case the United State Supreme Court held that at the time when the Constitution of the United States was adopted. Negroes were regarded as persons of inferior status, not as citizens; that the Constitution did not include them in the term citizens, and therefore that Negroes can have not include them in term citizens. Therefore that Negroes can have no right to sue in the federal courts under the clause which gives to these courts jurisdiction in suits between citizens of different states. In the course of his opinion, Chief Justice Taney laid down his philosophy of constitutional interpretation in the following words: no one we presume, supposes that any change in public opinion or feeling in relation to his unfortune race, in the civilized of Europe or in this country, should induce the court to give the words of the Constitution a more liberal contruction in their favour than they were intended to bear when the instrument was framed and adopted. Such an argument would be altogether inadmissible in any tribunal called on to interpret it. If any of its provision are deemed unjust, there is a mode prescribed in the instrument itself by which it may be amended, but while it remains unaltered. It must be construed now as it was understood at the

²⁹⁶ *Ibid.*, hal. 221.

*time of its adoption. It is not only the same in words, but the same in meaning, and delegates the same powers to the Government, and reserves and secures the same rights and privileges to the citizen; and as long as it continues to exist in its present form, it speaks not only in the same words, but with the same meaning and intent with which it spoke when it came from the hands of its framers, and was voted on and adopted by the people of the United States. Any other rule of construction would abrogate the judicial character of this court and make it the mere reflex of the popular opinion or passion of the day."*²⁹⁷

Ketua Hakim Agung AS Roger Taney pada waktu itu dalam kasus Dred Scott vs. Sanford melakukan penafsiran historis atas Konstitusi AS yang pada awalnya menempatkan orang kulit hitam tidak termasuk ke dalam kelompok warga negara. Tetapi Ketua Hakim AS Agung Roger Taney menelusuri maksud para perancang konstitusi tersebut (*the framers*) yang menegaskan konstitusi dirancang untuk lebih akomodatif terhadap perbedaan ras/suku, dan tidak bisa kaku hanya melihat teks konstitusi saja. Oleh karena itu berdasarkan maksud dari the framers Konstitusi AS persamaan hak kepada semua orang termasuk orang kulit harus diberikan, dan diakui sebagai warga negara.

Di dalam perkembangannya, terdapat hakim yang menggunakan interpretasi historis dalam kasus *House Building and Loan Assn v. Blaisdell* yaitu Hakim Sutherland yang memutuskan sebagai berikut :

*"In this case the United States Supreme Court upheld the constitutionality of the Minnesota Mortgage Moratorium Act of 1933, which granted relief to mortgage debtors, on the ground that the severe economic emergency existing in the state when the legislation was passed rendered this exercise of the state's police power reasonable under the circumstance and immune from attack Article I, section 10 of the Constitution, prohibiting an impairment of the obligation of contracts."*²⁹⁸

MA AS memutuskan konstitusional UU Moratorium Kredit Perumahan (*Mortgage*) yang memberikan bantuan kepada para kreditur perumahan di Negara Bagian Minnesota atas dasar adanya situasi ekonomi yang darurat pada saat itu, dan ketika UU itu disahkan merubah kekuasaan negara bagian dan terhindar dari pasal 1 ayat 10 Konstitusi AS yang melarang pelanggaran kewajiban atas kontrak. Tetapi Hakim Sutherland dalam putusan tersebut *dissenting opinion* yaitu:

²⁹⁷ Bodenheimer, *Op.Cit.*, hal. 505-406.

²⁹⁸ *Ibid.*, hal. 406.

*"Justice Sutherland pointed out that the contract clause was inserted into the Constitution at a time of emergency for the very purpose of preventing the type of legislation that was passed in Minnesota in 1933. He considered the view of the framers, that any relief of debtors was unconstitutional regardless of the existence or nonexistence of an economic depression, as strictly binding upon the court"*²⁹⁹

Hakim Agung Sutherland menggunakan interpretasi historis dengan melihat keinginan *the framers* yang menegaskan setiap bantuan terhadap para debitur adalah tidak konstitusional terlepas apakah ada krisis ekonomi atau tidak, dan hal tersebut mengikat pengadilan. Hakim Agung Sutherland menggunakan penafsiran historis dengan melihat maksud dari *the framers* atas ketentuan tentang kontrak (*the contract clause*) di dalam konstitusi AS. Selanjutnya Hakim Agung Sutherland memformulasikan teori penafsiran konstitusi di dalam kasus yang lain sebagai berikut:

*"The meaning of the Constitution does not change with the ebb and flow of economic events. We frequently are told in more general words that the Constitution must be construed in the light of the present. If by that it is meant that the Constitution is made up of living words that apply to every new condition which they include, the statement is quite true. But to say, if that be intended, that the words of the Constitution mean today what they did not mean when written—that is, that they do not apply to a situation now to which they would have applied then—is to rob that instrument of the essential element which continues it in force as the people have made it until they, and not their official agents, have made it otherwise."*³⁰⁰

Kemudian berbanding terbalik dengan interpretasi sejarah atas konstitusi, tetapi juga interpretasi kontemporer (*contemporaneous interpretation*). Hakim Agung John Marshall mengangkat metode interpretasi kontemporer di dalam kasus *McCulloch v. Maryland*, yaitu sebagai berikut:

*"The opposite theory, the theory of contemporaneous interpretation, was advocated by Chief Justice Marshall in the celebrated case of *McCulloch vs Maryland*. In this case, Marshall declared that the American Constitution was "intended to endure for ages to come and, consequently, to be adapted to the various crises of human affairs"*³⁰¹

John Marshall merupakan pelopor interpretasi kontemporer yang di dalam kasus *McCulloch vs Maryland* menegaskan ketika konstitusi dibentuk, konstitusi dimaksudkan berlaku selama berabad-abad. Oleh karena itu, konstitusi beradaptasi dengan berbagai jenis krisis kemanusiaan. Hakim Agung John Marshall menggunakan interpretasi kontemporer dengan melihat maksud pembentuk konstitusi (*the framers*) bahwa konstitusi fleksibel untuk beradaptasi dengan

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*, hal. 407.

³⁰¹ *Ibid.*, hal 407.

berbagai tantangan kehidupan manusia. Kemudian, Erwin Chemerinsky menjelaskan fakta-fakta atas putusan *Mc Culloch vs Maryland* sebagai berikut:

*"Mc Culloch v. Maryland is the seminal case defining the scope of the federal legislative power and its relationship to state of Maryland could collect a tax from the Bank of the US. Chief Justice John Marshall used the case as an occasion to broadly construe Congress's powers and narrowly limit the authority of state to impede the federal government."*³⁰²

Erwin Chemerinsky menjelaskan fakta-fakta dari putusan *Mc Culloch vs. Maryland* bahwa Negara Bagian Maryland di AS dapat memajaki Bank Amerika.

Hakim Agung John Marshall menggunakan kasus ini untuk melakukan penafsiran kekuasaan Kongres dan membatasi wewenang negara bagian atas negara federal.

Selanjutnya, Erwin Chemerinsky menjelaskan isu-isu hukum yang muncul di dalam putusan *Mc Culloch vs. Maryland* sebagai berikut:

*"The controversy over the Bank of the United States begin almost 30 years before McCulloch, in 1790, when there was a major dispute in both Congress and the executive branch as to whether Congress had the authority to create such a bank. Secretary of the Treasury Alexander Hamilton strongly favoured creating a Bank of the United States, but he was opposed by Secretary of State Thomas Jefferson and Attorney General Edmund Randolph. Both Jefferson and Randolph argued that Congress lacked the authority under the Constitution to create such a bank and that doing so would usurp state government prerogative. Ultimately, Hamilton persuaded President George Washington to support creating the bank, but the debate continued in Congress, James Madison, then in the House of Representatives, echoed the views of Jefferson and Randolph, and opposed the bank. Despite this august opposition, the Federalist, who then solidly controlled Congress, successfully enacted legislation to create the Bank of the United States."*³⁰³

Sebelum adanya kasus *Mc Culloch vs Madison*, sudah ada perdebatan pendirian Bank Sentral Amerika. Terdapat perdebatan antara Menteri Keuangan AS Alexander Hamilton, pada waktu itu, dengan Menteri Luar Negeri Thomas Jefferson dan Jaksa Agung Edmund Randolph tentang pendirian Bank Sentral Amerika. Menteri Keuangan Alexander Hamilton mencoba meyakinkan Presiden AS George Washington untuk mendirikan Bank Sentral Amerika. Kemudian, gagasan itu akhirnya dibawa ke Kongres, dan Kongres menyetujuinya. Kemudian Erwin Chemerinsky menjelaskan munculnya permasalahan yaitu:

³⁰² Chemerinsky, *Op. Cit.*, hal 240.

³⁰³ *Ibid.*, hal 240.

"The Bank of the United States did not solve the country's economic problems and, indeed, many blamed the bank's monetary policies for aggravating a serious depression. State government were particularly angry at the bank, especially because the bank called in loans owed by the states. Thus, many states adopted laws prohibiting its operation within their borders. Others, such as Maryland, taxed it. The Maryland law required that any bank not chartered by the state pay either an annual tax of \$ 15000 or a tax of 2 percent on all of its notes, which needed to be on special stamped paper. The bank refused to pay the Maryland tax, and John James sued for himself and the State of Maryland in the Country Court of Baltimore to recover the money owed under the tax. The defendant, Mc Culloch, was the chasier of that branch of the Bank of the United States. The trial court rendered judgement in favour of the plaintiff, and the Maryland Court of Appelas affirmed. The Supreme court, in a famous opinion by Chief Justice Marshall, reversed Marshall's opinion considered two major questions; First, does Congress have authority to create the Bank of the United States, and second, is the state because technically the sole issue before the Court was whether Maryland constitutionally could collect its tax. There are probably several reasons why Marshall began by considering Congress's power. Once it is established that Congress has the pwer to create the Bank, it then easier to explain why the states cannot tax or regulate it. Also, undoubtedly, John Marshall recognized this case as an ideal opportunity to articulate a broad vison of federal power, much as he used Marbury vs Madison to establish the power of judicial review."³⁰⁴

Di dalam kasus Mc Culloch v. Madison terdapat dua isu hukum berdasarkan pendapat Hakim Agung AS John Marshall yaitu Pertama, apakah apakah Kongres mempunyai wewenang untuk membuat Bank Sentral. Kedua, apakah negara bagian mempunyai wewenang untuk membebani pajak terhadap Bank Sentral. MA AS menjawabnya di dalam putusan Mc Culloch vs. Madison yaitu Bank Sentral mempunyai wewenang untuk mendirikan Bank Sentral. Kemudian, negara bagian tidak berwenang untuk membebani pajak terhadap Bank Sentral. Hakim Agung John Marshall kembali menegaskan kewenangan Pemerintah Federal AS untuk membentuk Bank, kemudian membatasi kewenangan negara bagian dalam memungut pajak.

Hakim Agung AS di dalam Putusan Mc Culloch vs. Madison menggunakan penafsiran sejarah dengan melacak perdebatan di Kongres dan di pemerintahan atas gagasan pembentukan Bank Sentral yaitu:

"As to the first question, whether Congress has the authority to create the Bank of the United States. Marshall made four arguments. First, historical practice established the power of Congress to create the bank. Marshall began his opinion by declaring : "it has been truly said, that theis can be scarcely be

³⁰⁴ *Ibid.*, hal. 240-241.

consided as an open question, entirely unprejudiced by the former proceedings of the nation respecting it. The principle now contested was introduced at a very early period of our history has been recognized by many successive legislatures, and has been acted upon by the judicial department, in cases of perculiar delicacy, as a lw of undoubted obligations. In other words, Marshall invoked the history of the first Bank of United States as authority for constitutionality of the second bank. Marshall expressly noted that the first Congress enacted the bank after great debate and that it was approved by an executive "with as much peculiar delicacy, as a law of undoubted obligation. In other words, Marshall invoked the history of the first Bank of the United States as authority for the constitutionality of the second bank. Marshall expressly noted that the first Congress enacted the bank after great debate and that it was approved by an executive " with as much preserving talent as any measure has ever experienced, and being supported which convinced minds as puer and as intelligent as this country can boast....Although Marshall ddi not mention James Madison by name, Marshall remarked on how even those who opposed the first bank endorsed creating share of intrepidity, to assert that a measure adopted under these circumstances was a bold and plain usurpation, to which the constitution gave no countenance."³⁰⁵

Hakim Agung AS John Marshall di dalam putusan Mc Culloch vs Madison menegaskan berdasarkan penafsiran historis ternyata sudah ada pembentukan Bank pertama di tingkat federal, dan terdapat perdebatan di Pemerintah Federal dan Kongres tentan pembentukan bank tesebut. Kemudian, berdasarkan penafsiran sejarah Hakim Agung John Marshall menemukan pendirian bank pertama kali di tingkat Pemerintahan Federal telah disetujui oleh Pemerintah Federal dan Kongres. Oleh karena itu, Hakim Agung menggunakan persetujuan pembentukan bank pertama kali oleh Pemerintah Federal dan Kongres sebagai dasar argument untuk membentuk Bank Sentral sebagai wewenang Kongres.

Kemudian di dalam Putusan Mc Culloch vs Madison, Hakim Agung John Marshall menjawab isu hukum kedua yaitu apakah negara bagian mempunyai wewenang untuk memungut pajak terhadap Bank Sentral, yaitu sebagai berikut:

"Having concluded that Congress had the authority to create the Bank of the United States, Marshall the addressed the second major issue posed by the case; did Maryland have authority to tax the bank? This question required a much less detailed answer. Marshall explained that the power to create the bank includes a power to preserve its existence. However, he pointed out that " the power to tax involves the power to destroy ; (and) that the power to destroy may defeat and render unless the power to create. Thus, the Court concluded

³⁰⁵ *Ibid.*, hal. 241-242.

*that the state may not tax the Bank of United States of America such exactions could greatly impede its operation and potentially even tax it out of existence. An alternative approach would have been for the Court to allow state taxation up to the point of its interfering with or endangering the bank. But the Court rejected this argument, in part, because it did not want to embark on assessing the impact of each and every tax. Also, the court noted that a state tax on the Bank of United States essentially was a state tax on those in other states. Those who were taxed therefore were not represented in the state imposing the tax, and the tax was thus illegitimate. As described below, this is an essential aspect of limits on the ability of states to put a burden on commerce from other states. It is unfair to allow a state regulate those who have no representation.*³⁰⁶

Menurut Hakim Agung AS John Marshall di dalam putusan *Mc Culloch v. Madison* menegaskan negara bagian tidak mempunyai wewenang untuk memungut pajak terhadap Bank Sentral Federal. Hakim Agung AS John Marshall menilai kewenangan untuk membentuk bank juga kewenangan untuk menjaga eksistensinya. Negara bagian yang memungut pajak terhadap Bank Sentral merupakan pajak negara bagian. Oleh karena itu, setiap pihak yang sedang dipungut pajaknya sebenarnya bukanlah residen/penduduk dari negara bagian tersebut. Di dalam putusan *Mc Culloch v. Madison* terdapat tiga hal penting yaitu:

*"Mc Culloch v. Madison thus established several crucial aspects of constitutional law. First, by rejecting "compact federalism", Mc Culloch emphatically declares that the federal government is supreme over the states and that the states have no authority to negate federal actions. Second, the Court expansively defines the scope of Congress's powers. Finally, the Court limits the ability of states to interfere with federal activities, such as by imposing taxes or regulations on the federal government. This framework for government articulated in Mc Culloch v. Madison."*³⁰⁷

Putusan *Mc Culloch v. Madison* juga telah mengangkat beberapa hal yang penting di dalam hukum tata negara yaitu pengadilan menolak gagasan "*compact federalism*", dan menegaskan Pemerintah Federal mempunyai kedudukan lebih tinggi dibandingkan dengan negara bagian. Negara bagian tidak mempunyai wewenang untuk menegasikan tindakan-tindakan Pemerintahan Federal. Kemudian, Kongres membatasi kemampuan negara bagian untuk melakukan intervensi atas tindakan-tindakan Pemerintah Federal seperti memungut pajak atau membuat regulasi terhadap Pemerintah Federal.

³⁰⁶ *Ibid.*, hal. 245-247.

³⁰⁷ *Ibid.*, hal 246-247.

Menurut peneliti, putusan *Mc Culloch v. Madison* mempunyai pengaruh terhadap hubungan antara Pemerintah Federal dengan negara bagian terutama dalam pengaturan soal pajak dan lain-lain. Konstitusi merupakan sumber hukum tertinggi (*the supreme law of the land*) yang mana menempatkan Pemerintah Federal termasuk eksekutif dan Kongres di atas negara-negara bagian. Oleh karena itu aturan-aturan di negara bagian yang bertentangan dengan konstitusi harus dinyatakan batal oleh pengadilan.

Selain terdapat penafsiran konstitusi, juga terdapat hermeneutika hukum yang berguna untuk menilai permasalahan-permasalahan konstitusi kontemporer saat ini.

Jimly Asshiddiqe menjelaskan hermeneutika hukum berdasarkan pendapat Arief Sidharta sebagai berikut:

“Menafsir atau menginterpretasi, menurut Arief Sidharta, intinya adalah kegiatan mengerti atau memahami. Hakikat memahami sesuatu adalah yang disebut filsafat hermeneutik. Hermeneutika atau metode memahami atau metode interpretasi dilakukan terhadap teks secara holistik dalam bingkai keterkaitan antara teks, konteks dan kontekstualisasi. Memahami sesuatu adalah meninterpretasikan sesuatu agar memahaminya. Dalam hubungan ini Gadamar mengatakan seperti dikutip oleh Arief Sidharta, ilmu hukum adalah eksemplar Hermeneutika *in potima forma*, yang menerapkan ilmu hukum ketika menghadapi kasus hukum, maka kegiatan interpretasi tidak hanya dilakukan terhadap teks yuridis, tetapi juga terhadap kenyataan yang menyebabkan munculnya masalah hukum itu sendiri.”³⁰⁸

Hermeneutika hukum termasuk kaitannya dengan konstitusi menegaskan interpretasi harus dilakukan secara holistik yang menghubungkan antara teks, konteks dan kontekstual. Kemudian menurut peneliti hal yang lebih penting juga adalah tidak hanya melihat teks di dalam konstitusi, tetapi juga harus melihat kenyataan adanya permasalahan konstitusional. Lebih jauh, menurut peneliti berdasarkan penjelasan hermeneutika hukum di atas, kita harus menghubungkan teks di dalam konstitusi dengan konteks dan tekstualisasinya. Oleh karena itu, menurut peneliti kewenangan MK atas *constitutional review* ketika mengadili dan memutus permohonan *constitutional review* juga dapat menggunakan metode penafsiran dan hermeneutika hukum sehingga menghasilkan putusan-putusan MKRI yang berkualitas.

³⁰⁸ Asshiddiqe, *Op.Cit.*, hal 247.

MKRI juga menggunakan pernah menggunakan penafsiran non-originalis dengan pendekatan doktriner di dalam Putusan Nomor 002/PUU-I/2003 yaitu:

*"Pada saat melakukan penafsiran frasa "dikuasai oleh negara" dalam Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945. Dalam melakukan penafsiran frasa dikuasai negara, MK tidak berpijak pada teks konstitusi. MK menafsirkan dengan menggunakan pendekatan doktrin yang telah diakui serta bersifat etik yang mengedepankan keadilan dan keseimbangan"*³⁰⁹

MKRI di dalam putusan Nomor 002/PUU-I/2003 menggunakan penafsiran non-originalis berdasarkan pendekatan doktrin. Di dalam pertimbangan hukumnya MKRI menelusuri pemahaman doktrin atas penguasaan negara yaitu:

*"MKRI menyatakan bahwa pengertian dan/atau maksud dari suatu ketentuan yang terdapat dalam pasal-pasal UUD 1945 tidaklah cukup apabila hanya berpegang pada bunyi teks pasal yang bersangkutan dan hanya dengan menggunakan satu metode penafsiran tertentu. UUD 1945, sebagaimana halnya setiap undang-undang dasar atau konstitusi adalah sebuah sistem norma dasar yang memberikan landasan konstitusional bagi pencapaian tujuan hidup berbangsa dan bernegara sebagaimana terhadap suatu ketentuan dalam pasal-pasal UUD 1945 harus selalu mengacu kepada tujuan hidup berbangsa dan bernegara sebagaimana yang digariskan dalam Pembukaan UUD 1945 tersebut. Dengan memandang UUD 1945 sebagai sebuah sistem sebagaimana dimaksud, maka penguasaan oleh negara dalam Pasal 33 1945 memiliki pengertian yang lebih tinggi atau lebih luas daripada pemilikan dalam konsepsi hukum perdata. Konsepsi penguasaan oleh negara merupakan konsepsi hukum publik yang berkaitan dengan prinsip kedaulatan rakyat yang dianut dalam UUD 1945, baik di bidang politik (demokrasi politik) maupun ekonomi (demokrasi ekonomi)."*³¹⁰

MKRI menggunakan pendekatan doktrin untuk menemukan makna atas frasa "dikuasai" oleh negara. Kemudian, MKRI menilai konsep penguasaan oleh negara merupakan konsep hukum publik yang memiliki pemahaman yang lebih luas dibandingkan pengertian penguasaan berdasarkan hukum perdata. Selanjutnya MKRI menilai konstitusi mengakomodir dan mengakui prinsip kedaulatan rakyat yang mana rakyat tidak hanya berdaulat di bidang politik, tetapi juga ekonomi. Kemudian MKRI tiba pada kesimpulan atas makna frasa "dikuasai" oleh negara yaitu sebagai berikut:

"Pengertian "dikuasai" oleh negara haruslah diartikan mencakup makna penguasaan oleh negara dalam arti yang luas yang

³⁰⁹ Ali Safaat dkk, *Op.Cit.*, hal 251.

³¹⁰ *Ibid.*

bersumber dan diturunkan dari konsepsi kedaulatan rakyat Indonesia atas segala sumber kekayaan "bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya", termasuk pula di dalamnya pengertian kepemilikan publik oleh kolektivitas rakyat atas sumber-sumber kekayaan dimaksud. Rakyat secara kolektif dikontruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*belied*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*), untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat³¹¹

MKRI berdasarkan prinsip kedaulatan rakyat diakui oleh konstitusi, menyimpulkan rakyat dikontruksikan secara kolektif memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*belied*), tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan kemakmuran rakyat. Rakyat tetap berdaulat dan hanya memberikan mandat kepada negara. Ini tidak berarti negara sebagai pemilik, dan yang paling penting prinsip kedaulatan rakyat terpenting adalah bertujuan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat.

Seperti yang telah dijelaskan di atas, keberadaan dan wewenang MK atas *constitutional review* telah diakui oleh UUD 1945. Begitu juga UUD 1945 khususnya Pasal 28 A sampai dengan J sudah mengakui hak-hak konstitusional warga negara. Ini berarti, perlindungan hak-hak konstitusional warga negara oleh konstitusi dan wewenang MK dalam melakukan pengujian UU terhadap UUD 1945 (*constitutional review*) merupakan norma hukum tertinggi, dan aturan di bawahnya termasuk UU MK Nomor 24 Tahun 2003 tidak boleh bertentangan dengan konstitusi tersebut. Mengadili dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional merupakan bagian dari wewenang MK dalam konteks *constitutional review*.³¹²

Berdasarkan pembahasan di atas, maka urgensi adanya permohonan pertanyaan konstitusi karena karena konstitusi kita sudah mengakui dan melindungi hak-hak konstitusional warga negara, dan MK merupakan pengawal dan penafsir konstitusi mempunyai kewenangan untuk menguji konstitusionalitas sebuah UU apakah bertentangan dengan UUD 1945 yang diakui oleh konstitusi merupakan norma hukum tertinggi. Oleh karena itu norma-norma hukum yang terdapat di dalam UU MK tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945. Permohonan pertanyaan konstitusional, seperti yang telah dijelaskan di atas, merupakan bagian dari

³¹¹ *Ibid.*, hal 252

³¹² Palguna, *Op.Cit.*, hal 36.

wewenang MK untuk melakukan pengujian konstiusionalitas UU terhadap UUD 1945. Oleh karena itu UU MK seharusnya mengakomodir kewenangan MK untuk memeriksa dan memutus permohonan pertanyaan konstiusional agar sesuai dan konsisten dengan norma-norma hukum di dalam konstiusi, dan untuk melindungi hak-hak konstiusional warga negara.

II.3 Teori dan Konsep Pengujian Konstiusionalitas UU atas UUD (*Constitutional Review*)

Peneliti akan menggunakan teori dan konsep *constitutional review* Hans Kelsen, yang kemudian dikembangkan oleh Jimly Asshiddiqie, Mahfud MD dan I Gede Dewa Palguna untuk menjawab isu hukum pertama dan ketiga. Menurut Soewoto, terdapat perbedaan mendasar antara *judicial review* dengan *materiële toetsingsrecht* (hak uji secara materiil) yaitu *judicial review* itu pasif di mana lembaga yudisial tidak akan mencari orang yang berperkara, sementara *materiël toetsingsrecht* bersifat aktif jika ada permasalahan hukum di masyarakat, sehingga hakim mendiskusikan dan menyelesaikan permasalahannya di masyarakat, dan kewenangannya hanya untuk menyatakan tidak sah.³¹³ Konsep *judicial review* adalah mencabut, begitu dinyatakan tidak sah maka praktis tidak mempunyai kekuatan mengikat lagi, sementara konsep *materiël toetsingsrecht* menjelaskan aturan hukum dinyatakan tidak sah dulu dan pencabutannya dilakukan oleh lembaga yang membuat peraturan.³¹⁴ Sementara menurut Todung Mulya Lubis "*Judicial review is the internal procedure that restrains government from abusing its power.*"³¹⁵ Terjemahan bebasnya adalah *judicial review* merupakan internal prosedur yang membatasi pemerintah dari penyalahgunaan kekuasaannya.

Jimly Asshiddiqie membedakan istilah *constitutional review* atau pengujian konstiusi dengan *judicial review*, dari aspek obyeknya *judicial review* lebih luas dari pada *constitutional review* yaitu *judicial review* mencakup soal legalitas peraturan di bawah UU terhadap UU sementara *constitutional review* hanya mencakup pengujian konstiusionalitasnya yaitu UU terhadap UUD.³¹⁶

³¹³ Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN), *Op.Cit.*, hal 87-89.

³¹⁴ *Ibid.* hal 88.

³¹⁵ Lubis, *op.cit.*, hal. 203.

³¹⁶ Jimly Asshiddiqie, **Model-Model Pengujian Konstiusionalitas di Berbagai Negara**, Jakarta:Konstiusi Press,2005, hal 3.

Kemudian, *constitutional review* mempunyai pengertian umum dan khusus yaitu sebagai berikut:

“*Constitutional review* digunakan secara umum terhadap proses uji konstitusionalitas produk perundang-undangan yang berada di bawah konstitusi yang dilakukan oleh lembaga legislatif (seperti MPR pada masa Orde Baru) ataupun lembaga peradilan, bahkan oleh sebuah lembaga khusus yang ditunjuk untuk melakukan tugas *constitutional* tersebut (seperti Dewan Konstitusi di Perancis). Istilah khusus *judicial constitutional review* dapat digunakan dalam membicarakan proses uji konstitusionalitas yang dilakukan oleh lembaga peradilan saja”.³¹⁷

Berdasarkan pengertian dari Jimly Asshiddiqie tersebut, maka wewenang MK untuk menguji konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945 adalah *constitutional review*. Sementara wewenang MA untuk menguji legalitas peraturan perundang-undangan di bawah UU adalah *judicial review*. Untuk lebih memudahkan pemahaman pengujian konstitusionalitas UU terhadap konstitusi, maka selanjutnya Peneliti lebih memilih *constitutional review* karena dalam tulisan ini membahas pengujian konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945.

Selanjutnya, dari aspek bentuk *constitutional review* terdapat dua bentuk *constitutional review* yaitu *substantive constitutional review* dan *procedural constitutional review*. “Berbeda dengan *substantive review* yang menguji materi norma yang termuat di dalam UU, *procedural review* menguji proses pembentukan UU-nya.”³¹⁸ *Substantive review* lebih melihat konstitusionalitas norma hukum di dalam atau bagian UU, sementara *procedural review* menguji konstitusionalitas proses pembentukan UU. Baik *substantive* dan *procedural review* merupakan bagian dari *constitutional review*.

Terdapat tiga model *constitutional review* secara umum yaitu *pertama*, model terdesentralisasi di semua pengadilan seperti yang diterapkan di Amerika Serikat dan negara-negara *common law* lainnya yang mengikuti pola atau model Amerika Serikat (*the American Model*).³¹⁹ *Kedua*, model sentralisasi dalam satu lembaga yang dinamakan Mahkamah Konstitusi seperti yang diterapkan di Austria dan negara-negara *civil law* lainnya yang mengikuti pola Kelsenian, dan *ketiga*, model *judicial preview* yang diterapkan di Perancis dan negara-negara lain yang mengikuti model

³¹⁷ Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 137.

³¹⁸ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 104.

³¹⁹ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 73.

Perancis (*the French Model*)³²⁰ Lebih jauh, *constitutional review* selain dilakukan oleh hakim/pengadilan juga dapat dilakukan lembaga non-pengadilan/non-yudisial seperti *council constitutionnel* di Perancis, itu bukan sebuah lembaga yudisial tetapi mempunyai kewenangan *constitutional review*.³²¹ Beragamnya model *constitutional review* tersebut telah hadir dengan mengikuti sistem-sistem hukum yang dominan di dunia yaitu *common law* di negara-negara persemakmuran and *civil law* di Eropa daratan.

Dari pengertian *constitutional review* tersebut, maka terdapat makna filosofi eksistensi *constitutional review* yaitu cara negara hukum modern untuk mengendalikan dan mengimbangi (*check and balance*) kekuasaan yang ada di tangan pejabat pemerintah yang dilakukan secara sewenang-wenang.³²² Kemudian juga terdapat makna yang mendalam kelahiran dari *constitutional review* tersebut yaitu:

“Dewasa ini di seluruh dunia, mayoritas negara yang menganut sistem demokrasi menerapkan sistem pengujian produk legislasi dan regulasi ini dalam praktik. Metode *constitutional review* ini dipandang efektif untuk mengawal berlakunya konstitusi sebagai hukum tertinggi dan sekaligus mengawal proses demokrasi agar berjalan di atas rel konstitusi. Sistem *constitutional review* ini juga berfungsi sebagai pelindung hak-hak asasi manusia (*human rights/HAM*), dan hak-hak konstitusional warga negara (*citizen’s constitutional rights*) dan juga merupakan cara untuk memperkaya kandungan normatif UUD 1945 melalui penafsiran pengadilan (*constitutional interpretation*)”.³²³

Berdasarkan hal tersebut di atas, maka terdapat makna adanya *constitutional review* yaitu untuk perlindungan HAM dan hak-hak konstitusional warga negara, dan selanjutnya untuk menghormati konstitusi merupakan produk hukum tertinggi (*the land of the law*).

Konsep *constitutional review* erat kaitannya dengan prinsip konstitusionalisme. Prinsip konstitusionalisme menekankan pembatasan kekuasaan oleh konstitusi, yang mana nilai ini yang melandasi konsep pemisahan kekuasaan klasik (*the classical principle of the separation of powers*).³²⁴ Barendt membagi prinsip pemisahan

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ Pustaka Masyarakat Setara, **Dinamika Perlindungan Hak Konstitusional Warga : MK Sebagai Mekanisme Nasional Baru Pemajuan dan Perlindungan HAM (10 Tahun MKRI)**, Jakarta; Pustaka Masyarakat Setara, 2013, hal 93.

³²² Asshiddiqie, *op.cit.*, hal 2-3.

³²³ *Ibid.* hal. 74.

³²⁴ Eric Barendt, **An Introduction To Constitutional Law: Clarendon Law Series**, Oxford: Oxford University Press, 1998, hal 120.

kekuasaan (*the separation of powers*) menjadi dua bagian yaitu (1) pemisahan kekuasaan secara murni (*pure separation of powers*) yaitu adanya pemisahan kekuasaan secara jelas antara lembaga eksekutif, legislatif dan yudikatif, dan hanya satu lembaga negara yang menjalankan salah satu fungsi kekuasaan, (2) pemisahan kekuasaan sebagian (*partial separation of powers*) yaitu setiap organ kekuasaan baik eksekutif dan legislatif dapat mengecek pelaksanaan jalannya kekuasaan baik dengan ikut berpartisipasi sesuai dengan fungsinya masing-masing yang diberikan oleh UU atau melakukan *review* atas pelaksanaan kekuasaan tersebut.³²⁵

Dalam konteks pembagian kekuasaan sebagian (*partial separation of powers*) di Amerika Serikat (AS), fungsi legislasi diberikan kepada kongres, kemudian Presiden AS dapat memveto rancangan undang-undang jika dia tidak setuju.³²⁶ Lebih jauh, hak veto Presiden AS dapat diabaikan oleh kongres jika dua pertiga mayoritas anggota kongres menyetujuinya.³²⁷ Kemudian, Mahkamah Agung AS diberikan wewenang secara implisit oleh konstitusi untuk menyatakan tidak sah (*to invalidate*) UU yang dibuat oleh kongres, atau tindakan pemerintah yang melampaui kewenangannya yang diberikan oleh konstitusi, ini juga dikenal dengan sistem *checks and balances*.³²⁸ Berdasarkan hal tersebut di atas, maka kewenangan MA untuk menyatakan UU yang dibuat oleh kongres atau tindakan pemerintah tidak sah yang bertentangan dengan konstitusi adalah *constitutional review*.

Di dalam kasus Madison versus Marbury, MA AS memutuskan bahwa William Marbury mempunyai hak atas surat pengangkatannya sebagai *justice of peace*, yang sempat ditahan oleh James Madison³²⁹. Munculnya kewenangan MA AS atas *judicial review* tersebut karena "*To decide "cases" arising from the Constitution implied power to declare unconstitutional laws conflicting with the basic legal charter*".³³⁰ Pendapat Ketua MA AS, John Marshall, mempunyai dampak luas bahwa *judicial review* merupakan bagian integral dari konstitusi tertulis, dan yang lebih penting lagi *judicial review* merupakan wewenang MA untuk menguji konstitusionalitas UU yang dibuat kongres atau tindakan-tindakan pemerintah apakah bertentangan dengan konstitusi atau tidak.

³²⁵ *Ibid* hal. 121.

³²⁶ Departemen Luar Negeri AS, **Garis Besar Pemerintahan Amerika Serikat**, Washington: Departemen Luar Negeri AS, 1989, hal 52.

³²⁷ *Ibid*.

³²⁸ Barendt, *op.cit*, hal. 122.

³²⁹ Asshiddiqie, *op. cit*, hal 22.

³³⁰ Chemerinsky, *Op.Cit*.

Pasca putusan MA AS dalam kasus *Marbury vs Madison*, MA AS mendapatkan kritik karena *judicial review (constitutional review)* tersebut tidak demokratis, tetapi ada kelompok lain yang menyatakan putusan MA AS tersebut sesuai dengan prinsip demokrasi konstitusional (*constitutional democracy*).³³¹ Akhirnya, perdebatan *constitutional review* tidak demokratis, ketika *constitutional review* itu mempunyai dua manfaat yang persis fungsi pisau bisa digunakan untuk kebaikan dan kejahatan.

Black menjelaskan hal tersebut yaitu *constitutional review* adalah sebuah wewenang sarana untuk mencapai tujuan, di satu sisi *constitutional review* bisa dimanfaatkan untuk merintang, melumpuhkan, atau menggantikan kekuatan-kekuatan demokratis seperti pada kasus *Civil Rights* pada 1883, dan juga bisa dimanfaatkan untuk membenarkan kecurangan proses demokrasi seperti pada kasus *Debts*.³³² Tetapi di sisi yang lain, *constitutional review* bisa juga dipakai untuk memajukan dan menghidupkan tujuan-tujuan demokrasi misalnya dalam kasus *White Primary*.³³³

WJ Waluchow juga mengakui adanya kritik terhadap konsep *constitutional review* yaitu sebagai berikut:

"So democracies come in a number of different forms, each of which (with the possible exception of direct democracies) includes a variety of mechanisms for distancing law-determining decisions from the general citizenry on whose behalf they are made. This aspect of democratic government has enormous significance for our analysis because judicial review also distances the people from law-determining decisions. Judicial review is sometimes said to be inherently undemocratic insofar as it hinders the people's ability to govern themselves. In this view, it is said to stand in the way of the people and their ability to act as they see fit on issues of public importance. How can a people be self-governing, the argument goes, if their current choices, made through their elected representatives and those, like the Canadian Radio-television Telecommunications Commission to whom they have delegated law-determining powers, are curtailed – indeed, often thwarted – by the demand that they be consistent with a Charter? This uncomfortable question becomes even more pressing if we add to the mix the fact that it is typically unelected judges who are left to decide whether a law-determining decision—for example, the decision to enact a statute governing the creation and distribution of child pornography – has lived up to a Charter's demands. How,

³³¹ Levy dkk, *Op.Cit.*, hal 48-49.

³³² *Ibid.*, hal. 43

³³³ *Ibid.*

*it might be asked, can this possibly be consistent with democratic self-government?*³³⁴

WJ Waluchow menyebutkan *judicial review* tidak demokratis karena rakyat yang telah memilih perwakilannya di parlemen untuk membuat UU, yang kemudian dibatalkan oleh pengadilan melalui *judicial review*.

Meskipun banyak kritik atas konsep *constitutional review*, tetapi *constitutional review* tersebut memberikan mamfaat besar khususnya untuk menjaga nilai-nilai konstiusionalitas. Keberadaan *constitutional review* adalah untuk melakukan pemulihan (*remedy*) terhadap pihak-pihak yang terdampak, khususnya hak-hak konstiusionalnya, oleh aturan-aturan yang dibuat oleh DPR.³³⁵ Ada kalanya yang membuat aturan di DPR itu merupakan pandangan "majoritarian", dan di lain pihak kelompok-kelompok "minoritas" tidak terakomodir" di dalam aturan-aturan tersebut, sehingga perlu ada mekanisme *constitutional review* untuk menguji UU yang dibuat DPR itu terhadap konstiusiti.³³⁶

Supremasi konstiusiti merupakan dasar eksistensinya *constitutional review* yaitu konstiusiti merupakan hukum yang tertinggi, oleh karena itu UU yang dihasilkan oleh DPR dengan usul dari pemerintah harus sesuai dengan norma-norma yang ada di konstiusiti sebagai hukum yang tertinggi.³³⁷ WJ Waluchow juga mengakui di satu sisi *judicial review* tersebut tidak demokratis, tetapi di sini yang lain peran pengadilan dalam konteks *judicial review* dalam membentuk *constitutional convention*.³³⁸ Perubahan konstiusiti dapat dilalakukan melalui kovensi ketatanegaraan (*constitutional convention*), dan menurut Whereas kovensi ketata negaraan dapat dilakukan melalui :

"*Pertama*, perubahan dalam arti *strict* yaitu perubahan melalui amandemen formal. *Kedua*, perubahan melalui penafsiran yudisial atau teks konstiusiti yaitu melalui proses peradilan tata negara (*constitutional adjudication*). *Ketiga*, perubahan melalui kebiasaan dan kovensi".³³⁹

³³⁴ WJ Waluchow, ***A Common Law Theory Of Judicial Review : The Living Tree***, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, hal. 17.

³³⁵ Tom Ginsburg, ***Judicial Review in New Democracies: Constitutional Court in Asian Countries***, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, hal. 21.

³³⁶ *Ibid.*, hal. 22.

³³⁷ Alfredo Narvaez Medecigo, ***Rule of Law and Fundamental Rights (Critical Comparative Analysis of Constitutional Review in the United State, Mexico and Germany)***, New York: Springer international Publishing AC, 2015, hal. 21.

³³⁸ Waluhcow, Op.Cit., hal. 29.

³³⁹ Ashiddiqie, Op., Cit., hal. 191-191.

Pendapat Whereas tersebut sejalan dengan fungsi peradilan tata negara untuk menggunakan *constitutional review* untuk membentuk dan membuat konvensi-konvensi ketatanegaraan.

Menurut Hans Kelsen menjelaskan teori *constitutional review* terdiri dari dua jenis yaitu pengujian konstiusionalitas UU terhadap UUD yang bersifat abstrak dan konkret.³⁴⁰ *Constitutional review* yang bersifat abstrak adalah pengujian norma di dalam UU terhadap konstitusi, sementara *constitutional review* yang bersifat konkret adalah pengujian konstiusionalitas norma di dalam UU berdasarkan kasus di lapangan/putusan pengadilan terhadap konstitusi.³⁴¹ Sarjana asing lainnya juga menjelaskan dan mengakui terdapat dua jenis *constitutional review* yaitu model pertama itu lebih luas (lebih abstrak dan tidak biasa (*abstract constitutional review*), model kedua itu lebih sempit (lebih konkret dan umum (*concrete constitutional review*)).³⁴² Perbedaan dua model *constitutional review* tersebut adalah siapa yang telah melakukan pelanggaran terhadap konstitusi (*who has violated the constitution*), jika yang melanggar adalah DPR maka itu disebut *abstract constitutional review*, sementara jika yang melanggar itu pemerintah/yudisial maka disebut *concrete constitutional review*.³⁴³

Rosencranz melihat lebih lanjut dua model *constitutional review* tersebut yaitu di dalam konteks *abstract constitutional review* pengujiannya disebut *facial challenge* karena langsung menguji norma abstrak di dalam UU terhadap konstitusi, sementara di dalam konteks *concrete constitutional review* pengujiannya disebut dengan *re-apply challenge* karena pengujian penerapan norma oleh eksekutif atau yudisial.³⁴⁴ Pemaparan Rosencranz tentang model-model *constitutional review* merupakan pengembangan teori *constitutional review* dari Hans Kelsen, khususnya dalam dalam mengantisipasi perkembangan hukum tata negara.

Dari aspek model peradilan konstitusi terdapat juga model peradilan konstiusional yang mengenal baik *abstract* dan *concrete judicial review*, model peradilan konstitusi Eropa kewenangannya tidak hanya mengadili dan memutus *abstract constitutional review*, tetapi juga tetapi juga mempunyai kewenangan untuk

³⁴⁰Arief Ainul Yaqin, ***Constituitonal Question: Kewenangan Yang Terlupakan dan Gagasan Untuk Melembagakannya di MK***, Jakarta : Sinar Grafika, 2018), hal. 181.

³⁴¹ *Ibid.*, hal 182.

³⁴² Nicolas Quinn Rosencranz, ***The Subjects of the Constitution***, Stanford Law Review Volume 62 Issue 5, hal 1290-1291.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ *Ibid.*

menerima dan memutus *concrete constitutional review*.³⁴⁵ Model peradilan konstitusional di dunia secara umum adalah sebagai berikut:

"Model terdesentralisasi (*decentralized judicial review*) dan model terpusat (*centralized judicial review*), model terdesentralisasi juga disebut model Amerika yang memiliki fungsi dan kewenangan sebagai penafsir Konstitusi yaitu Mahkamah Agung, model ini mempunyai karakteristik berupa pengujian konkret (*concrete review*), di mana keputusannya hanya berlaku inter partes, dan bukan erga omnes. Beberapa negara mengadopsi model Amerika ini juga memberikan kewenangan kepada lembaga peradilan di bawah Mahkamah Agung untuk menguji konstitusionalitas peraturan perundang-undangan. Selain Amerika Serikat, model terdesentralisasi ini juga diterapkan di banyak negara, seperti Australia, Filipina, India, Kanada dan Malaysia".³⁴⁶

Selain model terdesentralisasi (*decentralized judicial rereview*), terdapat juga model Eropa atau juga dikenal dengan Model Austria yaitu sebagai berikut:

"Austria dianggap merupakan negara yang pertama membentuk Mahkamah Konstitusi pertama di dunia dengan sistem Eropa Kontinental. Lembaga peradilan ini berdiri di luar Mahkamah Agung untuk menjalankan fungsi peradilan konstitusi. Mahkamah Konstitusi merupakan pengadilan khusus yang menjalankan kekuasaan peradilan konstitusi. Selain Mahkamah Konstitusi, (model) peradilan konstitusi ini di beberapa negara menggunakan sebutan berbeda, misalnya Tribunal Konstitusi (*Constitutional Tribunal*) atau Dewan Konstitusi (*Constitutional Council*)."³⁴⁷

Sementara menurut Jimly Asshidiqie terdapat 10 model *constitutional review* yang ada di dunia yaitu :

1. Model Amerika Serikat;
2. Model Austria (*Continental Model*);
3. Model "*Constitutional Council*" Perancis (*Consel Constitutionnel*);
4. Model Campuran Amerika dan Kontinental ;
5. Model Pengujian *Special Chambers*;
6. Model Belgia;
7. Model Tanpa *Judicial Review*;
8. Model *Legislative Review*;
9. Model *Executive Review*;
10. Model International *Judicial Review*.³⁴⁸

Menurut Jimly Asshiddiqie di atas, selain model Austria dan Amerika Serikat, juga dikenal model *constitutional review* yang lain yaitu model Perancis, model

³⁴⁵Pan Mohamad Faiz & M.Lutfi Chakim, **Peradilan Konstitusi : Perbandingan Kelembagaan dan Kewenangan Konstitusional di Asia**, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2020, hal. 7.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 60-94.

campuran Amerika dan Kontinental, model pengujian *special chambers*, model Belgia, model tanpa *judicial review*, model *legislative review*, model *executive review*, dan model *international judicial review*. Model *constitutional review* di Perancis dikenal dengan "*Counsel Constitutionnel*" atau Dewan Konstitusional yang mempunyai wewenang untuk menguji apakah rancangan undang-undang yang telah disahkan atau telah mendapatkan persetujuan di parlemen tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya (*preventive constitutional preview/a priori constitutional review*).³⁴⁹ Di dalam sistem *constitutional review* campuran, meskipun *constitutional review* dilakukan terpusat pada MK atau MA, atau bahkan terpusat pada kamar tertentu (*special chamber*) dalam badan peradilan yang ada, semua tingkat peradilan pun dapat menyampingkan berlakunya suatu UU yang dinilai bertentangan dengan konstitusi.³⁵⁰ Di beberapa negara di Eropa seperti Islandia, Liechtenstein, Monako, Kosovo yaitu melembagakan *constitutional review* itu ke dalam fungsi badan-badan peradilan yang sudah ada dalam bentuk "*special chamber*", tetapi bukan di MA seperti model AS.³⁵¹ Kemudian, model *constitutional review* di Belgia menggunakan *Court of Constitutional Arbitration* yang mempunyai wewenang untuk menyelesaikan sengketa dan perselisihan-perselisihan konstitusional.³⁵²

Model *constitutional review* di Perancis mempunyai keunikan dan historis sendiri dengan mengikuti kebutuhan adanya constitutional review di dalam negeri, dengan tetap menghormati produk UU yang dihasilkan parlemen. Alasan-alasan kelahiran model constitutional review di Perancis dijelaskan secara lengkap oleh Thomas Freiner dan Liddija Freiner sebagai berikut:

"The French Constitution of 1958 established another advisory body, the Constitutional Council (*Conseil Constitutionnel*), to assess and advise on constitutional questions. This Constitutional Council very quickly evolved into a real decision-making constitutional court. However unlike in Germany, the Constitutional Council had no power to review a law already in force, but rather only before it took legal effect. France sought carefully to avoid interference by the third branch of government (the judiciary) with the legislative power of the parliament. Therefore the Constitutional Council only had jurisdiction to decide on the constitutionality of a proposed law before it had officially come into force. With the constitutional amendment of July 2008 however, the Constitutional Council has

³⁴⁹ *Ibid.*, hal. 73.

³⁵⁰ *Ibid.*, hal. 75.

³⁵¹ *Ibid.*, hal. 77.

³⁵² *Ibid.*, hal. 80.

*acquired a posteriori jurisdiction to review legislation. Under new Article 61-1 of the Constitution, the Conseil d'Etat or the Cours de Cassation can refer questions to the Constitutional Council on whether a statute infringes constitutionally protected rights and liberties. This will tell to what extent this amendment will effectively change the basic concepts and practice of constitutional review in France.*³⁵³

Berdasarkan pendapat Thomas Fleiner dan Marrija R. Basta Fleiner menjelaskan berdasarkan Konstitusi Perancis Tahun 1958 membentuk Dewan Konstitusi yang bertugas menguji rancangan UU (*a proposed law*) sebelum disahkan apakah bertentangan dengan Konstitusi Perancis atau tidak. Menurut pendapat Thomas Fleiner dan Marrija R. Basta juga sangat jelas terlihat Perancis tidak mempunyai MK karena sangat hati-hati dalam melibatkan intervensi pengadilan dalam menguji UU terhadap Konstitusi. Bahkan kedudukan Dewan Konstitusi Perancis mempunyai lebih tinggi dibandingkan dengan parlemen ketika menguji konstitusionalitas rancangan UU sebelum disahkan menjadi UU.

Sementara juga terdapat model tanpa *judicial review* yaitu Inggris dan Belanda yang menganut prinsip kedaulatan parlemen yang intinya tidak memberikan kewenangan *constitutional review* kepada pengadilan karena kedaulatan parlemen lah yang paling tinggi, sistem ketatanegaraan di Inggris mengenal *House of Lords* dan *House of Commons* yang mana *House of Lords* melakukan fungsi *constitutional review*.³⁵⁴ Inggris menganut prinsip kedaulatan parlemen, sehingga pengadilan tidak diberikan wewenang untuk melakukan *constitutional review*, hal tersebut ditegaskan oleh Geoffrey Rivlin sebagai berikut:

"The British Constitution is therefore unwritten and it is flexible. It is open to relatively quick change by Act of Parliament to meet the changing needs of the nation. This one important difference between our system and that of the USA which being written is more and can be changed by special procedures which can take a long time. An alternative view is that a written constitution is intended in the most open way to be a blueprint for the way in which a country is to be governed, and ot guarantee individual rights, and the US Constitution has, in a way for all to see, given rights and provided a means by which judges have the power and duty to protect the series of checks and balances built into the Constitution which limit the power of the US Government. This means that US Judges which can even "strike down" laws made by

³⁵³ Thomas Freiner & Liddija Freiner, *Constitutional Democracy In A Cultural & Globalized World*, Berlin-Heidelberg: 2007, hal. 189.

³⁵⁴ *Ibid.*, hal 85-86.

*Congress (the US Legislature) if they are contrary to the Constitution".*³⁵⁵

Sistem ketatanegaraan di Inggris berbeda dengan di AS, di mana di AS hakim diberikan kewenangan untuk menjalankan fungsi *checks and balances* untuk membatasi kekuasaan pemerintah, dan bahkan hakim bisa menjalankan fungsi *checks and balances* tersebut untuk membatalkan UU yang telah dibuat oleh Kongres AS karena bertentangan dengan Konstitusi AS. Fungsi *checks and balances* dari hakim di AS ini tidak dikenal di Inggris karena di Inggris menganut prinsip kedaulatan parlemen. Di Belanda sama dengan di Inggris menganut prinsip kedaulatan parlemen, tetapi MA mempunyai wewenang terbatas atas *constitutional review* dalam hal berhubungan dengan lembaga-lembaga masyarakat Eropa.³⁵⁶

Sistem ketatanegaraan di Inggris menganut prinsip kedaulatan parlemen, dan Lord Denning menegaskan sistem ketatanegaraan di Inggris menganut prinsip kedaulatan parlemen yang menjelaskan sebagai berikut:

*"In our constitutional theory Parliament is supreme. Parliament can take us into the Common Market. Parliament can take us out of it—by a simple majority. Parliament can pass a Bill of Rights. But it can also repeal it or any clause in it—by a simple majority. We have no entrenched clauses. We have no fundamental constitution by which other laws can be tested. No matter that a law may be unreasonable or unjust, nevertheless if it is clear on the point, the judges have no option. They must apply the Statute as it stands. The people of this country, however, trust Parliament—and members of it—always to be guided by those instincts for justice and liberty of which I have written."*³⁵⁷

Tetapi di dalam perkembangannya di Inggris juga akhirnya dikenal *constitutional review* yaitu ketika UU HAM disahkan pada tahun 1998 yang menurut Michael Howard adanya UU HAM tersebut mengambalikah prinsip supremasi parlemen yaitu *it is because the so-called Human Rights Act involves a significant transfer of power from Parliament to the judges that constitutes a profound weakening of our accountable tradition*".³⁵⁸ Inggris telah meratifikasi Konvensi HAM Eropa sehingga Inggris terikat secara hukum (*legally binding*) Konvensi HAM Eropa oleh karena itu aturan hukum yang dibuat *House of Lords* dan *House of Commons* harus sesuai dengan Konvensi HAM Eropa, dan jika bertentangan maka

³⁵⁵ Geoffrey Rivlin, *Understanding the Law Sixth Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2012, hal. 36.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.*, hal. 49.

³⁵⁸ *Ibid.*, hal. 88.

warga negara Inggris dapat mengajukan *constitutional review* kepada Pengadilan HAM Eropa untuk membatalkan aturan hukum tersebut.³⁵⁹ Kemudian, *constitutional review* di Inggris lahir berdasarkan tiga alasan yaitu:

*"The term "ultra vires" is commonly used in at least three different senses which are liable to be confused with each other unless care is taken. First, it can be used as a single, self-sufficient meta-normative principle which provides legitimacy for judicial review of administrative, executive and sometimes legislative action. Secondly, ultra vires can be seen as one facet of one part of the rule of law, namely principle of legality, providing only one aspect of a complex web justification for judicial review which operate complementary but independently at a meta-normative level. Thirdly, it can be used as an umbrella term to describe the principles which courts apply at a normative level when conducting judicial review, or (more narrowly) to refer only that group of normative principles which Lord Diplock, in Council Civil Servant versus Minister of Civil Service named illegality, as distinct from other grounds which he grouped under the titles of "procedural impropriety" and "irrationality"."*³⁶⁰

Berdasarkan pendapat David Feldman di atas, terdapat tiga alasan adanya *constitutional review* yaitu berdasarkan doktrin *ultra vires* yaitu pertama, berdasarkan prinsip meta normatif yang diturunkan dari doktrin *ultra vires*. Kedua, doktrin *ultra vires* juga mempunyai makna *the rule of law* yang di dalamnya termasuk kepastian hukum (*principle of legality*). Ketiga, adalah prinsip normatif. Doktrin *ultra vires* yang dimaksud oleh David Feldman berbeda dengan pengertian *ultra petita/ultra vires* dalam putusan hakim. *Ultra vires* dalam pengertian putusan pengadilan atau tindakan melampaui wewenangnya yang diberikan oleh UU adalah sebagai berikut:

*"Over or outside powers beyond or in excess of authority or given powers. A judge acts ultra vires if he sentences someone to death since the law affords him no power to do so. Regulations made under statutory powers specifically to regulate the production of pesticides would be ultra vires in so far as they purported also to regulate the production of cigarettes. As a general rule a provision, act or decision which is ultra vires is void and of no effect."*³⁶¹

Ultra vires yang dimaksud oleh John Gray adalah hakim yang memutus perkara melampaui wewenangnya yang diberikan oleh UU, atau parlemen membuat UU yang melampaui wewenangnya yang diberikan oleh Konstitusi. John Gray

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ David Feldman, *Convention Rights And Substantive Ultra Vires*, Oxford-Portland Oregon : Hart Publishing, 2000, hal. 246.

³⁶¹ John Gray, *Lawyer Latin A Vade Mecum*, London : Robert Hale, 2006, hal. 133-134.

memberikan contoh parlemen membuat regulasi yang membuat UU untuk mengatur produksi pestisida, yang juga digunakan untuk mengatur produksi rokok. Sementara, doktrin *ultra vires* yang dimaksud oleh David Feldman adalah terkait dengan tiga hal yang sudah dijelaskan di atas yaitu prinsip meta normatif, prinsip negara hukum (*the rule of law*), dan prinsip normatif. David Feldman menjelaskan hal itu yaitu "*the term of ultra vires is commonly used in at least three different senses which which are liable to be confused whih each other unless care is taken*"³⁶² David Feldman menjelaskan doktrin *ultra vires* terkait dengan tiga hal di atas, dan tidak perlu dipusingkan dengan hal-hal yang lain, tetapi harus dipahami secara hati-hati. Artinya, doktrin *ultra vires* dalam justifikasi atas adanya *constitutional review* harus dibedakan dengan pengertian *ultra vires* dalam pengertian hakim memutus perkara melampaui wewenangnya yang diberikan oleh UU, ataupun parlemen yang mengatur suatu hal tertentu melampaui wewenangnya yang diberikan oleh Konstitusi.

Lebih jauh, David Feldman menjelaskan makna doktrin *ultra vires* dalam pengertian pertama adalah sebagai berikut:

*"In this first sense, meta-normative principle legitimizing constitutional review is thought by ultra vires theorists to be needed because, unlike parliament, the judiciary has no source of legitimacy in an expression of popular will through the ballot box unless it can be said that is directly or indirectly upholding the will of the parliament (or, more accurately the House of Commons). In this manifestation, the doctrine of ultra vires is usually taken to rest on a claim that the courts enforce the express or imply will of the parliament in respect of powers granted to subordinate the decision-makers. Judicial intervention in the activities of a public body are held to be justified or legitimated by the need to ensure that the ultimate legislative supremacy Parliament is respected".*³⁶³

Doktrin *ultra vires* dalam pengertian pertama sebagai dasar justifikasi adanya *constitutional review* adalah prinsip meta normatif yang menjelaskan pengadilan diberikan wewenang *constitutional review* karena pengadilan menegakan keinginan tersirat atau tersurat dari parlemen, tanpa bermaksud untuk melanggar prinsip supremasi parlemen (*the courts enforce the express or imply will of the parliament*). Dalam pemahaman David Feldman, pengadilan bertugas untuk mengungkap

³⁶² Feldman, *Op.Cit*, hal. 245.

³⁶³ *Ibid.*

keinginan sebenarnya dari parlemen baik secara tersurat ataupun tersirat dalam membuat UU.

Kemudian, pengertian kedua dari doktrin ultra vires adalah prinsip kepastian hukum (*legality*) untuk justifikasi *constitutional review*. David Feldman menjelaskan prinsip kepastian hukum sebagai berikut:

*"The principle of legality requires that public power should be exercised in ways which are demonstrably compatible with the positive law and fundamental, constitutional principles. It is the least common of the three usages of the term of ultra vires but it is highly significant. Under the constitution which controls public power by reference to democratic law-making procedures. This sense of ultra vires provides an important link between constitutional review and democratic legitimacy. A similar task is performed by ultra vires in the first sense, as a meta-normative principle based on parliamentary supremacy. But it is not necessary to be a democrat to believe in principle of legality. Some of which can be found within the rule of law itself, which are at least as compelling and convincing as democracy as justifications for judicial review. A claim that an action or decision is ultra vires may be based on rules derived from any number of sources of law, of which Parliament is only one. The sovereignty of Parliament is very significant source of limitation on powers, not least because of the democratic legitimacy which it confers on judicial review where it can be invoked. However, judicial review on ultra vires principles can be justified on grounds other than democracy, of which the rule of law is one of the most powerful. Others include the manifold values which support or are derived from a wide variety of fundamental rights and freedom."*³⁶⁴

Prinsip kepastian hukum menurut David Feldman mensyaratkan adanya kekuasaan publik harus dijalankan kompatibel dengan hukum positif, dan prinsip-prinsip konstitusionalisme. Hal yang paling penting dengan prinsip kepastian hukum adalah prinsip negara hukum itu sendiri. Kemudian hal yang ketiga terkait dengan doktrin ultra vires adalah *substantive ultra vires* yaitu

"We can now turn to the third sense of ultra vires, encompassing the various principles controlling the grounds on which judicial review is exercised. Within the realms of ultra vires in this sense, substantive ultra vires gives rise to particular uncertainty of meaning. This is in practice often linked to the meta-normative use of the term. When Lord Reid attempted to use the meta-normative conception of ultra vires to justify an extended use of judicial review, he did it partly by treating a violation of any principle of administrative law as making decisions presumptively ultra vires and hence invalid. The move depended for its success on

³⁶⁴ Ibid., hal. 248-249.

unsupported assertions about the principles which the Parliament must have assumed decision makers would respect. The assertions owed more to meta-normative principle about what Parliament should have intended than to empirical evidence about what it actually contemplated."³⁶⁵

Menurut David Feldman, justifikasi adanya *constitutional review* dilekatkan kepada pengadilan berdasarkan prinsip meta normatif secara substantif. David Feldman mengutip pendapat Lord Reid untuk menjelaskan makna meta normatif substantif ketika kebijakan publik melanggar hukum administrasi, maka kebijakan publik tersebut tidak sah (*invalid*). Menurut peneliti, makna meta normatif substantif berkaitan dengan substansi yang dilindungi dan diakui oleh Konstitusi seperti hak-hak konstitusional. Jika parlemen dalam membuat UU tersebut melanggar hak-hak konstitusional atau di luar wewenang kebijakan publik tersebut, maka kebijakan publik tidak sah berdasarkan prinsip meta normatif substantif tersebut. Menurut peneliti, meta normatif substantif ini berbeda dengan makna pertama dari doktrin *ultra vires* ini yaitu prinsip meta normatif. Di mana prinsip meta normatif yang pertama bermakna prosedural, sementara meta normatif yang ketiga ini adalah substantif. Oleh karena itu sangat jelas terdapat tiga elemen penting dari doktrin *ultra vires* sebagai justifikasi untuk memberikan wewenang *constitutional review* kepada pengadilan yaitu prinsip meta normatif prosedural, kepastian hukum (*legal certainty*), dan meta normatif substantif.

Constitutional review di Inggris dan Belanda ini menurut penulis masuk ke dalam salah satu model *constitutional review* yang telah di jelaskan Jimly Asshiddiqie sebelumnya yaitu model *international constitutional review* oleh lembaga/pengadilan supra nasional. Di Inggris memang tidak ada *constitutional review*, tetapi sistem hukum di Inggris mengenal *judicial review*. Sistem hukum di Inggris mengenal pengertian *judicial review* sebagai berikut :

"Pengertian *judicial review* dalam hukum Inggris harus berkaitan dengan pengujian peraturan di bawah undang-undang atau pengujian terhadap norma hukum yang bersifat konkret seperti yang kita kenal di Indonesia dengan perkara-perkara tata usaha negara. Karena itu yang dimaksud A.W Bradley dan K.D Ewing tersebut adalah "*grounds of review relating to the substantive or content of the official decision or action that is under review*". Artinya, objek pengujian (*judicial review*) yang dimaksud dapat berupa "*acts*" atau "*action*" dari pejabat negara yang berwenang

³⁶⁵ *Ibid.*, hal. 249.

untuk itu, yang apabila dipandang merugikan warga negara dapat digugat ke pengadilan³⁶⁶

Berdasarkan penjelasan di atas, maka sangat jelas di Inggris tidak mengenal *constitutional review* (dalam pengertian pengujian UU terhadap Konstitusi), dan hanya mengenal *judicial review*. Bahkan *judicial review* mempunyai makna lebih luas dibandingkan pengertian *judicial review* menurut sistem hukum di Indonesia. Jimly Asshiddiqie menjelaskan makna *judicial review* menurut sistem hukum di Inggris tidak hanya pengujian peraturan di bawah UU terhadap UU, tetapi juga menguji tindakan-tindakan (*acts*) dan perbuatan (*actions*) dari pejabat-pejabat negara yang mempunyai wewenang atas hal-hal tersebut. Sementara menurut sistem hukum di Indonesia, MA mempunyai wewenang atas *judicial review* hanya sebatas pengujian peraturan di bawah UU terhadap UU saja. Kemudian, pengujian atas tindakan-tindakan (*acts*) dan perbuatan-perbuatan (*actions*) merupakan wewenang PTUN. Oleh karena itu, sistem hukum di Inggris tidak mengenal *constitutional review*, dan hanya mengenal *judicial review* yang mempunyai makna lebih luas dibandingkan pengertian *judicial review* menurut sistem hukum di Indonesia.

Meskipun konsep *constitutional review* mengalami perkembangan dari satu masa ke masa yang lainnya, tetapi terdapat kritik terhadap konsep *constitutional review* yaitu:

*"Divided government might take a stronger form of judicial review possible and even attractive to politicians. With neither party sure that it would continue to retain power to legislate, each would hope that the court would persist in pursuing the out of power party's program after the party lost control of legislature. Courts, that is, provide a form of insurance for politicians. As a political scientist, Cornell Clayton, puts it without a stable coalition controlling the elected branches. The court has less fear of institutional retaliation if it makes unpopular decisions. Unlike in earlier periods, recent presidents and Congresses have not just been unwilling to coordinate an assault on the court, but the parties controlling each have acted to protect the court's independence from threats mounted by others"*³⁶⁷

Menurut Mark V. Tushnet kelemahan *constitutional review* adalah minimnya dukungan atas putusan pengadilan, dan ada kemungkinan politisi mendukung putusan pengadilan tergantung dari kepentingan-kepentingan politiknya. Oleh

³⁶⁶ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 107-108.

³⁶⁷ Mark V. Tushnet, *The New Constitutional Order*, New Jersey: Princeton University Press, 2003, hal. 31.

karena itu baik parlemen maupun eksekutif saling berusaha mengontrol pengadilan melalui pengaruh-pengaruhnya yang dapat mengganggu independensi pengadilan dalam menjalan wewenangnya atas *constitutional review*.

Berdasarkan penjelasan di atas, maka terdapat perbedaan yang tajam antara model terdesentralisasi dan model sentralisasi yaitu kedudukan peradilan konstitusional itu sendiri di mana peradilan konstitusional di dalam model terdesentralisasi memberikan kewenangan kepada lembaga peradilan di bawah Mahkamah Agung untuk menguji konstitusionalitas peraturan perundang-undangan. Sementara menurut model peradilan konstitusional yang tersentralisasi, kewenangan untuk memutus dan menerima permohonan *constitutional review* hanya dilakukan oleh peradilan khusus yaitu MK atau juga Tribunal Konstitusi yang berada di luar Mahkamah Agung.

Dari aspek formal dan substansi UU, maka terdapat dua jenis *constitutional review* yaitu *formal constitutional review* dan *substantive constitutional review*.³⁶⁸

Formal *constitutional review* terkait dengan uji proses pembentukan UU terhadap konstitusi yaitu apakah proses pembentukannya sudah sesuai dengan norma-norma hukum yang mensyaratkan pembentukan UU di dalam konstitusi tersebut.³⁶⁹

Kemudian *substantive constitutional review* terkait uji substansi norma di dalam UU terhadap konstitusi.³⁷⁰

Kemudian dalam hal aspek substansi norma hukum, *constitutional review* meliputi:

1. Pengujian terhadap norma hukum yang bersifat konkrit dan individual yang terdapat dalam keputusan tata usaha atau administrasi negara (*beschikking, administrative decisions*). Dalam sistem peradilan administrasi di Inggris, istilah judicial review juga digunakan pengertian pengujian oleh hakim terhadap produk-produk keputusan administrasi tersebut (*administrative decision*);
2. Pengujian terhadap norma hukum yang bersifat abstrak dan umum yang terdapat dalam produk legislasi atau regulasi.³⁷¹

³⁶⁸ Werner Heun, *Supremacy of the Constitution, Separation of the Powers, Judicial Review in 19th Century German Constitution*, Ratio Justis Law Journal Volume 16 Number 2 2003, hal 196-200.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ Asshididqie, *Op.Cit.*, hal. 85-86.

John Locke menjelaskan teori kontrak antara warga negara dan negara untuk menjelaskan perlunya wewenang *constitutional review* diberikan kepada MK yaitu sebagai berikut:

"Why would constitutional drafter choose to include provisions for judicial review in the constitution text? To answer this question, we must begin with foundational questions about the constitution and whose interests it reflects. Since Locke, constitutional theorists have thought of the constitution as a contract between citizens and government. We must imagine that citizens empower a state and develop a system of constitutional democracy as a mechanism to satisfy individual preferences through collective action. This device enables us to ask normative questions about what institutions most approximate the good society, what citizens might have chosen behind a veil of ignorance, or what institutions best help the citizenry resolve collective-action dilemmas. The contraction perspective analogizes wherein the people rely on politicians as agent to satisfy their collective demands. If the people are the principle on whose behalf the constitution is created, constitutional adjudication should reflect the need to monitor their political agents. Judicial review of legislation exists to prevent politicians from renegeing on the founding bargain with citizens."³⁷²

Tom Ginsburg menggunakan teori kontrak dari John Locke untuk menjelaskan MK perlu diberikan kewenangan *constitutional review*. Menurut John Locke konstitusi merupakan kontrak antara warga negara dengan pemerintah. Kita harus membayangkan keadaan di mana warga negara mengadakan perjanjian dengan pemerintah di mana warga negara memberdayakan pemerintah, dan membangun sistem demokrasi konstitusional sebagai mekanisme untuk memenuhi keinginan warga negara. Di dalam teori konstitusi sebagai kontrak tersebut, warga negara sebagai prinsipal sementara pemerintah sebagai agen. Pemerintah sebagai agen harus memuaskan kepentingan kolektif warga negara. Oleh karena itu, *constitutional review* dalam konteks teori kontrak itu harus merefleksikan kebutuhan warga negara untuk mengawasi tindakan pemerintah sebagai agen dari warga negara. Kemudian juga, *constitutional review* ini juga merupakan sarana untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan oleh para politisi dalam menjalankan kekuasaannya.

Menurut peneliti, teori konstitusi sebagai kontrak sosial dari John Locke yang kemudian dikembangkan oleh Tom Ginsburg memberikan gambaran yang jelas dan komprehensif hubungan antara warga negara dengan pemerintah. Warga negara

³⁷² Tom Ginsburg, *Judicial Review In Democracies Constitutional Court in Asian Countries*, Cambridge : Cambridge University Press, hal. 22-23

sebagai prinsipal, dan pemerintah sebagai agen untuk menjalankan dan memenuhi kepentingan kolektif warga negara yang diakui, dihormati dan dilindungi oleh konstitusi. Jika pemerintah tidak dapat menjalankan kewajiban konstitusionalnya tersebut, dan terjadi atau berpotensi adanya penyalahgunaan kekuasaan, maka *constitutional review* merupakan sarana untuk mencegah (*prevent*) dan melakukan pemulihan (*remedy*) hak-hak konstitusional warga negara.

Di dalam perkembangannya teori konstitusi sebagai kontrak antara warga negara dan pemerintah juga tidak lepas dari kritikan. Tom Ginsburg menjelaskan kritiknya tersebut bahwa "*The contractual perspective is normative rather than positive it is open to criticism on empirical ground*".³⁷³ Teori kontrak tersebut sebenarnya normatif, dan ada kalanya berbeda di dalam prakteknya dalam kehidupan ketatanegaraan. Lebih jauh di dalam prakteknya, Tom Ginsburg menemukan adanya penyimpangan-penyimpangan teori konstitusi merupakan kontrak sosial antara warga negara dan pemerintah. Tom Ginsburg menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

"There are numerous reasons to be suspicious that actual constitutional design reflects the interests of the citizens. Most obviously, constitutional design would only reflect citizen interests if the designer-politicians who actually draft and agree on the constitutional text were themselves pure agents of those citizens. But that can hardly be the case because citizens are subject to collective-action problems that prevent them from organising to monitor constitutional debates. Under such circumstances, politicians who draft the constitution can seek to design institutions that benefit themselves, their institutions, or their interests narrowly rather than those of citizens more broadly. Much empirical evidence supports the assertion that constitutions making is dominated by short-term interests of the designers rather than the long term interests of the citizenry".³⁷⁴

Tom Ginsburg menjelaskan idelanya disain konstitusi merefleksikan kepentingan warga negara, dan para politisi yang merupakan agen dari warga negara harusnya membawa kepentingan-kepentingan bersama setiap warga negara. Tetapi banyak bukti empiris, para politisi yang merancang konstitusi justru hanya mengakomodir kepentingan-kepentingannya saja, dan kepentingan-kepentingan tersebut sifatnya jangka pendek. Sementara kepentingan-kepentingan bersama warga negara diabaikan oleh para politisi tersebut. Hal ini tidak sejalan dengan teori

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ *Ibid.*

konstitusi adalah kontrak antara warga negara dan negara yang bertujuan untuk melindungi kepentingan-kepentingan bersama warga negara. Di dalam teori konstitusi sebagai kontrak antara warga negara dan negara, posisi warga negara adalah prinsipal yaitu pemilik hak-hak konstitusional di dalam konstitusi, dan menyerahkan mandat kepada pemerintah sebagai agen untuk menghormati, memenuhi dan menghormati hak-hak konstitusional setiap warga negara.

Lebih jauh, Tom Ginsburg menjelaskan terdapat alasan-alasan adanya hambatan antara teori konstitusi sebagai kontrak antara warga negara dan negara, dan kehidupan nyata sistem ketatanegaraan yaitu:

"I argue that the answer to the question of why self-interest politicians would design a system of judicial review depends on the prospective power positions of constitutional designers in post-constitutional government. Assume that constitutional drafters are themselves politicians who are interested in governing after the adoption of a new constitution. It follows that they will seek to design institutions that maximize their ability to govern under the new constitution order. The key factor from the drafters' perspective is the uncertainty of the future political configuration at the time of constitutional drafting. Consider two constitutional scenarios. Where a single party believes it is likely to hold on to political power, it has little incentive to set up a neutral arbiter to resolve disputes about constitutional meaning. It would rather retain the flexibility to dictate outcomes without constitutional constraint. Flexibility allows policy change and maximum exercise of power. The absence of independent judicial reviews institutions under authoritarian constitution reflects this desire to maintain the exclusive role of constitutional interpretation".³⁷⁵

Tom Ginsburg menganalisis isu kenapa para perancang konstitusi yang berposisi sebagai politisi lebih mengakomodir kepentingan-kepentingan mereka dalam merancang konstitusi. Menurut Tom Ginsburg para politisi tersebut melihat tidak ada kepastian kondisi politik pada saat mereka merancang konstitusi, oleh karena itu ada kepentingan para politisi tersebut di masa depan agar mereka tetap memiliki kekuasaan. Kemudian, untuk mengatasi hal tersebut para perancang konstitusi seharusnya independen dan negarawan yang bijaksana (*the wise stateman/woman*).

Seorang negarawan yang independen yang tidak mempunyai kepentingan politik pribadi memainkan peranan penting untuk menjadi drafter dan merancang konstitusi yang sejalan dengan teori konstitusi adalah kontrak antara warga negara

³⁷⁵ *Ibid.*, hal. 24.

dan pemerintah. Kemudian, pemerintah sebagai agen seharusnya mengakomodir kepentingan-kepentingan bersama warga negara yang berposisi sebagai prinsipal. Kepentingan-kepentingan prinsipal, dalam konteks teori konstitusi sebagai kontrak antara warga negara dan pemerintah, harus didahulukan dibandingkan dengan kepentingan-kepentingan agen.

Ginsburg juga menjelaskan terdapat bentuk lain dari *judicial review* yaitu *insurance model of judicial review*. Dia menjelaskan *insurance model of judicial review* yaitu:

*"I call this the insurance of judicial review. By serving as an alternative forum in which to challenge government action, judicial review provides a form of insurance to prospective electoral loser during the constitutional bargain. Just as the presence of insurance markets lowers the risks of contracting, and therefore allows contract to be concluded that otherwise would be too risky, so the possibility of judicial review lowers risks of constitution making to those drafters who believe they may not win power. Judicial review thus helps to conclude constitutional bargains that might otherwise fail."*³⁷⁶

Ginsburg menegaskan *judicial review* ini sebenarnya ada jaminan untuk mereka yang kalah atau kepentingannya tidak diakomodasi dalam perumusan norma-norma di dalam konstitusi. Pihak yang kalah atau kepentingannya tidak diakomodasi dalam perumusan konstitusi dapat membawa kasus tersebut ke MK. Berdasarkan hal tersebut, maka menurut Ginsburg *judicial review* merupakan *insurance model of judicial review*.

Tetapi menurut Ginsburg teori *insurance model of judicial review* berpotensi menemui penolakan atau setidaknya terutama di dalam praktek sistem ketatanegaraan yaitu sebagai berikut:

"Let us consider three objections to the insurance theory. One might argue that other minoritarian devices exist that can substitute for judicial review, such as difficult procedures for constitutional amendment, bicameralism, and proportional representation. Because provisions about judicial review are embedded in the larger constitutional bargaining process, we cannot predict a perfect correlation between strong parties and weak judicial review. Judicial review can be traded off against other minoritarian institutions in the larger constitutional bargain. The precise configuration of the constitutional bargain will reflect trade offs across a number of different substantive and institutional issues. Nevertheless, in the

³⁷⁶ *Ibid.*, hal 25.

*proverbial state of other things being equal, more optimistic parties will prefer less judicial constraint.*³⁷⁷

Menurut Ginsburg teorinya *insurance model of judicial review* akan menemui penolakan ketika berbenturan dengan amandemen konstitusi, sistem parlemen bikalmeral dan perwakilan proporsionalitas. Kemudian, isu *judicial review* akan dibarter (*trade off*) dengan eksistensi lembaga kenegaraan lainnya yang lebih kecil permannya. Kemudian, terdapat alasan kedua yang berpotensi menolak model *judicial review* yang diusulkan oleh Ginsburg yaitu:

*"A second objection to the insurance theory concerns the use of the insurance analogy, which strictly speaking implies risk aversion. A risk averse party is one that would prefer, for example, a sure chance to govern for one year over a one-in-four chance to governing for four years. While such risk-averse parties are sure to value judicial review, because they know they will be out of power, the assumption that parties are risk averse is not necessary for the theory as I have articulated it. All that is necessary is that there is intertemporal uncertainty between the time institutions are chosen and the time they will actually begin to operate. I use the term insurance in this looser sense. Certain other technical elements of insurance may in fact fit the analogy to judicial review, but they are not necessary for the theory."*³⁷⁸

Ginsburg menegaskan kemungkinan potensi penolakan dari pihak yang berkuasa ketika tidak ada kepastian apakah pada masa depan setelah selesai periode pemerintahan/kekuasaannya dapat berkuasa kembali. Di mana *judicial review* berpotensi mengganggu keinginan pihak yang ingin berkuasa di masa depan. Menurut peneliti, Ginsburg menganalisis aspek kekuatan politik khususnya yang terjadi di parlemen ketika baik the ruling party maupun the opposition party ingin mempertahankan kekuasaannya atau ingin berkuasa di masa depan. Ketidakpastian sebagai akibat adanya *judicial review*, menyebabkan adanya penolakan *insurance model of judicial review* tersebut.

Pasal 10 ayat (1) huruf a UU MK Nomor 24 Tahun 2003 merupakan *constitutional review* dalam bentuk abstrak, dan UU MK belum mengakui *constitutional review* dalam bentuk konkret. Berdasarkan doktrin dan praktek *constitutional review* di berbagai negara, *constitutional review* tidak hanya dalam bentuk abstrak, tetapi juga konkret. *Constitutional review* dalam bentuk konkret seperti pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*), pertanyaan

³⁷⁷ *Ibid.*, hal. 26.

³⁷⁸ *Ibid.*, hal. 27.

konstitusional (*constitutional question*) dan perlawanan konstitusi (*constitutional challenge*).

II.4 Putusan MK Final dan Mengikat (Prinsip Erga Omnes)

MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji UU terhadap UUD 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan hasil pemilihan umum.³⁷⁹ Berdasarkan Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945 menegaskan putusan MK adalah final dan mengikat. Kemudian, sifat putusan MK adalah erga omnes yang mengandung arti yaitu ketika MK menyatakan norma UU bertentangan dengan Konstitusi (in casu UUD 1945) maka putusan itu bukan hanya berlaku atau mengikat bagi Pemohon tetapi juga bagi seluruh warga negara dan seluruh cabang kekuasaan negara, termasuk MK sendiri.³⁸⁰

Menurut Mantan Hakim MK Maruarar Siahaan menjelaskan Hakim MK itu sebagai *negative legislator* yang putusannya bersifat erga omnes berlaku untuk semua orang.³⁸¹ Hans Kelsen memberikan penjelasan atas makna *negative legislator* sebagai berikut :

*"The annulment of a law is a legislative function, an act-so to speak- of negative legislation. A court which is competent to abolish laws-individually or generally –functions as negative legislator. The power to examines the laws as to their constitutionality and to invalidate unconstitutional laws may be conferred, as a more or less exclusive function on a special constitutional court, while other courts have only the right to make application to the constitutional court for the examination and annulment of laws which they have to apply but which they consider to be unconstitutional."*³⁸²

Pendapat Hans Kelsen tentang *negative legislator* sangat lah jelas, dalam arti MK tidak mengambilalih fungsi legislatif, dan MK juga tidak membuat norma/UU yang baru. Menurut Hans Kelsen tersebut idealnya fungsi untuk melakukan *constitutional review* merupakan wewenang pengadilan khusus (MK) di luar pengadilan yang sudah ada.

³⁷⁹ Indonesia, UUD 1945, Pasal 24 C ayat (1).

³⁸⁰ Palguna, *Op.Cit.*, hal 164.

³⁸¹ Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 214.

³⁸² Hans Kelsen, *General Theory of Law And State*, Cambridge-Massachusset: Harvard University Press, 1949, hal. 169-169.

Menurut penulis, berdasarkan prinsip erga omnes tersebut kekuatan mengikat Putusan MK bersifat horizontal yaitu mengikat setiap warga negara, dan vertikal yaitu mengikat cabang-cabang kekuasaan termasuk pemerintah, legislatif dan yudisial (MK sendiri).

Putusan MK berbeda dengan putusan perkara perdata, putusan dalam kasus perdata hanya mengikat para pihak (inter-partes), sementara putusan MK mengikat secara umum (erga omnes).³⁸³ MK juga di dalam putusannya telah menegaskan prinsip erga omnes atas putusannya yaitu karakter hukum acara MK adalah erga omnes yang mana putusan MK tidak hanya mengikat para pihak yang berperkara tetapi juga mengikat secara umum.³⁸⁴

MK Austria memutuskan permohonan pertanyaan konstitusional berbentuk putusan yang mengikat yaitu putusan yang dijatuhkan oleh MK Austria dapat membatalkan suatu ketentuan UU yang terbukti bertentangan dengan Konstitusi atau (cukup) menyatakan bahwa ketentuan UU itu bertentangan dengan Konstitusi jika ketentuan UU ini telah dinyatakan batal (*null and void*) dalam pengujian yang telah dilakukan terhadap norma tersebut melalui kasus konkret.³⁸⁵

Di dalam konteks negara hukum (*rule of law/rechtstaat*) khususnya putusan pengadilan mempunyai tiga peran sebagai berikut :

*"First, statement of the rule of law embody preference for orderly life within an organized community (law and order), rather than a situation of anarchy or strife in which there is no security for persons, their well-being or their possessions. Some stability in society is a precondition for the existence of a legal system. Second, the rule of law expresses a principle of fundamental importance namely that government must be conducted according to law and that in disputed cases what the law requires is declared by judicial decision. Third, the rule of law refers to a body of opinion, both about what powers the government should have (for example that the executive should have no power to detain without trial) and about the procedures to be followed when the action is taken by the state (for example the right to fair hearing in criminal trials). The second of these ideas is founded on innumerable decisions of the courts and it expresses existing legal doctrine. The third idea is relevant to debate in Parliament and in the media on proposals for charging the law, particularly when the community is challenged by events such as unrest on British streets or international terrorism."*³⁸⁶

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ Indonesia, Putusan MKRI, Nomor 48/PUU-IX/2011.

³⁸⁵ Palguna, *Op.Cit.*, hal. 248.

³⁸⁶ AW Bradley & KD Ewing, **Constitutional & Administrative Law**, Essex: Pearson Education Limited, 2007, hal. 99.

AW Bradley dan Ewing menegaskan salah satu hal yang penting dalam negara hukum adalah prinsip kepastian hukum (*legality*) yaitu organ-organ negara harus berjalan berdasarkan atas hukum, hukum di sini juga termasuk putusan pengadilan.³⁸⁷ Lebih jauh putusan pengadilan dalam konteks pengawal konstitusi adalah sebagai berikut :

*"National constitutions, and their interpretation by courts, thus may be said to perform both internal and external functions, at once clarifying the legal foundation for a state to function as a national state in the world community, providing for its internal allocations of powers and governance, expressing particular national identity, checking that governance remains within limits of the constitution as law".*³⁸⁸

Seperti yang dijelaskan di atas oleh Vicky Jackson konstitusi dan interpretasi atas konstitusi oleh pengadilan mempunyai fungsi internal dan eksternal. Peneliti menggarisbawahi interpretasi atas konstitusi dari pengadilan. Tidak hanya konstitusi yang penting, tetapi juga putusan pengadilan yang melakukan interpretasi atas konstitusi untuk menjalankan fungsi internal dan eksternalnya.

Kemudian juga terdapat perdebatan atas isu apakah putusan-putusan pengadilan atas mempunyai dampak horizontal dalam arti tidak hanya berlaku terhadap pemerintah dan organ-organ negara saja (dampak vertikal). Terdapat asumsi selama ini hak-hak konstitusional adalah hak-hak yang difensif dalam artinya hanya menekankan kewajiban positif negara tidak pada individu.³⁸⁹ Robert Alexy menjelaskan isu kekuatan eksekutorial hak-hak konstitusional tersebut sebagai berikut:

*"It is true that in a limited set of circumstances, defensive rights can give rise to horizontal effect where private law imposes duties on individuals which restrict their constitutional guaranteed liberties, then those on private law duties (and the corresponding private law rights) are unconstitutional, since the state, in the form of the private law legislature and private law court, has illegitimately affected citizens, albeit only potentially and individually".*³⁹⁰

³⁸⁷ *Ibid*, hal. 100.

³⁸⁸ Jackson, *Op.Cit.*, hal. 5.

³⁸⁹ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford:Oxford University Press,2010, hal xxxvii.

³⁹⁰ *Ibid*.

Berdasarkan pendapat Robert Alexy tersebut sebenarnya hak-hak konstitusional mempunyai kekuatan mengikat tidak hanya vertikal, tetapi juga horizontal. Ketika hukum privat yang membatasi hak-hak konstitusional para pihak oleh hukum privat tersebut dinyatakan bertentangan dengan konstitusi oleh pengadilan, dan baik secara potensial dan tidak langsung tindakan pemerintah berdampak terhadap warga negaranya, maka putusan pengadilan yang menyatakan hukum privat tidak konstitusional juga berlaku untuk para pihak yang diatur dalam hukum privat tersebut.

Putusan MA di AS atas *constitutional review* bersifat deklarator dan retrospektif (*declaratoir and restrospective*), yang bersifat *ex tunc* dengan akibat pro praerito yang menimbulkan akibat retroaktif ke belakang³⁹¹. Model *constitutional review* di AS berbeda dengan di Indonesia karena model *constitutional review* di AS bersifat disentralisasi atau pengujian tersebar, sementara MK di Indonesia memiliki model tersentralisasi di MK saja.³⁹² Sementara model *constitutional review* di Austria terpusat di MK, dan terpisah dari MA seperti MK di Indonesia, dan putusannya mempunyai kekuatan *erga omnes*.³⁹³

UU yang diuji oleh MK tetap berlaku sebelum ada putusan yang menyatakan UU tersebut bertentangan dengan dengan UUD 1945.³⁹⁴ Menurut Maruarar Siahaan atas ketentuan tersebut berarti satu undang-undang bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, dan tidak boleh berlaku surut.³⁹⁵ Putusan yang tidak berlaku surut juga dikenal dengan *ex post facto/ex nun*, sementara putusan yang berlaku retroaktif disebut juga *ex tunc*.³⁹⁶ Kemudian di dalam konteks model *constitutional review*, putusan model *constitutional review* Austria berlaku *erga omnes*, sementara putusan model *constitutional review* Amerika Serikat berlaku *inter partes*, dan MKRI menganut model *constitutional review* Austria³⁹⁷

Selain sifat putusan MK yang retroaktif dan non-retroaktif, menurut LA Hart terdapat teori formalisme di dalam hukum untuk menjelaskan institusi-institusi

³⁹¹ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 61.

³⁹² *Ibid.*, hal 60

³⁹³ *Ibid.*, hal. 64-65.

³⁹⁴ Indonesia, Pasal 56 UU MKRI Nomor 23 Tahun 2003 sebagaimana dirubah dengan UU Nomor 11 Tahun 2011.

³⁹⁵ Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 218.

³⁹⁶ John Gray, *Lawyer's Latin: A Vade Mecum New Edition*, London: Robert Hale, 2002, hal. 55.

³⁹⁷ Pan Mohamad Faiz & M. Lutfi Chakim, *Op.Cit.*, hal. 7-8.

negara wajib mengikuti putusan pengadilan (*the precedent*). HLA Hart menjelaskan teori formalismenya tersebut sebagai berikut:

*"In any large group general rules, standards, and principles must be the main instrument of social control, and not particular directions given to each individual separately. If it were not possible to communicate general standard of conduct, which multitudes of individuals could understand, without further direction, as requiring from them certain conduct when occasion arose, nothing that we now recognise as law could exist. Hence the law must predominately, but no means exclusively, refer to classes of person, and to classes of acts, things, circumstances; and its successful operation over vast areas of social life depends on a widely diffused capacity to recognize particular acts, things, and circumstances as instances of the general classifications which the law makes".*³⁹⁸

Di masyarakat menurut HLA Hart, terdapat hukum (*general rules*), standar-standar dan prinsip-prinsip sebagai instrumen untuk mengatur masyarakat, dan bukanlah arahan-arahan yang ditujukan kepada setiap orang di dalam masyarakat tersebut. Kemudian, lebih jauh HLA Hart menjelaskan sebagai berikut:

*"Two principles devices, at first sight very different from each other, have been used for the communication of such general standards of conduct in advance of the successive occasions on which they are to be applied. One of them make a maximal and the other a minimal use of general classifying words. The first is typified by what we call legislation and the second by precedent. We can see the distinguishing features of these in the following simple non-legal cases. One father before going to church says to his son, 'Every man and boy must take off his hat on entering a church'. Another baring his head as he enters the church says, 'Look : this is the right way to behave on such occasions.'"*³⁹⁹

Berdasarkan pendapat HLA Hart tersebut, terdapat dua standar perilaku (*standard of conduct*) yang sebenarnya belaku di masyarakat yaitu aturan hukum yang dihasilkan oleh parlemen (*legislation*), dan preseden (*the precedent*). HLA Hart menggarisbawahi preseden sebagai standar perilaku sebagai berikut:

*"Much of the jurisprudence of this century has consisted of the progressive realization (and sometimes the exaggeration) of the important fact that the distinction between the uncertainties of communication by authoritative example (precedent), and the certainties of communication by authoritative general language (legislation) is far less firm than this naive contrast suggest"*⁴⁰⁰

³⁹⁸ HLA Hart, *Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1961.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Ibid.*, hal 123.

Berdasarkan pendapat HLA Hart tersebut, bahkan kadang-kadang standar perilaku yang dibuat berdasarkan preseden lebih jelas dibandingkan standar perilaku yang dibuat berdasarkan UU sebagai produk yang dihasilkan oleh parlemen. Oleh karena itu, maka sangat jelas di masyarakat tidak hanya berlaku standar perilaku yang dibuat berdasarkan UU, tetapi juga terdapat standar perilaku yang dibuat berdasarkan preseden. Menurut peneliti, standar perilaku yang dibuat berdasarkan preseden termasuk juga putusan pengadilan, dalam hal ini adalah putusan-putusan MK yang berlaku di masyarakat dan negara sebagai standar perilaku.

HLA Hart juga menegaskan agar masyarakat dapat mematuhi hukum maka kita harus membedakan antara aturan di masyarakat (*social rules*) dan perilaku setiap orang (*individual behaviour*), yang sedang diwajibkan dan berdasarkan atas kewajiban, internal dan eksternal aspek dari aturan, aturan hukum primer dan sekunder. HLA Hart menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

*“There are several strands to Hart’s argument that law consist of a system of rules, each of which needs to be understood individually before their joint effect may be properly appreciated. These strands may be summarized as the distinction between personal habits and social rules; the distinction between being obligated and being under an obligation; the distinction being the external and the internal aspects of rules; and the distinction between primary and secondary legal rules”*⁴⁰¹

HLA Hart menjelaskan hukum sebagai *social rules* harus dipatuhi dan dihormati oleh seluruh aparat penegak hukum termasuk pengadilan, dan harus dibedakan dengan kebiasaan individu, dan lebih jelasnya sebagai berikut:

“Although it is obvious that certain personal habits are highly individual (such as always wearing lucky charm for superstitious reasons), it is equally obvious that many are very widespread. Clearly, therefore, we must distinguish between widespread habits and social rules. For example, as a matter of personal habit, I may invariably drink coffee after my dinner. Futhermore, the practice of after-dinner coffee drinking may be very widespread. Nevertheless, those who prefer to drink tea, or not to drink anything, will not find themselves subjected to criticism by other members of society. In other words although drinking coffee after dinner may be an example of convergent behaviour, when correctly analysed it is nothing more than a large number of instances of individual behaviour, and therefore cannot be called a rule”.⁴⁰²

⁴⁰¹ Ian McLeod, *Legal Theory*, New York : Palgrave, 2003, hal 77.

⁴⁰² *Ibid.*

HLA Hart memberikan contoh kebiasaan individu minum kopi setelah makan malam merupakan kebiasaan, dan bukanlah sesuatu yang harus diikuti dan dipatuhi sebagai aturan oleh setiap orang. Sementara, menurut HLA Hart *social rule* menekankan kewajiban (*a duty*), yang lebih jelasnya sebagai berikut:

"By way of contrast, the convergent behaviour of stading up when the national anthem is played is more than simply a matter of personal taste, not only because most people conform, but also, and crucially, because those who do not do so are likely to incur the disapproval of other members of society. In other words, people feel themselves to be under an obligation to join in this example of convergent behaviour, and consequently it may be called a rule. In passing, it may be worth saying that although the existence of an obligation indicates the existence of a rule, Hart concedes that language is sometimes used in such a way that the converse does not necessarily apply. In other words, although we may speak of the rules of matters such as grammar and etiquette, and we may even express those rule in terms of what you should or should not do (for example, always use a capital letter at the beginning of a sentence or don't put your elbows on the dinning table), it would not accord with the normal use of language to say that there is a duty to comply with such prescriptions and prescriptions".⁴⁰³

Berdasarkan pernyataan di atas, maka HLA Hart secara tegas menyebutkan *social rule* itu menekankan kewajiban, dan oleh karena itu setiap orang harus mematuhi *social rule* tersebut. HLA Hart memberikan contoh setiap harus menyanyikan lagu kebangsaan, maka karena hal tersebut merupakan kewajiban dan oleh karenanya aturan itu harus dihormati oleh semua orang. Menurut HLA Hart, kita juga harus membedakan antara yang diwajibkan (*being obligated*) dan berdasarkan kewajiban (*being under an obligation*). *Moreover, just as it is possible to be obligated without being under an obligation, so it is possible to be under an obligation without being obligated.*⁴⁰⁴ HLA Hart menegaskan sesuatu yang mungkin diwajibkan tanpa berdasarkan kewajiban, dan juga dimungkinkan sesuatu berdasarkan kewajiban tanpa diwajibkan. Perbedaan tersebut menegaskan perbedaan perintah (*command*) dalam konteks *being obligated*, dan hukum (*rule*) yang mewajibkan (*obligation*) dalam konteks *being under an obligation*.⁴⁰⁵

Berdasarkan pendapat HLA Hart tersebut kita bisa melihat perbedaan antara yang diwajibkan (*being obligated*) dengan berdasarkan kewajiban (*being under an obligation*). *Being under an obligation* merupakan *rule*, oleh karena itu maka setiap

⁴⁰³ *Ibid*, hal. 77-78.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, hal 78

⁴⁰⁵ *Ibid.*

orang harus menghormatinya, sementara *being obligated* merupakan perintah (*command*), dan bukanlah *rule*.

Inti dari teori hukum dari HLA Hart adalah harus adanya perbedaan peraturan primer (*primary*) dan sekunder (*secondary*). Menurut HLA Hart perbedaan peraturan primer dan sekunder adalah untuk kebutuhan apakah peraturan tersebut termasuk menjadi bagian sistem hukum (*the need for both to exist before there can be said to be a legal system*).⁴⁰⁶ Berdasarkan pendapat HLA Hart tersebut, maka sudah jelas perbedaan aturan primer dan sekunder menentukan apakah aturan tersebut termasuk sistem hukum. Penulis akan membahas lebih detail perbedaan antara aturan primer dan sekunder tersebut di bawah ini;

*"Primary rules are those which imposes obligations. Such rules may be either positive or negative, and would embrace both the rule which requires you to pay income tax and the rule which requires you to refrain murder. However, it will be readily apparent that the idea of primary rules presents only a partial view of the law, since there will frequently be uncertainty as to the content of the primary rules, coupled with a need to change them from time to time, and a need to resolve disputed arising from the application of the rule in particular cases. It is to deal with these matters that Hart formulates the concept of secondary rules, which he classifies under three holding".*⁴⁰⁷

Menurut HLA Hart aturan primer adalah menekankan kepada kewajiban-keajiban setiap orang, dan aturan tersebut bisa positif dan negatif. Kemudian sebenarnya pemikiran aturan primer hanyalah merepresentasikan sebagian saja dari hukum karena aturan tersebut kadang-kadang menimbulkan ketidakpastian dan mengakibatkan terdapat kekosongan substansi hukum yang menimbulkan sengketa (*disputes*) khususnya ketika aturan tersebut diterapkan. Oleh karena itu, HLA Hart mengusulkan konsep peraturan sekunder untuk mengatasi permasalahan tersebut.

Aturan sekunder menurut HLA Hart adalah sebagai berikut:

*"HLA Hart classifies under three holdings; the first category of secondary rules deals with the problem of uncertainty. Here HLA Hart says, there must be a rule of recognition so that actors within the legal system can recognize those rules which are law and distinguish them from those are not. The rule of recognition operates by reference to some general characteristic possessed by primary rules. This may be the fact of their having been enacted by a specific body or their long customary practice, or their relation to judicial decisions".*⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ *Ibid.*, hal. 79.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*, hal. 80.

Menurut HLA Hart harus ada aturan pengakuan (*the rule of recognition*) sehingga aktor-aktor di dalam sistem hukum mengakui aturan atau bukan. Aturan pengakuan tersebut bekerja berdasarkan referensi yang mengacu kepada karakter umum yang dimiliki oleh aturan primer tersebut. Kemudian, mungkin ada fakta bahwa aturan tersebut telah disahkan oleh sebuah lembaga khusus atau kebiasaan yang lama telah dipraktikkan, atau putusan-putusan pengadilan. *The rule of recognition* tidak hanya disahkan oleh lembaga khusus atau kebiasaan yang telah lama dipraktikkan, tetapi juga putusan-putusan pengadilan. Oleh karena itu, putusan-putusan pengadilan yang mengisi kekosongan hukum di dalam aturan primer juga merupakan proses *rule of recognition*.

Kemudian, HLA Hart menjelaskan kategori kedua dari aturan sekunder yaitu sebagai berikut:

*"The second category of rules, namely rules of change has two dimensions. The first dimension deals with the need to change the primary rules, which, in the context of the English legal system, means overruling judicial decisions in order to terminate their status as binding precedents, and repealing or amending statutes. Obviously, therefore, these rules are intimately connected with the rule of recognition because their application enable us to decide which of two dimensions of the rules of obligation apply to their own personal situations, through such means as making contracts and wills and many other voluntary created structures of rights and duties typify life under law."*⁴⁰⁹

HLA Hart menjelaskan kategori kedua dari aturan sekunder adalah aturan-aturan perubahan (*The rules of change*) yang mempunyai dua dimensi yaitu *Pertama*, perubahan berdasarkan putusan pengadilan yang mengubah putusan pengadilan sebelumnya (*overruling*). *Kedua*, perubahan berdasarkan kontrak atau keinginan (*contract/will*) yang dilakukan antar individu yang mengaplikasikan kewajiban-kewajiban berdasarkan aturan.

Kemudian, HLA Hart menjelaskan katagori ketiga dari aturan sekunder yaitu sebagai berikut:

"The third category of secondary rules which deals with the need to resolve disputes, consists of rules of adjudication which not only confer upon public officials the power to determine legal disputes, but also govern the way in which that power is exercised and give special

⁴⁰⁹ *Ibid.*

legal status to orders which are made in consequences of adjudicator"⁴¹⁰

Kategori ketiga dari aturan sekunder adalah kebutuhan untuk menyelesaikan sengketa yaitu melalui lembaga peradilan. Peradilan tersebut tidak hanya berfungsi menyelesaikan sengketa yang timbul dari tindakan pejabat-pejabat publik, tetapi juga mengatur cara kekuasaan dijalankan, dan pelaksanaan putusan lembaga peradilan tersebut yang mengubah hukum. Menurut peneliti setiap orang dan lembaga negara harus berkewajiban mematuhi putusan pengadilan, dan juga putusan pengadilan merupakan aturan sekunder yang harus dipatuhi, sebagai jawaban atas kekosongan hukum di dalam aturan primer.

Teori peraturan primer dan sekunder dari HLA Hart yang bertujuan untuk menentukan apakah aturan termasuk di dalam sistem hukum dipengaruhi oleh pemahaman HLA Hart tentang pengertian hukum. Menurut HLA Hart sistem hukum adalah sebagai berikut:

"Sistem yang logis, tetap, dan bersifat tertutup dalam mana keputusan-keputusan hukum yang benar atau tepat biasanya diperoleh dengan alat-alat logika dari peraturan-peraturan hukum yang telah ditentukan sebelumnya tanpa memperhatikan tujuan-tujuan sosial, politik, dan ukuran moral. Pengertian bahwa pertimbangan-pertimbangan moral tidak dapat dibuat atau dipertahankan sebagai pernyataan kenyataan yang harus dibuktikan dengan argument-argumen rasional, pembuktian atau percobaan"⁴¹¹

HLA Hart termasuk aliran hukum positif karena ciri khas dari aliran hukum positif menolak memasukan pertimbangan moral, sosiologi dan politik ke dalam pemahamannya tentang hukum. Pemikiran hukum dari HLA Hart tersebut sejalan dengan pendapat Hans Kelsen yang menegaskan:

"Masalah hukum sebagai ilmu adalah masalah teknik sosial, bukan masalah moral. Tujuan dari suatu sistem hukum adalah mendorong manusia dengan teknik tertentu agar bertindak dengan "tata aturan masyarakat tertentu yang memiliki karakter hukum adalah suatu tata hukum" tidak memiliki implikasi penilaian moral bahwa aturan tersebut baik atau adil. Hukum dan keadilan adalah dua konsep yang berbeda. Hukum yang dipisahkan dari keadilan adalah hukum positif"⁴¹²

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ Lili Rasjidi & Liza Sonia Rasjidi, **Filsafat Dan Teori Hukum**, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2016.

⁴¹² Jimly Asshiddiqie & M. Ali Safa'at, **Teori Hans Kelsen Tentang Hukum**, Jakarta: Konpress, 2014, hal. 15.

HLA Hart juga mengembangkan teori ultra vires, selain teori efikasi putusan pengadilan. Menurut penulis teori ultra vires dari HLA Hart sangat relevan dengan pembahasan teori *constitutional review* di bagian ini karena terkait efikasi putusan pengadilan, dan juga doktrin ultra vires yang merupakan titik awal kelahiran *constitutional review*. HLA Hart menjelaskan teori ultra vires sebagai berikut:

“Bagaimanapun juga, contoh-contoh mengenai batasan-batasan substantive yang mencolok bisa ditemukan dalam konstitusi-konstitusi federal seperti yang ada di AS dan Australia, di mana pemisahan kekuasaan antara pemerintah pusat dan negara-negara bagian, dan juga hak-hak individu, tidak bisa dibisa diubah melalui proses legislasi bisa. Dalam kasus-kasus ini suatu ketetapan, entah itu oleh negara bagian atau badan legislatif federal, yang ditujukan untuk merubah atau tidak konsisten dengan pemisahan kekuasaan federal atau hak-hak individu yang dilindungi cara ini, bisa dipandang sebagai *ultra vires*, dan dinyatakan tidak valid secara hukum oleh pengadilan-pengadilan sejauh berkonflik dengan ketentuan-ketentuan konstitusional”.⁴¹³

HLA Hart menegaskan teori ultra vires bahwa parlemen/legislatif mempunyai supremasi parlemen/keadulatan parlemen. Tetapi jika parlemen/legislatif tersebut melanggar pemisahan kekuasaan atau hak-hak individu yang dilindungi di dalam konstitusi, maka pengadilan dapat membatalkan UU yang dibuat legislatif tersebut. Fungsi pengadilan yang membatalkan UU yang dibuat legislatif tersebut adalah ultra vires. Menurut peneliti ultra vires itu sendiri adalah *constitutional review* atau *judicial review* karena terdapat wewenang pengadilan untuk membatalkan secara hukum UU yang dibuat oleh parlemen/legislatif karena melanggar konstitusi.

HLA Hart selanjutnya menjelaskan kedaulatan parlemen tidak boleh melampaui batas pemisahan kekuasaan dan hak-hak individu, yang pada intinya dia menjelaskan sebagai berikut:

“Batasan-batasan hukum yang paling terkenal atas kekuasaan legislatif demikian adalah Amendemen Kelima Konstitusi AS. Di sana antara lain, dinyatakan bahwa tidak seorang pun yang boleh diambil nyawa kebebasan atau kepemilikannya tanpa proses hukum yang benar, dan UU Kongres dinyatakan tidak valid oleh pengadilan ketika terbukti berkonflik dengan batasan-batasan ini atau lainnya yang digariskan oleh konstitusi atas kekuasaan legislatif mereka”.⁴¹⁴

⁴¹³ HLA Hart, *Op.Cit.*, 113.

⁴¹⁴ *Ibid.*

HLA Hart menegaskan teori ultra vires yang menjadi landasan *constitutional review* tidak berlaku di negara-negara yang menganut teori kedaulatan parlemen seperti di Swiss dan Inggris. HLA Hart menjelaskan hal itu sebagai berikut:

“Tentu saja ada berbagai sarana untuk melindungi ketentuan-ketentuan konstitusi dari kinerja badan legislatif. Dalam kasus tertentu seperti di Swiss, ketentuan-ketentuan mengenai hak-hak negara bagian dari sebuah federasi dan hak-hak individu, meski berbentuk mandatoris, diperlakukan sekedar sebagai ketentuan ‘politis’ atau hortatoris. Dalam kasus-kasus demikian pengadilan tidak memiliki yurisdiksi untuk “melakukan uji materi” atas ketetapan badan legislatif federal dan untuk menyatakannya tidak valid kendatipun jelas-jelas berkonflik dengan ketentuan konstitusi mengenai lingkup kinerja badan legislatif. Sebagian ketentuan konstitusi AS dipandang bisa memunculkan “persoalan-persoalan politis”, dan ketika terjadi satu kasus dalam katagori ini pengadilan tidak akan membahas apakah UU yang dimaksud melanggar konstitusi”.⁴¹⁵

Prinsip kedaulatan parlemen di Swiss tidak memungkinkan pengadilan diberikan wewenang untuk *constitutional review* atas UU yang dihasilkan oleh parlemen. HLA Hart juga mencontoh selain di Swiss, Inggris juga menganut kedaulatan parlemen/legislatif yaitu:

“Di lihat dari perspektif ini, perbedaan antara sebuah sistem hukum di masa badan legislatif biasa terbebas dari pembatasan-pembatasan hukum, dan sebuah system di mana badan legislatif tunduk kepadanya, terlihat hanya sebagai perbedaan tata cara di mana elektorat (para pemberi suara) yang berdaulat memilih untuk menjalankan kekuasaan kedualatannya. Di Inggris, tertumpu pada teori ini, pelaksanaan peranan secara langsung oleh elektorat dalam kedaulatan ini terlaksana hanya ketika mereka memilih wakil rakyat tersebut diberi kepercayaan untuk tidak menyalagunakan kekuasaan yang didelegasikan kepada mereka. Kepercayaan ini dalam kasus-kasus demikian hanyalah terkait dengan sanksi-sanksi moral dan pengadilan tidak mengurusinya, sementara mereka mengurus pembatasan-pembatasan hukum atas kekuasaan legislatif. Sebaliknya di AS, seperti dalam setiap demokrasi di mana badan legislatif biasa dibatasi secara hukum, pelaksanaan kekuasaan kedaulatan elektorat tidak terbatas hanya memilih delegasi-delegasi, melainkan menundukan mereka pada batasan-batasan hukum”.⁴¹⁶

Di Inggris, parlemen mempunyai kedaulatan sehingga pengadilan tidak diberikan wewenang *constitutional review* atas UU yang dihasilkan oleh parlemen. Hal berbeda dengan AS yang menganut teori ultra vires, kedaulatan parlemen

⁴¹⁵ *Ibid.*, hal 114.

⁴¹⁶ *Ibid.*, hal. 115-117.

dibatasi oleh konstitusi yang memberikan wewenang *constitutional review* kepada pengadilan atas UU yang dihasilkan oleh parlemen.

Amandemen kelima Konstitusi AS menegaskan adanya pengakuan atas doktrin *ultra vires* tersebut. Kebebasan atau kepemilikan seseorang tidak boleh diambil tanpa proses hukum yang benar (*due process of law*) oleh UU Kongres. Amandemen Kelima Konstitusi AS tersebut memberikan wewenang kepada pengadilan atas *constitutional review* terhadap UU yang dibuat kongres yang berpotensi melanggar *due process of law*.

Selain isu tentang putusan MK berlaku ke depan, di dalam putusan MK terdapat juga *unconstitutionally condition* dan juga *constitutionally condition*. Isu *unconstitutionally condition* dan *constitutionally condition* muncul di dalam beberapa putusan MK, dan menurut peneliti hal ini merupakan perkembangan yang positif dalam perkembangan peradilan tata negara. Jimly Asshiddiqie menjelaskan *constitutionally condition* sebagai berikut:

“Dalam keadaan demikian (*constitutionally condition*), konklusi dan putusan akhir dapat berupa penolakan dengan pengecualian atau pengabulan dengan pengecualian. Jika ditolak, berarti materi UU yang diuji dinyatakan tetap konstitusional bersyarat atau konstitusional dengan pengecualian tertentu atau yang saya perkenalkan dengan istilah *conditionally constitution*”⁴¹⁷

Mark Janis, Richard Kay, dan Anthony Bradley menggunakan teori HLA Hart tentang aturan primer dan sekunder untuk menganalisis bekerjanya Pengadilan HAM Eropa dan Kovensi HAM Eropa sebagai berikut:

“*Understanding how deeply a legal system permeates and regulates a society especially an international society like Europe, may always be more a study in theory than of practice. This is not to say that theoretical aspects of the question of the deeprootedness or not of an international legal system will not be illuminating. For example, when explaining to others the nature and efficacy of the Strasbourg legal system, it may be useful to employ some of the ideas from the theoretical paradigm for legal system in general divided by HLA Hart*”.⁴¹⁸

⁴¹⁷ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 97.

⁴¹⁸ Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, *European Human Rights Texts And Materials*, Oxford:Oxford University Press, 2000, hal. 87.

Mark Janis, Anthony Bradley, & Richard Kay meskipun menggunakan teori HLA Hart yang memisahkan aturan primer dan sekunder, mereka juga mengkritik teori HLA tersebut sebagai berikut:

*"Although Hart's theory can be illuminating for understanding the role of international law in international society, Hart's own treatment of international law is dissapointing. This is probably due to his uncharasteristic reliance on rather simplistic positivist notions of nature of international law, nations criticised elsewhere."*⁴¹⁹

Kritik Mark Janis, Anthony Bradley & Richard Kay mengkritik teori HLA Hart tersebut dalam konteks hukum internasional, teori HLA Hart tersebut sebenarnya mengecewakan karena terlalu tergantung pada teori hukumnya yang positivis. Kritik mereka tersebut sehubungan dengan perbedaan aturan primer dan sekunder tersebut terlalu tergantung pada konsep hukum HLA Hart yang terlalu positivis.

Berdasarkan pendapat Jimly Asshiddiqie tersebut, memberikan makna *conditionally constitutional* adalah materi UU yang diuji dinyatakan tetap konstitusional bersyarat atau konstitusional dengan pengecualian tertentu. Untuk memahami makna *conditionally constitution*, maka kita perlu mendalami putusan-putusan MK yang berdimensi *conditionally constitution*. Jimly Asshiddiqie memberikan contoh putusan MK atas UU Sumber Daya Air (SDA) yang berdimensi *conditionally constitution* sebagai berikut:

"Permohonan pengujian UU SDA pernah ditolak dengan cara *conditionally constitution*. UU SDA itu diuji konstitusionalitasnya oleh para aktivis lingkungan hidup karena dianggap bertentangan dengan UUD Tahun 1945. Namun, wakil pemerintah dan DPR yang hadir dalam persidangan di MK menyanggah keberatan para pemohon tidak benar, karena sikap Pemerintah justru sejalan dengan pokok pikiran yang diajukan oleh para pemohon dalam mengimplementasikan ketentuan sebagai kebijakan operasional yang akan dituangkan dalam Peraturan Pemerintah...dalam amar putusan putusan permohonan pemohon dinyatakan ditolak karena UU yang diuji terbukti tidak bertentangan dengan dengan UUD Tahun 1945 tetapi dengan catatan-catatan konstitusionalitas tertentu dengan persyaratan keabsahannya. Pengertian ini yang kita namakan konstitusional bersyarat (*conditionally constitution*)."⁴²⁰

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal.97-98.

MK di dalam putusannya atas pengujian UU SDA menjelaskan meskipun permohonan *constitutional review* atas UUD SDA ditolak, tetapi memberikan persyaratan dalam implementasi atas UU SDA tersebut khususnya dalam Peraturan Pemerintah (PP) atas operasionalisasi UU SDA harus sejalan dengan janji-janji pemerintah di depan persidangan UU SDA tersebut.

Sementara pengertian inkonstitusional bersyarat (*unconstitutionally condition*) menurut Jimly Asshiddiqie adalah sebagai berikut:

"Inkonstitusionalitas bersyarat (*unconstitutional condition*) merupakan kebalikan dari konstitusionalitas bersyarat (*constitutionally condition*). Jika suatu norma bersifat konstitusional bersyarat, artinya permohonan harus ditolak dengan diberikan catatan-catatan kritis atas kondisionalitas yang dibutuhkan guna menjaga konstitusionalitas UU itu. Semua penjelasan hal ini diuraikan sebagai *ratio decidendi* yang dimuat dalam pertimbangan hukum putusan, bukan pada bagian amar putusan. Karena itu, dalam implementasinya putusan selanjutnya oleh pihak-pihak yang berwenang, daya pakasanya relatif lebih terbatas yaitu membutuhkan pengertian yang mendalam bahwa *ratio decidendi* (*legal reason*) yang melatar-belakangi dan secara langsung menjadi alasan pokok substansi putusan yang bersifat mengikat sebagai bagian tidak terpisahkan dari amar putusan."⁴²¹

Berdasarkan hal tersebut di atas, maka inkonstitusionalitas bersyarat adalah permohonan *constitutional review*-nya dikabulkan tetapi diberitakan catatan-catatan khususnya agar norma hukum tersebut tetap konstitusional. *Constitutionally condition* berbeda dengan *unconstitutionally condition*, di dalam *constitutionally condition* permohonan *constitutional review*-nya ditolak, tetapi ada catatan-catatan khusus. Berbeda dengan *unconstitutionally condition*, yaitu permohonan dikabulkan tetapi diberikan catatan-catatan-catatan khusus atas norma yang *unconstitutional* tersebut.

Sebagai contoh *unconstitutionally condition* adalah putusan MKRI dalam *constitutional review* atas UU Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK) Nomor 30 Tahun 2002 yang mengabulkan pasal-pasal dalam UU yang dipermasalahkan terutama norma hukum yang mengatur kemerdekaan Pengadilan Khusus Tindak Pidana Korupsi terganggu.⁴²² Kemudian, MKRI memberikan catatan-catatan khusus atas norma yang mengatur Pengadilan Khusus Tindak Pidana Korupsi tersebut yaitu memerintahkan eksekutif dan legislatif untuk membentuk UU

⁴²¹ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 100.

⁴²² *Ibid.*, hal. 101-102.

tersendiri yang khusus mengatur Pengadilan Khusus Tindak Pidana Korupsi dalam waktu 3 tahun sejak putusan MKRI tersebut ditetapkan.⁴²³ Perintah MKRI tersebut merupakan catatan-catatan khusus atas norma yang mengatur Pengadilan Tindak Pidana Korupsi di dalam UU KPK tersebut, dan hal tersebut merupakan *unconstitutionally condition*.

Berbeda dengan *constitutionally condition* dalam putusan MKRI atas UU SDA, yang menolak mengabulkan norma-norma hukum yang dimasalahkan di dalam UU SDA yang artinya norma-norma hukum itu masih konstitusional tetapi MK memberikan catatan-catatan yaitu implementasi norma-norma hukum tersebut melalui PP harus sesuai dengan janji pemerintah di depan persidangan MKRI tersebut.

Peneliti mencoba menjelaskan amar putusan MKRI karena amar putusan MKRI mempunyai akibat hukum yang berbeda-beda tergantung dari isi amar putusannya. Kemudian terdapat tiga (3) kemungkinan amar putusan MK dalam pengujian UU yaitu

“(i) permohonan pengujian dinyatakan tidak dapat diterima, (ii) permohonan pengujian ditolak, atau (iii) permohonan pengujian dikabulkan. Jika permohonan tidak dapat diterima, artinya MK sama sekali tidak atau belum mempertimbangkan mengenai pokok materi permohonan sehingga belum dapat disimpulkan apakah materi permohonannya terbukti atau tidak terbukti dan apakah UU yang diuji baik secara materil ataupun formil, konstitusional atau tidak konstitusional. Permohonan tidak dapat diterima karena berbagai alasan yang belum atau tidak menyangkut materi permohonan, melainkan hanya berkaitan dengan hal-hal yang lain seperti pemenuhan syarat *legal standing*, tentang kewenangan MK untuk menangani permohonan yang bersangkutan atau tidak, dan hal-hal lain seperti obyek permohonan tidak jelas, atau sudah tidak ada lagi, pemohonnya sudah meninggal dunia, dan sebab-sebab lain yang bukan berkenaan dengan substansi permohonan. Sedangkan permohonan apabila telah disidangkan dan pokok permohonan sudah diperiksa dengan proses pembuktian yang sah, hasilnya tinggal salah satu dari 2 (dua) kesimpulan, yaitu dikabulkan atau ditolak. Jika pembuktian dinilai berhasil dan terbukti maka permohonan dikabulkan. Sebaliknya, jika pembuktian dinilai tidak berhasil atau alasan-alasan yang didalilkan tidak terbukti maka permohonan akan ditolak sebagaimana terhadap UU yang diuji. Namun, apabila permohonan pengujian dikabulkan maka akan ada akibat serius terhadap validitas norma hukum UU yang diuji.⁴²⁴

⁴²³ *Ibid.*, hal. 101-102.

⁴²⁴ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 191-192.

Kemudian lebih jauh, akibat hukum dari norma di dalam UU yang dibatalkan oleh MKRI adalah UU yang diuji akan mengalami perubahan normatif yang serius dengan dikabulkannya permohonan.⁴²⁵ Selanjutnya bagaimana dengan akibat hukum atas pengujian formal? Menurut Jimly Asshiddiqie menjelaskan sebagai berikut :

Perubahan normative berbeda antara pengujian materil dan formil. Dalam pengujian materil, hanya materi norma yang diuji saja yang akan mengalami perubahan jika permohonan dikabulkan. Sedangkan dalam pengujian formil, dampaknya lebih serius yaitu dapat mengakibatkan keseluruhan UU itu dinyatakan tidak berlaku mengikat untuk umum. Pendek kata, secara umum, UU yang diuji secara materil apabila permohonannya dikabulkan maka efeknya hanya terkait materi tertentu yang diuji dan dikabulkan saja, tidak berpengaruh kepada materi lainnya. Hal ini sangat berbeda dari akibat hukum putusan pengujian formil yang mempersoalkan mengenai pembentukan UU dan hal-hal lain di luar substansi atau materi UU.⁴²⁶

Tetapi hal tersebut berbeda, dan rumusan amar putusan pengujian formil jika dikabulkan mempunyai dampak terhadap seluruh UU, sementara untuk pengujian materil hanya berdampak atas norma atau bagian di dalam UU yang dinyatakan batal oleh MKRI justru disimpangi oleh MKRI sendiri. Jimly Asshiddiqie menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

Namun, dalam praktek pernah terjadi di mana putusan pengujian materil mengakibatkan seluruh UU dinyatakan tidak berlaku lagi yang dikabulkan sebagaimana yang terjadi dalam pengujian formil yang dikabulkan. Ada beberapa contoh kasus di mana pengujian materil tetapi berakibat keseluruhan materi UU itu dinyatakan tidak lagi berlaku untuk umum. Misalnya dalam kasus pengujian konstusionalitas UU Ketenagalistrikan, UU tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi dan UU tentang APBN.⁴²⁷

Berdasarkan penjelasan di atas, maka putusan MKRI adalah *erga omnes* yang mengikat baik vertikal terhadap organ-organ negara, dan horizontal terhadap setiap warga negara. Kemudian putusan MK berlaku untuk ke depan (*ex nun*). Kemudian substansi dari bentuk putusan dapat berupa *constitutionally condition* atau *unconstitutionally condition*.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ *Ibid.*, hal. 192

⁴²⁷ *Ibid.*

II.5 Pertanyaan Konstitusional (*Constitutional Question*)

Terdapat beberapa sarjana yang menjelaskan batasan-batasan pengertian *constitutional question*. Penulis akan mengelaborasi pendapat beberapa sarjana tentang *constitutional question*, dan kemudian dihubungkan dengan kedudukan hukum (*legal standing*) dari pemohon *constitutional question* tersebut.

Hans Kelsen pernah berpendapat hakim yang meragukan konstitusionalitas suatu UU yang diduga bertentangan dengan konstitusi, maka hakim tersebut berhak menolak untuk menerapkan UU tersebut.⁴²⁸ Pendapat Hans Kelsen tersebut sejalan dengan pendapat Leon Duguit yaitu hakim tidak boleh dipaksa untuk menerapkan UU yang menurutnya bertentangan dengan konstitusi.⁴²⁹ Hans Kelsen menjelaskan alasan perlu adanya *constitutional question* menjadi kewenangan MK yaitu :

*“Examination and abolition of a law because of its unconstitutionality may take place according to several methods. There are two important types of procedure in which an unconstitutional law can be tried and abolished. The organ has that has to apply the law in a concret case can be authorized to examine it as to its unconstitutionality and to refuse to apply it in the concret case if it is found unconstitutional. If the power to examine the constitutionality laws in conferred upon courts we speak of judicial review of legislation.”*⁴³⁰

Penulis menggarisbawahi pendapat Hans Kelsen tersebut tentang hakim menolak menerapkan UU yang diragukan konstitusionalitasnya. Menurut penulis, pendapat Hans Kelsen tersebut merupakan sinyal perlunya mekanisme *constitutional question* diberikan kepada hakim. Sebelum adanya pendapat Hans Kelsen tentang *constitutional question* tersebut, Hakim Marshall di dalam putusannya kasus Marbury vs Madison juga pernah menyebutkan kemungkinan hakim di peradilan umum dapat menolak menerapkan UU yang diduga bertentangan dengan konstitusi.⁴³¹

Pendapat Hakim Agung MA AS John Marshaal itu juga merupakan sinyal kuat keinginannya agar pengadilan tata negara selain diberikan wewenang untuk menguji norma-norma hukum yang bertentangan dengan konstitusi, juga hakim diberikan wewenang untuk menguji penerapan norma-norma hukum di dalam kasus konkret terhadap konstitusi.

⁴²⁸ Kelsen, *Op.Cit.*, hal. 267.

⁴²⁹ Ainul Arief, *Op.Cit.*

⁴³⁰ Kelsen, *Loc.Cit.*

⁴³¹ Chemerinsky, *Loc.,Cit.*

Hakim Agung AS John Marshall mengangkat isu agar hakim menolak menerapkan UU di dalam kasus konkretnya yang diduga melanggar konstitusi ketika menangani kasus Madison versus Marbury. Hakim Agung AS John Marshall menjelaskan hal tersebut lebih detail sebagai berikut:

"Chief Justice Marshall also defended judicial review on the ground that judges take an oath of office and that they would violate this oath if they enforced unconstitutional laws. But this argument is question-begging; Judges would not violate their oath by enforcing unconstitutional laws if they did not have the power to strike down such statutes. In a famous state court dissenting opinion that argued against judicial review. Justice Gibson stated "The oath to support the officer of the government, and is designed rather as a test of the political principles of the man, than to bind the officer in the discharge of his duty"⁴³²

Peneliti mencoba mengelaborasi Putusan MA AS dalam kasus Madison versus Marbury karena peneliti melihat gagasan John Marshall agar hakim menolak menerapkan UU yang diduga melanggar konstitusi di dalam kasus konkretnya merupakan langkah awal menuju adanya pertanyaan konstitusional. Berikut ini fakta-fakta kasus Marbury versus Madison:

"The election of 1800 was fiercely contested, with the three most important candidates being the incumbent John Adams, Thomas Jefferson, and Aaron Burr. Jefferson received a majority of the popular vote but tied in the electoral college vote with Burr. The clear loser among the three was Presiden Adams. In January 1801, Adam's Secretary of State, John Marshall, was named to serve as the third Chief Justice of The United States Supreme Court. Throughout the remainder of Adam's presidency, Marshall served as both Secretary of State and Chief Justice. Adam was a federalist, and the federalists were determined to exercise their influence before the Republican, Jefferson, took office. On February 13, 1801, Congress enacted the Circuit Judge Act, which reduced the number of Supreme Court Justices from six to five, decreasing the opportunity for Republican to control of the Court. The act also eliminated the Supreme Court Justice's duty to serve as circuit judges and created 16 new judgeships on the circuit courts. However, this charge was short-lived; in 1802, Congress repealed this statute, restoring the practice of circuit riding by Supreme Court Justices and eliminating the newly created circuit judgeships. The constitutionality congressional abolition of judgeships was not tested in the courts. On February 27, 1801, less than a week before the end of Adam's term, Congress adopted the Organic Act of District of Columbia, which authorized the president to appoint 42 jutices of the peace. Adams announced his nomintations on Mrach 2, and on March 3, the day before

⁴³² *Ibid.*, hal 44.

Jefferson's inauguration, the Senate confirmed the nominee. Immediately, Secretary of State (and Chief Justice) John Marshall signed the commissions for these individuals and dispatched his brother, James Marshall to deliver them. A few commissions including one for William Marbury were not delivered before Jefferson's inauguration. President Jefferson instructed his Secretary of State, James Madison, to withhold the undelivered commissions. Marbury filed suit in the United States Supreme Court seeking a writ of mandamus to compel Madison as Secretary of State to deliver the commission. Marbury claimed that Judiciary Act of 1789 authorized the Supreme Court to grant mandamus in a proceeding filed initially in the Supreme Court. Although Marbury's petition was filed in December 1801, the Supreme Court did not hear the case until 1803 because Congress, by statute, abolished the June and December 1802 Terms of the Supreme Court.⁴³³

Hakim Agung AS John Marshall menjelaskan hakim di pengadilan tidak boleh menerapkan UU yang diduga melanggar konstitusi. Di dalam kasus Madison versus Marbury, Marbury, pihak yang memohon agar MA AS menetapkan agar Menteri Luar Negeri AS pada waktu itu untuk mengirimkan Surat Keputusan (SK) pengangkatan Marbury sebagai hakim distrik, menggunakan *Judicial Act of 1789* di dalam permohonannya ke MA AS. Tetapi MA AS memutuskan Marbury berhak atas SK-nya tersebut, tetapi *Judicial Act of 1789* tidak konstitusional (*unconstititonal*) karena melampaui wewenang MA yang telah ditentukan di dalam Konstitusi AS (*the original jurisdiction*). Di dalam konteks *Judicial Act of 1789*, hakim di pengadilan di bawah kekuasaan MA AS yang ragu atas konstitusional UU tersebut seharusnya tidak menerapkannya di dalam kasus konkret, tetapi hakim tersebut seharusnya menanyakan konstitusionalitas *Judicial Act of 1789* tersebut ke MA AS. Dalam hal ini, terdapat isu pertanyaan konstitusionalitas di dalam kasus Marbury versus Madison tersebut.

Beberapa sarjana merekomendasikan pertanyaan konstitusional menjadi bagian dari wewenang MKRI di masa depan. Menurut Jimly Asshiddiqie terdapat beberapa fungsi peradilan tata negara yang sudah ada di negara-negara, tetapi belum eksis di beberapa peradilan tata negara di negara lainnya, yaitu:

"(1) *Constitutional review (abstract and concrete norm, a priore and postereore, judicial and executive review, constitutional question, constitutional challenge, constitutional complaint)*, misalnya Dewan Konstitusi Perancis mulai mempraktekan constitutional question sejak tahun 2010 di mana para pihak yang berperkara dapat mengajukan permohonan ke Dewan Konstitusi untuk menguji

⁴³³ *Ibid.*, hal 44.

konstitusionalitas pasal UU yang dijadikan dasar dalam berperkara. Di masa mendatang. Indonesia juga dapat mempertimbangkan untuk mempraktekan hal yang sama;; (2) *Constitutionality Institution Disputes Resolution*, aneka konflik kewenangan konstitusionalitas antarlembaga negara harus diselesaikan melalui peradilan konstitusi. Konflik kewenangan antarlembaga negara sering terjadi tanpa ada forum yang dapat secara efektif dan efisien menyelesaikannya. Selama ini, sengketa kewenangan yang dapat dijadikan obyek perkara yang dimaksud dibatasi hanya untuk kewenangan yang secara eksplisit ditentukan oleh UUD. Namun di masa depan, kewenangan konstitusional dapat diperluas, bukan saja eksplisit disebut atau ditentukan, tetapi sepanjang kewenangan kelembagaan dimaksud bersifat konstitusional dan dalam penerapannya menimbulkan sengketa dengan lembaga lain ataupun dengan subyek hukum lain selain lembaga negara, maka hal itu dapat pula dipandang sebagai sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara, (3) *Adjudication of Freedom of Association and Party Dissolution*. Partai politik dan organisasi kemasyarakatan sebagai cermin kebebasan berserikat (*freedom of association*) dilindungi oleh UUD 1945. Karena itu, partai politik dan organisasi kemasyarakatan hanya dapat dibubarkan apabila dilakukan melalui proses peradilan konstitusi. Tuntutan pembubaran boleh tidak dilakukan atas inisiatif pemerintah tetapi dari para anggota atau warga masyarakat pemilih untuk partai politik, dan para anggota atau warga masyarakat pada umumnya untuk pembubaran organisasi masyarakat. Tujuannya untuk (i) melindungi masyarakat dari orang lain yang mengorganisasikan diri untuk menyebarkan kebencian dan permusuhan serta pengkhianatan terhadap negara konstitusional, (4) *Democratic Election Disputes Resolution*, Fungsi menyelesaikan sengketa mengenai hasil pemilihan umum, menurut saya memang sebaiknya diselesaikan oleh peradilan konstitusi. Karena pemilihan umum dan demikian pula dengan partai politik adalah pilar demokrasi dan konstitusi. Karena itu, lebih tepat diselesaikan oleh system peradilan konstitusi dan bukan oleh peradilan biasa. Lagi pula, sifat peradilannya yang ahrus cepat dan manajemen pemeriksaannya harus pula bersifat "judex facti" dan sekaligus "judex juris" menyebabkan pemeriksaan di pengadilan tinggi ataupun di MA menjadi tidak tepat. Sekarang, pejabat yang dipilih langsung oleh rakyat adalah Presiden dan Wakil Presiden, Gubernur dan Wakil Gubernur, Anggota DPR, Anggota DPD, Anggota DPRD Provinsi, Anggota DPRD Kabupaten, dan Anggota DPRD Kota, (5) *Impeachment of Directly Elected Officials including elected president and/or vice president, elected governor, etc.* Agar konsistensi dengan peradilan hasil pemilihan umum, maka mekanisme "impeachment" yang melibatkan peran forum peradilan dan forum politik sekaligus. Dalam hal ini, untuk "impeachment" para pejabat yang dipilih langsung oleh rakyat, peradilan konstitusi sebaiknya diberi peran untuk membuktikan hukum yang atas dasar itu, forum politik diberi kewenangan untuk menjatuhkan sanksi pemberhentian sebagaimana mestinya. Ini konsisten dengan mekanisme impeachment terhadap presiden/wakil presiden, yaitu bahwa setelah MKRI berhasil membuktikan unsur kesalahan pada diri presiden atau wakil presiden, forum Majelis Permusyawaratan Rakyat

lah yang menjatuhkan sanksi pemberhentian kepada Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagai mana mestinya".⁴³⁴

Berdasarkan pendapat di atas, Jimly Asshiddiqie menilai pertanyaan konstitusional perlu dipertimbangkan untuk menjadi bagian kewenangan MKRI. Terdapat juga sarjana lain yang merekomendasikan agar pertanyaan konstitusional menjadi wewenang MKRI yaitu sebagai berikut:

"Pengakuan dan penghargaan terhadap hak konstitusional warga negara merupakan sebuah keharusan yang tidak dapat ditawar. Salah satu upaya yang dapat digunakan untuk mencapai hal tersebut adalah mengadopsi gagasan *constitutional question*. Dengan adanya mekanisme tersebut maka dapat dihindari adanya putusan hakim yang dinilai bertentangan dengan konstitusi dan dianggap melanggar hak konstitusional warga negara. Selain itu, obyek dan ruang pengujian terhadap peraturan perundang-undangan menjadi semakin meluas serta pelanggaran hak konstitusional dapat dipulihkan".⁴³⁵

Muchamad Ali Safa'at menjelaskan permohonan pertanyaan konstitusional adalah mekanisme *review* atau pengujian suatu aturan hukum yang diajukan oleh hakim yang sedang mengadili suatu perkara, dan dalam proses peradilan itu muncul pertanyaan tentang konstitusionalitas ketentuan aturan hukum yang digunakan dalam menilai dan mengambil putusan.⁴³⁶ Sementara menurut Jazim Hamidi & Mustafa Lutfi, permohonan pertanyaan konstitusional adalah seorang hakim yang sedang mengadili perkara meragukan konstitusionalitas suatu UU, sehingga hakim tersebut mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional kepada MK yang mana MK hanya memutus perkara konstitusionalitasnya bukan memutus kasusnya.⁴³⁷ Selama MK menyidangkan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut, maka persidangan kasusnya di pengadilan harus dihentikan.⁴³⁸

Sementara Mahfud MD berpendapat permohonan pertanyaan konstitusional adalah jika hakim di pengadilan biasa ragu atas konstitusionalitas UU yang sedang menjadi dasar hukum dalam suatu perkara, maka hakim tersebut dapat bertanya ke MK atas konstitusionalitas UU tersebut.⁴³⁹ I Dewa Gde Palguna menjelaskan *constitutional question* mengandung dua pengertian yaitu umum dan khusus, dalam pengertian umum *constitutional question* adalah merujuk pada istilah terhadap

⁴³⁴ Asshiddiqie, *Op. Cit.*, hal. 289.

⁴³⁵ Joshua Collins & Pan Muhammad Faiz, *Op.Cit.*, hal 705.

⁴³⁶ Safa'at, *Loc.Cit.*

⁴³⁷ Jazim Hamidi & Mustafa Lutfi, ***Constitutional Question : Antara Realitas Politik & Implementasi Hukumnya***, Jurnal Konstitusi MKRI Volume 7 Nomor 1 2010, hal. 32-33.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Mahfud MD, ***Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan MK***, Jurnal Nomor 4 Volume Nomor 16 Tahun 2009, hal 459-460.

persoalan yang berkaitan dengan konstitusi (dan lazimnya merupakan kewenangan MK untuk memutuskannya).⁴⁴⁰ Sedangkan dalam arti khusus, *constitutional question* adalah merujuk pada mekanisme pengujian konstitusionalitas suatu UU di mana seorang hakim yang sedang mengadili suatu perkara ragu atau menilai akan konstitusionalitas suatu UU yang berlaku untuk perkara tersebut, maka ia mengajukan "pertanyaan konstitusional" ke MK.⁴⁴¹

Kemudian terdapat kondisi di mana hakim yang akan mengajukan pertanyaan konstitusional adalah hakim yang sedang mengadili perkara di pengadilan di bawah kekuasaan MA. Kondisi tersebut tergambar sebagai berikut:

"Pengajuan *constitutional question* oleh hakim peradilan umum hanya dapat dilakukan ketika hakim memeriksa dan mengadili perkara. Hakim peradilan umum tidak dapat mengajukan constitutional question untuk undang-undang yang tidak pakai dalam perkara yang ditanganinya. Apabila hakim ingin mengajukan pengujian UU ketika sedang tidak berperkara, maka hakim tersebut mengajukan permohonan constitutional question dengan kedudukan sebagai warga negara Indonesia dan menaggalkan status hakimnya"⁴⁴²

Eksistensi pertanyaan konstitusional menggambarkan adanya hubungan antara pengadilan di bawah kekuasaan MA dan MK. *Democratic Reporting Constitutions* menjelaskan hubungannya sebagai berikut:

"*The relationship between ordinary courts and constitutional court; ordinary courts should be allowed to engage in limited review of constitutional questions that arise in the course before them. This review may be limited to ensuring that statutes are applied in a constitutional manner. Alternatively, if ordinary courts can consider challenges to statutes, they may be subject to later review of their decisions by the constitutional court. Either option promotes judicial effeiciency by elimianating the need for ordinary courts to halt proceedings while they consider constitutional issues.*"⁴⁴³

Hubungan antara pengadilan di bawah MA (*ordinary courts*) dengan MK adalah pengadilan di bawah MA tersebut diperbolehkan untuk mengajukan pertanyaan konstitusional atas norma hukum di dalam UU atau bagian UU yang diragukan konstitusionalitasnya kepada MK dengan tujuan agar norma hukum itu

⁴⁴⁰ I Dewa Gde Palguna, ***Constitutional Question : Latar Belakang dan Praktek di Negara Lain serta Kemungkinan Penerapannya di Indonesia***, Jurnal Hukum Nomor 1 Volume 17 Januari 2010, hal. 2.

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² Joshua Satria Collins & Pan Muhamad Faiz, ***Penambahan Kewenangan Constitutional Question di Mahkamah Konstitusi sebagai Upaya Untuk Melindungi Hak-Hak Konstitusional Warga Negara***, Jurnal Konstitusi Vol 14 Nomor 4, 2018, hal. 693.

⁴⁴³ Democracy Reporting International (DRI), *Op.Cit*, DRI : Berlin, 2021, hal., 57

diterapkan di dalam kasus konkret di pengadilan agar sesuai dengan konstitusi. Atau setidaknya putusan pengadilan itu nantinya dapat ditinjau ulang oleh MK, untuk menjamin agar tidak bertentangan dengan konstitusi. Berdasarkan pendapat DRI tersebut, dengan adanya pertanyaan konstiusional setidaknya hakim di pengadilan di bawah kekuasaan MA dapat mencegah terjadinya norma hukum yang bertentangan dengan konstitusi, ketika hakim tersebut mengadili perkara konkret di pengadilan.

Di sini lain, eksistensi pertanyaan konstiusional dapat membantu adanya dialog antara MK dengan MA khususya dalam memaksimalkan perlindungan hak-hak konstiusional warga negara. Berikut pendapat sarjana atas hal tersebut:

"Pada pelaksanaannya, proses *constitutional question* mampu membangun hubungan dialogis antara MK (*constitutional court*) dengan para hakim peradilan umum (*ordinary judges*). Hal tersebut tentunya secara bersamaan bertujuan mempertahankan supremasi konstitusi (*supremacy of the constitution*), keadilan administratif (*administration of justice*), dan perlindungan HAM (the protection of human rights). Dalam buku panduan Corte Constitutionale Italia, terdapat hal menarik terkait dengan mekanisme constitutional question yang menyatakan "*This dialogue between the Constitutional Court and the thousand of ordinary judges, which represent the greater part of constitutional jurisprudence, is made possible by the system of incidental review of law*".⁴⁴⁴

Terdapat beberapa fungsi peradilan konstitusi di negara-negara lain, tetapi belum menjadi kewenangan juga di negara-negara yang berbeda. Jimly Asshiddiqie menjelaskan sebagai berikut:

"Misalnya Dewan Konstitusi di Perancis mulai mempraktekan "*constitutional question*" sejak tahun 2010 di mana pihak yang berperkara di pengadilan dapat mengajukan permohonan ke Dewan Konstitusi untuk menguji konstiusionalitas pasal UU yang dijadikan dasar dalam berperkara. Di masa mendatang, di Indonesia juga dapat untuk mempertimbangkan untuk mempraktekan hal yang sama"⁴⁴⁵

Jimly Asshiddiqie mengusulkan agar *constitutional question* menjadi kewenangan MKRI di masa depan. Jimly Asshiddiqie melihat Dewan Konstitusi di Perancis mempunyai kewenangan untuk menerima dan memutus pertanyaan konstiusional.

⁴⁴⁴ Joshua Collins & Pan Muhammad Faiz, *Op.Cit.*, hal 695.

⁴⁴⁵ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 290.

Dari para pendapat doktrin tersebut, maka terdapat beberapa unsur dalam pengertian permohonan pertanyaan konstitusional yaitu:

- Permohonan dari hakim di pengadilan biasa yang sedang menyidangkan suatu kasus ke MK;
- Hakim meragukan konstitusionalitas UU yang sedang dijadikan dasar penilaian atas kasus tersebut;
- MK memutus konstitusionalitas UU-nya saja, bukan perkara/kasus di pengadilan itu;
- Pengadilan harus menunda proses persidangan sampai terdapat putusan MK atas permohonan pertanyaan konstitusional tersebut.

Selanjutnya peneliti akan mengkaji politik hukum pembahasan Rancangan Undang-Undang (RUU) MKRI dan perdebatan dan rekomendasi perubahan UUD 1945 oleh Komisi Konstitusi dan PAH I Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) yang mengusulkan adanya kewenangan MKRI dalam *constitutional review* di UUD 1945 dan RUU MKRI. Untuk itu penulis akan mengkaji dan menganalisis buku Pengaduan Konstitusional (*Constitutional Complaint*) Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara yang diterbitkan oleh Grafika Press dan ditulis oleh I Gede Dewa Palguna (Hakim MKRI), untuk mengetahui politik hukum apakah Komisi Konstitusi dan PAH I MPR pernah membahas dan merekomendasikan permohonan pertanyaan konstitusional di dalam rancangan perubahan UUD 1945 dan RUU MKRI.

Para sarjana mendefinisikan politik hukum dari berbagai sudut pandang. Pengertian politik hukum adalah usaha untuk mewujudkan peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada waktu itu.⁴⁴⁶ Pernyataan kehendak penguasa negara mengenai hukum yang berlaku di negaranya/wilayahnya dan mengenai arah perkembangan hukum yang dibangunnya.⁴⁴⁷ Kemudian substansi politik hukum adalah sistem hukum, pembentukan hukum dan reformasi hukum.⁴⁴⁸ Kemudian, menurut Mahfud MD politik hukum berhubungan dengan kebijakan publik atas hukum baik yang akan diberlakukan ataupun tidak diberlakukan.⁴⁴⁹ Untuk menganalisis makna di dalam politik hukum itu, maka menurut Mahfud MD kita harus

⁴⁴⁶ H.Deddy Ismatullah & Enung Nurjanah, **Politik Hukum Kajian HTN**, Bandung: CV Rosda, 2018, hal.14.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ Mahfud MD, *Op.Cit.*

mengkaji konfigurasi kekuatan yang ada di belakang pembuatan dan kekuatan hukum itu.⁴⁵⁰

Satjipto Raharjo mendefinisikan politik hukum adalah aktivitas memilih dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai suatu tujuan sosial dengan hukum tertentu di masyarakat yang cakupannya meliputi meliputi jawaban atas beberapa pertanyaan: *Pertama*, tujuan yang hendak dicapai melalui system yang ada. *Dua*, cara-cara dan yang mana yang dirasa paling baik untuk dipakai mencapai tujuan tersebut. *Ketiga*, kapan waktunya dan melalui cara bagaimana hukum itu dirubah. *Keempat*, dapatkah suatu pola yang baku dan mapan dirumuskan untuk membantu memutuskan proses pemilihan tujuan serta cara-cara untuk mencapai tujuan dengan baik.⁴⁵¹

Dari berbagai pendapat sarjana atas politik hukum tersebut, maka dapat dirangkum beberapa unsur dari politik hukum yaitu

1. Kebijakan hukum yang akan diberlakukan atau tidak diberlakukan;
2. Kebijakan atas sistem hukum, pembentukan hukum dan reformasi hukum;
3. Kebijakan tersebut haruslah adil/mencapai tujuan yang baik.

Politik hukum untuk menentukan kewenangan MK atas permohonan pertanyaan konstiusional tidak terlihat di dalam pembahasan Perubahan UUD 1945 di PAH I MPR dan rekomendasi Komisi Konstitusi. Baik Komisi Konstitusi dan PAH I MPR hanya membicarakan mekanisme pengaduan konstiusional warga negara ke MK (*constitutional complaint*). Tetapi ketika pembahasan Perubahan UUD 1945 di PAH I DPR terdapat juga penolakan tentang peran MK untuk mempunyai kewenangan menerima dan memutus perkara *constitutional complaint*. Jacob Tobing, anggota PAH I BP MPR mengkhawatirkan jika putusan pengadilan yang merupakan obyek dari *constitutional complaint* dibawa ke MK, maka kedudukan MK lebih tinggi dari MA, dan juga I Dewa Gde Palguna, Sektetaris Fraksi Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan (F-PDIP) pada waktu itu, mengkhawatirkan sembilan hakim MKRI tidak akan mampu menangani perkara *constitutional*

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ Satjipto Rahardjo, *Hukum Dan Perubahan Sosial : Suatu Tinjauan Teoritis Serta Pengalaman-Pengalaman di Indonesia*, (Yogyakarta:Genta Publishing,2009), hal.28.

complaint karena MK Jerman, yang mempunyai kewenangan *constitutional complaint*, mempunyai hakim yang banyak.⁴⁵²

Setidaknya terdapat empat alasan yang memungkinkan MPR tidak memasukan mekanisme *constitutional complaint* ke dalam UU MK dan perubahan UUD 1945 yaitu:

- a. Untuk menjaga pengaruh, kekuasaan, dan kepentingan-kepentingan politik diantara faksi-faksi politik yang mendominasi proses perubahan UUD 1945 dalam membentuk MK;
- b. MPR tidak menginginkan sebuah MK yang mempunyai wewenang penuh untuk melindungi hak-hak konstitusional atau fundamental warga negara karena sangat khawatir pelanggaran HAM masa lalu pada masa orde baru akan dibawa dan diuji di MK;
- c. MPR mempertimbangkan dengan memberikan wewenang mengadili dan memutus sengketa *constitutional complaint* ke MK, akan mengurangi kewenangan lembaga-lembaga pemerintah dan pejabat-pejabat publik dalam membuat kebijakan-kebijakan publik;
- d. MPR mempercayai dengan memberikan wewenang memeriksa dan memutus sengketa *constitutional complaint* kepada MK, MK akan dibebani banyak kasus seperti di negara-negara lain yang mempunyai mekanisme tersebut;
- e. MPR mempertimbangkan akan adanya konflik wewenang antara MK dengan MA.⁴⁵³

Di Indonesia, Komisi Konstitusi sempat mengusulkan ke Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) untuk memasukan mekanisme *constitutional complaint* ke dalam perubahan UUD 1945 yang menambah wewenang MK untuk memutus sengketa *constitutional complaint*.⁴⁵⁴ Tetapi, MPR tidak membahas lagi gagasan *constitutional complaint* tersebut, yang menurut Hakim MKRI I Gede Dewa Palguna tidak ada kejelasan alasan MPR tidak membahas lagi *constitutional complaint* di dalam pembahasan perubahan UUD 1945.⁴⁵⁵

Berdasarkan penjelasan aspek politik hukum pada saat pembahasan kewenangan MKRI di dalam Komisi Konstitusi dan PAH I MPR tidak mendiskusikan kewenangan MK untuk memutus dan mengadili permohonan pertanyaan

⁴⁵²Ali Salmande, **Rekonstruksi Kerugian Konstitusional Sebagai Pintu Masuk Constitutional Complaint**, Jurnal Konstitusi MKRI Volume 5 Nomor 2, 2008, hal 107-108.

⁴⁵³Faiz, *op. cit.*, hal 110.

⁴⁵⁴Pan Mohamad Faiz, **A Prospect and Challenges for Adopting Constitutional Complaint and Constitutional Question In The Indonesian Constitutional Court**, Jurnal *Constitutional Review* Volume 2 Number 1, Jakarta:MKRI,2016, hal. 109.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

konstitusional. Bahkan Komisi Konstitusi sempat membahas dan merekomendasikan kewenangan MKRI atas *concrete constitutional review* dalam bentuk *constitutional complaint*, tetapi ditolak oleh PAH I MPR dengan alasan kekhawatiran adanya konflik dengan MA, dan juga menurut Fraksi PDI P belum siapnya infrastruktur sumber daya manusia yaitu hakim di MKRI untuk menangani kasus-kasus *constitutional complaint*.

Kemudian berdasarkan penjelasan di atas, maka sangatlah jelas permohonan pertanyaan konstitusional merupakan bentuk *constitutional review* atas norma konkret. Oleh karena itu MK mempunyai wewenang untuk mengadili dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional yang diajukan oleh hakim di pengadilan biasa dan diusulkan oleh para pihak yang sedang berperkara.

UU MK menjelaskan Pemohon dalam sengketa *constitutional review* adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang yaitu ;a. Perorangan warga negara Indonesia,b.kesatuan masyarakat adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur di dalam UU,c. Badan hukum publik atau privat, dan d.lembaga negara.⁴⁵⁶ Kemudian berdasarkan beberapa Putusan MK memberikan kualifikasi *legal standing* dari Pemohon dalam sengketa *constitutional review* sebagai berikut;

1. Adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional para pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
2. Hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh para pemohon dianggap dirugikan dengan berlakunya UU yang dimohonkan diujikan;
3. Kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-potensial menurut penalaran wajar dapat dipastikan akan terjadi;
4. Adanya hubungan kausalitas antara kerugian yang dimaksud dan berlakunya UU yang dimohonkan pengujian;
5. Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan,maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.⁴⁵⁷

Lebih jauh, MK memberikan penafsiran atas kelima syarat tersebut yaitu ; syarat pertama yaitu adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional adalah hak dan atau kewenangan konstitusional yang ada di dalam UUD 1945,syarat kedua yaitu adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional dirugikan oleh berlakunya UU adalah

⁴⁵⁶ Indonesia, UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana telah direvisi oleh UU Nomor 8 Tahun 2011,UU Nomor 4 Tahun 2014 dan UU Nomor 8 Tahun 2020, Pasal 51 ayat (1);

⁴⁵⁷Indonesia, Putusan MKRI Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan MKRI Nomor 11/PUU-V/2007;

harus ada kerugian, syarat ketiga yaitu spesifik maksudnya tertentu kerugian yang didalilkan, kemudian aktual maksudnya pemohon sudah betul-betul mengalami kerugian, potensial maksudnya adalah adanya kondisi signifikan bagi pemohon mengalami kerugian.⁴⁵⁸ Syarat keempat yaitu adanya hubungan kausalitas antara kerugian dan berlakunya UU yg dimohonkan itu maksudnya adalah adanya hubungan baik langsung atau tidak langsung antara kerugian dan berlakunya UU itu, syarat kelima yaitu tidak akan terjadi kerugian jika permohonannya dikabulkan maksudnya adalah permohonan sudah dikabulkan dan dikaitkan dengan kemungkinan terulangnya kerugian serupa.⁴⁵⁹

Di dalam konteks permohonan pertanyaan konstitusional, Pemohon yang mempunyai *legal standing* adalah hakim di pengadilan.⁴⁶⁰ Tetapi di negara-negara lain yang MK-nya mempunyai kewenangan atas *constitutional question*, pemohonnya tidak hanya hakim tetapi juga para pihak yang sedang berperkara di pengadilan, atau para pihak dapat mengajukan usulan permohonan pertanyaan konstitusional kepada hakim. Salah satu peradilan konstisional di Asia yang mempunyai kewenangan pertanyaan konstitusional adalah MK Korea Selatan, tetapi kewenangan pertanyaan konstitusional tersebut tidak disebutkan secara langsung, melainkan kewenangan pengujian UU terhadap kasus konkret (*concrete constitutional review*).⁴⁶¹ Di Korea Selatan, MK Korea Selatan mempunyai kewenangan untuk mengadili dan memutus permohonan *constitutional question* dari hakim di pengadilan atas usulan pihak dalam perkara.⁴⁶² Kemudian mekanisme pertanyaan konstitusional di MK Korea Selatan dilakukan sebagai berikut:

“Mekanisme pertanyaan konstitusional ini bermula dari adanya dugaan pelanggaran hak dan kebebasan warga negara di dalam UU atau peraturan perundang-undangan lainnya yang digunakan oleh hakim dalam memeriksa perkaranya di pengadilan umum. Kemudian, hakim mengajukan permohonan kepada pengadilan konstitusi untuk menilai konstitusionalitasnya.”⁴⁶³

⁴⁵⁸ Damianagatayuvens dkk, **Pemetaan dan Analisis Kerugian Hak dan/Atau Kerugian Konstitusional Dalam Pengujian UU di MK (2003-2017)**, Jakarta:ILR&Tahir Foundation: 2018, hal. 203.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ Berdasarkan doktrin bahwa Pemohon dalam *constitutional question* adalah hakim. Lihat Jimly Asshiddiqie, Mahfud MD & I Dewa Gede Palguna, *Op.Cit.*

⁴⁶¹ Pan Mohammad Faiz & M.Lutfi Chakim, *Op.Cit.*, hal. 220.

⁴⁶² I Dewa Gede Palguna, **MK: Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan dengan Negara lain**, Jakarta:Konpress.2019, hal. 314-315.

⁴⁶³ Faiz & Chakim, *Loc.cit.*

MK Korea Selatan telah membuat putusan *landmark* atas pertanyaan konstitusional. Berikut ini contoh putusan landmark atas pertanyaan konstitusional oleh

MK Korea Selatan:

"Contoh putusan monumental mengenai pelaksanaan kewenangan pertanyaan konstitusional dapat ditemukan dalam kasus *conscientious objectors*, penolak dinas militer atas dasar kebebasan berpikir dan hati nurani, yang diputuskan oleh MK Korea Selatan. Kasus ini bermula dari adanya beberapa orang yang aktif wajib militer. Mereka didakwa melanggar UU wajib militer karena telah menerima pemberitahuan pendaftaran wajib militer, tetapi tidak melakukan pendaftaran wajib militer diumumkan. Ketika perkara ini sedang diproses oleh pengadilan umum, hakim pengadilan umum kemudian mengajukan permohonan kepada MK Korea Selatan untuk mengajukan konstitusionalitas terhadap ketentuan relevan. Hakim tersebut berpendapat bahwa ketentuan pidana terhadap *conscientious objectors* yang sedang berlaku dianggap melanggar kebebasan berpikir atau kebebasan hati nurani. Dalam Kasus ini, MK Korea Selatan berpendapat bahwa ketentuan UU Dinas Militer yang menjatuhkan hukuman pidana kepada orang-orang yang menolak untuk memenuhi wajib militer karena alasan hati nurani tidak bertentangan dengan Konstitusi. Sebelumnya pada tahun 2004, MK Korea Selatan juga memberikan putusan konstitusionalitas ketentuan tentang pidana bagi penentang wajib militer. Namun demikian, MK Korea Selatan pada tahun 2018 menyatakan bahwa ketentuan UU Wajib Militer telah gagal menetapkan program alternatif untuk para *contentious objectors* sehingga melanggar kebebasan nurani mereka akibat pembatasan yang berlebihan. Berdasarkan pertimbangan tersebut, MK Korea Selatan meminta kepada institusi terkait untuk mengamandemen UU Wajib Militer dengan menyediakan pelayanan alternatif bagi *conscientious objectors*.⁴⁶⁴

Di dalam kasus pertanyaan konstitusional atas UU Wajib Militer di Korea Selatan tersebut, MK Korea Selatan telah melakukan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara yang mempunyai keyakinan agamanya yang melarang ikut aktivitas kekerasan (*conscientious objectors*) termasuk wajib militer. MK Korea Selatan menyatakan ketentuan pidana atas orang yang menolak wajib militer bertentangan dengan hak kebebasan beragama dan keyakinan warga negara yang memiliki keyakinan *conscientious objectors*. Kemudian, terdapat hal yang menarik ketika MK Korea Selatan meminta parlemen dan pemerintah untuk mengamandemen UU Wajib Militer agar menyediakan pelayanan alternatif bagi mereka yang memiliki keyakinan *conscientious objectors* ketika melaksanakan wajib militer.

⁴⁶⁴ Pan Muhammad Faiz & M. Lutfi Chakim, Op.Cit., hal.220-221.

Menurut Manfred Nowak *conscientious objection* itu sendiri mempunyai pengertian kompleks yang berhubungan dengan penolakan mengikuti wajib militer karena keyakinan keagamaannya melarang hal tersebut. Tetapi Manfred Nowak menilai *conscientious objection* adalah sebagai berikut:

*"The committee has dealt with the issue of refusal to fulfil legal duties primarily in the context of individual communication by conscientious objectors. In the Muhonen case, it avoided deciding whether "article 18 paragraph 1 guaranteed a right of conscientious objection to military service. However, in LTK v. Finland where the author had refused to perform military service, and was sentenced to a nine-month prison term, the committee dismissed the communication as incompatible with the provisions of the Covenant ratione materiae pursuant to art.3 Op, because the Covenant did not provide for a right to conscientious objection."*⁴⁶⁵

Manfred Nowak menilai *conscientious objections* itu berkaitan dengan penolakan mengikuti kewajiban yang diperintahkan oleh UU untuk seluruh warga negara terutama yang serius muncul adalah isu penolakan wajib militer karena ajaran agamanya melarang hal tersebut. Manfred Nowak sendiri melihat *conscientious objection* merupakan *freedom of conscience* yang juga merupakan hak atas kebebasan beragama, yang menjelaskan sebagai berikut:

"With respect to freedom of conscience, it must be asked whether this is restricted to the private sphere of forming one's conscience free from external coercion or whether it also comprises certain rights having to do with the structuring of one's life according to one's conscience ie. The right to exercise actively one's freedom of conscience. Assuming that freedom of conscience cannot be extended to the public sphere-particularly for reasons of grammatical construction- the question arises whether conscientious objection represents a public manifestation of a religion or belief in practice with its restriction thus constituting interference with the active public freedom of religion or belief. The answer turns on the meaning of the word "practice" and cannot be avoided simply by referring to Art. 8 Development of the law in both the national and international field indicates, at any rate, that conscientious objection is becoming a legitimate form of the exercise of freedom of religion".

⁴⁶⁶

Kemudian, MK di Austria mempunyai kewenangan untuk mengadili dan memutus *concrete review* yaitu *pertama*, jika pengadilan administrasi atau pengadilan biasa memiliki keraguan perihal konstitusionalitas suatu norma hukum yang berlaku dalam suatu kasus yang sedang ditanganinya, mereka diwajibkan mengajukan

⁴⁶⁵Manfred Nowak, *UN Covenant On Civil and Political Rights CCPR Commentary 2nd Edition*, Kehl: NP Engel Publisher, hal. 421-422.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, hal 421-422.

permohonan ke MK perihal pembatalan norma hukum itu (*constitutional question*).⁴⁶⁷ *Kedua*, jika MK sendiri mengkhawatirkan bahwa suatu norma hukum yang diberlakukan dalam suatu kasus, sembari menunggu Putusan MK, bertentangan dengan konstitusi, maka MK secara *ex officio* menginisiasi persidangan dengan memberlakukan mekanisme yang dinamakan *judicial review resolution*.⁴⁶⁸

Berdasarkan UU MK Austria, individu juga dapat mengajukan permohonan *constitutional question* langsung ke MK dengan dua katagori yaitu *pertama*, jika pengadilan telah memutuskan suatu perkara yang mana UU yang dijadikan dasar hukumnya dirasakan bertentangan dengan konstitusi.⁴⁶⁹ *Kedua*, jika pengadilan sedang mengadili perkara, dan pemohon menganggap norma hukum yang sedang diterapkan/akan diterapkan atas kasusnya tersebut bertentangan dengan konstitusi.⁴⁷⁰ Mekanisme ini sekilas mirip *constitutional complaint*, tetapi mekanisme itu adalah bagian variasi dari *constitutional question* ke MK, tanpa perantara hakim di pengadilan.⁴⁷¹

Selain Korea Selatan dan Austria, Kazakhstan juga mempunyai MK yang mempunyai kewenangan menerima dan memutus pertanyaan konstitusioanal. MK Kazakhstan mempunyai wewenang tersebut sebagai berikut:

“Dalam sistem hukum di Kazakhstan, mekanisme pertanyaan konstitusional wajib dilakukan oleh pengadilan manakala hakim menemukan keragu-raguan terhadap peraturan perundang-undangan lainnya ketika diterapkan. Mekanisme ini menjadi penting agar seluruh isu-isu konstitusi, terutama terkait dengan pemberlakuan peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar ketika memeriksa perkara di pengadilan”⁴⁷²

Di dalam perkembangannya, ternyata Pemohon *constitutional question* ini tidak hanya hakim di pengadilan, tetapi juga individu sebagai pihak dalam perkara di pengadilan tersebut juga dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas keraguan konstitusionalitas UU yang sedang/ telah dijadikan dasar hukum dalam menilai kasusnya tersebut ke MK melalui hakim di pengadilan di bawah kekuasaan MA.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, hal. 246-247.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ Ainul Yaqin, *Op.Cit.*, hal 59.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² Pan Muhammad Faiz & M.Lutfi Chakim, *Op.Cit.*, hal. 178.

BAB III

METODE PENELITIAN

III.1 Jenis Penelitian

Jenis penelitian di dalam menyusun disertasi ini adalah penelitian hukum normatif. Menurut Peter Mahmud Marzuki, fungsi penelitian hukum adalah menemukan kebenaran koherensi, yaitu adakah aturan hukum sesuai norma hukum dan adakah norma yang berupa perintah atau larangan itu sesuai dengan prinsip hukum, serta apakah tindakan (*act*) seseorang sesuai dengan norma hukum (bukan hanya sesuai aturan hukum) atau prinsip hukum.⁴⁷³ Penelitian hukum normatif ini digunakan untuk merumuskan, menyusun dan menemukan jawaban atas rumusan masalah yang telah dijelaskan di atas.

III.2 Metode Pendekatan Penelitian

Peneliti menggunakan pendekatan perundang-undangan, pendekatan kajian kasus-kasus, pendekatan perbandingan dan pendekatan konsep. Peneliti menggunakan pendekatan perundang-undangan karena peneliti mengkaji UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana yang telah dirubah dengan UU Nomor 11 Tahun 2011, dan Peraturan MKRI Nomor 06/PMK?2005 tentang hukum acara di MKRI, dan kemudian berdasarkan pendekatan perundangan-undangan tersebut diharapkan akan adanya kejelasan makna dan ruang lingkup dari *constitutional review*. Peneliti menggunakan pendekatan kajian kasus-kasus karena peneliti akan mengelaborasi putusan-putusan MKRI dan putusan-putusan MA terkait dengan permohonan pertanyaan konstitusional dan kasus-kasus pidana terkait permohonan pertanyaan konstitusional, dengan tujuan untuk menemukan pertimbangan-pertimbangan hukumnya dan sejauh mana kebutuhan akan adanya permohonan pertanyaan konstitusional tersebut di masyarakat.

Selanjutnya peneliti akan menggunakan pendekatan perbandingan karena peneliti bermaksud mengelaborasi dan menemukan informasi tentang model-model mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional apakah diatur secara sendiri di UU MK-nya atau terdapat di dalam konstitusinya, dan bagaimanakah pengaturan teknis permohonan pertanyaan konstitusional di dalam hukum acaranya.

⁴⁷³ Peter Mahmud Marzuki, **Penelitian Hukum Edisi Revisi**, Jakarta: Prenada Media, 2014, hal. 47.

Selanjutnya, peneliti bermaksud membuat perbandingan permohonan pertanyaan konstitusional di Korea Selatan, Jerman dan Austria karena negara-negara tersebut telah mengatur dan mengakui adanya mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional. Peneliti menggunakan pendekatan doktrin untuk menemukan dan mendapatkan informasi konsep-konsep pertanyaan konstitusional berdasarkan doktrin yang berkembang.

Untuk mengkaji dan menganalisis isu-isu hukum, lebih spesifik lagi peneliti menggunakan pendekatan perundang-undangan khususnya atas Pasal 24 ayat (1) Huruf C UUD 1945 tentang wewenang MK dalam *constitutional review*, Pasal 10 ayat (1) UU MK Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana dirubah dengan UU Nomor 11 Tahun 2011 dan Peraturan MK Nomor 06/PMK/2005 tentang Hukum Acara MK untuk mengetahui makna kewenangan MK dalam *constitutional review* secara eksplisit. Kemudian juga peneliti akan menelaah risalah pembahasan draft UU MK di Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang membahas kewenangan MK untuk mengetahui apa saja wewenang MK yang didiskusikan pada saat itu, dan makna sebenarnya dari *constitutional review* tersebut, dan apakah permohonan pertanyaan konstitusional juga sempat didiskusikan pada saat itu. Lebih jauh, peneliti akan menelaah pembahasan perumusan kewenangan MK oleh PAH I MPR yang membahas perubahan UUD 1945 dan kewenangan MK.

Peneliti menggunakan pendekatan kajian-kasus kasus karena peneliti akan meneliti dan mengelaborasi putusan-putusan MKRI yang terkait dengan permohonan pertanyaan konstitusional, dan putusan-putusan MA dalam kasus pidana yang mempunyai hubungan dengan permohonan pertanyaan konstitusional. Peneliti mengelaborasi pertimbangan-pertimbangan hukum (*legal reasoning*) di dalam putusan-putusannya tersebut untuk meneliti dan menemukan kebutuhan adanya permohonan pertanyaan konstitusional, dan selanjutnya untuk menemukan argumentasi filosofis dan moral dari pengadilan dalam menerima atau menolak permohonan pertanyaan konstitusional tersebut.

Kemudian, peneliti juga akan melakukan perbandingan dengan peraturan hukum acara MK dan putusan-putusan di MK Korea Selatan, Jerman dan Austria karena MK di ketiga negara tersebut mempunyai kewenangan untuk menerima dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional, dan hukum acara yang mengatur tata cara persidangan permohonan pertanyaan konstitusional di MK. Selanjutnya, penelitian hukum yang berkaitan dengan asas hukum berada dalam tataran filsafat

hukum.⁴⁷⁴ Peneliti bermaksud mengkaji asas-asas hukum tata negara yaitu asas negara hukum demokratis, asas perimbangan dan pengawasan (*checks and balances*), asas erga omnes untuk mengalisis dan menjawab isu-isu hukum.

Dari hasil perbandingan hukum acara tersebut diharapkan ada penjelasan wewenang dan hukum acara yang mengatur pertanyaan konstitusional untuk menjawab isu-isu hukum. Pada akhirnya, peneliti akan menggunakan pendekatan konsep tentang *constitutional review* yang dikembangkan oleh doktrin, dan putusan-putusan MK di negara-negara tersebut di atas, serta kritik-kritiknya, untuk mengetahui bagaimanakah pendapat doktrin, dan putusan-putusan tersebut, serta kritik-kritiknya tentang *constitutional review* dan hubungannya dengan pertanyaan konstitusional.

III.3 Sumber Bahan Hukum

Peneliti akan menggunakan UUD 1945 dan perubahannya, UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana diubah dengan UU Nomor 24 Tahun 2011, Hukum Acara MK, dan putusan-putusan MK dan MA, Konstitusi dan UU yang mengatur kewenangan MK di Korea Selatan, Austria dan Jerman, putusan-putusan MK dan hukum acara MK di Jerman, Austria dan Korea Selatan tentang permohonan pertanyaan konstitusional, naskah akademik UU MK dan naskah PAH I MPR dalam pembahasan perubahan UUD 1945 sebagai bahan hukum primer. Sementara pendapat sarjana (doktrin), kamus hukum, *Black Law Dictionary*, Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), jurnal-jurnal hukum nasional dan internasional sebagai bahan hukum sekunder.

Peneliti menelusuri pembahasan UUD 1945 melalui beberapa buku-buku yang ditulis oleh para sarjana yang mempunyai kompetensi dan sumber resmi dari negara khususnya Sekretariat Negara. Kemudian juga penulis akan mengelaborasi pembahan perubahan UUD 1945 melalui risalah pembahasan perubahan UUD 1945 yang diterbitkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Selanjutnya, untuk penulis menelusuri risalah pembahasan UU MKRI dan perubahannya berdasarkan sumber dari Badan Legislatif Dewan Perwakilan Rakyat, dan Peraturan MKRI tentang Hukum Acara yang resmi diterbitkan oleh MKRI. Kemudian, penulis menelusuri putusan-putusan MK di Korea Selatan, Austria dan Jerman berdasarkan sumber

⁴⁷⁴ *Ibid.*, hal. 117.

resmi MK di negara-negara tersebut yang disediakan oleh laman-laman resmi MK di negara-negara tersebut.

Selanjutnya, untuk bahan-bahan hukum sekunder berupa doktrin, penulis menelusuri beberapa buku-buku hukum tata negara yang ditulis oleh sarjana-sarjana yang mempunyai kompetensi di bidangnya seperti Jimly Asshiddiqie, Mahfud MD, I Dewa Gede Palguna, Maruarar Siahaan, Satya Arinanto, dan lain-lain. Penulis akan menggunakan Kamus Hukum dan Kamus Besar Bahasa Indonesia yang resmi diterbitkan oleh negara. Selanjutnya, penulis menggunakan jurnal-jurnal hukum nasional yaitu Jurnal Konstitusi yang diterbitkan oleh MKRI, dan jurnal-jurnal hukum nasional lainnya. Sementara, untuk jurnal internasional penulis menggunakan jurnal-jurnal hukum yang terindeks Scopus, *Directory of Open Access Journal* (DOAJ), dan jurnal-jurnal internasional lainnya. Untuk Black Law Dictionary, peneliti menggunakan *Black Law Dictionary* Edisi Ke IX yang editornya adalah Bryan Gardner yang telah diterbitkan oleh Thomson Reuter Business pada 2009.

Tabel 1.6
Putusan-Putusan MKRI

| Nomor | Nomor Putusan MK | Nama Kasus |
|-------|-----------------------------------|--------------------------|
| 1 | Putusan MK Nomor 013/PUU-IV/2006 | Eggy Sudjana |
| 2 | Putusan MK Nomor 022/PUU-IV/2006 | Pandapotan Lubis |
| 3 | Putusan MK Nomor 6/PUU-V/2007 | R.Panji Utomo |
| 4 | Putusan MK Nomor 34/PUU-XII/2013 | Antasari Azhar |
| 5 | Putusan MK Nomor 40/PUU-VII/2009 | Abdulrahman Wahid dkk |
| 6 | Putusan MK Nomor : 14/PUU-VI/2008 | Risang Bima Wijaya |
| 7 | Putusan MK Nomor 7/PUU-VII/2009 | Bersihar Lubis |

Sumber : Bahan Hukum Primer, MKRI, 2020

Tabel 1.7
Putusan MK Jerman

| Nomor | Nomor Putusan | Nama Kasus |
|-------|-------------------------|--|
| 1 | 1/BvL-3/08 | <i>Transposing European Union Law</i> |
| 2 | 1/BvL-14/07 | Differentiating On The Basis Of Citizenship |
| 3 | 2/BvL-59/06 | <i>Minimum Taxation Under Tax Relief Act</i> |
| 4 | 1/BvL-8/08 | <i>Unequal Treatment Of Employee Groups On The Privatisation Of Clinic</i> |
| 5 | 1/BvL-10/10, 1/BvL-2/11 | <i>Asylum Seeker Benefit Act</i> |

Sumber : Bahan Hukum Primer, Laman MK Jerman, 2020

Tabel 1.8
Putusan-Putusan MK Korea Selatan

| Nomor | Nomor Putusan | Nama Kasus |
|-------|----------------------------|---|
| 1 | Putusan Nomor 2014Hun-Ka9 | <i>Involuntary Hospitalization of Mentally Ill Patient</i> |
| 2 | Putusan Nomor 201Hun-Ba254 | <i>Accidents That Occur While Commuting To or From Work</i> |
| 3 | Putusan Nomor 2016-Ka3 | <i>The Obscene Exposure Provision Under The Punishment of Minor Offense Act</i> |
| 4 | Putusan Nomor 2013Hun-Ka2 | <i>The Punishment of Commercial Sex Acts</i> |
| 5 | Putusan Nomor 2016Hun-Ka5 | <i>Banning Assembly Near Official Residence of</i> |

| | | |
|---|---------------------------|---|
| | | <i>The Primer Minister</i> |
| 6 | Putusan Nomor 2016Hun-Ka8 | <i>The Provision of Deliberation On Advertisements Regarding Functionality Under Health Functional Food Act</i> |

Sumber : Bahan Hukum Primer, Laman MK Korea Selatan,2020

Tabel 1.9.
Putusan MK Austria

| Nomor | Nomor Putusan | Nama Kasus |
|-------|-----------------|---|
| 1 | AUT-2018-01-001 | <i>Social Benefit Act On The Asylum Seekers</i> |
| 2 | AUT-2015-03-003 | <i>Data Protection Act</i> |
| 2 | G-47/2012-49 | <i>Telecommunication Act</i> |
| 3 | U-466/11-18 | <i>Assylum Act</i> |

Sumber : Bahan Hukum Primer, Laman MK Austria,2020

III.4 Teknik Pengumpulan Bahan-Bahan Hukum

Peneliti akan menginventarisir bahan-bahan hukum primer yaitu UUD 1945, UU MK, Peraturan MK tentang hukum acara, putusan-putusan MK dan MA yang relevan dengan isu hukum dan disertasi ini, putusan-putusan MK di negara-negara lain yang relevan dengan isu hukum di dalam disertasi ini. Peneliti akan melakukan kajian pustaka untuk menginventarisir bahan-bahan hukum primer yaitu mengunjungi Perpustakaan MKRI, Perpustakaan MA, Perpustakaan Nasional, beberapa perpustakaan fakultas hukum di Pulau Jawa, Perpustakaan Badan Legislatif Dewan (Baleg) DPR RI, penelusuran bahan-bahan hukum primer secara online di internet seperti di Lexis, hukumonline.

Kemudian peneliti akan menginventarisir bahan-bahan hukum sekunder melalui penelusuran kepustakaan atas jurnal-jurnal hukum, dan kamus-kamus hukum,

pendapat para sarjana hukum yang ada di buku-buku hukum tata negara dan MK, dan melakukan diskusi dengan beberapa ahli hukum tata negara dan MK terkait dengan permohonan pertanyaan konstitusional dan wewenang MK di Indonesia. Penelusuran kepustakaan atas bahan-bahan hukum sekunder juga dilakukan secara online khususnya untuk mendapatkan jurnal-jurnal hukum internasional yang terindex di Scopus, DOAJ (*Directory of Open Access Journal*), dan Thompson Reuter.

Kemudian peneliti akan menginventarisir informasi secara online yang tersedia di dalam laman MK Republik Federasi Jerman, MK Austria dan MK Republik Korea untuk mendapatkan informasi putusan-putusan MK dan pengaturan permohonan pertanyaan konstitusional yang relevan dengan disertasi ini.

III.5 Teknik Analisis Bahan-Bahan Hukum

Untuk menganalisis bahan-bahan hukum dapat digunakan teknik logika induktif yaitu menarik kesimpulan berdasarkan kasus-kasus nyata individu, dan kemudian ditarik kesimpulan secara umum.⁴⁷⁵ Peneliti akan menggunakan asas-asas hukum tata negara (asas negara hukum dan asas pengawasan dan perimbangan), konsep *constitutional review*, metode penafsiran dan penemuan hukum untuk menganalisis bahan-bahan hukum primer dan sekunder. Peneliti akan menganalisis bahan hukum primer yaitu putusan-putusan MK dan pengadilan-pengadilan biasa tersebut untuk menelaah apakah terdapat isu permohonan pertanyaan konstitusional, dan bagaimanakah pertimbangan-pertimbangan hukum majelis hakim (*legal reasonings*) di dalam putusan tersebut. Selanjutnya apakah putusan-putusan pengadilan tersebut menggunakan metode penafsiran dan atau penemuan hukum dalam menjawab kewenangan MK atas permohonan pertanyaan konstitusional. Kemudian juga, apakah putusan-putusan pengadilan tersebut telah menggunakan asas-asas hukum tata negara dan bagaimanakah penjelasannya.

Berangkat dari hal-hal khusus di dalam putusan-putusan tersebut, peneliti akan menelaah UU MK dan Peraturan MK tentang hukum acara apakah UU MK dan Peraturan MK tentang hukum acara sudah mengakomodir permohonan pertanyaan konstitusional tersebut. Lebih jauh, peneliti akan menelaah naskah akademik (NA) pembahasan UU MK untuk mendapatkan informasi ratio legis dan hakekat adanya UU MK tersebut. Kemudian juga, pembahasan di PAH I MPR tentang MK di dalam

⁴⁷⁵ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Penerbit Banyu Media, 2008

Perubahan Kedua UUD 1945 untuk mendapatkan informasi tentang asas-asas hukum tata negara apa saja yang menjadi landasan pembentukan MK. Selanjutnya peneliti akan menelusuri gagasan *constitutional review* sebelum kemerdekaan yaitu pembahasan di Badan Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI).

Selanjutnya peneliti akan menggunakan bahan-bahan doktrin dari para sarjana hukum tata negara dan MK yang ada di dalam jurnal hukum nasional dan internasional serta buku-buku hukum tata negara nasional dan internasional, kamus hukum dan *blacklaw dictionary* untuk menganalisis asas-asas hukum tata negara, metode-metode penafsiran hukum dan konsep *constitutional review* yang nantinya akan digunakan untuk menjawab isu hukum di atas.



BAB IV

URGENSI KEWENANGAN MKRI MEMUTUS PERTANYAAN KONSTITUSIONAL

Berdasarkan rumusan masalah di Bab I, peneliti telah merumuskan dua permasalahan yang relevan dibahas di Bab IV ini yaitu apa urgensi adanya Permohonan Pertanyaan Konstitusional dalam perspektif prinsip negara hukum, mengapa Permohonan Pertanyaan Konstitusional perlu diatur di dalam UU MKRI. Untuk itu peneliti membahas hasil dan analisis di dalam Bab IV ini berdasarkan rumusan masalah tersebut. Kemudian peneliti menggunakan kajian pustaka yang telah dibahas di dalam Bab II sebagai referensi untuk menganalisis rumusan-rumusan masalah tersebut.

IV.1 Urgensi Filosofis Kewenangan MKRI Memutus Pertanyaan Konstitusional

IV.1.1 Urgensi Filosofis Permohonan Pertanyaan Konstitusional Berdasarkan Prinsip Perimbangan dan Pengawasan (*Checks & Balances*)

Peneliti akan membahas prinsip *checks and balances*, dan kemudian mengelaborasi prinsip *checks and balances* tersebut berdasarkan pendapat para sarjana seperti yang sudah dibahas di Bab II dan dihubungkan dengan permohonan pertanyaan konstitusional khususnya hubungan antara prinsip *checks and balances*.

Berdasarkan teori pemisahan kekuasaan dari Barents yang sudah dibahas di Bab II terdapat dua jenis pemisahan kekuasaan yaitu pemisahan kekuasaan murni (*the pure separation of power*) dan pemisahan kekuasaan parsial (*the partial separation of power*). Pemisahan kekuasaan penuh berlaku pada pemisahan kekuasaan klasik di mana masing-masing cabang-cabang kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif tidak dapat diganggu gugat, dalam arti masing-masing independen.⁴⁷⁶ Kemudian di dalam perkembangannya muncul jenis baru pemisahan kekuasaan yaitu pemisahan kekuasaan parsial, di mana masing-masing

⁴⁷⁶ Barents, *Loc.Cit.*

cabang-cabang kekuasaan baik eksekutif, legislatif dan yudikatif saling mengawasi dan mengimbangi, atau juga dikenal dengan prinsip *checks and balances*.⁴⁷⁷

Teori pemisahan klasik diperkenalkan oleh Montesquieu, *jurist* dari Perancis, di dalam bukunya yang berjudul *L'Esprit des Lois* yang pada intinya menjelaskan "*If the same person or body exercised both legislative and executive powers, the society would fear tyranny through the ruthless enforcement of oppressive laws by the authority which had enacted them*".⁴⁷⁸ Terdapat makna filosofis adanya teori pemisahan klasik dari Montesquieu yaitu untuk mencegah terjadinya tirani kekuasaan karena jika kekuasaan eksekutif dan legislatif ada di satu tangan/seseorang/badan maka akan menghasilkan produk hukum yang opresif.

Teori pemisahan parsial telah melahirkan prinsip *checks and balances* sebagai kritik atas teori pemisahan kekuasaan murni. Teori pemisahan murni ini mempunyai kelemahan nyata yaitu dikhawatirkan tetap memungkinkan adanya konsentrasi kekuasaan oleh cabang-cabang kekuasaan.⁴⁷⁹ Terdapat makna penting dari teori pemisahan kekuasaan parsial yaitu mewajibkan cabang-cabang kekuasaan baik eksekutif, legislatif dan yudikatif untuk saling mengawasi (*to check*) pelaksanaan kekuasaan oleh cabang-cabang kekuasaan yang lain dalam bentuk "*By participating in the functions conferred on them, or subsequently reviewing the exercise of that power*".⁴⁸⁰ Menurut Barendts, kata mengawasi di dalam prinsip *checks and balances* mengandung makna adanya partisipasi di dalam fungsi-fungsi yang diberikan kepada cabang-cabang kekuasaan lainnya, atau melakukan *review* atas pelaksanaan kekuasaan yang dilakukan oleh cabang-cabang kekuasaan lainnya.

Menurut peneliti, dalam konteks permohonan pertanyaan konstitusional, fungsi MK di sini adalah untuk melakukan *review* atas pelaksanaan kekuasaan yang dilakukan oleh legislatif dan eksekutif yang tentunya adalah norma hukum di dalam UU atau UU itu sendiri yang diragukan konstitusionalitasnya atau para pihak yang berperkara di pengadilan. Kemudian juga contoh konkret partisipasi dalam prinsip *check and balances* yaitu cabang-cabang kekuasaan lainnya yaitu eksekutif, legislatif dan yudikatif (MARI) ikut berpartisipasi dalam pemilihan hakim MK.

Barendts memberikan contoh bekerjanya prinsip *check and balances* di dalam sistem ketatanegaraan di Amerika Serikat sebagai berikut :

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ *Ibid.*, hal. 120.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, hal. 121.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

"Legislative power, for instance, is allocated to Congress, but the President may veto a Bill if he does not approve of it-though the veto may then be overridden by a two-thirds majority in both Houses of Congress. The Constitution also implicitly entitles the Supreme Court to invalidate legislation, or acts of the executive which exceeds the powers conferred by it on Congress or the President".⁴⁸¹

Barendts mengambil contoh bekerjanya prinsip *checks and balances* di AS yaitu kekuasaan membuat UU diberikan kepada Kongres yang kemudian Presiden AS mungkin saja memveto Rancangan Undang-Undang (RUU) tersebut. Tetapi Kongres dapat menolak veto tersebut dengan persetujuan dua pertiga anggota Kongres. Selanjutnya Konstitusi AS secara implisit memberika kewenangan kepada MA AS untuk melakukan *judicial review* atas UU yang dibuat Kongres atau tindakan-tindakan pemerintah yang melampaui wewenangnya. MA AS diberikan wewenang *judicial review* tersebut secara implisit karena memang tidak disebutkan di dalam Konstitusi AS wewenang MA untuk melakukan *judicial review*, tetapi berdasarkan Putusan MA AS dalam kasus Madison versus Marbury melahirkan kewenangan MA AS untuk melakukan *judicial review* seperti yang sudah dibahas peneliti sebelumnya.

Teori pemisahan kekuasaan mengalami perkembangan pasca Putusan MA AS dalam kasus Marbury versus Madison. Hakim Agung John Marshal dalam kasus Madison versus Marbury menjelaskan "*The Court's authority to decide "cases" arising under the Constitution implied the power to declare unconstitutional laws conflicting with the basic legal charter*".⁴⁸² Secara tidak langsung Hakim Agung MA AS tersebut menjelaskan bahwa UU merupakan produk dari eksekutif dan legislatif dapat dibatalkan oleh MA jika bertentangan dengan konstitusi. Ini berarti teori pemisahan kekuasaan sudah tidak murni lagi, dan terdapat perubahan paradigma yang selama ini eksekutif dan legislatif independen. Oleh karena itu, lahirlah prinsip *checks and balances* pasca Putusan MA AS dalam kasus Madison versus Marbury tersebut.

Jenis pemisahan kekuasaan yang kedua tersebut telah banyak diterapkan di beberapa negara yang demokratis termasuk di Indonesia. Menurut Jimly Asshiddiqie terdapat lima bukti adanya pemisahan kekuasaan yang nyata di Indonesia pasca perubahan UUD 1945 yaitu :

1. Adanya pergeseran kekuasaan legislatif dari tangan Presiden ke DPR. Bandingkan saja antara ketentuan Pasal 5 ayat (1) UUD 1945 sebelum perubahan dengan Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 20 ayat (1) UUD 1945 setelah perubahan. Kekuasaan

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² Chemerinsky, *Loc.Cit.*

untuk membentuk UU yang sebelumnya berada di tangan Presiden, sekarang beralih ke DPR;

2. Diadosipnya sistem pengujian konstitusional atas UU sebagai produk legislatif oleh MK. Sebelumnya tidak dikenal adanya mekanisme semacam ini karena pada pokoknya UU tidak dapat diganggu gugat di mana hakim dianggap hanya dapat menerapkan UU dan tidak boleh menilai UU;
3. Diakuinya lembaga pelaku kedaulatan rakyat itu tidak hanya terbatas pada MPR, melainkan semua lembaga negara baik secara langsung atau tidak langsung merupakan penjelmaan kedaulatan rakyat. Presiden, anggota DPR, dan karena itu sama-sama merupakan pelaksanaan langsung prinsip kedaulatan rakyat;
4. Dengan demikian, MPR juga tidak lagi berstatus sebagai lembaga tertinggi negara, melainkan merupakan lembaga (tinggi) negara yang sama derajatnya dengan lembaga-lembaga (tinggi) negara lainnya seperti Presiden, DPR, DPD, MK dan MA;
5. Hubungan-hubungan antarlembaga (tinggi) negara itu bersifat saling mengendalikan satu sama lain sesuai dengan prinsip *checks and balances*.⁴⁸³

Jimly Asshidiqqie menyebutkan salah satu bukti adanya prinsip pemisahan kekuasaan di Indonesia pasca perubahan UUD 1945 yaitu hubungan-hubungan antar lembaga negara yang saling mengendalikan. Kemudian ciri yang lain adalah adanya wewenang MK untuk melakukan *constitutional review*. Ini berarti sudah tidak ada keraguan lagi prinsip *checks and balances* telah berjalan di dalam sistem ketatanegaraan kita.

Berdasarkan penjelasan di atas, maka eksistensi permohonan pertanyaan konstitusional lahir berdasarkan prinsip *checks and balances* di mana hakim atau para pihak yang ragu atas konstitusionalitas norma hukum di dalam kasusnya di pengadilan di bawah kekuasaan MA mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas norma hukum tersebut ke MK. Penulis menggunakan teori pemisahan kekuasaan parsial dari Barendts untuk menjelaskan bekerjanya prinsip *checks and balances* atas permohonan pertanyaan konstitusional tersebut yaitu MK melakukan *review* atas norma hukum yang merupakan produk legislatif dan eksekutif yang diragukan konstitusionalitasnya dan diajukan oleh para pihak atau hakim di pengadilan di bawah kekuasaan MA kepada MK. Barendts sendiri menjelaskan makna prinsip *checks and balances* itu tidak hanya adanya partisipasi

⁴⁸³ Asshidiqqie, *Op.Cit.*, hal 291-292.

cabang-cabang kekuasaan negara dalam menjalankan fungsinya, tetapi juga adanya *review* atas pelaksanaan kekuasaan oleh cabang-cabang kekuasaan lainnya.

Fungsi *review* atas cabang-cabang kekuasaan lainnya dalam hal ini eksekutif dan legislatif dilakukan oleh MKRI dalam bentuk wewenang untuk menerima dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional yang diajukan oleh hakim atau para pihak yang berperkara di pengadilan di bawah kekuasaan MA.

IV.1.2 Urgensi Filosofis Permohonan Pertanyaan Konstitusional Berdasarkan Prinsip Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Warga Negara.

Peneliti pada bagian ini membahas perlindungan hak-hak konstitusional warga negara berdasarkan pendapat dari berbagai sarjana, dan juga praktek implementasi norma-norma hukum di pengadilan berdasarkan putusan-putusan pengadilan yang relevan.

Perlindungan HAM merupakan salah satu ciri negara hukum demokratis, dan oleh karena itu sangat penting memasukan dan mengadopsi HAM ke dalam konstitusi sebuah negara. Konstitusi menurut Hakim Agung John Marshall merupakan *the supreme law of the land*⁴⁸⁴ mengandung arti konstitusi merupakan hukum tertinggi di sebuah negara, dan aturan-aturan di bawahnya tidak boleh bertentangan dengan konstitusi tersebut.

Sebelum bertransformasi menjadi hak-hak konstitusional warga negara menurut John Locke sebenarnya manusia sudah mempunyai hak-hak sebelum terbentuknya masyarakat atau negara. Manusia memiliki hak-hak yang mendahului penetapan oleh masyarakat atau negara, dan oleh karena itu tidak dapat dirampas, justru harus dihormati.⁴⁸⁵ Hak-hak yang terasing (*inalienable rights*) itu melekat pada manusia karena ia manusia jadi berakar pada martabatnya sebagai manusia.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Hakim Agung MA AS John Marshall di dalam Putusan Madison versus Marbury menjelaskan konstitusi merupakan hukum tertinggi di sebuah negara demokratis atau sering disebut dengan "*supreme law of the land*". Lebih jauh, John Marshall menjelaskan pengadilan mempunyai wewenang *constitutional review* untuk menentukan apakah UU bertentangan dengan konstitusi. Meskipun *constitutional review* tidak disebutkan di dalam konstitusi secara eksplisit, tetapi peran pengadilan untuk melakukan penafsiran dan menjadi pengawal konstitusi (*the interpreter and the guardian of the constitution*), maka kewenangan pengadilan atas *constitutional review* itu harus ada.

⁴⁸⁵ Franz Magnis Suseno, **Etika Politik : Prinsip-Prinsip Dasar Kenegaraan Modern**, Jakarta: Gramedia, 1999, hal. 231.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

Agar hak-hak yang tidak terasing tersebut dihormati, maka John Locke menawarkan gagasan *social contract*. Munculnya teori *social contract* dari John Locke, David Hume dan Rousseau tidak dilatarbelakangi oleh aliran hukum kodrat (*natural law*).⁴⁸⁷ Terdapat dua jenis dari teori *social contract* yaitu *pertama*, *the contract of the government/de pacte de gouvernement/the herrschafisversrag* yaitu *the State, in the sense of the government, is based on a contract between ruler and subjects*, dan *kedua*, *the contract of the society is the state in the sense of a political community and as an organized society is based on social contract or rather on myriads of such contracts between each and every member of that community or society*.⁴⁸⁸ Gagasan John Locke dan Rousseau masuk kelompok kedua (*the contract of society*), sedangkan *contract of the government* banyak dianut oleh kalangan aliran filsafat hukum abad pertengahan.⁴⁸⁹ Negara dibentuk berdasarkan kesepakatan para anggotanya yang dituangkan dan membuat sebuah konstitusi sebagai kontrak sosial.⁴⁹⁰

Oleh karena itu konstitusi sering disebut dengan bentuk konkret kontrak sosial. Hak-hak yang tidak terasing (*inalienable rights*) tersebut dimasukan ke dalam konstitusi sebagai hak-hak konstitusional ketika negara dibentuk berdasarkan kesepakatan rakyatnya dan kemudian membentuk konstitusi. Teori *contract of society* dari John Locke dan Rousseau inilah yang menjadikan hak-hak yang tidak terasing (*inalienable rights*) menjadi hak-hak konstitusional yang harus dihormati, dan karena konstitusi merupakan hukum tertinggi di sebuah negara (*the supreme law of the law*).

Pasca perubahan ke dua UUD 1945, UUD 1945 dapat dikatakan sangat lengkap dan menjadikan UUD 1945 sebagai salah satu undang-undang dasar yang paling lengkap memuat ketentuan yang memberikan perlindungan HAM.⁴⁹¹ Pasal 28 A sampai dengan Pasal 28 J UUD 1945 mengatur HAM, yang sebenarnya berasal dari Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (TAP MPR) Nomor XVII/MPR/1998 tentang HAM yang kemudian substansinya menjadi materi UU Nomor 39 Tahun 1999

⁴⁸⁷ Locke, Humme & Rousseau, **Social Contract**, Oxford: Oxford University Press, 1959, hal. xi. Penulis menggunakan istilah hukum kodrat, mengingat ada juga yang menerjemahkan *natural law* dengan hukum alam lihat E. Fernando Manulang, **Menggapai Hukum Berkeadilan : Tinjauan Hukum Berkeadilan**, Jakarta: Kompas, 2007, hal. 44., Suseno, *Op.Cit.*, hal. 87-88., bandingkan dengan Lili Rasjidy & Liza Sonia Rasjidi, **Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum**, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2016. Menurut Magnis Suseno menerjemahkan *lex naturalis* menjadi hukum alam adalah keliru.

⁴⁸⁸ Locke et all, *Op.Cit.*, hal xiii.

⁴⁸⁹ *Ibid.*

⁴⁹⁰ *Ibid.*, hal XV.

⁴⁹¹ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 361.

tentang HAM.⁴⁹² Meskipun UUD 1945 sudah mengadopsi HAM menjadi hak-hak konstitusional, tidak berarti permasalahan HAM selesai. Menurut Satya Arinanto menjelaskan hak-hak konstitusional warga negara dan HAM sebagai berikut :

"Dengan dicantumkannya ketentuan-ketentuan tentang HAM di dalam Perubahan Kedua UUD 1945 itu- terlepas dari masih adanya kekurangan-kekurangan di dalam rumusan dari beberapa pasalnya setidaknya-tidaknya kita telah memiliki landasan yang lebih signifikan dalam bidang HAM. Namun demikian, bukan berarti masalah-masalah HAM akan segera menghilang dari dunia politik dan ketatanegaraan Indonesia. Menurut Guru Besar HTN (Hukum Tata Negara) UI, Ismail Suny,andaipun UUD 1945 diterima tanpa amandemen,perubahan,penyempurnaan, persoalan HAM tetap akan timbul sebagai isu penting dalam HTN Indonesia di masa depan".⁴⁹³

Seperti yang sudah dijelaskan sebelumnya menurut Jimly Asshiddiqie terdapat hak-hak konstitusional yang tidak ada disebutkan di dalam UUD 1945, tetapi disebutkan di dalam UU yang mempunyai kualitas yang sama pentingnya secara konstitusional atau juga disebut sebagai *constitutional importance*.⁴⁹⁴ Kemudian juga terdapat beberapa hak-hak konstitusional yang berlaku untuk setiap orang, tetapi ada juga hak-hak konstitusional yang hanya berlaku untuk warga negara Indonesia saja.⁴⁹⁵

Peneliti mencoba membuat tabel rangkuman katagorisasi hak-hak konstitusional yang ada di dalam UUD 1945 berdasarkan pendapat Jimly Asshiddiqie sebagai berikut :

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*, hal. 365.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

Tabel 1.10.
Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Menurut UUD 1945

| Nomor | Hak-Hak Sipil dan Politik | Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya | Hak-Hak Khusus dan Hak Pembangunan | Tanggungjawab Negara dan Kewajiban HAM |
|-------|--|--|---|--|
| 1 | Setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan kehidupannya | Setiap orang berhak untuk berserikat, berkumpul dan menyatakan pendapatnya secara damai dengan lisan dan tulisan | Setiap warga negara penyanggah masalah sosial termasuk kelompok masyarakat yang terasing dan yang hidup di lingkungan terpencil, berhak mendapatkan kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan yang sama. | Setiap orang wajib menghormati hak prinsip orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara |
| 2 | Setiap orang bebas dari penyiksaan, perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia | Setiap orang berhak untuk memilih dan dipilih dalam rangka lembaga perwakilan rakyat | Hak perempuan dijamin dan dilindungi untuk mendapatkan kesetaraan jender dalam kehidupan nasional | Dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk pada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan keadilan sesuai dengan nilai-nilai agama, moralitas, dan kesucilaan, keamanan, |
| 3 | Setiap orang berhak untuk bebas dari segala bentuk perbudakan. | Setiap warga negara dapat diangkat untuk menduduki jabatan-jabatan publik | Hak khusus yang melekat pada diri perempuan yang dikarenakan fungsi reproduksinya dijamin dan dilindungi hukum | Negara bertanggungjawab atas perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan HAM |

| | | | | |
|---|---|--|--|---|
| 4 | Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya | Setiap warga negara berhak memperoleh dan memilih pekerjaan yang sah dan layak bagi kemanusiaan | Setiap orang berhak atas kasih sayang, perhatian dan perlindungan orang tua, keluarga, masyarakat dan negara bagi pertumbuhan fisik dan mental serta perkembangan pribadi. | Untuk menjamin pelaksanaan HAM, dibentuk Komisi Nasional Hak-Hak Prinsip Manusia (Komnas HAM) yang bersifat independen dan tidak memihak yang membentuk, susunan dan kedudukannya diatur dengan UU. |
| 5 | Setiap orang berhak untuk bebas memiliki keyakinan, pikiran dan hati nuani. | Setiap orang berhak untuk bekerja, mendapatkan imbalan, dan mendapatkan perlakuan yang layak dalam hubungan kerja yang berkeadilan | Setiap warga negara berhak untuk berperan serta dalam pengelolaan dan turut menikmati manfaat yang diperoleh dari pengelolaan kekayaan alam. | |
| 6 | Setiap orang berhak diakui sebagai pribadi di hadapan hukum | Setiap orang berhak mempunyai harta pribadi | Kebijakan, perlakuan, atau tindakan khusus yang bersifat sementara dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan yang sah yang dimaksudkan untuk menyertakan tingkat perkembangan kelompok tertentu yang pernah mengalami perlakuan diskriminatif dengan kelompok-kelompok lain dalam masyarakat, dan perlakuan khusus tersebut tidak termasuk dalam pengertian diskriminatif. | |
| 7 | Setiap orang berhak atas perlakuan yang sama di hadapan hukum dan pemerintahan. | Setiap warga negara berhak atas jaminan sosial yang dibutuhkan untuk hidup layak dan memungkinkan pengembangan dirinya sebagai manusia yang bertabat | | |
| 8 | Setiap orang berhak tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut | Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi | | |
| 9 | Setiap orang berhak | Setiap orang berhak | | |

Sumber :
Jimly

| | | | |
|----|--|--|--|
| | membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah | memperoleh dan memilih pendidikan dan pengajaran. | |
| 10 | Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan. | Setiap orang berhak mengembangkan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya untuk meningkatkan kualitas hidup dan kesejahteraan umat manusia | |
| 11 | Setiap orang berhak untuk bertempat tinggal | Negara menjamin penghormatan atas identitas budaya dan hak-hak masyarakat lokal selaras dengan perkembangan zaman dan tingkat peradaban bangsa-bangsa. | |
| 12 | Setiap orang berhak untuk memperoleh suaka politik | Negara mengakui setiap budaya sebagai bagian dari kebudayaan nasional. | |
| 13 | Setiap orang berhak bebas dari perlakuan diskriminatif | Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing, dan untuk beribadat menurut kepercayaannya. | |

Asshiddiqie , Menuju Negara Hukum Demokratis,2009 ⁴⁹⁶

Kemudian juga terdapat hak-hak konstitusional yang bersifat *non-derogable rights* yaitu :

1. Hak untuk hidup;
2. Hak untuk tidak disiksa;
3. Hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani;
4. Hak beragama;
5. Hak untuk tidak diperbudak;
6. Hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum; dan
7. Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. ⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ Pustaka Masyarakat Setara, *Op.Cit.*, 51-55

⁴⁹⁷ *Ibid.*

Berdasarkan kategorisasi hak-hak konstitusional tersebut, maka terdapat hak-hak konstitusional yang diberikan kepada warga negara dan setiap orang. Hak atas pekerjaan merupakan hak konstitusional yang hanya diberikan kepada setiap warga negara, sementara hak hidup diberikan kepada setiap orang.

Hak-hak konstitusional ini tidak hanya hak-hak yang berhubungan dengan konstitusi, tetapi juga hak-hak yang merupakan bagian dari konstitusi itu sendiri.⁴⁹⁸

Hak-hak konstitusionalitas tidak hanya hak-hak yang disebutkan secara eksplisit di dalam konstitusi, tetapi juga hak-hak yang secara implisit tersembunyi di dalam konstitusi.⁴⁹⁹ Oleh karena itu perlu penafsiran untuk perluasan, pembatasan, dan modifikasi makna umum mungkin perlu untuk memberikan ekspresi terhadap maksud pembentuk UU dan untuk membentuk makna hukum kata-kata dengan menggunakan konteks UU itu.⁵⁰⁰ Hal ini sejalan dengan pendapat Donald Horowitz bahwa konstitusi merupakan dokumen yang hidup (*a living document*) yang memberikan arah dan bentuk kekuasaan politik dalam suatu negara, dan bukan suatu kumpulan kalimat-kalimat simbolik dan aspirasional.⁵⁰¹

Perlunya eksistensi MKRI untuk mempunyai kewenangan permohonan pertanyaan konstitusional adalah untuk perlindungan hak-hak konstitusional warga negara yang sedang berperkara di pengadilan baik pidana, perdata, tata usaha negara dan jenis-jenis perkara lainnya yang berpotensi melanggar hak-hak konstitusional setiap warga negara. Mengadopsi permohonan pertanyaan konstitusional menjadi wewenang MKRI bertujuan untuk perlindungan hak-hak konstitusional warga negara.⁵⁰²

Kekuasaan yang ada di tangan cabang-cabang kekuasaan mempunyai potensi untuk disalahgunakan (*abuse of power*), oleh karena itu perlu ada perlindungan hak-hak konstitusional setiap warga negara.⁵⁰³ Permohonan pertanyaan konstitusional dapat mencegah terjadinya *abuse of power* yang dilakukan oleh cabang-cabang kekuasaan negara lainnya, khususnya ketika warga negara sedang disidangkan di pengadilan yang mana UU yang menjadi acuan dasar hukum kasusnya tersebut mungkin diduga bertentangan dengan konstitusi.

⁴⁹⁸I Dewa Gede Palguna, **Mahkamah Konstitusi: Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan dengan Negara Lain**, Jakarta: Konpress, 2019, hal. 21-23.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ Ali Syafa'at et al., *Op. Cit.*, hal. 30.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ Palguna, *Loc. Cit.*

IV.1.3 Urgensi Filosofis Permohonan Pertanyaan Konstitusional Berdasarkan Prinsip Erga Omnes

Pada bagian ini peneliti akan membahas prinsip erga omnes yang terkait dengan Putusan MKRI, dan kemudian dihubungkan dengan permohonan pertanyaan konstitusi serta proses persidangan di pengadilan umum di bawah MARI dan MARI itu sendiri. Prinsip erga omnes yang dibahas pada bagian ini adalah berdasarkan pendapat para sarjana dan perkembangannya, dan juga putusan-putusan pengadilan yang relevan dengan isu hukum yang telah dibahas di atas.

Terdapat perdebatan kekuatan mengikat Putusan MKRI yaitu apakah Putusan MKRI hanya mengikat para pihak saja, atau kekuatan mengikat Putusan MKRI tersebut juga di luar para pihak dalam perkara tersebut. Tidak banyak sarjana yang melakukan studi atas pasca putusan MKRI tersebut. Tetapi yang menjadi bahan kajian peneliti di sini adalah prinsip erga omnes dan dampaknya. Menurut Maaruar Siahaan menjelaskan prinsip erga omnes adalah sebagai berikut :

"Kekuatan mengikat Putusan MKRI berbeda dengan putusan pengadilan biasa, tidak hanya meliputi para pihak yang berperkara saja (*interpartes*) yaitu pemohon, pemerintah, DPR/DPD, ataupun pihak terkait yang diizinkan memasuki proses berperkara di MKRI, tetapi juga putusan tersebut mengikat bagi semua orang, lembaga negara, dan badan hukum dalam wilayah Indonesia".⁵⁰⁴

Berdasarkan pendapat Maaruar Siahaan di atas, maka penulis dapat merangkumkan sebagai berikut ; putusan atas sengketa *constitutional review* di MKRI berbeda dengan perkara-perkara biasa di pengadilan umum khususnya yang berada di bawah kekuasaan MARI yaitu misalnya putusan dalam perkara perdata hanya mengikat para pihak yang bersengketa di masalah perdata tersebut, sementara Putusan *constitutional review* di MKRI mengikat seluruh cabang-cabang kekuasaan lainnya secara horizontal, dan secara vertikal turunan cabang-cabang kekuasaan tersebut baik di pusat dan daerah, badan-badan hukum publik dan privat, dan seluruh warga negara di Indonesia tanpa kecuali. Oleh karena itu kekuatan mengikat Putusan MKRI ini sangat besar, seluruh pihak harus secara sukarela melaksanakan isi Putusan MKRI tersebut karena adanya prinsip erga omnes tersebut.

Sementara I Dewa Gede Palguna memberikan makna prinsip erga omnes adalah berlaku umum, dan prinsip erga omnes ini tidak hanya berlaku atas Putusan

⁵⁰⁴ Siahaan, *Op. Cit.*, hal. 214.

MKRI dalam *constitutional review*, tetapi juga Putusan MKRI atas *judicial review* aturan di bawah UU terhadap UU, meskipun permohonannya diajukan oleh perorangan.⁵⁰⁵

Kemudian terdapat isu juga kekuatan eksekutorial dari Putusan MKRI tersebut. Mengingat para pihak tidak disebutkan di dalam UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang MKRI dapat mengajukan permohonan eksekusi atas Putusan MKRI tersebut.

MKRI adalah legislator dan putusannya berlaku sebagai UU, tetapi tidak memerlukan perubahan yang harus dilakukan dengan amandemen atas UU yang bagian tertentu dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum.⁵⁰⁶

Selanjutnya terdapat itu juga bagaimana dengan kekuatan mengikat Putusan MKRI tersebut apakah rektroaktif (*ex tunc*) atau berlaku ke depan (*ex nunc*). Istilah latin *ex tunc* merupakan lawan dari *ex nunc*, *nunc* berarti sekarang/now sedangkan *tunc* adalah *then* atau ketika itu sudah berlalu.⁵⁰⁷ "Putusan MKRI mempunyai kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum".⁵⁰⁸ Ini berarti berdasarkan ketentuan tersebut, Putusan MKRI bersifat *ex nunc* yaitu berlaku ke depan sejak diucapkan dalam sidang pleno majelis hakim.

MKRI berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji UU terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan hasil pemilihan umum".⁵⁰⁹ Final mempunyai makna tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh untuk menggugurkan Putusan MKRI, dan putusan mengikat dan mempunyai kekuatan hukum tetap.⁵¹⁰ Sekilas Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945 tidak menyebutkan kata "mengikat" secara eksplisit, tetapi suatu putusan yang telah dinyatakan final maka padanya sekaligus melekat sifat mengikat secara hukum.⁵¹¹ Hal ini juga mengandung arti tanpa disertai kata mengikatpun suatu putusan yang tegas dinyatakan bersifat final dengan sendirinya memiliki sifat mengikat.⁵¹² Kemudian, hal tersebut tidak

⁵⁰⁵ Palguna, *Op.Cit.*, hal 129.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, hal.216.

⁵⁰⁷ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 101.

⁵⁰⁸ Pasal 47 UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003.

⁵⁰⁹ Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945

⁵¹⁰ Palguna, *Op.Cit.*, hal 123.

⁵¹¹ *Ibid.*, hal. 125-126.

⁵¹² *Ibid.*

berbeda jauh dengan kata-kata "void and null", yang mana kata "void" tidak perlu ditambahkan kata "null" yang mengandung arti batal.⁵¹³

Di dalam Putusan MKRI dalam kasus Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis, MKRI telah menyatakan Pasal 134, 136 bis dan Pasal 137 KUHP tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat karena bertentangan dengan UUD 1945 dan perubahannya. Tetapi hakim di PN Jakarta Pusat tidak bisa menerapkan Putusan MKRI tersebut ke dalam kasus dengan alasan Putusan MKRI tersebut berlaku ke depan (*ex nunc*), dan tetap menghukum Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis.

Menurut penulis Putusan PN Jakarta Pusat dalam kasus Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis, jika UUD 1945 dan atau UU MKRI sudah mengakomodir kewenangan MKRI untuk menerima dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional, maka ada kemungkinan besar hakim dapat menerapkan Putusan MKRI tersebut dan harus membebaskan Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis karena berdasarkan prinsip *erga omnes* tersebut maka hakim pun terikat atas Putusan MKRI tersebut. Oleh karena itu di sini terdapat ketidakadilan konstitusional untuk Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis tersebut sesuai dengan prinsip *justice delayed justice denied* yang mengandung arti keadilan yang tertunda adalah keadilan yang diabaikan. Di dalam Putusan MKRI tersebut, Hakim MKRI yaitu I Dewa Gede Palguna dan Soedarsono yang melakukan *dissenting opinion* mengusulkan perlu mempertimbangkan mengadopsi kewenangan MKRI untuk menerima dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional.

Di dalam Putusan MKRI atas kasus Panji Utomo, Majelis Hakim di MKRI telah memutuskan untuk Pasal 154 dan 155 KUHP tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dan bertentangan dengan UUD 1945 dan perubahannya. Tetapi PN Banda Aceh tidak menerapkan Putusan MKRI tersebut karena memang Pemohon tidak mengajukan permohonan pengujian Pasal 154 dan 155 KUHP terhadap UUD 1945 setelah Putusan PN Banda Aceh. Tetapi jika terdapat permohonan pertanyaan sebelum adanya Putusan PN Banda Aceh tersebut, maka ada kemungkinan besar Majelis Hakim PN Banda Aceh dapat menggunakan Putusan MKRI tersebut karena berdasarkan prinsip *erga omnes* tersebut Majelis Hakim di PN Banda Aceh yang mengadili dan memutus perkara Panji Utomo tersebut wajib menggunakan Putusan MKRI tersebut, dan kemungkinan besar Panji Utomo harusnya dibebaskan.

⁵¹³ *Ibid.*

Di dalam kasus Risang Bima Wijaya dan Bersihar Lubis seperti dijelaskan sebelumnya, MKRI memutuskan menolak permohonan uji materi Pasal 310 dan 311 KUHP tentang pencemaran nama baik, dan tidak ada permasalahan norma-norma hukum tersebut. Tetapi ada permasalahan penerapan norma-norma tersebut, khususnya dalam menguji unsur-unsur Pasal 310 seperti apakah ada kepentingan umum yang diungkapkan oleh pemohon sehingga bisa mengesampingkan pencemaran nama baik. Jika UU MKRI dan atau UUD 1945 telah mengadopsi kewenangan MKRI untuk memutus dan menerima permohonan pertanyaan konstitusional, maka ada kemungkinan penerapan norma-norma hukum yang salah dalam kasus pencemaran nama baik tersebut karena berdasarkan prinsip erga omnes baik hakim di PN Sleman dan PN Depok harus terikat dengan Putusan MKRI tersebut.

MKRI memutuskan menolak permohonan uji materi atas UU Nomor 1/PNPS/1965 tentang Penodaan Agama, akan tetapi di dalam Putusannya MKRI yang menjadi permasalahan bukanlah norma-norma hukum di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965, penerapan norma-norma hukum di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965 justru yang menjadi masalah karena sanksi pidana merupakan ultimum remedium, dan peringatan-peringatan dan sanksi administrasi harus dilaksanakan terlebih dahulu. Putusan PN Malang dalam kasus penodaan agama oleh Yusman Roy, Majelis Hakim tidak melakukan pengujian terhadap upaya-upaya dan saksi administrasi terlebih dahulu. Jika terdapat permohonan pertanyaan konstitusional ketika kasus penodaan agama oleh Yusman Roy, maka ada kemungkinan Yusman Roy dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas UU Nomor 1/PNPS/1965, dan terdapat permasalahan penerapan norma-norma di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965.

Selanjutnya, Antasari Azhar tidak bisa mengajukan permohonan PK untuk kedua kalinya karena ada ketentuan Pasal 268 ayat (3) KUHP yang melarang terpidana mengajukan permohonan PK untuk kedua kalinya. Antasari Azhar mengajukan permohonan uji materi Pasal 268 ayat (3) KUHP tersebut ke MKRI, dan MKRI mengabulkan permohonan tersebut yang memutuskan Pasal 268 ayat (3) KUHP tidak mempunyai kekuatan hukum dan bertentangan dengan UUD 1945. Jika pada saat Antasari Azhar sebelum mengajukan PK kedua kali, terdapat permohonan pertanyaan konstitusional, maka ada kemungkinan Antasari Azhar dapat mengajukan permohonan PK untuk kedua kalinya karena berdasarkan prinsip erga omnes pengadilan harus wajib menghormati dan mengikuti Putusan MKRI tersebut.

IV.2.1 Urgensi Teoritis Permohonan Pertanyaan Konstitusional Berdasarkan Teori Negara Hukum.

Peneliti akan membahas teori negara hukum yang sudah dielaborasi oleh para sarjana di Bab II, dan kemudian dihubungkan dengan permohonan pertanyaan konstitusional. Teori negara hukum dikaitkan juga dengan nomokrasi atau kedaulatan hukum, yang memberikan penjelasan bahwa sistem kekuasaan tertinggi terletak pada sistem hukum, bukan terletak pada orang atau manusia (*Rule of Law, Not of Man*).⁵¹⁴ Person (orang) yang memimpin dan pejabat hanyalah wayang dan skenario sistem aturan yang sudah ada terlebih dahulu, dan setiap bawahan dilarang tunduk dan taat kepada atasan yang iayakini justru melanggar hukum.⁵¹⁵ Jimly Asshiddiqie menegaskan negara hukum demokratis mempunyai ciri-ciri sebagai berikut :

Pertama, supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum pedoman tertinggi. *Kedua*, persamaan di depan hukum (*equality before the law*) yaitu persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan. *Ketiga*, prinsip legalitas (*due process of law*) yaitu segala tindakan pemerintah harus didasarkan atas perundang-undangan yang sah dan tertulis. *Keempat*, pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara dilakukan dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. *Kelima*, organ-organ eksekutif independen, *Keenam*, peradilan bebas dan tidak memihak, dan ini hal yang mutlak di negara hukum. *Ketujuh*, Peradilan Tata Usaha Negara yaitu harus ada terbukanya kesempatan untuk warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi negara sebagai pihak yang berkuasa. *Kedelapan*, Peradilan Tata Negara/Mahkamah Konstitusi, adanya MK dalam fungsinya untuk *checks and balances* antar cabang-cabang kekuasaan. *Kesembilan*, Perlindungan HAM yaitu perlindungan HAM dimasyarakatkan secara luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap HAM sebagai ciri penting dalam negara hukum demokratis. *Kesepuluh*, bersifat demokratis, yaitu masyarakat ikut serta dalam proses pengambilan keputusan sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang diterapkan dan ditegakan mencerminkan perasaan keadilan yang hidup di tengah masyarakat. *Kesebelas*, berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara (*welfare rechtsstaat*) yaitu hukum sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama. *Keduabelas*, transparansi dan kontrol

⁵¹⁴ Jimly Asshiddiqie, **Peradilan Etika Dan Etika Konstitusi : Perspektif Baru Tentang "Rule of Law" and Rule of Ethics" & Constitutional Law and Constitutional Ethics**, Jakarta: Sinar Grafika, 2016, hal. 226.

⁵¹⁵ *Ibid.*

sosial, yaitu adanya kontrol sosial dan transparansi terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum.⁵¹⁶

Berdasarkan penejelasan di atas, Jimly Asshiddiqie menyebutkan ciri kedelapan dan kesembilan yaitu adanya peradilan tata negara/MK untuk menjalankan fungsinya *checks and balances* antar cabang kekuasaan negara, dan perlindungan HAM. Kemudian I Gede Dewa Palguna mengutip pendapat Barry M. Hagger yang menjelaskan sebagai berikut :

*"If the resolution of the case involves the rebuking either the legislative (for passage of an unconstitutional law) or the executive (for improper actions outside the law or misapplication of the law), then that is the court's duty. Moreover, as to the checks and balances mechanism, it is the judiciary which must resolve the disputes that arise between those cases where the dispute is about to correct division of power between them".*⁵¹⁷

Pendapat I Dewa Gede Palguna tersebut pada intinya salah satu hal ciri negara hukum adalah peradilan yang independen (*an independent judiciary*) yaitu peradilan diberikan wewenang untuk melakukan *constitutional review* terhadap tindakan legislatif maupun eksekutif merupakan hal yang sangat penting karena pemegang kekuasaan peradilan adalah lembaga yang melaksanakan dua mekanisme kunci menjamin tegaknya *the rule of law* yaitu pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* diantara cabang-cabang kekuasaan.⁵¹⁸

Teori *constitutional review* seperti yang dijelaskan di dalam Bab II dan I menegaskan tidak hanya *abstract constitutional review*, tetapi juga *concrete constitutional review* di mana permohonan pertanyaan konstitusional merupakan *concrete constitutional review*. Hal ini juga sejalan dengan pendapat I Dewa Gede Palguna bahwa *constitutional review* terdiri dari *constitutional complaint* (pengaduan konstitusional), *constitutional question* (pertanyaan konstitusional), dan *constitutional challenges*.⁵¹⁹

Pendapat I Gede Dewa Palguna atas teori *constitutional review* juga diperkuat oleh pendapat David O'Brien yang menjelaskan sebagai berikut "*Concrete constitutional review arises from litigation in the courts when ordinary court judges are uncertain about the constitutionality or the application of statute or ordinance in case of the judges "refer" the constitutional question or complaint to the*

⁵¹⁶ Asshiddiqie, *Loc.Cit.*

⁵¹⁷ Palguna, *Op.Cit.*, hal. 31

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ *Ibid.*, hal. 36.

constitutional court for resolution".⁵²⁰ Artinya, teori *constitutional review* telah mengalami perkembangan, tidak hanya *abstract review* tetapi juga *concrete review*.

Kasus Madison versus Marbury yang melahirkan kewenangan MA AS untuk menerima dan memutus permohonan *constitutional review* menurut Hakim Agung Marshall dalam konteks Supremasi Konstitusi (*The Supremacy Clause*) menjelaskan sebagai berikut:

*"The judicial review is appropriate because Article VI makes the Constitution "the supreme law of the land": the constitution itself is first mentioned and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the constitution, have that rank"*⁵²¹

Menurut Hakim Agung AS John Marshall adanya Supremasi Konstitusi (*Supremacy Clause*) di dalam Konstitusi AS menjadikan peraturan di bawah Konstitusi tersebut tidak boleh bertentangan dengan Konstitusi. Untuk menjaga nilai-nilai Konstitusi, maka MA AS sebagai *the Guardian of the Constitution* mempunyai kewenangan *constitutional review* untuk menjamin dan menilai peraturan-peraturan di bawah Konstitusi tidak bertentangan dengan Konstitusi itu sendiri.

Di dalam Konstitusi AS tidak ditegaskan secara eksplisit, MA AS mempunyai kewenangan atas *constitutional review*, tetapi John Marshall melakukan penafsiran atas *Supremacy Clause* di dalam Pasal IV Konstitusi AS yaitu sebagai berikut :

*"Finally, Chief Justice Marshall argued that judicial review is appropriate because Article IV makes the Constitution "the supreme law of the land" the Constitution itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally but those only which shall be made in pursuance of the Constitution"*⁵²²

Berdasarkan pendapat Hakim Agung AS John Marshall tersebut, karena Pasal IV Konstitusi AS *Supremacy Clause* mengandung arti konstitusi merupakan "*the supreme law of the land*" oleh karena aturan-aturan di bawah Konstitusi harus sesuai dengan Konstitusi dan untuk menjamin hal tersebut, maka MA diberikan kewenangan *constitutional review* sebagai konsekuensi atas *the guardian of the constitution*. Hakim Agung MA AS John Marshall melakukan penafsiran historis dalam pembentukan Konstitusi AS yaitu dengan mengutip salah satu drafter Konstitusi AS yaitu Alexander Hamilton yang menjelaskan sebagai berikut "*The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or*

⁵²⁰ Syharizal, *Op.Cit.*, hal. 97.

⁵²¹ Chemerinsky, *Op.Cit.*, hal. 44.

⁵²² *Ibid.*

repository.ub.ac.id

forgetten, the constitution is written".⁵²³ Kemudian, Hakim Agung MA AS John Marshall menjelaskan lebih lanjut "*the Constitution imposes limits on government powers and that these limits are meaningless unless subject to judicial enforcement*".⁵²⁴ Yang pada akhirnya Hakim Agung AS John Marshall menjelaskan sebagai berikut "*It is inherent to the judicial role to decide the constitutionality of the laws that it applies*".⁵²⁵

Sesuai dengan pendapat Hakim Agung AS John Marshall menjelaskan kewenangan pengadilan atas *constitutional review* adalah *inherent* karena Konstitusi sebenarnya ditujukan untuk membatasi kekuasaan pemerintah dan hal itu tidak mempunyai makna jika tidak ada pengawasan oleh pengadilan. Kemudian juga berdasarkan drafter dari Konstitusi AS, Alexander Hamilton, menjelaskan kekuasaan legislatif harus dijelaskan (*defined*) ruang lingkupnya dan sebenarnya terbatas. Pembatasan atas kekuasaan legislatif tersebut tidak boleh dilupakan dan disalahgunakan.

Kemudian di dalam konteks supremasi konstitusi, MKRI seharusnya diberikan kewenangan atas *constitutional complaint*, pengujian aturan di bawah UU terhadap aturan di atasnya, dan juga *constitutional question*.⁵²⁶ Menurut Hausmaninger tujuan pembentukan MK adalah untuk menegakan prinsip-prinsip negara hukum dan memberikan perlindungan maksimal terhadap demokrasi dan hak-hak dasar warga negara.⁵²⁷ Di setiap negara hukum yang demokratis, yang menempatkan konstitusi merupakan hukum tertinggi di negara yang bersangkutan, ketika hak-hak konstitusional dimasukan ke dalam konstitusi berarti telah menjadi bagian hak-hak konstitusi, maka ia mengikat seluruh cabang kekuasaan negara.⁵²⁸

Di dalam perspektif keadilan substantif, MKRI perlu diberikan kewenangan *constitutional question*, dengan pertimbangan sebagai berikut :

"Apabila seorang hakim yang sedang mengadili suatu perkara dan meragukan konstitusionalitas suatu aturan atau UU yang dirasakan, apabila UU tersebut ditegakan atas dasar kepastian hukum namun mencederai keadilan substantif oleh pihak yang sedang berperkara karena UU tersebut diragukan atau terindikasi bertentangan dengan konstitusi sebagai hukum tertinggi, tindakan responsif hakim sangat diperlukan untuk melakukan pengujian *constitutional question*

⁵²³ *Ibid.*, hal. 43.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ *Ibid.*, hal. 43-44.

⁵²⁶ Muchammad Ali Safa'at et al, *Op.Cit.*, hal 26.

⁵²⁷ *Ibid.*, hal. 29

⁵²⁸ *Ibid.*

kepada mahkamah konstitusi terlebih dahulu sebelum memutuskan perkara tersebut."⁵²⁹

Pengadilan mempunyai peranan penting khususnya menjaga nilai-nilai konstitusional agar peraturan di bawah UU sesuai dengan Konstitusi. Hans Kelsen menjelaskan hal tersebut sebagai berikut :

"Pengadilan harus menjawab tidak hanya pertanyaan tentang fakta (*quaestio facti*) tetapi juga pertanyaan tentang hukum (*quaestio juris*), dilakukan dengan menentukan norma umum tersebut yang diaplikasikan adalah valid yang berarti mempertanyakan apakah norma tersebut telah dibuat dengan cara yang ditentukan oleh Konstitusi. Fungsi pengadilan ini menonjol khususnya ketika terdapat keraguan apakah perbuatan tergugat atau terdakwa sungguh-sungguh merupakan delik. Pengadilan harus menentukan keberadaan norma tersebut seperti halnya menentukan eksistensi delik. Fungsi menentukan eksistensi norma umum yang diaplikasikan pentingnya fungsi penafsiran norma tersebut, yaitu menentukan maknanya."⁵³⁰

Kemudian juga *constitutional question* adalah sesuatu yang *urgent* diperlukan secara logis karena dengan alasan sebagai berikut :

"Dalam rangka mewujudkan negara hukum yang demokratis di Indonesia, sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (2) dan (3) UUD 1945, serta melindungi hak-hak konstitusional warga negara yang penegakannya juga dijamin dan dalam Konstitusi Indonesia, berdasarkan fakta empiris yang terjadi dalam rangka mempertimbangkan untuk mengadopsi mekanisme *constitutional complaint* dan *constitutional question*"⁵³¹

Selanjutnya terdapat alasan-alasan kenapa hakim harus menggunakan mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional :

"Terkait kondisi hukum yang mendorong hakim peradilan umum untuk menyerahkan permohonan uji konstitusionalitas kepada MK, dalam konteks pemahaman yuridis, setidaknya terdapat dua faktor bagi hakim peradilan umum untuk melakukan hal tersebut yaitu (1) masalah konstitusionalitas UU bersifat materiil, dan (2) hakim memiliki keraguan tentang konstitusionalitas dari suatu UU atau tindakan hukum lainnya"⁵³²

⁵²⁹Asmaeny Azis & Izlindawati, *Op.Cit.*, hal. 213.

⁵³⁰ M.Ali Safa'at, **Teori Hans Kelsen Tentang Hukum**, Jakarta:Konpress,2014, hal. 115-116.

⁵³¹Asmaeny Azis & Izlindawati, *Op.Cit.*, hal. 214.

⁵³² Joshua Satria Collins & Fan Mohammad Faiz, **Penambahan Kewenangan Konstitusional Question di MK sebagai Upaya untuk Melindungi Hak-Hak Konstitusional Warga Negara**, Jurnal Konstitusi, 15(4),2018.

Dari aspek partisipasi hakim, Alex Stone Sweet menjelaskan "*Concrete review processes require ordinary judges to participate in the scrutiny of legislation*"⁵³³

Berdasarkan pendapat Alex Stone Sweet menjelaskan dengan adanya mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional mengharuskan hakim untuk ikut berpartisipasi dalam pengujian UU. Kemudian di dalam Putusan MA AS untuk kasus Marbury versus Madison, Hakim John Marshall pernah menyinggung kenapa pengadilan harus diberikan kewenangan *constitutional review* khususnya *constitutional question* adalah sebagai berikut :

*"Marshall's final move was the one of the most enduring significance. Faced with a statute that- as interpreted, what should the courts do ? Marshall said, Ignore the statute. That is the courts had the duty to refuse to enforce a statute they found unconstitutional. The Power of judicial review was, in abstract, not terribly controversial. For the past generation or more. American constitutionalists had assumed that courts did have the power to ignore the laws they found inconsistent with the Constitution."*⁵³⁴

Hakim Agung AS John Marshall pada intinya menjelaskan kenapa hakim harus menolak UU yang diragukan konstitusionalitasnya karena menolak menggunakan UU dalam kasus konkret di pengadilan merupakan tugas hakim. *Constitutional review* bukanlah hal yang kontroversial, di Amerika hakim-hakim yang mempunyai pandangan konstitusionalisme telah menggunakan kewenangannya untuk menolak UU yang diragukan konstitusionalitasnya di dalam kasus-kasus konkret di pengadilan. Lebih jauh, Hakim Agung MA AS John Marshall menjelaskan lagi :

*"He said that judges took an oath to support the Constitution, and they could hardly be asked to violate that oath by enforcing an unconstitutional statute. He bolstered that argument by posing some hypotheticals. One was this: the Constitution says that a person can be convicted of treason only if he confesses in open court or if there are two witnesses to the defendant's treasonous actions. Suppose Congress passes a statute saying that a person can be convicted of treason based on the testimony of only one witness. Surely the courts could not send a person to his death after a trial in which only one witness testified as to the treasonous actions."*⁵³⁵

Menurut Hakim Agung MA AS John Marshall menegaskan hakim di pengadilan harus menolak UU yang diragukan konstitusionalitasnya karena hakim

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ Tushnet, *Op.Cit.*, hal. 3-4.

⁵³⁵ *Ibid.*

terikat oleh sumpah sebagai hakim untuk mendukung Konstitusi, dan akan melanggar sumpahnya tersebut jika hakim tersebut tetap memaksakan untuk menerapkan UU yang diragukan konstitusionalitasnya. Menurut peneliti, pendapat Hakim Agung AS John Marshall tersebut merupakan cikal bakal lahirnya *constitutional question*, dengan mengikat hakim berdasarkan sumpah untuk tidak menerapkan UU yang diragukan konstitusionalitasnya tersebut di dalam kasus-kasus konkret di pengadilan.

Hakim Agung MA AS John Marshall memberikan contoh seharusnya hakim di pengadilan untuk tidak menerapkan UU yang diragukan konstitusionalitasnya yaitu dalam kasus penerapan UU Pidana yang menghukum mati pelaku pengkhianatan terhadap negara (*treason*) yang hanya berdasarkan bukti satu saksi saja, sementara menurut hakim di pengadilan pastinya untuk dapat dihukum itu harus ada minimal dua alat bukti, dan tentunya hakim akan menolak untuk menerapkan UU Pidana tersebut. Tentunya berdasarkan prinsip negara hukum harus ada peradilan yang adil (*fair trial*) di mana terdakwa diberikan haknya untuk menghadirkan saksi-saksi yang meringankan, dan juga hakim harus memutus perkara pidana berdasarkan minimal dua alat bukti. Konstitusi pun mengakui prinsip negara hukum tersebut.

Argumen Hakim Agung AS John Marshall tersebut bukannya tidak ada kritik, justru kritik muncul dari koleganya sendiri yaitu Hakim Agung MA AS Gibson yang melakukan pendapat berbeda (*dissenting opinion*) dalam kasus Eakin versus Raub (1825), yang pada intinya menjelaskan sebagai berikut :

"The first, the people assumed that legislature had to comply with court decisions finding that legislature unconstitutional. But Justice Gibson asked why was that so ? Only because legislatures should respect the decisions of their coequal branches, Justice Gibson then wondered why that argument did not work just as well the other way. Why should not the courts have to respect the decisions made by legislatures ? Second, judicial review placed the legislatures might win any battles with the courts, which, as Alexander Hamilton had observed while the Constitution was being debated, had neither the sword nor the purse, that is, neither physical nor financial force—to use against recalcitrant legislators. Legislatures, Justice Gibson observed, had "the strong arm of power".⁵³⁶

Argumen Hakim Agung MA AS Gibson tersebut meragukan *constitutional review* dengan melontarkan pertanyaan kenapa legislatif harus menghormati putusan pengadilan yang membatalkan UU yang tidak konstitusional, menurut

⁵³⁶ *Ibid.*, hal 11-13.

Hakim Agung MA AS Gibson yang mengutip pendapat Alexander Hamilton⁵³⁷ ketika Konstitusi AS dibuat dan diperdebatkan, pengadilan tidak mempunyai kekuatan seperti pedang, atau kekuatan ekonomi dan fisik. Justru legislatif lah yang mempunyai " *the strong arm of power*". Hakim Agung AS Gibson menggunakan penafsiran *original intent* yaitu dari drafter Konstitusi AS Alexander Hamilton untuk menilai kekuatan pengadilan dalam *constitutional review*.

Tetapi pengadilan (MK) bukanlah lembaga yang paling obyektif dan berpengaruh dari cabang-cabang kekuasaan lainnya.⁵³⁸ Dengan diberikannya kewenangan *constitutional review* kepada MK tidak berarti MK menjadi lembaga *superbody* yang justru dapat merusak prinsip *checks and balances* itu sendiri. Menurut Theunis Roux, berdasarkan Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945 sebenarnya *constitutional review (judicial review)* yang diberikan kepada MKRI mempunyai bentuk "*strong-form of judicial review*".⁵³⁹ "*Strong-form of judicial review*" sendiri adalah "*It refers to the situation in which the judiciary has been given the power to review statutes for conformance with the constitution, and to strike down offending parts of a statute*".⁵⁴⁰

Konsep *constitutional review* itu juga berkembang khususnya efektifitas peradilan agar "memaksa" eksekutif dan eksekutif untuk patuh (*compliance*) dengan konstitusi. Katrine G. Young memberikan penjelasan atas isu tersebut dengan memberikan alternatif pemikirannya tentang *typology of judicial review* :

"Using the Constitutional Court of South Africa as an example, Young explains five stances of judicial review; differential, conversational, experimental, managerial, and preemptory. By differential she means that the court assumes that the decision making authority is greater placed on the legislature. By conversational, she means the court relies on the ability to have inter-branch dialogue to resolve the determination of rights. Experimental stance assumes that the court seeks to involve the relevant stakeholders including the government in resolving the economic and social rights problems. Managerial stance means that the court assumes direct responsibility in interpreting substantive and supervising their protection with strict and detailed plans. And preemptory stance assumes that the court is superior in interpreting the rights and in commanding and controlling and immediate response. She labels these five stances "the catalic function of judicial review" because they may enhance the

⁵³⁷ Alexander Hamilton merupakan salah satu perancang Konstitusi AS.

⁵³⁸ Levy. *Loc.Cit.*

⁵³⁹Theunis Roux, ***Indonesia's Judicial Review Regime In Comparative Perspective***, Constitutional Review, Volume 4 Number 2, MKRI, Jakarta, 2019.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

*relationship between the court and the legislature to achieve a right protective outcome.*⁵⁴¹

Pendapat Katreen G.Young di atas menegaskan untuk mencegah adanya MK atau cabang-cabang kekuasaan lainnya melanggar prinsip *checks and balances* dalam konteks *constitutional review*, maka kelima persyaratan untuk *constitutional review (typology of judicial review)* harus dipenuhi. Meskipun pendapat Katreen G.Young tersebut dalam konteks MK melakukan adjudikasi kasus-kasus hak-hak konstitusional ekonomi, sosial dan budaya, tetapi konsep *typology of judicial review* menegaskan eksekutif, legislatif dan yudikatif harus *compliance* dengan konstitusi.

Berdasarkan pengalaman di negara-negara Eropa (Jerman dan Austria) yang mempunyai MK terpisah dari institusi MA, dan juga mempunyai kewenangan untuk menerima dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional, maka pengakuan adanya kewenangan untuk menerima permohonan pertanyaan konstitusional adalah untuk mencegah adanya "the judicial supremacy" di Institusi MA.⁵⁴²

Di sisi lain, Hakim Agung AS John Marshall dalam memutus kasus Marbury versus Madison juga pernah melontarkan isu terkait pertanyaan konstitusional kenapa pengadilan (hakim) di pengadilan lebih rendah harus diberikan wewenang untuk mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional? Hakim John Marshall menjawab secara tegas bahwa "Judges take an oath of office and that they would violate this oath if they enforced unconstitutional laws"⁵⁴³. Menurut Hakim John Marshall, hakim di pengadilan di bawah MA tidak bisa meneruskan persidangan, jika ragu atas konstitusionalitas UU yang menjadi dasar hukum kasus tersebut karena hakim terikat dengan sumpah (*oath*). Jika memaksa menerapkan UU yang diragukan konstitusionalitasnya, maka hakim tersebut akan melanggar sumpahnya.

Berdasarkan prinsip "Indonesia adalah negara hukum"⁵⁴⁴ mempertimbangkan untuk mengadopsi mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional adalah suatu kebutuhan.⁵⁴⁵ Oleh karena itu, maka sudah jelas adanya prinsip negara hukum yang demokratis menegaskan peran MKRI untuk menegakan prinsip negara hukum yang demokratis untuk perlindungan hak-hak konstitusional

⁵⁴¹ Andy Omara, *The Indonesian Constitutional Court And The Democratic Institution In Judicial Review*, Constitutional Review, Volume 3, Number 2, MKRI, Jakarta, 2017.

⁵⁴² Krammer, *Op.Cit.*, hal. 250.

⁵⁴³ Chemerrinsky, *Op.Cit.*, hal. 44.

⁵⁴⁴ Pasal 1 ayat 2 dan 3 UUD 1945.

⁵⁴⁵ Muchammad Ali Safa'at et all, *Op.Cit.*, hal 30-31.

setiap warga negara yang memberikan wewenang *constitutional review* kepada MKRI untuk melakukan *checks and balances* terhadap tindakan legislatif dan eksekutif jika melanggar UUD 1945.

IV.2.2 Urgensi Teoritis Permohonan Pertanyaan Konstitusional Berdasarkan Teori Pengujian UU Terhadap Konstitusi (*Constitutional Review*).

Constitutional review berdasarkan teori pengujian UU terhadap Konstitusi mempunyai makna tidak hanya *abstract constitutional review*, tetapi juga *concrete constitutional review*. Oleh karena itu, mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional merupakan bagian dari *constitutional review* yaitu *concrete constitutional review*. Beberapa sarjana mengakui berdasarkan teori *constitutional review* tidak hanya *abstract constitutional review*, tetapi juga *concrete constitutional review*. Nicolas Quin Rosencraz menjelaskan *constitutional review* terdiri dari *abstract constitutional review* yaitu *facial challenge* karena langsung menguji norma abstrak di dalam UU terhadap konstitusi, sementara di dalam konteks *concrete constitutional review* pengujiannya disebut dengan *re-apply challenge* karena pengujian penerapan norma oleh eksekutif atau yudisial.⁵⁴⁶ Di dalam teori *constitutional review*, MK tidak hanya mempunyai wewenang untuk menguji norma abstrak di dalam UU terhadap UUD 1945 (*abstract review*) tetapi juga mempunyai wewenang untuk menguji norma konkret (*concrete review*).⁵⁴⁷

Lebih jauh Jimly Asshiddiqie menjelaskan *concrete review* di sini adalah pengujian konstitusionalitas aplikasi dari norma umum dan abstrak di dalam UU oleh hakim dalam peristiwa hukum atau kasus hukum, terhadap konstitusi. Sementara *abstract review* adalah pengujian konstitusionalitas norma umum dan abstrak di dalam UU terhadap konstitusi.⁵⁴⁸ Berdasarkan pendapat para sarjana di atas maka sudah jelas *constitutional review* tidak hanya *abstract review*, tetapi juga *concrete review*. Permohonan pertanyaan konstitusional merupakan *concrete review* yang

⁵⁴⁶ Rosencranz, *Op.Cit.*

⁵⁴⁷ Ashiddiqie, *Op.Cit.*

⁵⁴⁸ Lihat Jimly Asshiddiqie di dalam **Model-Model Pengujian Konstitusionalitas di Berbagai Negara**, Jakarta:Konpress,2005, hal 64-66, bandingkan dengan I Dewa Gede Paguna di dalam **Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint):Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara**, Jakarta:Sinar Grafika,2014, hal. 137-138.

mana Jimly Asshiddiqie di atas menjelaskan aplikasi norma umum dan abstrak di dalam UU oleh hakim dalam peristiwa hukum atau kasus terhadap konstitusi.

Peradilan Tata Negara (*Constitutional Judiciary*) secara umum mempunyai kewenangan atas tiga hal yaitu (i) pengujian abstrak,(ii) pengujian konkret,(iii) pengaduan konstitusional.⁵⁴⁹ Pengujian norma abstrak (*abstract norm control*) bukan model pengujian yang terkait produk suatu perkara spesifik karena pengujian abstrak lebih berfokus kepada kadar konstitusionalitas produk hukum (undang-undang) secara umum.⁵⁵⁰ Materi pengujian abstrak tidak ditujukan kepada objek materi perundang-undangan yang bersifat individual konkret, norma hukum abstrak lebih merumuskan suatu perbuatan itu secara abstrak, dan berbeda dengan norma hukum konkret yang melihat perbuatan seseorang secara lebih nyata (konkret).⁵⁵¹ Kemudian pengujian konkret timbul dari proses litigasi di pengadilan yang mana hakim ragu atas UU yang akan diterapkan di dalam suatu perkara di pengadilan tersebut.⁵⁵² Sementara pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) adalah mekanisme gugatan konstitusional sebagai salah satu alat bagi perlindungan HAM, dan memberikan jaminan agar dalam proses-proses menentukan dalam penyelenggaraan negara, baik dalam pembuatan perundang-undangan, proses administrasi negara dan putusan peradilan tidak melanggar hak-hak konstitusional.⁵⁵³

Belum ada regulasi yang mengatur permohonan pertanyaan konstitusional, untuk lebih jelasnya peneliti mengelaborasi beberapa ketentuan yang mengatur *constitutional review* yaitu konstitusi mengaturnya sebagai berikut:

“Mahkamah Konstitusi berwenang pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji UU terhadap UUD 1945, memutus sengketa lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan hasil pemilu.”⁵⁵⁴

Kemudian terdapat aturan di bawah konstitusi juga mengatur *constitutional review* yaitu sebagai berikut:

“Permohonan adalah permintaan yang diajukan secara tertulis kepada Mahkamah Konstitusi mengenai: a.pengujian undang-

⁵⁴⁹ Syahrizal, *Op.Cit.*, hal. 88.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, hal .89.

⁵⁵¹ *Ibid.* 91

⁵⁵² *Ibid.*, hal.97.

⁵⁵³ Safa'at, *Op.Cit.*, hal. 58.

⁵⁵⁴ Pasal 24 C UUD 1945.

undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945...⁵⁵⁵

Selanjutnya terdapat regulasi yang mengatur *constitutional review* yaitu "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: a. menguji UU terhadap UUD 1945..."⁵⁵⁶

Ternyata juga di dalam aturan teknis hukum acara di MK lebih rinci menjelaskan pembagian *constitutional review* sebagai berikut:

Permohonan pengujian UU meliputi pengujian formil dan/atau pengujian materiil. Pengujian materiil adalah pengujian UU berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian UU yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945. Pengujian formil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan proses pembentukan UU dan hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil tersebut.⁵⁵⁷

Menurut peneliti makna *constitutional review* di dalam Pasal 10 ayat 1 huruf a UU Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana dirubah oleh UU Nomor 8 Tahun 2011, dan PMK 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Pengujian UU adalah *abstract constitutional review* yang mengandung arti pengujian konstiusionalitas norma umum dan abstrak di dalam UU terhadap UUD 1945. Hal tersebut dipertegas di dalam PMK tersebut yang menjelaskan pengujian UU berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian UU yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945. Sementara Pasal 24 C UUD 1945 hanya menyebutkan *constitutional review* saja.

Hakim MKRI I Gede Dewa Palguna dan Sudarsono di dalam kasus Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis juga mengakui UU MKRI belum mengakomodir wewenang untuk menerima dan memutus permohonan pertanyaan konstiusional.⁵⁵⁸

Berdasarkan hal tersebut pembahasan teori pengujian *constitutional review*, maka UU MKRI dan peraturan hukum acaranya belum mengatur permohonan pertanyaan konstiusional

⁵⁵⁵ Pasal 1 Angka 2 UU Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU Nomor 24 tentang MK.

⁵⁵⁶ Pasal 10 ayat 1 huruf a UU Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana dirubah oleh UU Nomor 8 Tahun 2011.

⁵⁵⁷ Pasal 4 ayat (1)-(3) Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU.

⁵⁵⁸ Putusan MKRI nomor 013/PUU-IV/2006, dan nomor perkara 014/PUU-IV/2006.

Tabel 1.11.

Pengaturan dan Jenis *Constitutional Review*

| | | | |
|------------------------------------|---------------------------------------|--|---|
| | Pasal 24 C UUD 1945 | Pasal 10 Ayat (1) Huruf A UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana dirubah UU Nomor 24 Tahun 2011, dan Pasal 1 ayat (1)-(3) PMK Nomor 06/PMK/2005 | Pasal 1 Angka 2 UU Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU Nomor 24 tentang MK |
| Jenis <i>Constitutional Review</i> | <i>Abstract Constitutional Review</i> | <i>Abstract Constitutional Review</i> | <i>Abstract Constitutional Review</i> |

Sumber : Sumber Hukum Primer, Diolah Sendiri, 2020.

IV.3 Urgensi Empiris Kewenangan MKRI Memutus Pertanyaan Konstitusional

IV.3.1 Urgensi Empiris Permohonan Pertanyaan Konstitusional Berdasarkan Putusan MKRI

Untuk menilai adanya urgensi empiris permohonan pertanyaan konstitusional yang bertujuan untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara, maka peneliti mencoba menelusuri beberapa putusan MKRI yang berkorelasi dengan isu permohonan pertanyaan konstitusional tersebut. MKRI telah mememutus beberapa kasus yang berhubungan dengan permohonan pertanyaan konstitusional. Penulis akan membahas fakta-fakta hukum dan pertimbangan-pertimbangan hukum di dalam putusan-putusan MK tersebut. Berikut ini beberapa kasus di MK yang terkait baik secara langsung ataupun tidak langsung dengan permohonan pertanyaan konstitusional.

a. Putusan MK Kasus-Kasus Penghinaan Presiden dan atau Wakil Presiden;

Peneliti mengambil beberapa Putusan MKRI yang terkait dengan kasus-kasus penghinaan terhadap Presiden dan atau Wakil Presiden yaitu Eggy Sudjana nomor perkara 013/PUU-IV/2006, Pandapotan Lubis nomor perkara 014/PUU-IV/2006.

Fakta-fakta kasus di dalam Putusan MK dalam kasus Eggy Sudjana menjelaskan sebagai berikut :

1. Pada 3 Januari 2016, Eggy Sudjana menyampaikan laporan ke Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) tentang adanya dugaan gratifikasi dari seorang pengusaha nasional kepada para pejabat negara di lingkungan Istana;

2. Kemudian para jurnalis yang bekerja di KPK menanyakan perihal kedatangan Eggy Sudjana tersebut, Eggy Sudjana mengatakan bahwa ada dugaan gratifikasi yaitu pemberian Mobil Jaguar oleh seorang pengusaha nasional kepada para pejabat negara di lingkungan istana tersebut;
3. Terdapat beberapa media nasional yang memuat berita kedatangan Eggy Sudjana tersebut dengan maksud melaporkan dugaan adanya gratifikasi tersebut;
4. Sejumlah media nasional memuat berita kedatangan Eggy Sudjana di KPK dan melaporkan dugaan adanya gratifikasi dari pengusaha nasional kepada para pejabat di lingkungan istana;
5. Bripka Ahmad Fadilah, anggota Satkamneg Polda Metro Jaya, melaporkan tindakan Eggy Sudjana tersebut ke Polda Metro Jaya yaitu melakukan tindakan penghinaan terhadap Presiden sebagai dimaksud Pasal 134 dan 136 bis KUHP pada 6 Januari 2006;
6. Kemudian, Eggy Sudjana didakwa oleh Jaksa Penuntut Umum (JPU) Jakarta Pusat melakukan tindak pidana penghinaan terhadap presiden dan atau kepala negara (Pasal 134, 136 bis dan 137 KUHP) di PN Jakarta Pusat dengan nomor perkara 1141/Pid.B/2006/PN/Jkt/Pst. Ketika persidangan di PN Jakarta Pusat tersebut, Eggy Sudjana mengajukan permohonan pengujian materil Pasal 134 dan 136 KUHP terhadap UUD 1945 ke MKRI, dan juga mengajukan permohonan provisi agar menunda persidangan di PN Jakarta Pusat sampai dengan adanya Putusan MKRI atas permohonannya.
7. Majelis Hakim MKRI menyatakan Pasal 134, 136 bis dan 137 KUHP bertentangan dengan UUD 1945, dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat⁵⁵⁹

Tetapi terdapat pendapat berbeda (*dissenting opinion*) dari Hakim MKRI I Dewa Gede Palguna dan Soedarsono di dalam putusan tersebut. Hakim MKRI I Dewa Gede Palguna dan Soedarsono menjelaskan sebagai berikut :

“Ruh dari ketentuan UUD 1945 sebagai satu kesatuan sistem adalah semangat untuk mewujudkan Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis dan negara demokratis berdasarkan hukum. Negara hukum dan demokratis menghormati, melindungi dan menjamin pemenuhan kebebasan menyampaikan pendapat, di dalamnya termasuk kemerdekaan kritik terhadap Presiden. Tetapi negara hukum dan demokrasi tidak melindungi pelaku penghinaan terhadap siapapun itu ditujukan. Pelaku penghinaan tidak dapat berlindung dibalik kemerdekaan menyampaikan pendapat. Konstitusi menghormati, melindungi, dan menjamin setiap orang yang bermaksud menyampaikan pendapat, tetapi tidak untuk pelaku penghinaan.⁵⁶⁰

⁵⁵⁹ Putusan MK Nomor 013/PUU-II/2006

⁵⁶⁰ *Ibid.*, hal. 67-68.

Di dalam *dissenting opinion* Hakim MKRI I Gede Dewa Palguna, dan Soedarsono juga menjelaskan dan menyebutkan perbedaan antara *constitutional question* dan *constitutional complaint*, sebagai berikut :

“*Constitutional question* terjadi terjadi apabila seseorang hakim (di luar MKRI) meragukan konstitusional suatu norma hukum yang hendak diterapkan di dalam suatu kasus konkret, sehingga sebelum memutuskan kasus tersebut hakim harus lah mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK terlebih dahulu perihal konstitusionalitas norma hukum tadi”. Sementara *constitutional complaint* terjadi takala seorang warga negara mengadu kepada MK bahwa tindakan atau kelalai pejabat negara atau pejabat publik (*state official, public official*) telah melanggar hak-hak konstitusional sementara segala upaya hukum tersedia sudah tidak ada lagi (*exhausted*).⁵⁶¹

Berdasarkan *dissenting opinion* dari Hakim I Dewa Gede Palguna dan Soedarsono sangat jelas *constitutional question* dan *constitutional complaint* adalah berbeda obyek dari *constitutional question* adalah penerapan norma hukum di dalam kasus konkret di pengadilan yang berpotensi melanggar hak-hak konstitusional warga negara, sementara obyek dari *constitutional complaint* adalah tindakan pejabat negara atau publik yang melanggar hak-hak konstitusional warga negara. Meskipun MKRI tidak memberikan jawaban atas permohonan *constitutional question* dari Eggy Sudjana tersebut, tetapi berdasarkan substansi dari *dissenting opinion* Hakim MKRI I Dewa Gede Palguna dan Soedarsono terdapat argumen penting agar MKRI juga mempunyai kewenangan *constitutional question* yaitu untuk perlindungan hak-hak konstitusional warga negara, dan sekaligus mencegah adanya potensi pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara di pengadilan. Kemudian juga menurut peneliti, permohonan provisi dari Eggy Sudjana di dalam kasus tersebut dapat diqualifikasikan sebagai permohonan pertanyaan konstitusional karena Eggy Sudjana sebagai pemohon juga memohon agar proses persidangan kasus penghinaan terhadap presiden dan atau kepala negara dihentikan sementara sampai adanya Putusan MKRI atas pengujian Pasal 134 jo. 136 bis KUHP terhadap UUD 1945. Kemudian juga, pemohon meminta pengujian norma-norma hukum tersebut, sebelum hakim di PN Jakarta Pusat menerapkannya di dalam kasus penghinaan atas presiden.

MKRI juga menerima permohonan hak uji materil Pasal 154, & 155 KUHP terhadap UUD 1945 dari dr Panji Utomo yang merupakan dokter ditugaskan di

⁵⁶¹ *Ibid.*

Provinsi Aceh pasca tsunami 2004, dan merupakan Direktur Forak (Forum Komunikasi Antar Barak).⁵⁶² Pada 11 September 2006, pemohon beserta dengan para pengungsi korban tsunami mengadakan unjuk rasa di depan Kantor BRR (Badan Rehabilitasi & Rekonstruksi) Nangroe Aceh Darussalam (NAD) menuntut perbaikan kesejahteraan para pengungsi di NAD pasca tsunami 2004.⁵⁶³ Kemudian pemohon dijadikan tersangka oleh penyidik dengan tuduhan melanggar Pasal 154 jo. 155 jo. 160 KUHP yaitu melakukan perasaan permusuhan, kebencian, dan penghinaan terhadap pemerintah, selanjutnya JPU mendakwa pemohon karena juga melanggar Pasal 154 jo. 155 jo. 160 KUHP.⁵⁶⁴ Penyidik menahan pemohon dari tanggal 30 September 2006 sampai dengan 29 Desember 2006, dan JPU menjadikan pemohon sebagai terdakwa PN Banda Aceh dengan nomor registrasi perkara 232/Pid.B/2006/PN-BNA.⁵⁶⁵ PN Banda Aceh memutuskan pemohon terbukti secara sah melakukan tindak pidana penghinaan, permusuhan dan kebencian terhadap pemerintahan yang sah sebagaimana diatur di dalam Pasal 154 jo. Pasal 155 jo. 160 KUHP.⁵⁶⁶

Kemudian pemohon mengajukan hak uji materil Pasal 154 jo. Pasal 155 KUHP terhadap UUD 1945 dan perubahannya kepada MKRI. MKRI memutuskan Pasal 154 jo. 155 KUHP bertentangan dengan UUD 1945 dan perubahannya, dan menyatakan Pasal 154 jo. 155 KUHP tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Majelis Hakim MKRI di dalam pertimbangan hukumnya menggunakan tafsiran historis atas Pasal 154 jo. 155 KUHP sebagai berikut :

“Bahwa KUHP yang berlaku sekarang ini berasal dari *WvS (Wetboek van Straftrecht)* Tahun 1886 yang kemudian diberlakukan di Hindia Belanda dengan nama *Wetboek van Strafrecht voor Netherlansch-Indie*. Setelah Indonesia merdeka *WvS voor Netherlansch-Indie* berlaku berdasarkan UU Nomor 1 Tahun 1946 tentang Ketentuan Hukum Pidana. Kemudian berdasarkan Pasal V UU Nomor 1 Tahun 1946 jo. UU Nomor 73 Tahun 1958 menjelaskan peraturan hukum pidana yang seluruhnya atau sebagian sekarang tidak bisa dijalankan atau karena bertentangan dengan kedudukan Indonesia sebagai negara merdeka atau tidak mempunyai arti lagi harus sebagian atau seluruhnya dianggap tidak berlaku lagi. Menurut MKRI frasa “Indonesia sebagai negara merdeka” harus diartikan negara Indonesia yang didirikan berdasarkan berdasarkan UUD 1945 yang menurut Pasal 1 ayat (3)-nya merupakan negara hukum. *WvS* Belanda sendiri sebenarnya tidak ada ketentuan Pasal 154 dan

⁵⁶²Putusan MKRI Nomor 6/PUU-V/2007

⁵⁶³*Ibid.*

⁵⁶⁴*Ibid.*

⁵⁶⁵*Ibid.*

⁵⁶⁶*Ibid.*

155 KUHP, kemudian di Belanda sendiri ada penolakan terutama dari Menteri Kehakimannya untuk memberlakukan Pasal 154 dan 155 KUHP. Pasal 154 dan 155 KUHP berasal dari Pasal 154a Indian British Penal Code, yang kemudian telah dibatalkan oleh MA India dan Pengadilan Tinggi Pajak karena bertentangan dengan Pasal 19 Konstitusi Belanda yang mengatur tentang kebebasan berpendapat.⁵⁶⁷

Para pemohon hanya mengajukan permohonan provisi di dalam permohonannya. Terdapat dua permohonan provisi yaitu dalam kasus Egy Sudjana dan Pandapotan Lubis, MKRI menerima permohonan putusan sela (provisi), tetapi permohonan tersebut ditolak karena MKRI mengacu pada prinsip praduga konstitusionalitas (*presumption of constitutionality*).⁵⁶⁸ Maruarar Siahaan menjelaskan hal tersebut sebagai berikut :

Karena adanya asas konstitusionalitas tidak bersalah, maka MKRI melarang adanya putusan provisi dalam mengujian UU terhadap UUD 1945 karena jika benar bertentangan dengan UUD 1945, undang-undang tersebut baru dapat dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sejak putusan MKRI, dan tidak dapat dilakukan sebelum adanya putusan akhir dimaksud.⁵⁶⁹

Kemudian prinsip konstitusionalitas bersalah adalah suatu UU harus dianggap konstitusional atau tidak bertentangan dengan UUD 1945 sampai ada putusan MKRI yang menyatakan sebaliknya.⁵⁷⁰

Berdasarkan penjelasan di atas, maka pertanyaan konstitusional dan permohonan putusan provisi adalah dua hal yang berbeda. Permohonan putusan provisi yaitu permohonan untuk putusan sela bukan atas substansi permohonan, dan putusan provisi tersebut dilarang dalam putusan pengujian UU terhadap UUD 1945 karena adanya prinsip praduga konstitusionalitas (*presumption of constitutionality*). Sementara pertanyaan konstitusional adalah hakim atau para pihak di pengadilan meragukan konstitusionalitas norma hukum yang akan diterapkan di dalam kasus di pengadilan tersebut, dan mengajukan permohonannya ke MK.

Tetapi jika terdapat mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional, maka terdapat perlindungan hak-hak konstitusional pemohon tersebut karena MKRI telah membatalkan Pasal 154 dan 155 KUHP, dan proses persidangan pidana atas

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ Pasal 53 UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana telah dirubah dengan UU Nomor 11 tahun 2011 menjelaskan "UU yang diuji tetap berlaku, sebelum adanya putusan yang menyatakan bahwa undang-undang tersebut berentangan dengan UUD 1945".

⁵⁶⁹ Siahaan, *Op. Cit.*, hal 205.

⁵⁷⁰ Palguna, *Op. cit.*, hal. 165-166.

pemohon tersebut harus dihentikan dahulu sampai adanya Putusan MKRI. Selanjutnya, ada upaya preventif dari MKRI untuk mencegah hakim di PN Banda Aceh untuk menggunakan Pasal 154 dan 155 KUHP. Di dalam kenyataannya, PN Banda Aceh telah menggunakan Pasal 154 dan 155 KUHP, dan menyatakan pemohon terbukti secara sah melanggar Pasal 154 dan 155 KUHP. Hal inilah yang mengakibatkan adanya ketidakadilan konstitusional untuk pemohon.

Menurut peneliti, berdasarkan kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis, dan Panji Utomo seharusnya MK diberikan kewenangan untuk menerima dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional. Permohonan pertanyaan konstitusional sebenarnya melekat pada menjadi bagian kewenangan MK. Menurut Hans Kelsen, MK seharusnya diberikan kewenangan untuk memutus dan menguji permohonan pertanyaan konstitusional, dan hakim dapat menolak menerapkan UU atau norma dan atau bagian di dalam UU yang bertentangan dengan konstitusi. Lebih jelasnya Hans Kelsen menjelaskan sebagai berikut :

*"Examination and abolition of a law because of its unconstitutionality may take place according to several methods. There are two important types of procedure in which an unconstitutional law can be tried and abolished. The organ has that has to apply the law in a concret case can be authorized to examine it as to its unconstitutionality and to refuse to apply it in the concret case if it is found unconstitutional. If the power to examine the constitutionality laws in conferred upon Courts we speak of judicial review of legislation."*⁵⁷¹

Kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis dan Panji Utomo menunjukkan adanya urgensi MK mempunyai wewenang untuk menerima dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional. Hakim John Marshall, di dalam putusan *Madison vs Marbury*, juga pernah mengatakan hakim kemungkinan dapat menolak menerapkan norma-norma di dalam UU atau UU yang bertentangan dengan Konstitusi. Berdasarkan pendapat Hans Kelsen dan John Marshall tersebut di atas, sangat jelas bahwa *constitutional review* tidak hanya *abstract review*, tetapi juga *concrete review*. Permohonan pertanyaan konstitusional merupakan *concrete review*.

Kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis dan Panji Utomo merupakan permohonan pertanyaan konstitusional. Menurut Mahfud MD, permohonan pertanyaan konstitusional adalah jika hakim di pengadilan biasa ragu atas konstitusionalitas UU yang sedang menjadi dasar hukum dalam suatu perkara, maka

⁵⁷¹ Kelsen, *Op. Cit.*, hal 267.

hakim tersebut dapat bertanya ke MK atas konstitusionalitas UU tersebut.⁵⁷² Baik Eggy Sudjana, dan Pandapotan Lubis mengajukan permohonan putusan provisi agar MKRI menguji konstitusionalitas Pasal 134,136 bis dan 137 KUHP terhadap UUD 1945, meskipun MKRI tidak memberikan jawaban atas permohonan putusan provisi tersebut. Tetapi adanya keraguan konstitusionalitas Pasal 134,136 bis dan 137 KUHP terhadap UUD 1945 menegaskan adanya keraguan atas konstitusionalitas Pasal 134, 136 bis dan 137 KUHP terhadap UUD 1945. Kemudian, MKRI sendiri akhirnya menyatakan Pasal 134,136 bis dan 137 KUHP bertentangan dengan UUD 1945. Kemudian dalam kasus Panji Utomo, meskipun Panji Utomo tidak seperti Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis, tidak mengajukan permohonan putusan provisi. Tetapi MKRI memutuskan Pasal 134, 136 bis dan 137 KUHP bertentangan dengan UUD 1945, ini menunjukkan seharusnya Panji Utomo diberikan haknya untuk mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional konstitusionalitas atas Pasal 134, 136 bis dan 137 KUHP.

b. Putusan MKRI Kasus Pencemaran Nama Baik;

MKRI telah memutuskan beberapa permohonan uji material atas Pasal 310 dan 311 KUHP terkait dengan pencemaran nama baik. Peneliti membahas dan mengelaborasi Putusan MKRI dalam kasus pencemaran nama baik atas nama pemohon Bersihar Lubis dan Risang Bima Wijaya dan Bersihar Lubis. Kemudian selanjutnya peneliti akan menghubungkannya dengan adanya urgensi permohonan pertanyaan konstitusional. MKRI di dalam putusannya Nomor 14/PUU-VI/2008 telah memutuskan menolak permohonan hak uji materil Pasal 310 ayat (1) dan (2), dan juga Pasal 311 KUHP. Adapun fakta-fakta hukum atas permohonan tersebut adalah sebagai berikut :

1. Pemohon, Risang Bima Wijaya, merupakan jurnalis di Yogyakarta yang menulis berita tentang pelecehan seksual oleh Pimpinan Redaksi salah satu media di Yogyakarta;
2. Pemohon dilaporkan ke kepolisian oleh Pimpinan Redaksi tersebut dengan sangkaan melakukan pencemaran nama baik yang diatur di dalam Pasal 310 ayat (1) dan (2), dan juga 311 KUHP;
3. Kemudian JPU membawa kasus pidana pemohon ini ke pengadilan, dengan mendakwa pemohon melanggar Pasal 310 ayat (1) dan (2), dan Pasal 311 KUHP;
4. PN Sleman melalui putusannya Nomor 39/Pid.B/2004 memutuskan menyatakan pemohon terbukti bersalah

⁵⁷² Mahfud MD, *Loc.Cit.*

melanggar Pasal 310 ayat (1) dan (2) jo. Pasal 311 KUHP, dan menghukum pemohon penjara selama sembilan bulan;

5. Kemudian Pengadilan Tinggi (PT) Yogyakarta menguatkan Putusan PN Sleman tersebut. Kemudian MARI menguatkan Putusan PN Sleman dan PT Yogyakarta, tetapi menghukum enam bulan penjara pemohon;
6. Selanjutnya pemohon mengajukan permohonan hak uji material Pasal 310 ayat (1) dan (2), dan Pasal 311 KUHP ke MKRI karena melanggar hak-hak konstitusionalnya yang diatur di dalam UUD 1945 dan perubahannya terutama Pasal 28 F UUD 1945 tentang hak untuk memperoleh informasi;
7. Kemudian Pemohon, Bersihar Lubis, adalah Jurnalis yang menulis artikel di media nasional yang mengkritik Kejaksaan Agung. Kemudian kejaugung keberatan dengan substansi artikel tersebut, dan melaporkannya ke Polres Depok;
8. Polres Depok menetapkan pemohon melakukan tindak pidana pencemaran nama baik yang melanggar Pasal 310 ayat (1) dan (2), dan Pasal 311 KUHP. Kemudian JPU mendakwa pemohon karena melakukan tindak pidana pencemaran nama baik dan melanggar Pasal 310 ayat (1) dan (2), dan Pasal 311 KUHP;
9. PN Depok memutuskan pemohon bersalah melakukan tindak pidana penghinaan terhadap penguasa umum dan melanggar Pasal 207 KUHP, dan menghukum pemohon sebulan penjara dan tiga bulan untuk hukuman percobaan;
10. Kemudian setelah putusan tersebut pemohon mengajukan uji materi Pasal 310 ayat (1) dan (2), dan Pasal 311 KUHP terhadap UUD 1945 dan perubahannya ke MKRI.⁵⁷³

MK menolak permohonan hak uji material Pasal 310 ayat (1) dan (2), dan juga Pasal 311 KUHP terhadap UUD 1945 karena setiap orang juga berhak atas perlindungan atas kehormatannya yang juga dilindungi oleh UUD 1945 dan perubahannya terutama hak atas perlindungan atas kepastian hukum dan hak privasi, dan permasalahan bukanlah pada norma-norma hukumnya melainkan pada penerapan/aplikasi norma-norma hukumnya.⁵⁷⁴ Menurut peneliti, meskipun permohonan para pemohon tersebut ditolak oleh MKRI, tetapi seharusnya para pemohon diberikan hak untuk mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional untuk menguji konstitusionalitas Pasal 310 dan 311 KUHP terhadap UUD 1945.

Di dalam kasus tindak pidana pencemaran nama baik/penghinaan terhadap pemerintah oleh para pemohon, sebenarnya belum ada upaya penyelesaiannya melalui mekanisme hak jawab berdasarkan UU Pers Nomor 40 Tahun 1999. Sehingga norma-norma hukum yang ada di dalam UU Pers Nomor 40 Tahun 1999

⁵⁷³ Putusan MKRI Nomor Nomor 14/PUU-VI/2008.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

belum diterapkan, sementara upaya hukum pidana harusnya merupakan upaya hukum terakhir (*ultimum remedium*). Hak jawab adalah seseorang atau sekelompok orang untuk memberikan tanggapan atau sanggahan terhadap pemberitaan berupa fakta yang merugikan nama baiknya.⁵⁷⁵ Hakim-hakim di PN Sleman dan PN Depok di dalam kasus pencemaran nama baik oleh Risang Bima Wijaya dan Bersihar Lubis belum menguji penerapan UU Pers Nomor 40 Tahun 1999 dan menguji unsur kepentingan umum di dalam Pasal 310 ayat (3) KUHP, justru hakim-hakim tersebut langsung menggunakan Pasal 207, 310 dan 311 KUHP yang mengatur pencemaran nama baik terhadap kehormatan seseorang dan penguasa.

Menurut Wirjono Projodikoro menjelaskan *ultimum remedium* adalah norma-norma atau kaidah-kaidah di bidang hukum tata negara atau hukum tata usaha negara pertama-tama harus dilandasi dengan sanksi administrasi, juga norma-norma atau kaidah-kaidah di bidang hukum perdata harus dilandasi dengan sanksi perdata, dan jika sanksi administrasi dan saksi perdata tidak tercapai tujuannya, maka sanksi pidana merupakan upaya terakhir (*ultimum remedium*).⁵⁷⁶

Pendapat Wirjono Projodikoro tersebut sejalan dengan UU Pers Nomor 40 Tahun 1999 yang menjadikan sanksi pidana sebagai *ultimum remedium*, dan menjadikan hak jawab dari pembaca/pemirsas sebagai hal yang harus didahulukan di dalam sengketa pers.

c. Putusan MK Kasus Penodaan Agama;

Peneliti mengkaji putusan MKRI Nomor 140/PUU-VII/2009 tentang hak uji material UU Nomor 1/PNPS/1965 terhadap UUD 1945 dan perubahannya, dan kemudian menghubungkannya dengan putusan-putusan di PN atas kasus-kasus pencegahan dan atau penodaan agama sebelum adanya Putusan MKRI Nomor 140/PUU-VII/2009. Berikut ini adalah fakta-fakta hukum dari permohonan (Abdullrachman Wahid dkk) pengujian UU Nomor 1/PNPS/1965 tersebut :

1. Pemohon adalah mantan Presiden RI ke IV bersama dengan para pemohon lainnya mengajukan hak uji materiil dan formil UU Nomor 1/PNPS/1965 terhadap UUD 1945 dan perubahannya ke MKRI;
2. Para pemohon tidak sepakat atas norma-norma yang ada di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965 yang bertentangan dengan UUD 1945 dan perubahannya khususnya Pasal 28

⁵⁷⁵ Angka ke 11 UU Pers Nomor 44 Tahun 1999

⁵⁷⁶ Wirjono Projodikoro, **Asas-Asas Hukum Pidana**, Jakarta: Rineka Cipta, 2005, hal. 17.

E ayat (1) dan (2) UUD tentang hak setiap orang untuk beragama dan kepercayaan;

3. Menurut para pemohon Pasal 1 UU Nomor 1/PNPS/1965 ditafsirkan secara meluas sehingga tidak ada kepastian hukum, dan merugikan hak-hak konstitusional warga negara yang dituduh melanggar Pasal 1 UU Nomor 1/PNPS/1965 tersebut khususnya mereka yang menjalankan ibadah keagamaan yang berpotensi melanggar Pasal 28 D UUD 1945;
4. Para pemohon juga menuntut agar tidak ada diskriminasi dalam pengakuan agama oleh negara;
5. MKRI di dalam putusannya menolak permohonan tersebut, dalam arti tidak ada permasalahan norma-norma hukum di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965;
6. Tetapi MKRI di dalam putusannya menafsirkan makna kata pengakuan negara atas agama di dalam Penjelasan Pasal 1 UU Nomor 1/PNPS/1965 tidak berarti negara membatasi pengakuan atas agama-agama lain yang ada di Indonesia;
7. Kemudian juga menurut putusan MKRI tersebut sebenarnya yang menjadi permasalahan adalah penerapan norma hukum atas UU Nomor 1/PNPS/1965 tersebut khususnya penerapan sanksi administrasi harus dilaksanakan terlebih dahulu berupa peringatan satu sampai tiga (Pasal 2 dan 3 UU Nomor 1/PNPS/1965), jika terdapat pelanggaran atas Pasal 1 UU Nomor 1/PNPS/1965;
8. Penerapan sanksi pidana yang diatur di dalam Pasal 4 UU Nomor 1/PNPS/1965 yang kemudian diintegrasikan menjadi Pasal 156 a KUHP haruslah menjadi upaya hukum terakhir jika sanksi administrasi tersebut tidak dipatuhi.⁵⁷⁷

Berdasarkan Putusan MKRI Nomor 140/PUU-VII/2009 tersebut, majelis hakim MKRI memberikan penafsiran atas penerapan norma-norma hukum di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965 yaitu tidak ada permasalahan norma-norma hukum di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965, tetapi yang menjadi permasalahan adalah penerapan norma-norma hukumnya yaitu jika terdapat pelanggaran atas Pasal 1 UU Nomor 1/PNPS/1965 maka sanksi administrasi yang diatur di dalam Pasal 2 dan 3 UU Nomor 1/PNPS/1965 harus lebih dahulu diterapkan. Kemudian, jika sanksi administrasi tersebut tidak dipatuhi, maka sanksi pidana yang diatur di dalam Pasal 4 UU Nomor 1/PNPS/1965 dan Pasal 156a KUHP dapat diterapkan.

Di dalam prakteknya sebelum adanya Putusan MKRI nomor 140/PUU-VII/2009, hakim-hakim di PN, sesuai dengan kasus-kasus penodaan agama yang dijelaskan peneliti di dalam Tabel 1.4, tidak menguji penerapan norma-norma hukum di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965 sesuai dengan tafsiran dari majelis hakim di MKRI

⁵⁷⁷ Putusan MKRI Nomor 140/PUU-VII/2009.

tersebut. Hakim-hakim di PN tersebut langsung menerapkan sanksi pidana terhadap para terdakwa yang didakwa melakukan pelanggaran atas Pasal 1 UU Nomor 1/PNPS/1965. Seharusnya para terdakwa tersebut dapat mempertanyakan permasalahan penerapan norma-norma hukum di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965 kepada hakim-hakim di PN tersebut, dan juga seharusnya terdakwa dibebaskan karena penerapan norma-norma di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965 tidak sesuai dengan Putusan MKRI Nomor 140/PUU-VII/2009.

d. Putusan MK Kasus Peninjauan Kembali (PK).

Peneliti mengkaji Putusan MKRI Nomor 34/PUU-XI/2013 dalam kasus permohonan Antasari Azhari yang mengajukan permohonan uji materi Pasal 268 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) UU Nomor 18 Tahun 1981 terhadap UUD 1945 dan perubahannya. Penulis mencoba merangkum fakta-fakta hukumnya berdasarkan Putusan MKRI tersebut yaitu :

1. Pemohon adalah terpidana yang terbukti secara sah dalam kasus pembunuhan di PN Jakarta Selatan berdasarkan Putusan PN Jakarta Selatan Nomor 1532/Pid.B/2009/PM/Jkt.Sel tanggal 1 Februari 2009, dan kemudian diperkuat oleh Putusan MARI Nomor 1429 K/Pid/2009 tertanggal 21 September 2010;
2. Kemudian pemohon mengajukan permohonan PK, tetapi MARI menolak permohonan PK tersebut melalui Putusannya Nomor 117PK/Pid/2011 tertanggal 13 Februari 2013;
3. Pemohon tidak bisa mengajukan permohonan PK untuk kedua kalinya karena berdasarkan Pasal 268 ayat (3) KUHP tidak memperbolehkan pemohon untuk mengajukan PK sebanyak dua kali;
4. Pemohon berargumen Pasal 286 ayat (3) KUHP tersebut bertentangan dengan Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945 yang mengatur tentang hak atas keadilan karena menurut pemohon menjelaskan keadilan lebih penting dibandingkan dengan kepastian hukum;
5. Di dalam putusan ini juga terdapat isu hukum yaitu apakah permohonan yang diajukan oleh pemohon merupakan ne bis in idem karena sebelumnya sudah terdapat permohonan yang mirip yaitu pengujian Pasal 263 ayat (3) KUHP terhadap UUD 1945 dan perubahannya. Tetapi Majelis Hakim MKRI menilai permohonan sebelumnya, nomor perkara 16/PUU-VIII/2010, memiliki batu uji berbeda di dalam UU 1945 dan perubahannya dengan permohonan Antasari Azhar yaitu;
 - a. Permohonan Antasari Azhar menggunakan batu uji adalah Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28 C ayat (1) UUD 1945;

- b. Permohonan nomor perkara 16/PUU-VIII/2010 menggunakan batu uji adalah Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28 D ayat (1), Pasal 28 H ayat (2), dan Pasal 28 I ayat (2) UUD 1945.
6. Majelis Hakim di dalam kasus ini menilai tidak ada nebis in idem karena batu ujinya di dalam UUD 1945 terhadap Pasal 268 ayat (3) KUHAP di dalam permohonan Antasari Azhar ini berbeda dengan permohonan nomor perkara 16/PUU-VIII/2010, dan ini dibenarkan berdasarkan Pasal 60 ayat (2) UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana dirubah dengan UU Nomor 8 Tahun 2011;
7. Majelis Hakim MKRI juga memutuskan Pasal 263 ayat (3) KUHAP bertentangan dengan UUD 1945 karena secara historis-filosofis, PK yang dilahirkan untuk melindungi kepentingan terpidana. PK berbeda dengan banding dan kasasi sebagai upaya hukum biasa, dan upaya hukum biasa harus dihubungkan dengan prinsip kepastian hukum karena tanpa kepastian hukum yaitu dengan menentukan limitasi waktu dalam mengajukan upaya hukum biasa, justru akan menimbulkan ketidakpastian hukum yang melahirkan ketidakadilan dan proses hukum yang tidak selesai. Upaya hukum biasa itu terkait dengan kebenaran materil dan persyaratan formil. Persyaratan formal yaitu tenggang waktu tertentu setelah diketahuinya putusan oleh para pihak. Sementara upaya hukum luar biasa bertujuan untuk menemukan keadilan dan kebenaran materil, oleh karena itu keadilan tidak bisa dibatasi oleh waktu ataupun ketentuan formalitas yang membatasi upaya hukum luar biasa (PK) hanya dapat diajukan satu kali. Mungkin saja, setelah diajukan PK, dan diputus ada keadaan baru (novum) yang substansial yang baru ditemukan pada saat PK sebelumnya belum ditemukan.⁵⁷⁸

Putusan MKRI Nomor 34/PUU-XI/2013 menegaskan PK boleh dilakukan lebih dari satu kali karena PK merupakan upaya hukum luar biasa yang bertujuan untuk mencari kebenaran material. Majelis Hakim MKRI di dalam putusan tersebut, lebih memilih prinsip keadilan dibandingkan dengan prinsip kepastian hukum. Prinsip keadilan sendiri merupakan salah satu hak konstitusional yang secara tegas dilindungi dan disebutkan di dalam Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945. Dalam hubungannya dengan permohonan pertanyaan konstitusional, di sini adanya ketidakadilan untuk mereka yang berhak mengajukan PK lebih dari satu kali sebelum adanya Putusan MKRI Nomor 34/PUU-XI/2013. Seperti yang dijelaskan di dalam Tabel 4 di Bab sebelumnya terdapat sejumlah terpidana yang pernah mengajukan PK untuk pertama kalinya, tetapi telah tertutup untuk mengajukan permohonan PK

⁵⁷⁸ Putusan MKRI Nomor 34/PUU-XI/2013.

untuk kedua kalinya karena adanya ketentuan Pasal 268 ayat (3) KUHAP. Di sisi lain, juga terdapat prinsip *justice delayed justice denied* yang mengandung arti keadilan yang tertunda adalah keadilan yang diabaikan. Keadilan yang tertunda untuk para pemohon PK lebih dari satu kali sebelum adanya Putusan MKRI Nomor 34/PUU-XI/2013 tersebut, merupakan pengabaian keadilan.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka sebenarnya ada urgensi untuk mengadopsi permohonan pertanyaan konstitusional di dalam UU MKRI dan atau konstitusi kita.

IV.3.2 Urgensi Empiris Permohonan Pertanyaan Konstitusional Berdasarkan Putusan-Putusan PN di bawah Kekuasaan MARI dan Putusan MARI.

Peneliti akan membahas beberapa putusan PN dan MARI terkait yang mempunyai korelasi dengan permohonan pertanyaan konstitusional sebelum adanya Putusan-Putusan MKRI yang sudah dibahas di atas. Dalam hal ini peneliti mengeleaborasi Putusan PN Jakarta Pusat dalam kasus penghinaan terhadap Presiden Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis, Putusan PN Banda Aceh atas Panji Utomo, Putusan PN Depok atas Bersihar Lubis dalam kasus pencemaran nama baik, Putusan MARI atas Yusman Roy, Putusan MARI atas Antasari Azhar dalam kasus permohonan PK.

a. Putusan PN Jakarta Pusat Atas Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis;

PN Jakarta Pusat sudah memutuskan Pemohon, Eggy Sudjana, terbukti secara sah dan menyakinkan telah melanggar Pasal 134 jo. 136 bis dan 137 KUHP yaitu penghinaan terhadap Presiden⁵⁷⁹. Pada saat persidangan kasus tersebut, Pemohon tersebut mengajukan permohonan provisi kepada MKRI untuk menghentikan proses persidangan sampai ada Putusan MKRI atas permohonan uji materil dan formil atas Pasal 134 jo. 136 jo. 137 bis KUHP tersebut mempunyai kekuatan hukum tetap. Kemudian, MARI menguatkan putusan PN Jakarta Pusat tersebut, dan menolak permohonan PK dari Eggy Sudjana.⁵⁸⁰ Majelis Hakim baik di PN dan MARI tidak mempertimbangkan dan atau menggunakan Putusan MKRI Nomor 13/PUU-IV/2006 yang telah menyatakan Pasal 134 jo. 136 bis jo. 137 KUHP tidak mempunyai kekuatan hukum dan bertentangan dengan UUD 1945. Putusan MKRI memang berlaku ke depan (*ex tunc*), tetapi MARI di dalam putusan PK tetap

⁵⁷⁹Putusan PN Jakarta Pusat Nomor 1411/Pid.B/PN/Jkt/Pst.

⁵⁸⁰Putusan MARI Nomor 153 PK/Pid/2010

tidak menggunakan dan mempertimbangkan Putusan MKRI tersebut. Lebih jauh, Peneliti akan membahas isu ini di dalam bagian prinsip erga omnes dari Putusan MKRI di Indonesia.

Majelis Hakim di PN Jakarta Pusat juga telah memutuskan Pandapotan Lubis telah terbukti secara sah dan menyakinkan melanggar Pasal 134, Pasal 136 Bis, dan Pasal 137 KUHP.⁵⁸¹ Pada saat proses persidangan kasus penghinaan terhadap presiden tersebut, pemohon mengajukan hak uji materi Pasal 134, Pasal 136 Bis, dan Pasal 137 KUHP terhadap UUD 1945 ke MKRI. Majelis Hakim MKRI mengabulkan permohonan pemohon tersebut, dan menyatakan Pasal 134, Pasal 136 Bis dan Pasal 137 KUHP bertentangan dengan UUD 1945, akan tetapi Majelis Hakim di PN Jakarta Pusat tidak mempertimbangkan dan menggunakan Putusan MKRI tersebut.

b. Putusan PN Banda Aceh atas Panji Utomo

PN Banda Aceh memutuskan Panji Utomo telah terbukti secara sah dan menyakinkan melanggar Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP yaitu melakukan penghinaan terhadap pemerintah, dan menghukum penjara pemohon selama dua bulan.⁵⁸² Setelah Putusan PN Banda Aceh, mengajukan permohonan uji materi atas Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP terhadap UUD 1945. Majelis Hakim MKRI, seperti yang dijelaskan di atas, mengabulkan permohonan pemohon tersebut, dan menyatakan Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP bertentangan dengan UUD 1945, dan tidak mempunyai kekuatan hukum. Pemohon tidak mengajukan upaya hukum banding atas Putusan PN Banda Aceh tersebut. Jika Putusan MKRI tersebut sudah ada sebelum adanya proses persidangan penghinaan terhadap pemohon di PN Banda Aceh, maka besar kemungkinan adanya perlindungan hak-hak konstitusional terhadap pemohon.

Kemudian juga, jika terdapat mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional sebelum adanya proses hukum di PN Banda Aceh terhadap pemohon, maka ada kemungkinan besar pemohon akan mempertanyakan kepada hakim atas penggunaan Pasal 154 dan Pasal 155 sebagai dasar dakwaan terhadapnya. Dan terdapat peluang besar dari pemohon untuk dibebaskan dari dakwaan JPU tersebut, karena berdasarkan Putusan MKRI Nomor 6/PUU-V/2007 memutuskan Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP bertentangan dengan UUD 1945, dan tidak mempunyai

⁵⁸¹ Putusan PN Jakarta Pusat Nomor PDM-1662/JKT-PST/07/2016.

⁵⁸² Putusan PN Banda Aceh Nomor 232/Pid.B/2006/PN.BNA.

kekuatan hukum mengikat. Artinya, perlindungan hak-hak konstitusional pemohon dan keadilan akan dijamin oleh adanya mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional.

c. Putusan PN Depok atas Bersihar Lubis

PN Depok telah memutuskan Bersihar Lubis terbukti secara sah dan menyakinkan melanggar Pasal 207 KUHP yaitu melakukan penghinaan tertulis terhadap penguasa umum, dan menghukum satu bulan penjara dan tiga bulan masa percobaan.⁵⁸³ Bersihar Lubis tidak mengajukan upaya hukum banding.⁵⁸⁴ Bersihar Lubis mengajukan permohonan uji materi Pasal 310 dan 311 KUHP terhadap UUD 1945 ke MKRI setelah Putusan PN Depok tersebut. Berdasarkan Putusan MKRI14/PUU-VI/2008, Majelis Hakim menyatakan tidak terdapat permasalahan penerapan norma hukum, tetapi yang menjadi permasalahan adalah penerapan norma hukum. Terdapat sarjana juga menjelaskan di kasus ini isu permohonan pertanyaan konstitusional telah diangkat yaitu :

“Mengenai *constitutional question* disinggung juga dalam putusan perkara Nomor 14/PUU-VI/2008, dalam tersebut, MKRI berpendapat bahwa apa yang dialami pemohon bukan merupakan persoalan norma, melainkan penerapan hukum yang sesungguhnya dapat diwadahi dalam mekanisme *constitutional question* dan *constitutional complaint* yang saat ini tidak dimiliki MKRI”⁵⁸⁵

Sehingga jika terdapat mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional, ketika pemohon sedang diproses hukum di PN Depok maka ada kemungkinan hak-hak konstitusional pemohon dapat dilindungi secara optimal.

d. Putusan MARI Atas Yusman Roy

MARI telah memutuskan menolak permohonan kprinsip i dan menguatkan Putusan Judex Factie (PN Kapanjen dan PT Jawa Timur) yang memutuskan Yusman Roy terbukti secara sah dan menyakinkan melanggar Pasal 156 a KUHP tentang penodaan agama dan menghukum Yusman Roy dua tahun penjara.⁵⁸⁶ Yusman Roy melakukan penodaan agama karena mempraktekan shalat dalam dua bahasa yaitu Bahasa Arab dan Bahasa Indonesia, yang bertentangan dengan mainstream ajaran

⁵⁸³Putusan PN Depok Nomor 744/Pid.B/PN.DPK.

⁵⁸⁴Putusan MKRI Nomor 14/PUU-VI/2008.

⁵⁸⁵Asmaeny Azis & Indrawati, *Constitutional Complaint & Constitutional Question dalam Negara Hukum*, Jakarta: Prenadamedia & Republik Institute, 2018, hal. 7.

⁵⁸⁶ Putusan MARI Nomor 243 K/Pid.B/2008.

Agama Islam. Peneliti menilai Majelis Hakim di tingkat *judex jurist* dan *judex factie* di kasus Yusman Roy tidak menerapkan norma-norma hukum sesuai dengan Putusan MKRI Nomor 140/PUU-VII/2009. Menurut Putusan MKRI Nomor 140/PUU-VII/2009 memberikan *rule* yaitu jika terdapat pelanggaran atas Pasal 1 UU Nomor 1/PNPS/1965 maka sanksi administrasi yang diatur di dalam Pasal 2 dan 3 UU Nomor 1/PNPS/1965 harus lebih dahulu diterapkan. Kemudian, jika sanksi administrasi tersebut tidak dipatuhi, maka sanksi pidana yang diatur di dalam Pasal 4 UU Nomor 1/PNPS/1965 dan Pasal 156a KUHP dapat diterapkan.⁵⁸⁷

Jika terdapat mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional, maka ada kemungkinan Yusman Roy atau setidaknya kuasa hukumnya dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas Pasal 156 a KUHP tersebut kepada MKRI. Adanya Putusan MKRI yang menegaskan penerapan norma-norma hukum di dalam UU Nomor 1/PNPS/1965 harus terlebih dahulu menggunakan upaya-upaya administrasi dan sanksi administrasi, dan upaya hukum pidana serta sanksi pidana merupakan ultimum remedium. Berdasarkan Putusan MKRI tersebut, maka seharusnya MARI di dalam konteks *judex factie* menilai adanya penerapan norma-norma hukum yang salah yaitu upaya administrasi harusnya didahulukan dibandingkan dengan upaya hukum pidana dan sanksi pidana.

e. Putusan MARI Atas Antasari Azhar.

MARI telah menolak permohonan PK pertama Antasari Azhar, dan memperkuat Putusan MA Nomor 1429 K/Pid.B/2010 dan Putusan PN Jakarta Selatan Nomor 1532 B/Pid.b/2009/PN.Jkt.Sel.⁵⁸⁸ Kemudian Antasari Azhar bermaksud akan mengajukan permohonan PK yang kedua kali, tetapi terbentur dengan ketentuan Pasal 268 ayat (3) KUHAP yang menegaskan PK memang hanya bisa dilakukan satu kali saja.⁵⁸⁹ MKRI sendiri memutuskan Pasal 268 ayat (3) KUHAP tersebut bertentangan dengan UUD 1945, dan menyatakan Pasal 263 ayat (3) KUHAP tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.⁵⁹⁰ Jika terdapat mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional, setidaknya Antasari Azhar dan atau kuasa hukumnya, atau hakim dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas Pasal 28 ayat (3) KUHAP terhadap UUD 1945 kepada MKRI. Berdasarkan Putusan MKRI tersebut, Pasal 268 ayat (3) KUHAP dinyatakan tidak mempunyai

⁵⁸⁷Putusan MKRI Nomor 140/PUU-VII/2009.

⁵⁸⁸ Putusan MARI Nomor 117 PK/Pid/2011

⁵⁸⁹ Putusan MARI Nomor 34/PUU-XI/2013

⁵⁹⁰ *Ibid.*

kekuatan hukum dan bertentangan dengan UUD 1945. Ini berarti, jika terdapat permohonan pertanyaan konstiusional ketika proses pengajuan PK kedua kalinya, maka seharusnya Antasari Azhar berhak mengajukan PK kedua kalinya.

IV.4 Perbandingan Permohonan Pertanyaan Konstitusional di Austria, Korea Selatan dan Jerman

IV.4.1 Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Austria

Pada bagian ini, Peneliti membahas sejarah konstitusi Austria, pengaturan permohonan pertanyaan konstiusional di MK Austria, persyaratan permohonan pertanyaan konstiusional di MK Austria, *legal standing* pemohon pertanyaan konstiusional di MK Austria, dan proses permohonan pertanyaan konstiusional di MK Austria. Kemudian peneliti mengkaji kasus-kasus di MK Austria yang relevan dengan permohonan pertanyaan konstiusional seperti yang sudah dijelaskan di tabel di bab sebelumnya.

Hans Kelsen merancang pembentukan Konstitusi modern Austria pada 1920.⁵⁹¹ Karl Renner, yang pada saat itu menjabat Kanselier, mempercayakan kepada Hans Kelsen untuk merumuskan naskah cetak biru (*blue print*) Konstitusi Republik Austria.⁵⁹² Pada Oktober 1920 Konstitusi Republik Austria berhasil disahkan, dan pada tahun yang sama Hans Kelsen terpilih menjadi Hakim Konstitusi MK Austria.⁵⁹³ Gagasan untuk pembentukan MK Austria terdapat perdebatan apakah gagasan Hans Kelsen atau Adolf Merkel. Tetapi jika menelusuri pendapat Hans Kelsen tentang konstitusi dan teori *constitutional review*, dia sudah mempunyai gagasan untuk membentuk peradilan khusus yang berfungsi untuk menguji konstiusionalitas norma-norma di dalam UU terhadap Konstitusi sebagai berikut:

*"The power to examine the laws as their constitutionality and to invalidate unconstitutional laws may be conferred, as a more or less exclusive function on a special constitutional court while other courts have only the right to make applications to the constitutional court for examination and annulment of laws have to apply but which they consider to be unconstitutional. This solution of the centralisation of constitutional review of legislation".*⁵⁹⁴

⁵⁹¹Palguna, *Op.Cit.*, hal. 225.

⁵⁹²*Ibid.*

⁵⁹³*Ibid.*

⁵⁹⁴Hans Kelsen, *Op.Cit.*, hal. 268.

Pendapat Hans Kelsen di atas menegaskan perlunya ada peradilan khusus di luar MA yang mempunyai wewenang untuk menguji konstusionalitas UU terhadap UUD 1945. Model *constitutional review* di MK Austria menurut Hans Kelsen dikenal dengan sentralisasi. Menurut Jimly Asshiddiqie memang mengakui terdapat perdebatan inisator terbentuknya MK pertama di dunia yaitu di Austria:

“Beberapa guru besar hukum di Universitas Wina ada juga yang tidak setuju dengan pandangan yang mengagungkan Hans Kelsen dalam soal inisiator pembentukan MK di Austria. Di antara yang mengemukakan pendapat secara eksplisit kepada saya adalah seroang guru besar hukum mantan Rektor Universitas Wina yang pernah menjamu saya dalam kunjungan ke Wina pada Juli 2003. Dia berpendapat bahwa George Jelinek dan Adolf Merkel adalah tokoh yang lebih besar jasanya dalam memperkembangkan ide yang akhirnya melahirkan pembentukan MK di Austria. Tetapi banyak sarjana di dunia yang mengakui Hans Kelsenlah yang sebenarnya dalam hal ini. Ketika itu, saya berkunjung ke Hans Kelsen Instituut di Wina dan dibantu oleh beberapa pejabat dan staf di sana untuk menemukan dan membaca beberapa dokumen terkait. Kepada saya diperlihatkan dokumen-dokumen berbahasa Jerman yang memperlihatkan tulisan-tulisan yang mendukung kesimpulan bahwa Hans Kelsen memang berperan penting bagi terbentuknya MK yang pertama di dunia.⁵⁹⁵

Berdasarkan pendapat Jimly Asshiddiqie tersebut maka sangat jelas Hans Kelsen mempunyai kontribusi besar untuk terbentuknya MK pertama di dunia yaitu di Austria. Pasca Putusan MA AS dalam kasus *Marbury versus Madison* yang mengangkat isu kewenangan MA atas *constitutional review* telah menginspirasi negara-negara di Eropa untuk mempunyai kewenangan tersebut. Tetapi berbeda dengan di MA AS model permohonan pertanyaan konstusional-nya bersifat disentralisasi atau juga disebut model pengujian tersebar karena pengujian disentralisasi ini tidak bersifat institutional sebagai perkara yang berdiri sendiri, melainkan termasuk dalam perkara lain yang sedang diperiksa oleh hakim dalam semua lapisan pengadilan.⁵⁹⁶

Menurut I Dewa Gede Palguna MK Austria mempunyai kewenangan berdasarkan berdasarkan Konstitusi Austria (B-VG), dan UU MK Austria (VfGG) yaitu sebagai berikut:

1. Pengaduan /keberatan terhadap putusan administrasi tribunal (Pasal 144 B-VG, dan bagian 82 sampai dengan 88a VfGG). Orang perorangan yang merasa haknya telah dilanggar oleh suatu putusan administrasi tribunal dapat mengajukan

⁵⁹⁵Asshiddiqie, *Op. Cit.*, hal.51.

⁵⁹⁶*Ibid.*, hal. 60.

pengaduan atau keberatan ke MK atau banding ke Pengadilan Administrasi (*Administrative Court*), atau bahkan mengajukan kepada keduanya untuk masalah yang sama dan pada saat bersamaan. Mahkamah tidak diberi kewenangan untuk menguji kasus-kasus yang diperiksa oleh pengadilan perdata dan pidana;

2. *Constitutional Review*

Constitutional review diatur di dalam Pasal 140 B-VG dan dalam bagian 62 sampai dengan 65a VfGG, dan kewenangan *costitutional review* ini mencakup UU negara federal dan negara bagian (provinsi). *Constitutional review* ini terdiri dari :

Concrete review

a. *Judicial review resolution*, jika MK Austria mengkhawatirkan suatu norma hukum yang diberlakukan dalam suatu kasus sembari menunggu Putusan MK, bertentangan dengan konstitusi Mahkamah secara *ex-officio* menginisiasi persidangan dengan memberlakukan mekanisme *judicial review resolution* ;

b. *Constitutional question*, jika pengadilan administrasi atau pengadilan biasa memiliki keraguan perihal konstitusionalitas suatu norma hukum yang berlaku dalam suatu kasus yang sedang ditanganinya, mereka diwajibkan mengajukan permohonan ke MK perihal pembatalan norma tersebut;

c. *Individual application*, perorangan berhak mengajukan norma UU yang bertentangan dengan konstitusi, jika norma UU tersebut berlaku terhadapnya tanpa ada putusan pengadilan biasa atau pengadilan administrasi;

d. *Application by a party to a lawsuit*, perorangan yang telah kasusnya diputus oleh pengadilan tingkat pertama yang haknya dilanggar berhak mengajukan permohonan konstitusionalitas suatu UU sebagai sarana hukum untuk mempersoalkan putusan pengadilan tersebut.

Abstract review

Pemerintah federal, pemerintah negara bagian (provinsi), seperti anggota Dewan Nasional atau sepertiga anggota dewan dewan federal, seperti anggota parlemen tingkat negara bagian berhak mengajukan *abstract review* atas norma UU ke MK Austria;

3. Ketidakabsahan peraturan perundang-undangan dan republikasi yang dikeluarkan oleh pejabat administrasi (Pasal 139 B-VG dan dalam bagian 57 sampai dengan bagian 61a VfGG);

4. Ketidakabsahan perjanjian internasional, baik secara konstitusional maupun keabsahan secara hukum (Pasal 140a B-VG, dan dalam bagian 66 VfGG);

5. Keabsahan pemilihan umum tertentu (Pasal 141 paragraf 1 huruf a dan b B-VG, bagian 67 sampai dengan 70 VfGG, bagian 21 dari UU tentang Pemilihan Presiden Federal, bagian 80 Ketentuan tentang Pemilihan Parlemen Eropa;

6. Perlawanan/keberatan terhadap hasil pengumpulan pendapat umum (*popular initiative*), plesbit, referendum dan inisiatif warga Eropa;

7. MK Austria berwenang untuk memutus masalah kehilangan kursi di lembaga-lembaga yang pengisiannya dilakukan dengan pemilihan (*loss of seats in elected bodies*);
8. Pengaduan/keberatan terhadap penguasa wilayah (*territorial authorities*) dengan alasan tuntutan kepemilikan tertentu;
9. Sengketa kepemilikan yurisdiksi;
10. Sengketa berkenaan dengan komite penyelidikan parlemen (*parliamentary committees of enquiry*).⁵⁹⁷

Berdasarkan hal tersebut di atas, maka sangat jelas MK Austria mempunyai wewenang untuk menerima dan memutus permohonan pertanyaan konstitusional, yang mana permohonan pertanyaan konstitusional tersebut sangat unik karena menurut peneliti terdapat dua jenis permohonan pertanyaan konstitusional di MK Austria yaitu *pertama*, pada saat sebelum diputus oleh pengadilan umum, perorangan berhak mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas norma hukum yang menjadi dasar hukum kasusnya (permohonan pertanyaan konstitusional pra-putusan pengadilan). *Kedua*, setelah putusan pengadilan pada tingkat pertama, perorangan berhak mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas norma hukum di dalam UU yang menjadi dasar putusan pengadilan tersebut (permohonan pertanyaan konstitusional pasca putusan pengadilan). Kemudian kualifikasi pemohon pertanyaan konstitusional di MK Austria adalah dimungkinkan adanya perorangan yang menjadi pihak di dalam persidangan di pengadilan umum/administrasi berhak mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional. Selain itu juga hakim di pengadilan umum yang berhak mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut ke MK.

MK Austria telah mengadopsi kewenangan *abstract review* dan *concrete review*, hal ini sejalan dengan pendapat Jimly Asshiddiqie yaitu MK Austria telah melengkapi kewenangan constitutional review baik untuk *abstract review* dan *concrete review* dan hal tersebut yang diinginkan oleh para penggagas dan pendiri MK Austria yaitu Hans Kelsen dan Adolf Merkel.⁵⁹⁸ MK Austria juga mempunyai kewenangan *constitutional complaint* sejak 1975.⁵⁹⁹

Kemudian di dalam hukum acara MK Austria terdapat mekanisme untuk mencegah terjadinya penumpukan kasus (*overloaded cases*) di MK Austria :

"The Constitutional Court is not allowed to select the cases on its docket. However, in order to alleviate an excessive caseload, the Constitutional Court may refuse to hear a case in a simplified

⁵⁹⁷ Palguna, *Op.Cit.*, hal. 245-261.

⁵⁹⁸ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 65-66.

⁵⁹⁹ Ainul Yaqin, *Op.Cit.*, hal. 55.

*procedure if the case has no reasonable prospect of success or if the case does not touch upon conditional provisions, on other words when it fails within the jurisdiction of the Supreme Administration Court. Approximately four fifths of all complaints are rejected on these grounds. On the request of the applicant, the complaint is then assigned to the Federal Administrative Court”.*⁶⁰⁰

MK Austria tidak boleh memilih kasus-kasus yang didaftarkan, tetapi untuk mencegah terjadinya *overloaded-cases* MK Austria dapat menolak suatu kasus dengan penyederhanakan proses beracara di MK Austria yaitu jika kasus tersebut tidak mempunyai prospek untuk berhasil atau jika kasus tersebut tidak memenuhi syarat ketentuan-ketentuan konstitusional atau dengan kata lain kasus tersebut termasuk wewenang MA, maka kasus tersebut diserahkan ke MA.

Lebih jauh menurut MK Austria untuk mencegah terjadinya *overloaded-cases*, maka selain ada kriteria jika permohonan tersebut tidak mempunyai prospek untuk berhasil, terdapat juga kriteria jika permohonan tersebut tidak mampu menjelaskan issue (permasalahan) konstitusional yang akan diangkat, maka permohonan tersebut akan ditolak oleh MK Austria.⁶⁰¹

Berdasarkan data statistik dari MK Austria menunjukkan permohonan pertanyaan konstitusional yang diajukan kepada MK Austria mengalami kenaikan sejak 2015 sampai dengan 2018, yaitu pada 2015 terdapat 2645 permohonan, pada 2016 terdapat 3325, selanjutnya pada 2017 terdapat 4480 permohonan, dan pada 2018 terdapat 5143 permohonan.⁶⁰² Berdasarkan statistik jenis-jenis permohonan yang diterima oleh MK Austria tersebut, publik lebih tertarik menggunakan permohonan pertanyaan konstitusional kepada MK Austria jika dibandingkan dengan mekanisme yang lain yang tersedia di MK Austria seperti *abstract review* (Pasal 140 B-VG).

Selanjutnya peneliti membahas putusan-putusan permohonan pertanyaan konstitusional di MK Austria. Berdasarkan Putusan-Putusan permohonan pertanyaan konstitusional, maka peneliti menganalisis pertimbangan-pertimbangan hukum dari Putusan-Putusan MK Austria tersebut.

1. Putusan MK Austria atas *Social Assistance Act*

⁶⁰⁰ Ronald Faber, *The Austrian Constitutional Court and Its Role in Human Rights Protection*, Dri Utari Christina R & Ismail Hasani (Eds), Masa Depan Mahkamah Konstitusi RI : Naskah Konferensi Mahkamah Konstitusi dan Pemajuan Hak Konstitusional Warga Negara, Pustaka Masyarakat Setara, Jakarta, 2013, hal. 278.

⁶⁰¹ Verfassungsgesetz Osterreich, *The Constitutional Court*, Vienna: Janercheck, 2010, hal. 8.

⁶⁰² The Constitutional Court of Austria, *Statistics : Types of Proceedings*, https://www.vfgh.gv.at/kompetenzenundverfahren/statistiken/statistics_types_of_proceedings.en.html#, diakses pada 1 Juni 2020.

Fakta-fakta kasus dari Putusan MK Austria atas *Social Assistance Act* adalah UU Bantuan Sosial Austria yang memberikan bantuan hidup untuk warga negara Austria, pengungsi yang sudah mendapatkan pencari suaka (*asylum*), dan orang-orang asing yang berstatus *indefinite leave* (cuti tanpa batas, tetapi mempunyai status tinggal permanen di suatu negara). Mereka mendapatkan tunjangan sosial sebesar 844 Euro per bulannya dari negara. Pada 2016, UU Bantuan Sosial tersebut diamandemen, dan ada klausula baru yaitu tunjangan sosial akan dipotong sebesar 30 persen untuk mereka yang sudah tinggal kurang dari lima tahun dalam waktu enam tahun terakhir kecuali pemohon dapat membuktikan bahwa mereka meninggalkan Austria karena mengikuti pelatihan profesional atau karena urusan pekerjaan. Sekelompok pengungsi di Austria tidak menerima pelaksanaan dari amandemen UU Bantuan Sosial karena bertentangan dengan hak konstitusional untuk mendapatkan jaminan sosial karena bantuan sosial mereka ditolak, kemudian membawa kasus tersebut ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN). Kemudian hakim di PTUN mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK Austria atas konstitusionalitas amandemen UU Bantuan Sosial. Selanjutnya, berdasarkan Putusan MK Austria mengabulkan permohonan pertanyaan konstitusional yang diajukan oleh hakim dari Pengadilan TUN tersebut karena klausula yang memotong 30 persen dari tunjangan sosial untuk mereka yang kurang dari lima tahun dalam waktu enam tahun terakhir yaitu adanya perbedaan perlakuan dengan warga negara yang lainnya.⁶⁰³

Putusan MK Austria dalam kasus UU Bantuan Sosial tersebut menegaskan adanya pengakuan dan krusialnya permohonan pertanyaan untuk perlindungan hak-hak konstitusional tidak hanya untuk warga negara Austria tetapi juga untuk mereka yang menjadi pengungsi pencari suaka (*asylum*). Kemudian juga peran esensial dari hakim di Pengadilan TUN untuk mempertanyakan ketentuan yang mengatur pemotongan 30 persen tunjangan sosial untuk mereka yang telah tinggal di Austria kurang dari lima tahun dalam waktu enam tahun terakhir apakah sesuai dengan Konstitusi Austria. Ketentuan hasil amandemen UU Bantuan Sosial tersebut, terkesan memang ditujukan kepada para pengungsi dan pencari suaka. MK Austria menjadi *the guardian of the Constitution* dengan memutuskan ketentuan tersebut diskriminatif dan bertentangan dengan prinsip non-diskriminasi dalam pemenuhan

⁶⁰³ Putusan MK Austria Nomor G 136/2017, tertanggal 07 Maret 2018.

hak-hak atas standar hidup yang layak yang memang diakui dan dilindungi di dalam Konstitusi Austria.

2. Putusan MK Austria atas *Data Protection Act*

Fakta-fakta Putusan MK Austria atas Undang-Undang Perlindungan Data (*Data Protection Act*) sebagai berikut :

“Pemohon mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas Pasal 28 ayat (2) UU Perlindungan Data yaitu jika data personal digunakan untuk kepentingan data publik, maka pemilik data personal tersebut berhak mengajukan penghapusan data tersebut dalam waktu kapan saja, tanpa perlu memberitahukannya alasannya. Jika ada permohonan penolakan data personal tersebut, maka pengelola data personal tersebut harus menghapusnya dalam waktu delapan bulan. Pemohon menilai Pasal 28 ayat (2) UU Data Perlindungan Pribadi tersebut bertentangan dengan hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat yang dilindungi oleh Konstitusi Austria. Pemohon merupakan pengelola situs yang menyediakan data dokter-dokter praktek di Austria termasuk data-data nama dokter, alamat praktek dokter-dokter tersebut, lisensi praktek dokter-dokter tersebut. Dokter-dokter yang namanya ada di situs pemohon tersebut keberatan data-datanya tersebut dimasukan ke situs pemohon. Para dokter tersebut mengajukan gugatan perdata terhadap pemohon di pengadilan atas dasar Pasal 28 ayat (2) UU Perlindungan Data. Ketika dalam proses gugatan, pemohon mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK Austria atas norma hukum Pasal 28 ayat (2) UU Perlindungan Data karena melanggar hak atas ekspresi dan berpendapat.”⁶⁰⁴

Kemudian Majelis Hakim di MK Austria dalam perkara tersebut memutuskan Pasal 28 ayat (2) UU Perlindungan Data Austria bertentangan dengan hak untuk berekspresi dan berpendapat yang diakui dan dilindungi di dalam Konstitusi Austria.⁶⁰⁵ Majelis Hakim di MK Austria tersebut di dalam pertimbangan hukumnya mempertimbangan kepentingan-kepentingan para pihak dalam perlindungan data yaitu penyedia jasa data pribadi (*the controller*), perlindungan data pribadi para dokter (*personal data protection*), pengguna data pribadi (*the user*), kebutuhan publik atas data tersebut (*the public life*).⁶⁰⁶ Majelis Hakim di MK dalam putusan tersebut menilai Pasal 28 ayat (2) UU Perlindungan Data Austria tersebut tidak menjelaskan adanya keharusan agar pengadilan dapat mempertimbangkan/menimbang (*weighting the rights*) secara adil dan seimbang

⁶⁰⁴ Putusan MK Austria Nomor G 264/2015 tertanggal 08 November 2015.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

(*fair balance*) antara penyedia data-data pribadi, kepentingan dokter, kepentingan publik secara luas.⁶⁰⁷

Putusan MK Austria dalam isu perlindungan data pribadi menjadikan permohonan pertanyaan konstiusional hal yang esensial untuk melindungi hak-hak konstiusional warga negara. Kemudian juga, di dalam permohonan pertanyaan konstiusional tersebut pemohonnya adalah individual yang sedang terlibat dalam gugatan perkara perdata. Di mana pemohon sebagai penyedia jasa informasi dokter-dokter praktek di Austria digugat oleh para dokter yang keberatan informasinya ada di situs yang dikelola oleh pemohon. Ketika proses gugatan perdata di pengadilan umum, pemohon mengajukan pertanyaan konstiusional kepada MK Austria atas penerapan norma hukum (Pasal 28 ayat (2) UU Perlindungan Data Austria). Berbeda dengan Putusan MK Austria sebelumnya, yang mana hakim di pengadilan TUN yang mengajukan permohonan pertanyaan konstiusional, tetapi di dalam putusan ini yang menjadi pemohon adalah pihak tergugat di dalam gugatan perdata yang sedang disidangkan. UU MK Austria, seperti dijelaskan di atas, memang dapat menerima permohonan pertanyaan konstiusional tidak hanya dari hakim di pengadilan umum, tetapi juga para pihak dalam perkara pidana, perdata dan TUN.

3. Putusan MK Austria atas *Asylum Case*

Fakta-fakta hukum dari Putusan atas permohonan suaka (*asylum case*) adalah sebagai berikut :

"Pemohon, warga negara Tiongkok, mengajukan permohonan suaka karena kehidupannya terancam di Tiongkok ke Federal Asylum Tribunal (Tribunal/Pengadilan Permohonan Suaka). Tribunal tersebut menghentikan proses persidangan karena ketidakjelasan permohonan pemohon tersebut. Kemudian pemohon mengajukan permohonan pertanyaan konstiusional atas UU Federal Asylum Tribunal yang menjadi dasar pengentian persidangan permohonannya untuk suaka karena melanggar hak-hak konstiusional atas peradilan yang adil (*fair trial*) dan pemulihan yang efektif (*effective remedy*)."⁶⁰⁸

MK Austria menolak permohonan pemohon tersebut karena tidak ada pelanggaran hak-hak konstiusional pemohon yaitu hak atas peradilan yang adil dan *effective remedy*.⁶⁰⁹ Artinya, tidak ada permasalahan norma hukum di dalam UU

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ Putusan MK Austria Nomor U 466/11-18, U 1836/11-13, tertanggal 14 Maret 2012.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

Federal Asylum Tribunal tersebut, oleh karena itu permohonan pertanyaan konstitusionalnya ditolak. Berdasarkan hal tersebut, pasca putusan peradilan khusus tentang permohonan suaka dimungkinkan oleh pemohon untuk mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas UU Federal Asylum Tribunal khususnya ketentuan soal penghentian persidangan karena menurut pemohon hal tersebut melanggar hak-hak konstitusionalnya atas peradilan yang adil dan *effective remedy*.

Menurut peneliti berdasarkan putusan tersebut, model permohonan pertanyaan konstitusional di Austria tidak hanya dilakukan pada saat persidangan perkara, tetapi juga bisa dilakukan pasca persidangan khususnya mempersoalkan norma hukum di dalam UU yang dijadikan dasar hukum dalam putusannya.

Tabel 1.12
Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Austria

| No. | Dasar Hukum | Legal Standing Pemohon | Proses Beracara | Jenis Putusan |
|-----|----------------------------|--|--|--|
| 1 | Pasal 144 B-VG, 62-65 VfGG | <ol style="list-style-type: none"> Hakim dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas keraguan norma di dalam UU dan atau bagian UU ke MK Austria; Para pihak di dalam perkara berhak mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas norma hukum di dalam UU atau bagian UU ke MK melalui hakim dan MA Austria; Para pihak berhak mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas norma hukum atau bagian norma hukum yang menjadi | <ol style="list-style-type: none"> Hakim mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional kepada MK Austria melalui kepaniteraan atas keraguan norma hukum dan atau bagian norma hukum; Pihak dalam perkara dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas norma hukum dan atau bagian dari norma hukum di dalam UU melalui hakim di pengadilan; Para pihak di dalam perkara bisa langsung mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional langsung ke MK Austria pasca putusan tingkat pertama. | <ol style="list-style-type: none"> Putusan MK Austria mengikat seluruh cabang-cabang kekuasaan Putusan final dan putusan pra-sidang. |

| | | | | |
|--|--|---|---|--|
| | | dasar hukum putusan PN tingkat pertama. | 4. Terdapat mekanisme pra-sidang untuk mencegah terjadinya <i>overloaded-cases</i> yaitu MK Austria melakukan penilaian dua hal yaitu apakah permohonan mempunyai prospek untuk berhasil atau apakah pemohon menjelaskan isu-isu konstitusional yang akan diangkat. | |
|--|--|---|---|--|

Sumber : Bahan Hukum Primer, Diolah Sendiri, 2020

IV.4.2 Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Korea Selatan;

Pada bagian ini peneliti membahas sejarah pembentukan MK Korea Selatan, dasar hukum MK Korea Selatan, kewenangan MK Korea Selatan, ruang lingkup pengaturan permohonan pertanyaan konstitusional, kualifikasi pemohon pertanyaan konstitusional, dan Putusan-Putusan MK Korea Selatan yang relevan dengan permohonan pertanyaan konstitusional.

MK Korea Selatan didirikan pada 1987 dan berdasarkan perubahan UUD Korea Selatan, selanjutnya pada 1988 Parlemen dan Pemerintah Korea Selatan secara resmi menyetujui UU MK Korea Selatan.⁶¹⁰ Sebelum berdirinya MK Korea Selatan, pasca kemerdekaan Korea Selatan lahir Komite Konstitusi (*Constitutional Committee*) yang mempunyai wewenang untuk melakukan *constitutional review*, kemudian Komite Konstitusi ini berlanjut sampai rejim militer berkuasa di Korea Selatan yang sebenarnya kurang begitu maksimal dan independen dalam menjalankan wewenangnya *constitutional review*.⁶¹¹

MK Korea Selatan mempunyai beberapa kewenangan yaitu :

1. *Constitutional Review*,

Concrete review dalam bentuk permohonan pertanyaan konstitusional berdasarkan Pasal 41 ayat (1) UU MK Korea Selatan menjelaskan "*Where the constitutionality of the statute has become the premise (precondition) of a trial, the court (including the military*

⁶¹⁰The Constitutional Court of Korea, *Constitutional Review At AACC Members*, Seoul: AACC SRD Reseach, 2019, hal 109.

⁶¹¹*Ibid.*

court) presiding over the trial shall, ex officio or through its decision upon motion by the party, request the Constitutional Court to decide the constitutionality".⁶¹² Lebih lanjut berdasarkan Pasal 41 ayat (5) UU MK Korea Selatan menjelaskan "A court presiding over an individual case requests the constitutional review of a statute ex officio or through its decision upon motion by the party, the request must be filled through the Supreme Court but the Act does not grant an express authority to review the request".⁶¹³ Berdasarkan Pasal 41 ayat (1) dan (5) UU MK Korea Selatan pemohon *concrete review* bisa dilakukan oleh pihak dalam perkara atau hakim secara *ex officio* yang harus didaftarkan ke MA Korea Selatan tetapi MA tidak memutus permohonan pertanyaan konstitusional tersebut. Kemudian, MA meneruskan permohonan tersebut kepada MK Korea Selatan. MK Korea Selatan yang akan memutuskan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut.

Jika *motion* untuk permohonan pertanyaan konstitusional dari pihak yang berperkara di pengadilan ditolak oleh hakim, maka pihak tersebut dapat mengajukan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) secara langsung ke MK berdasarkan Pasal 68 ayat (2) UU MK Korea Selatan.

2. Pemakzulan Presiden dan Pejabat Tinggi

Berdasarkan Pasal 111 ayat (1) angka ke 2 Konstitusi Korea Selatan memberikan kewenangan MK Korea Selatan untuk menerima dan memutuskan pemakzulan presiden dan pejabat tinggi Korea Selatan.

3. Pembubaran Partai Politik

Berdasarkan Pasal 8 ayat (4) Konstitusi Korea Selatan menjelaskan "jika suatu tujuan atau kegiatan suatu partai politik bertentangan dengan tertib demokrasi dasar, pemerintah dapat melakukan tindakan pembubarannya melalui MK"

4. Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara;

Konstitusi Korea Selatan memberikan wewenang kepada MK Korea Selatan untuk mengadili sengketa kewenangan antar lembaga

⁶¹² *Ibid.*, hal 119.

⁶¹³ *Ibid.*

negara, antara suatu lembaga negara dan pemerintah daerah, dan antar sesama pemerintah daerah.⁶¹⁴

5. Pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*).

Pasal 68 UU MK Korea Selatan memberikan kewenangan kepada MK Korea Selatan untuk menerima dan memutus *constitutional complaint* yaitu adanya pelanggaran hak-hak dasar warga negara karena tindakan pejabat publik, dan juga seperti sudah dijelaskan di atas dapat dimungkinkan adanya *constitutional complaint* berdasarkan Pasal 86 ayat (2) UU MK Korea Selatan jika permohonan pertanyaan konstitusional dari pihak di pengadilan ditolak oleh hakim.

Menurut Tim Lindsey ternyata MK Korea Selatan mempunyai wewenang untuk menguji peraturan di bawah UU terhadap Konstitusi.⁶¹⁵ Lebih jauh Tim Lindsey menjelaskan sebagai berikut :

*"In a landmark decision in the Rules Implementing the Certified Judicial Scriveners Act Case of 1990, the Court held that it had an implied jurisdiction to constitutionality review rules and regulations, at least where rules and regulation directly infringe people's basic rights in principle, irrespective of actual implementation or enforcement". Infringing people's basic rights by law requirement is the requirement of "direct infringement by law" means that the complainant's rights and freedoms are directly infringed by the law itself of which he/she complains, not by any specific executive action taken to implement it. (Even if) a law is expected to be implemented by further administrative action, if the law by itself has directly changed people's legal rights and duties or already determined people's legal status before any specific act has taken place to implement it, thereby irrefutably concluding people's legal rights and duties to the extent that such rights and duties cannot be changed by any further administrative action, the requirement of directness is regarded to be fulfilled*⁶¹⁶

Berdasarkan Putusan MK Korea Selatan dalam kasus *the Certified Judicial Scriveners Act Case of 1990* memutuskan kewenangan MK Korea Selatan *judicial review* atas aturan di bawah UU yang melanggar *basic rights* di dalam Konstitusi Korea Selatan. Berdasarkan hal tersebut, maka kewenangan *judicial review* atas

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ Tim Lindsey (2018), *Filling the Hole In Indonesia'S Constitutional System: Constitutional Courts And The Review Of Regulations In A Split Jurisdiction*, Constitutional Review, 4(1), hal 37-38.

⁶¹⁶ *Ibid.*, hal. 37.

aturan di bawah UU terhadap Konstitusi telah beralih dari tangan MA Korea Selatan menjadi bagian wewenang MK Korea Selatan.

Berdasarkan statistik *caseload* di MK Korea Selatan, dari tahun 1988 sampai dengan 2017 terdapat 940 kasus permohonan *concrete review*, dan 880 kasus telah diputuskan, selanjutnya 60 kasus masih dalam status pending.⁶¹⁷

Selanjutnya peneliti membahas Putusan-Putusan MK Korea Selatan yang berhubungan dengan permohonan pertanyaan konstitusional. Peneliti memilih Putusan-Putusan MK Korea Selatan ini karena menurut peneliti putusan-putusan tersebut merupakan *leading cases*, dan untuk mengetahui pertimbangan-pertimbangan hukum apa yang menjadikan alasan untuk menerima permohonan pertanyaan konstitusional dan memutuskan substansi perkara tersebut.

1. UU Larangan Berkumpul Dekat Kediaman Resmi Perdana Menteri Korea Selatan;

Pemohon, yang juga merupakan terdakwa di pengadilan karena melakukan demonstrasi sejauh 60 meter dari kediaman resmi Perdana Menteri Korea Selatan karena melanggar larangan demonstrasi maksimal 60 meter dari kediaman PM tersebut (Pasal 20 Ayat (1) item 1 dan Pasal 11 dan item 3 dari Pasal 3 ayat (1) dan lebih spesifik Pasal 24 Item 5 UU Kebebasan Berkumpul dan Demonstrasi, mengajukan *motion* atas Pasal-Pasal di dalam UU Kebebasan Berkumpul dan Demonstrasi tersebut kepada Hakim di Pengadilan tersebut. Hakim di pengadilan tersebut menerima *motion* dari pemohon, dan meneruskan *motion* tersebut kepada MA Korea Selatan. Selanjutnya MA Korea Selatan meneruskan *motion* tersebut ke MK Korea Selatan. Hakim di pengadilan menunda persidangan terhadap pemohon sampai ada Putusan MK Korea Selatan.

MK Korea Selatan memutuskan Pasal 20 Ayat (1) item 1 dan Pasal 11 dan item 3 dari Pasal 3 ayat (1) dan lebih spesifik Pasal 24 Item 5 UU Kebebasan Berkumpul dan Demonstrasi bertentangan dengan hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi, dan menyatakan *void and null* (batal) ketentuan tersebut. MK Korea Selatan lebih lanjut menilai tujuan aturan tersebut untuk menjamin adanya kedamaian dan fungsi dari

⁶¹⁷The Constitutional Court of South Korea, *Thirty Years Of The Constitutional Court of Korea*, Seoul: Constitutional Court of Korea Press, 2017, hal.710.

kediaman resmi PM tersebut dengan membatasi kebebasan berekspresi tidak sejalan dengan kepentingan umum.⁶¹⁸

2. UU Asuransi Atas Kecelakaan Kerja (*The Industrial Accident Compensation Act*);

Pemohon, yang bekerja sebagai pekerja kelistrikan di suatu perusahaan, mengalami kecelakaan lalu lintas ketika akan pergi bekerja yang mengakibatkan jarinya cacat. Pemohon mengajukan klaim asuransi atas kecelakaan kerja tersebut ke Dinas Pelayanan Klaim Asuransi Kecelakaan Kerja, tetapi Dinas Pelayanan Kerja tersebut menolak klaim asuransi tersebut karena atas dasar berdasarkan Pasal 37 ayat (1) item 1 sub-item c UU Asuransi Atas Kecelakaan Kerja yaitu kecelakaan lalu lintas yang mengakibatkan cacat tidak termasuk katagori yang dapat diklaim (*occupational accident*). Kemudian, pemohon menggugat keputusan Dinas Pelayanan Klaim Asuransi Kecelakaan Kerja tersebut ke pengadilan perdata, dan mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas Pasal 37 ayat (1) item 1 sub-item c UU Asuransi Atas Kecelakaan Kerja kepada Hakim di pengadilan perdata tersebut. Selanjutnya atas permohonan tersebut, hakim di pengadilan perdata itu menolak permohonan pertanyaan konstitusional tersebut karena obyek dari *constitutional review* tersebut bukanlah UU, melainkan keputusan Dinas Pelayanan Klaim Asuransi Kecelakaan Kerja.⁶¹⁹

3. UU Kesehatan Pangan (*The Health Functional Act*);

Pemohon, merupakan perusahaan yang menjual berbagai jenis produk barang melalui iklan di Televisi, menerima penghentian operasi bisnis selama dua bulan dari Kepala Daerah Guangdonggu Seoul karena menempatkan dan menjalankan iklan yang berlabel mengandung isi berbeda dari yang sudah disetujui oleh kepala daerah tersebut ketika menjual produk makanan suplemen kesehatan di Televisi berdasarkan Pasal 18 Ayat (6) sub Pasal 44 item 4 dari UU Kesehatan Pangan. Kemudian pemohon menggugat keputusan kepala daerah tersebut ke pengadilan perdata, dan mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional. Hakim di pengadilan perdata tersebut menolak permohonan pertanyaan konstitusional tersebut karena obyeknya

⁶¹⁸Putusan MK Korea Selatan Nomor 2015 Hun-Ka5 dan 2016Hun-Ka5.

⁶¹⁹Putusan MK Korea Selatan Nomor 2014-Hun-Ba254.

pertanyaan konstitusional tersebut bukanlah UU. Selanjutnya karena permohonan pertanyaan konstitusional ditolak, maka pemohon mengajukan *constitutional complaint* ke MK Korea Selatan. MK Korea Selatan mengabulkan permohonan *constitutional complaint* tersebut karena tindakan kepala daerah tersebut merupakan *sensorship*, yang dilarang berdasarkan Konstitusi Korea Selatan.⁶²⁰;

4. UU Tindak Pidana Ringan (*The Punishment of Minor Offense Act*)

Pemohon didakwa melakukan tindak pidana yang memperlihatkan bagian tubuhnya di depan umum oleh Kepolisian Ulsan, dan kasusnya dibawa ke Pengadilan Distrik Ulsan. Ketika proses persidangan tersebut, pemohon mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas Pasal 1 ayat (3) item 33 UU Tindak Pidana Ringan yang melarang memperlihatkan bagian tubuh manusia di tempat umum, ke hakim di Pengadilan Ulsan. Hakim di pengadilan tersebut menerima permohonan pertanyaan konstitusional tersebut, dan selanjutnya MK Korea Selatan memutuskan aturan tersebut bertentangan dengan prinsip legalitas dalam hukum pidana (*nulla poene sine lege*) dan prinsip *lex certa* (kejelasan) yang diakui dan dilindungi oleh Konstitusi Korea Selatan. Pemohon selanjutnya dibebaskan oleh Pengadilan Ulsan berdasarkan Putusan MK Korea Selatan tersebut.⁶²¹

5. UU Perdagangan Manusia (*Human Trafficking Act*);

Pemohon, diadili di Pengadilan Distrik Seoul karena didakwa melakukan *sex trafficking*, mengajukan permohonan *motion* pertanyaan konstitusional atas Pasal 21 ayat (1) *Human Trafficking Act* yang melarang *sex trafficking* di Korea Selatan ke Pengadilan Negeri Distrik Seoul. Kemudian Pengadilan Negeri Distrik Seoul menyetujui motion tersebut, dan MA Korea Selatan meneruskan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut ke MK Korea Selatan. Pengadilan Negeri Distrik Seoul menghentikan sementara persidangan pidana tersebut sampai adanya Putusan MK Korea Selatan yang mempunyai kekuatan hukum tetap. MK Korea Selatan memutuskan Pasal 21 ayat (1) *Human Trafficking Act* bertentangan dengan Konstitusi Korea Selatan khususnya hak atas privasi, dan lebih jauh MK Korea Selatan memutuskan

⁶²⁰Putusan MK Korea Selatan Nomor 2016Hun-Ka8.

⁶²¹Putusan MK Korea Selatan Nomor 2016Hun-Ka3.

“Commercial sex targeting a unspecified person is much more detrimental to society than commercial sex targeting a specified person”. Pengadilan

Distrik Seoul mengikuti Putusan MK Korea Selatan dan memutuskan membebaskan pemohon.⁶²²

Tabel 1.13
Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Korea Selatan

| Nomor | Dasar Hukum | Legal Standing Pemohon | Proses Beracara | Putusan |
|-------|---|--|---|---|
| 1 | Pasal 111 ayat 1 bagian 1 Konstitusi Republik Korea Selatan dan Pasal 41 ayat (1) dan (5) UU MK Korea Selatan | <ul style="list-style-type: none"> Hakim yang ragu atas konstitusionalitas UU atau ketentuan dalam UU; Pihak dalam perkara di pengadilan bisa mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional. | Hakim mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional melalui MA Korea Selatan, dan selanjutnya MA Korea Selatan akan mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK Korea Selatan. Pihak di dalam perkara dapat mengajukan permohonan (<i>motion</i>) kepada hakim dalam perkara tersebut atas permohonan pertanyaan konstitusional. Kemudian hakim memutuskan apakah <i>motion</i> -nya diterima atau tidak. Jika permohonan diterima, maka pengadilan meneruskannya kepada MA Korea Selatan, dan selanjutnya MA Korea Selatan mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut ke MK Korea Selatan. | Putusan pengadilan atas <i>motion</i> mengikat para pihak. Putusan MK Korea Selatan mengikat dan final. |

Sumber : Bahan Hukum Primer, Diolah Sendiri, 2020.

⁶²²Putusan MK Korea Selatan Nomor 2013Hun-Ka2.

IV.4.3 Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Jerman

Pada bagian ini peneliti membahas sejarah pembentukan MK Jerman, dasar hukum permohonan pertanyaan konstitusional, kewenangan MK Jerman, ruang lingkup pengaturan permohonan pertanyaan konstitusional, kualifikasi pemohon pertanyaan konstitusional, dan Putusan-Putusan MK Korea Selatan yang relevan dengan permohonan pertanyaan konstitusional.

Pasca Perang Dunia (PD) ke II, Jerman mengalami tidak hanya kekalahan perang tetapi juga instabilitas politik, sosial dan ekonomi. Kemudian, Jerman mengadakan Konvensi Ketatanegaraan untuk membentuk dan merumuskan Konstitusi Jerman pasca PD II (*Grundgesetz*) di Danau Chiemsee selama Agustus 1948 (karena dinamakan dengan *Herrenchiemsee Proposal*).⁶²³ Herrenchiemsee proposal tersebut disusun oleh Hans Nawiansky, Hans Kelsen, dan Claus Leuser yang merekomendasikan pembentukan Mahkamah Konstitusi Nasional di Jerman yang menggunakan *Staatsgerichtshof* pada masa *Weimar Republic* sebagai modelnya.⁶²⁴

Pada 1948 lahir MK Jerman (*Bundesverfassungsgericht*) bersamaan juga dengan kelahiran *Grundgesetz* (GG).⁶²⁵ Mantan Ketua MK Jerman Jutta Limbach pernah menyebutkan MK Jerman merupakan "*The Supreme Guardian of the Basic Law*" yaitu berfungsi sebagai satu-satunya penafsir dan penegak konstitusi, dan kemudia UU MK Jerman (BverfGG) disahkan pada 12 Maret 1951.⁶²⁶ MK Jerman memiliki tujuh kewenangan yaitu sebagai berikut:

1. Pencabutan kewenangan hak-hak dasar;
Pasal 18 GG dan Pasal 13 BverfGG mengatur soal pencabutan hak-hak dasar. Pasal 18 GG menjelaskan "*Whoever abuses the freedom of expression of opinion, in particular the freedom of press, the freedom of teaching, the freedom of assembly, the freedom of association, privacy of correspondence, posts and telecommunication, the rights of property, or the right of asylum in order to combat the free democratic basic order shall forfeit these basic rights. This forfeiture and its extent shall be declared by the Federal Constitutional Court*"
2. Pelarangan Partai Politik
Pasal 21 ayat (2) dan GG dan Pasal 13 ayat (2) BverfGG yang memberikan wewenang kepada MK Jerman untuk melarang partai politik yang bertentangan dengan Konstitusi Jerman.

⁶²³ Palguna., *Op. Cit.*, hal. 268.

⁶²⁴ *Ibid.*, hal. 269.

⁶²⁵ *Ibid.*, hal. 262.

⁶²⁶ *Ibid.*, hal. 282-274.

3. Pengawasan Pemilihan Umum (Pemilu);
Pasal 41 ayat (2) GG dan Pasal 13 ayat (3) BverfGG yang mengatur pengawasan pemilu termasuk putusan mengenai keabsahan pemilu.
4. Pemakzulan Presiden Federal dan hakim;
Pasal 61, Pasal 98 ayat (2) dan ayat (5) GG dan lebih jauh dalam Paal 13 ayat (4) dan ayat (5) BverfGG. Bundestag dan Bundesrat dapat mengajukan permohonan pemakzulan Presiden Federal kepada MK Jerman berdasarkan alasan pelanggaran secara sengaja (*wilful violation*) terhadap GG atau UU federal. Sementara berdasarkan ketentuan Pasal 98 ayat (2) dan ayat (5) GG, salah satu kamar Parlemen dapat mengajukan permohonan pemakzulan hakim, jika hakim yang bersangkutan melanggar prinsip-prinsip GG atau tertib konstitusional suatu negara bagian. Kemudian, seorang hakim yang diangkat berdasarkan UU Federal hanya dapat dimohonkan pemakzulan oleh Bundestag, sedangkan seorang hakim yang diangkat berdasarkan undang-undang negara bagian hanya dapat dimohonkan pemakzulan oleh parlemens negara bagian yang bersangkutan;
5. Sengketa konstitusional antarorgan pemerintah
Sengketa antar organ adalah sengketa antara organ-organ pemerintah, ketika suatu organ pemerintah mendalilkan bahwa hak konstitusionalitasnya yang diperoleh berdasarkan GG telah dirugikan atau terganggu oleh perbuatan organ pemerintah lainnya.
6. Pengujian UU
GG dan BverfGG membedakan antara *abstract review* dan *concrete review*, pengujian UU secara umum (*abstrakte normenkontrolle*) diatur di dalam Pasal 93 ayat (1) dan ayat (2) GG dan 13 Pasal 13 ayat (6) BverfGG. MK Jerman memutus kesesuaian suatu UU federal atau UU negara bagian terhadap GG atau kesesuaian antara UU negara bagian terhadap UU Federal. Pemohonnya adalah Pemerintah Federal, pemerintah negara bagian atau setidaknya sepertiga anggota Bundestag, oposisi yang memperoleh sedikitnya sepertiga kursi di parlemen, dapat mengajukan permohonan kepada MK Jerman jika suatu UU diterima oleh mayoritas anggota parlemen dinilai bertentangan dengan Konstitusi. Obyek pengujian adalah seluruh ketentuan hukum yang dibuat oleh Federasi maupun negara bagian. Sementara *concrete review / konkrete normenkontrolle* diatur dalam Pasal 100 ayat (1) GG dan Pasal 13 ayat (11) BverfGG. Permohonan pertanyaan konstitusional ini hanya dapat diajukan oleh hakim di pengadilan di luar MK Jerman yang menganggap suatu UU yang berkenaan dengan atau berlaku terhadap perkara yang sedang diadilinya bertentangan Konstitusi (atau apakah UU negara bagian bertentangan dengan UU Federal). Hakim di pengadilan tersebut harus menghentikan sementara pemeriksaannya, dan menunggu putusan MK perihal konstitusionalitas UU yang berlaku dalam kasus yang sedang diadili itu;
7. Pengaduan konstitusional (*Constitutional Complaint*).
Berdasarkan Pasal 91 ayat (1) angka 4a GG menjelaskan pengaduan konstitusional adalah mekanisme yang dapat digunakan oleh setiap orang yang menganggap suatu hak konstitusional atau haknya yang setara dengan hak konstitusional (misalnya hak untuk didengar oleh pengadilan yang berkompeten telah dilanggar oleh pejabat publik.

Pemohonnya setiap orang mengandung arti tidak hanya warga negara Jerman, tetapi juga orang asing. Kemudian juga tidak hanya individu, tetapi juga badan hukum dapat menjadi pemohon pengaduan konstitusional.⁶²⁷

MK Jerman juga mempunyai mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional yang dapat diajukan oleh hakim yang ragu konstitusionalitas UU yang sedang dijadikan dasar hukum atau berkenaan dengan suatu kasus yang sedang diadili di pengadilan tersebut. Untuk lebih jelasnya pengaturan *constitutional question* sebagai berikut *Constitutional Court shall decide* :

"(11) *On the compatibility of a Federal or Land law with the basic law or the compatibility of a land statute or other Land law with a Federal law when such decision is requested by a court*"⁶²⁸

"(12) *In case of doubt whether a rule of public international law is an integral part of Federal law and whether such rule directly creates rights and duties for the individual when such decision is requested by a court*"⁶²⁹

"(13) *If the constitutional court of a Land in interpreting the Basic Law intend to deviate from a decision of the Federal Constitutional Court or of the constitutional court of another land when such decision is requested by that constitutional court*"⁶³⁰

Menurut I Dewa Gede Palguna berdasarkan Pasal 93 dan 100 GG tersebut, MK Jerman memiliki kewenangan yang luas, mencakup semua masalah mengenai pelaksanaan dan penafsiran GG karena MK Jerman memiliki kewenangan eksklusif terhadap semua proses peradilan secara langsung tercakup ke dalam persoalan ketaatan terhadap Konstitusi.⁶³¹ Berdasarkan pendapat I Dewa Gede Palguna obyek dari *constitutional question* tidak hanya pelaksanaan UU apakah bertentangan dengan Konstitusi (GG), tetapi juga penafsiran GG. Ini berarti menurut peneliti, MK Jerman dapat menguji permohonan pertanyaan konstitusional dengan membuat penafsiran GG atas isu hukum yang menjadi substansi dari permohonan pertanyaan konstitusional tersebut.

Selanjutnya proses beracara perkara pertanyaan konstitusional di MK Jerman terdapat proses persidangan terbuka dengan dengar pendapat para pihak (*hearing*) yang dijelaskan sebagai berikut :

1. *The Federal Constitutional Court shall also give the parties to the proceedings before the court which submitted the request the opportunity to submit a statement; it shall summon them to an oral*

⁶²⁷ Palguna, *Op.Cit.*, 281-294.

⁶²⁸ Pasal 100 ayat (1) *Basic Law*

⁶²⁹ Pasal 100 ayat (2) *Basic Law*

⁶³⁰ Pasal 100 ayat (3) *Basic Law*

⁶³¹ Asmaeny Azis & Izlindawati, *Op.Cit.*, hal 225.

hearing and give the floor to the authorised representatives who are present.

2. *The Federal Constitutional Court may inquire with supreme federal courts or with highest Land courts as to how and on the basis of which considerations they have hitherto interpreted the Basic Law regarding the question in dispute, whether and how they have applied the contested legal provision in their past decisions and which related points of law are awaiting a decision. It may, furthermore, ask them to explain their considerations on a point of law which is relevant for the decision. The Federal Constitutional Court shall notify the parties entitled to submit statements of such statements.*⁶³²

MK Jerman harus memanggil (*shall summon*) para pihak untuk dengar pendapat secara lisan (*oral hearing*) dan juga dapat memberikan kuasa kepada yang mewakilinya setelah mendapatkan persetujuan dari MK Jerman (*authorized representatives*). Kemudian, para pihak yang mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional diberikan kesempatan untuk memberikan pernyataan tertulis kepada MK Jerman. Organ-organ negara yang dibentuk berdasarkan konstitusi atau mendapatkan mandat dari konstitusi, dapat berpartisipasi di dalam persidangan pertanyaan konstitusional tersebut.

Kemudian, yang lebih menarik lagi adalah MK Jerman ada kemungkinan secara aktif melakukan penyelidikan terhadap MA Federal Jerman atau pengadilan-pengadilan tertinggi di negara bagian atas permohonan pertanyaan konstitusional tersebut terutama dalam hal norma hukum di dalam UU atau bagian UU yang menjadi obyek permohonan pertanyaan konstitusional tersebut yaitu menyelidiki bagaimana pengadilan tersebut menerapkan norma hukum yang diragukan konstitusionalitasnya di putusan-putusan sebelumnya. Lebih jauh, MK Jerman mungkin saja meminta penjelasan lebih detail dari pengadilan yang mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut tentang pertimbangan-pertimbangan hukum apa saja yang menjadi alasan norma hukum tersebut diragukan konstitusionalitasnya.

Kemudian juga terdapat keunikan dalam hukum acara permohonan pertanyaan konstitusional yaitu para pihak dalam perkara dapat mengajukan permohonan ganti rugi/kompensasi atas penundaan persidangan karena permohonan pertanyaan konstitusionalnya belum diputus oleh MK Jerman (*Verzoegerungsbeschwerde*). Untuk lebih jelasnya sebagai berikut:

⁶³²Pasal 82 ayat (3) dan (4) UU MK Jerman.

A party to proceedings before the Federal Constitutional Court or to proceedings which were suspended in order to await decision by the Federal Constitutional Court who suffers a disadvantage due to the excessive length of the proceedings before the Federal Constitutional Court shall receive adequate compensation. The reasonableness of the length of the proceedings shall be established on a case by case taking into account the Federal Constitutional Court's tasks and position.⁶³³ Kemudian juga "A non-pecuniary disadvantage shall be assumed to exist if a case before the Federal Constitutional Court has taken excessively long. Compensation for such a disadvantage may only be claimed if the circumstances of the individual case do not permit a different kind of redress, in particular a declaration that the length of the proceedings was excessive. Compensation pursuant to the second sentence shall be EUR 1,200 for each year of delay. If, in individual cases, the amount pursuant to the third sentence appears inequitable, the Federal Constitutional Court may set a higher or lower amount".⁶³⁴

Berdasarkan hal tersebut di atas, permohonan kompensasi atas penundaan persidangan, maka pemohon harus mengajukan permohonannya ke MK Jerman, dan MK Jerman akan memutuskan apakah diterima atau tidak permohonannya berdasarkan kasus per kasus dan tugas serta posisi dari MK Jerman sendiri. Mekanisme permohonan kompensasi ini untuk memberikan rasa adil kepada para pihak yang persidangannya ditunda karena permohonan pertanyaan konstitusionalnya belum diputus oleh MK Jerman.

Pengajuan permohonan kompensasi tersebut juga menggunakan mekanisme biasa yaitu sebagai berikut:

A decision on compensation and reparation shall require a formal objection against judicial delay (verzoegerungsbeschwerde) being filed with the Federal Constitutional Court. The verzoegerungsbeschwerde shall only be admissible if the complainant filed a formal objection to the judicial delay (verzoegerungsruege) with the Federal Constitutional Court. Verzoegerungsbeschwerde shall be submitted in writing, explaining why the proceedings were excessively long. It shall be admissible no earlier than twelve months after the initial proceedings were brought before the Federal Constitutional Court. A decision on the Verzoegerungsruege shall not be necessary for the Verzoegerungsbeschwerde to be admissible. The Verzoegerungsbeschwerde may be lodged no earlier than six months after lodging a Verzoegerungsruege, if the Federal Constitutional Court has issued a decision or the proceedings have otherwise been concluded, the Verzoegerungsbeschwerde shall be lodged within three months. It shall be submitted in writing and

⁶³³ Pasal 97 A ayat (1) UU MK Jerman

⁶³⁴ Pasal 97 A ayat (2) UU MK Jerman

*reasons stated at the same time. Pending a final decision on the Verzögerungsbeschwerde, the claim cannot be transferred.*⁶³⁵

Pendaftaran permohonan kompensasi atas penundaan persidangan harus memenuhi persyaratan sebagai berikut ; permohonan kompensasi atas penundaan persidangan mungkin didaftarkan maksimal enam bulan setelah penundaan persidangan telah didaftarkan, tetapi jika MK Jerman telah mengeluarkan putusan penundaan persidangan tersebut atau proses persidangannya telah dimulau, maka permohonan kompensasi harus didaftarkan dalam waktu maksimal tiga bulan.

Peneliti membahas Putusan-Putusan MK Jerman untuk mengetahui pertimbangan-pertimbangan hukumnya sebagai berikut :

1. *Investment Allowance Act*

The Investment Allowance Act mengatur pembayaran bantuan negara untuk kegiatan secara spesifik investasi bisnis di sektor-sektor yang memenuhi kriteria yang telah ditentukan dan meliputi negara-negara bagian dan federal. Pada awalnya The Investment Allowance Act tidak melakukan pembatasan pada investasi di sektor pertanian. Kemudian, Komisi Eropa membuat aturan pada 1994 yang mengeluarkan investasi di sektor beras dan sereal, tetapi tidak termasuk gandum, yang tidak boleh mendapatkan subsidi dari negara. Jerman terikat dengan atura Komisi Eropa tersebut. Kemudian pada 1998, pemerintah federal mengeluarkan UU Bantuan Pajak yang mengeluarkan subsidi negara atas investasi di bidang pertanian untuk produk sereal dan beras. Selanjutnya, ada perusahaan yang bergerak di bidang pertanian yang meminta subsidi negara kepada kantor pajak sebesar 5.9 juta Euro pada September 1999, tetapi kantor pajak hanya membayar subsidi tersebut sebesar 1.9 juta euro. Perusahaan tersebut keberatan karena menilai UU Bantuan Pajak berlaku pada 1998, sementara subsidi negara untuk bidang pertanian sudah ada sejak 1996. Kemudian perusahaan tersebut menggugat kantor pajak ke Pengadilan Federal Keuangan (*Federal Finance Court*) yang berpendapat UU Bantuan Keuangan tersebut bertentangan dengan prinsip non-retroaktif yang dilindungi di dalam GG. Kemudian hakim di Pengadilan Pajak mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK Jerman atas UU Bantuan Pajak tersebut apakah bertentangan dengan

⁶³⁵ Pasal 97 ayat (1) dan (2) UU MK Jerman.

GG. Kemudian Pengadilan Keuangan Federal menghentikan proses persidangannya untuk menunggu Putusan MK Jerman tersebut. Tetapi MK Jerman menolak permohonan pertanyaan konstitusional dari Pengadilan Keuangan Federal karena seharusnya Pengadilan Keuangan Federal tersebut mengklarifikasikan terlebih dahulu ketentuan pengecualian subsidi negara untuk investasi di sektor pertanian apakah sudah disetujui oleh Bundestag (Parlemen Jerman). Kemudian juga seharusnya Pengadilan Keuangan Federal meminta *preliminary ruling* (putusan sela) kepada *The European Court of Justice* atas isu ini⁶³⁶;

2. *The Bavarian Child-Raising Allowance Act*;

Pasal 1 ayat (1) kalimat ke lima dari Undang-Undang Tunjangan Membesarkan Anak di Negara Bagian Bavarian Jerman (*The Bavarian Child-Raising Allowance Act*) mengatur pemberian tunjangan kepada keluarga untuk membesarkan anak berdasarkan kewarganegaraan. Kemudian kelompok pengungsi mengajukan keberatan keputusan pemberian tunjangan tersebut atas dasar kewarganegaraan, dan mengajukan gugatan ke Pengadilan Sosial di Munich. Pengadilan Sosial Munich mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional kepada MK Jerman atas konstitusionalitas Pasal 1 ayat (1) kalimat ke lima dari UU Tunjangan Membesarkan Anak di Negara Bagian Bavarian. MK Jerman menerima permohonan pertanyaan konstitusional dan memerintahkan menghentikan persidangan sampai ada putusan MK Jerman atas masalah tersebut. MK Jerman memutuskan Pasal 1 ayat (1) kalimat ke lima dari UU Tunjangan Untuk Membesarkan Anak bertentangan dengan hak atas persamaan (*right to equality*) yang diatur di dalam Pasal 3 ayat (1) GG, parlemen sebenarnya tidak dilarang untuk melakukan perlakuan perbedaan, tetapi dalam kasus ini perbedaan perlakuan atas dasar kewarganegaraan harus berdasarkan alasan berdasarkan suatu fakta yang cukup (*a sufficient factual reason*).⁶³⁷

3. *The Hamburg Pension Fund*

LBK Hamburg adalah perusahaan negara beroperasi di rumah sakit, dan mempunyai karyawan bekerja di bagian *cleaning service*. Karyawan bagian *cleaning service* tersebut awalnya bekerja di Dinas Perkotaan,

⁶³⁶ Putusan MK Jerman Nomor 1 BVL 3/09 tertanggal 4 Oktober 2011.

⁶³⁷ Putusan MK Jerman Nomor BVL 14/7 tertanggal 7 Februari 2012.

tetapi kemudian dinas perkotaan mempunyai perusahaan negara LBK Hamburg, dan karyawan tersebut berpindah menjadi karyawan LBK Hamburg dengan status karyawan negara (ASN). Pada 2007, LBK Hamburg diprivatisasi, dan sahamnya sebagian besar dimiliki oleh swasta. Berdasarkan Pasal 7 UU The Hamburg Pension Fund mengubah karyawan bagian *cleaning service* tersebut menjadi karyawan swasta, dan bukan lagi ASN. Karyawan tersebut menggugat ke Pengadilan Perburuhan, dan hakim di Pengadilan Perburuhan mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK Jerman atas Pasal 7 The Hamburg Pension Fund tersebut. MK Jerman menerima permohonan pertanyaan konstitusional tersebut, dan menyatakan Pasal 7 the Hamburg Pension Fund bertentangan dengan Pasal 3 ayat (1) GG karena adanya perlakuan yang berbeda terhadap karyawan bagian *cleaning service* yang mengubah dari ASN menjadi pegawai swasta.⁶³⁸



⁶³⁸ Putusan MK Jerman Nomor 1 BvL 8/08 tertanggal 14 April 2010.

Tabel 1.14

Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Jerman

| Nomor | Dasar Hukum | <i>Legal Standing</i> Pemohon | Proses Beracara | Putusan |
|-------|---|--|---|---|
| 1. | Pasal 100 ayat 1 <i>Basic Law of Germany</i> , Pasal 13 ayat (6) UU MK Jerman, dan Pasal 97 a UU MK Jerman. | Hakim yang meragukan konstitusionalitas UU atau bagian dari UU mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional kepada MK Jerman. | Persidang terbuka dan mendengarkan keterangan para pihak (<i>hearing</i>). Hakim harus menghentikan proses persidangan di pengadilan yang bersangkutan sampai ada putusan MK atas permohonan pertanyaan konstitusional. Para pihak dalam perkara dapat mengajukan permohonan kompensasi kepada MK Jerman atas penundaan proses persidangan tersebut karena permohonan pertanyaan konstitusionalnya belum diputus MK Jerman. | Putusan bersifat mengikat dan final. Putusan final, dan putusan atas permohonan kompensasi (<i>verzoegerungsbechwerde</i>). |

Sumber : Bahan Hukum Primer, Diolah Sendiri, 2020

BAB V

KONTRUKSI PERTANYAAN KONSTITUSIONAL

V.1 Obyek Pertanyaan Konstitusional

Berdasarkan pembahasan sebelumnya, maka mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional perlu dipertimbangkan dimasukan ke dalam UU MKRI karena berdasarkan pembahasan kasus-kasus di atas khususnya kasus pidana penghinaan terhadap Presiden dan atau Kepala Negara, dan pemerintah yang sah ternyata sudah dicabut oleh MKRI, tetapi kemudian para terdakwa (pemohon) dihukum oleh pengadilan bahkan sampai dihukum oleh pengadilan. Ini menunjukkan absennya perlindungan hak-hak konstitusional warga negara, dan mengakibatkan *justice delayed justice denied*. Begitu juga dalam kasus uji konstitusionalitas permohonan Peninjauan Kembali (PK) untuk kedua kalinya, pemohon tidak bisa mengajukan PK untuk kedua kalinya dalam kasus pidana, tetapi kemudian MKRI memutuskan ketentuan permohonan PK bisa dilakukan lebih dari satu kali. Ini juga menunjukkan absennya perlindungan hak-hak konstitusional warga negara, dan mengakibatkan *justice delayed justice denied*. Selanjutnya dalam kasus pidana pencemaran nama baik dan penodaan agama, MKRI memutuskan tidak ada norma-norma hukum yang bermasalah, akan tetapi terhadap penerapan norma-norma hukum yang salah. Prinsip kepentingan umum harus diuji terlebih dahulu dalam pidana pencemaran nama baik, begitu juga penggunaan norma-norma sanksi administrasi harus lebih dahulu dilaksanakan, dan sanksi pidana merupakan *ultimum remedium*. Tetapi dalam kasus-kasus pidana pencemaran nama baik dan penodaan agama proses-proses tersebut tidak dilalui dan juga absennya perlindungan hak-hak konstitusional warga negara. Kemudian, di dalam kasus-kasus pidana tersebut, sudah seharusnya diberikan wewenang kepada MKRI untuk menerima dan memutuskan permohonan pertanyaan konstitusional untuk perlindungan hak-hak konstitusional setiap warga negara.,

Permohonan pertanyaan konstitusional berhubungan dengan penerapan/aplikasi norma oleh hakim dalam kasus-kasus konkret di pengadilan, dan ada urgensi untuk perlindungan hak-hak konstitusional warga negara dalam kasus pencemaran nama baik dan penodaan agama tersebut. Oleh karena itu sejak awal MKRI seharusnya mempunyai wewenang untuk menerima dan memutuskan

permohonan pertanyaan konstitusional baik yang diajukan oleh hakim atau pihak dalam perkara tersebut.

“Negara Indonesia adalah negara hukum”⁶³⁹ mengandung arti prinsip negara hukum secara eksplisit diakui dan dilindungi di dalam Konstitusi kita. Di dalam prinsip negara hukum tersebut, seperti yang telah dijelaskan di atas dua cirinya adalah adanya peradilan tata negara untuk menjalankan fungsi *checks and balances* terhadap cabang-cabang kekuasaan lainnya, dan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara. *Constitutional review* merupakan bentuk nyata dari *checks and balances* khususnya terhadap eksekutif dan legislatif yang membentuk dan membuat UU.

Constitutional review sendiri mempunyai pengertian umum dan khusus menurut Maruarar Siahaan yang menjelaskan sebagai berikut :

“*Constitutional review* digunakan secara umum terhadap proses uji konstitusionalitas produk perundang-undangan yang berada di bawah konstitusi yang dilakukan oleh lembaga legislatif (seperti MPR pada masa orde baru) ataupun oleh lembaga peradilan, bahkan oleh sebuah lembaga khusus yang ditunjuk untuk melakukan tugas uji konstitusional tersebut (seperti Dewan Konstitusi di Perancis). Istilah khusus *judicial constitutional review* dapat membicarakan proses uji konstitusionalitas yang dilakukan oleh lembaga peradilan saja.”⁶⁴⁰

Pengertian *constitutional review* mempunyai makna yang luas dan khusus, dan penulis dalam peneitian ini menggunakan istilah *constitutional review* dalam pengertian yang khusus yaitu uji konstitusionalitas norma di dalam UU atau UU terhadap Konstitusi. Kemudian menurut Jimly Asshiddiqie *constitutional review* itu terdiri dari *abstract and concrete constitutional review*.⁶⁴¹ Pengujian produk hukum oleh Peradilan Konstitusi (*Constitutional Judiciary*) biasanya diselenggarakan melalui tiga cara yaitu (i) pengujian abstrak; (ii) pengujian konkret; dan (iii) pengaduan konstitusional, serta ketiga cara tersebut mempunyai manfaat sendiri.⁶⁴² David M. O'Brien menjelaskan pengujian abstrak sebagai berikut :

“*Abstract constitutional review of legislation is initiated by elected official or national and regional government bodies with respect legislation that has been recently adopted that either (a) has not yet been put into force (as France) or has not yet been enforced or has been suspended, pending review by constitutional legislation*

⁶³⁹ Pasal 1 ayat (3) UUD 1945.

⁶⁴⁰ Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 137.

⁶⁴¹ *Ibid*, hal. 136.

⁶⁴² Syahrizal, *Op.Cit.*, hal.88.

goes into effect the constitutional court must pass on its constitutionality and thereafter the legislation may be revised'.⁶⁴³

Berdasarkan pendapat David M. O'Brien tersebut, obyek pengujian abstrak adalah UU yang baru disahkan oleh parlemen tetapi belum berlaku atau belum digunakan sebagai dasar penegakan hukum (*has not yet been enforced*) atau ditunda pemberlakuannya. Sementara pengujian norma konkret menurut David M. O'Brien menjelaskan sebagai berikut:

"Concrete constitutional review arises from litigation in the courts when ordinary judges are uncertain about constitutionality or application of statute or ordinance; in case the judges 'refer' the constitutional question or complaint to the constitutional court for resolution".⁶⁴⁴

David M. O'Brien menjelaskan pengujian konkret itu bisa terdiri dari permohonan pertanyaan konstitusional dan pengaduan konstitusional, yang mana baik permohonan pertanyaan konstitusional dan pengaduan konstitusional terjadi karena proses litigasi di pengadilan. David M. O'Brien menjelaskan perbedaan permohonan pertanyaan konstitusional dengan pengaduan konstitusional yaitu di dalam permohonan pertanyaan konstitusional hakim ragu atas konstitusionalitas *statute* atau *ordinance*⁶⁴⁵, sementara di dalam pengaduan konstitusional lebih menekankan penerapan *statute* atau *ordinance*. Menurut peneliti berdasarkan pendapat David M. O'Brien tersebut, baik permohonan pertanyaan konstitusional dan pengaduan konstitusional merupakan model pengujian konkret.

MKRI berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji UU terhadap UUD 1945, memutus sengketa

⁶⁴³ *Ibid.*, hal 89.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, hal 97.

⁶⁴⁵ *Ordinance* berbeda dengan *statute* menurut Blacklaw Dictionary, ordinance adalah an *authoritative law or decree, a municipal regulation, municipal governments can pass ordinances on matters that the state government allows to be regulated at the local level. A municipal ordinance carries the state's authority and has the same effect within the municipality's limits as a state statute. Also termed bylaw; municipal ordinance. "An ordinance ... may be purely administrative in nature, establishing offices, prescribing duties, or setting salaries; it may have to do with the routine or procedure of the governing body. Or it may be a governmental exercise of the power to control the conduct of the public - establishing rules which must be complied with, or prohibiting certain actions or conduct. In any event it is the determination of the sovereign power of the state as delegated to the municipality. It is a legislative enactment, within its sphere, as much as an act of the state legislature.* Sementara *statute* menurut Blacklaw Dictionary adalah *a law passed by a legislative body; specific legislation enacted by any lawmaking body, including legislatures, administrative boards, and municipal courts.* Berdasarkan penjelasan Blacklaw Dictionary tersebut, maka menurut peneliti *ordinance* merupakan bentuk pendelegasian dari pemerintah pusat ke daerah untuk mengatur perilaku masyarakat di tingkat lokal, dan sifatnya administratif. *Statute* merupakan produk hukum dari legislative, dan produk legislatif yang khusus dihasilkan oleh badan pembuat hukum termasuk legislatif, badan-badan administrative dan pengadilan lokal. Jadi badan yang membentuk *statute* lebih luas dari *ordinance*, *ordinance* dihasilkan oleh pemerintah lokal saja.

kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan hasil pemilihan umum.⁶⁴⁶ Kemudian juga, MKRI berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk ; a. Menguji UU terhadap UUD 1945.⁶⁴⁷ Selanjutnya pengujian materil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian UU yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945, sementara pengujian formil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan proses pembentukan UU dan hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materil.⁶⁴⁸

Menurut peneliti wewenang MKRI dalam pengujian konstusionalitas UU terhadap UUD 1945 masih dalam konteks *abstract review*. Makna *abstract review* baik di dalam UU MKRI dan peraturan teknisnya menegaskan pengujian norma hukum abstrak yaitu menunjukan materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian UU yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945.

Menurut doktrin yang telah dijelaskan di bab sebelumnya menegaskan berdasarkan teori *constitutional review*, *constitutional review* tidak hanya *abstract review*, tetapi *concrete review*. Kemudian berdasarkan doktrin dan juga perbandingan hukum di UU MK Jerman, Austria dan Korea Selatan, permohonan pertanyaan konstusional merupakan bentuk *concrete review*.

Menurut Konstitusi dan UU MK Austria mempunyai wewenang untuk menerima dan memutus *constitutional review* baik dalam bentuk *abstract review*, maupun juga *concrete review*.⁶⁴⁹ Ronald Faber menjelaskan *constitutional review* menurut Konstitusi dan UU MK Austria sebagai berikut:

"As regards the spesific achitecture of the review of statutes by the Constitution Court, there are two different types of proceedings; "concrete constitutional review"; proceedings originating from a particular case, and "abstract constitutional review", proceedings not linked to any particular case". Abstract review has its origin in the federal structure of the Austrian Constitution (the Federal State is composed of nine autonomous Lander). The Constitution pronounces on the request of the Federal Government, whether the Land Law is unconstitution and likewise on application by a Land Government, whether a federal law is unconstitution. Also one of third of the members of both chambers of Parliament may challenge the constitutionality of federal law which is an important

⁶⁴⁶ Pasal 24 C UUD 1945.

⁶⁴⁷ Pasal 10 ayat 1 huruf a UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana telah dirubah dengan UU Nomor 6 Tahun 2011 tentang perubahan atas UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang MKRI.

⁶⁴⁸ Pasal 4 ayat (2) dan (3) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU.

⁶⁴⁹ Pasal 140 B-VG dan Bagian ke 60 sampai dengan 62 VffG

*instrument of political control for the parliamentary minority. Most of the time, however, constitutional review is initiated by The Constitutional Court itself during a pending proceeding, usually the review of a ruling in administrative matters. If the Court doubts the constitutionality of a statute that it has to apply, it initiates the review of the statutory provision in separate proceedings. Concrete judicial reviews can also be launched by most other courts if they have to apply a statute which may be unconstitutional. Finally a private individual may challenge a statute directly, provided that they are directly affected by a specific provision and have no other means of bringing their case to the Constitutional Court*⁶⁵⁰

Berdasarkan penjelasan Ronald Faber tersebut, maka *constitutional review* di MK Austria tidak hanya *abstract review*, tetapi juga *concrete review* yaitu permohonan pertanyaan konstitusional baik bisa diajukan oleh hakim di pengadilan yang ragu atas norma di dalam UU atau UU yang bertentangan dengan Konstitusi, maupun oleh individu sebagai pihak yang sedang berperkara di pengadilan.

Menurut I Dewa Gede Palguna *constitutional review* berdasarkan Konstitusi dan UU MK Austria terdiri dari *abstract review* dan *concrete review* yaitu :

Concrete review terdiri dari

- e. *Judicial review resolution*, jika MK Austria mengkhawatirkan suatu norma hukum yang diberlakukan dalam suatu kasus sembari menunggu Putusan MK, bertentangan dengan konstitusi Mahkamah secara *ex-officio* menginisiasi persidangan dengan memberlakukan mekanisme *judicial review resolution* ;
- f. *Constitutional question*, jika pengadilan administrasi atau pengadilan biasa memiliki keraguan perihal konstitusionalitas suatu norma hukum yang berlaku dalam suatu kasus yang sedang ditanganinya, mereka diwajibkan mengajukan permohonan ke MK perihal pembatalan norma tersebut;
- g. *Individual application*, perorangan berhak mengajukan norma UU yang bertentangan dengan konstitusi, jika norma UU tersebut berlaku terhadapnya tanpa ada putusan pengadilan biasa atau pengadilan administrasi;
- h. *Application by a party to a lawsuit*, perorangan yang telah kasusnya diputus oleh pengadilan tingkat pertama yang haknya dilanggar berhak mengajukan permohonan konstitusionalitas suatu UU sebagai sarana hukum untuk mempersoalkan putusan pengadilan tersebut.

Abstract review

Pemerintah federal, pemerintah negara bagian (provinsi), seperti anggota Dewan Nasional atau sepertiga anggota dewan dewan federal, seperti anggota parlemen tingkat negara bagian berhak mengajukan *abstract review* atas norma UU ke MK Austria.⁶⁵¹

⁶⁵⁰ Faber, *Op.Cit.*, hal. 275-276.

⁶⁵¹ Palguna, *Op.Cit.*, hal. 245-261.

Berdasarkan penjelasan I Dewa Gede Palguna, terdapat beberapa varian dari permohonan pertanyaan konstiusional berdasarkan Konstitusi Austria dan UU MK Austria yaitu *constitutional review resolution*, *constitutional question* yang diajukan oleh hakim, *individual application* dan *application by a party to a lawsuit*. Sementara *abstract review* adalah pengujian norma UU Landrad atau UU Federal Austria oleh Pemerintah Federal, Pemerintah Negara Bagian, sepertiga anggota Dewan Federal. Oleh karena itu maka sangat jelas makna *constitutional review* tidak hanya *abstract review*, tetapi juga *concrete review*, dan bahkan *concrete review* tidak hanya *constitutional question* yang diajukan oleh hakim, tetapi terdapat varian lain dari *concrete review* yaitu *judicial review resolution*.

MK Korea Selatan juga mempunyai wewenang atas *constitutional review*. *Concrete review* dalam bentuk permohonan pertanyaan konstiusional berdasarkan Pasal 41 ayat (1) UU MK Korea Selatan menjelaskan "*Where the constitutionality of the statute has become the premise (precondition) of a trial, the court (including the military court) presiding over the trial shall, ex officio or through its decision upon motion by the party, request the Constitutional Court to decide the constitutionality*".⁶⁵² Lebih lanjut berdasarkan Pasal 41 ayat (5) UU MK Korea Selatan menjelaskan "*A court presiding over an individual case requests the constitutional review of a statute ex officio or through its decision upon motion by the party, the request must be filled through the Supreme Court but the Act does not grant an express authority to review the request*".⁶⁵³

Berdasarkan Pasal 41 ayat (1) dan (5) UU MK Korea Selatan pemohon *concrete review* bisa dilakukan oleh pihak dalam perkara atau hakim secara *ex officio* yang harus didaftarkan ke MA Korea Selatan tetapi MA tidak memutus permohonan pertanyaan konstiusional tersebut. Kemudian, MA meneruskan permohonan tersebut kepada MK Korea Selatan. MK Korea Selatan yang akan memutuskan permohonan pertanyaan konstiusional tersebut. Jika *motion* untuk permohonan pertanyaan konstiusional dari pihak yang berperkara di pengadilan ditolak oleh hakim, maka pihak tersebut dapat mengajukan pengaduan konstiusional (*constitutional complaint*) secara langsung ke MK berdasarkan Pasal 68 ayat (2) UU MK Korea Selatan.

Berdasarkan penjelasan di atas, maka *constitutional review* di MK Korea Selatan tidak hanya *abstract review* tetapi juga *concrete review* yaitu permohonan

⁶⁵² *The Constitutional Court of Republic Of Korea*, hal 119.

⁶⁵³ *Ibid.*

pertanyaan konstitusional baik yang diajukan oleh hakim atau berdasarkan *individual request*.

MK Jerman juga mempunyai wewenang atas *constitutional review*. Berikut ini pengaturan *constitutional review* menurut Konstitusi Jerman (GG) dan UU MK Jerman (BverfGG):

“Pengujian UU secara umum (*abstrakte normenkontrolle*) diatur di dalam Pasal 93 ayat (1) dan ayat (2) GG dan 13 Pasal 13 ayat (6) BverfGG. MK Jerman memutus kesesuaian suatu UU federal atau UU negara bagian terhadap GG atau kesesuaian antara UU negara bagian terhadap UU Federal. Pemohonnya adalah Pemerintah Federal, pemerintah negara bagian atau setidaknya sepertiga anggota Bundestag, oposisi yang memperoleh sedikitnya sepertiga kursi di parlemen, dapat mengajukan permohonan kepada MK Jerman jika suatu UU diterima oleh mayoritas anggota parlemen dinilai bertentangan dengan Konstitusi. Obyek pengujian adalah seluruh ketentuan hukum yang dibuat oleh Federasi maupun negara bagian. Sementara *concrete review* / *konkrete normenkontrolle* diatur dalam Pasal 100 ayat (1) GG dan Pasal 13 ayat (11) BverfGG. Permohonan pertanyaan konstitusional ini hanya dapat diajukan oleh hakim di pengadilan di luar MK Jerman yang menganggap suatu UU yang berkenaan dengan atau berlaku terhadap perkara yang sedang diadilinya bertentangan Konstitusi (atau apakah UU negara bagian bertentangan dengan UU Federal). Hakim di pengadilan tersebut harus menghentikan sementara pemeriksaannya, dan menunggu putusan MK perihal konstitusionalitas UU yang berlaku dalam kasus yang sedang diadili itu”⁶⁵⁴

Berdasarkan penjelasan di atas, maka MK Jerman mengatur *constitutional review* terdiri dari *abstract review* dan *concrete review*. *Abstrate normenkonrolle* yaitu pengujian konstitusionalitas UU Federal atau UU Negara Bagian terhadap GG, dan konformitas antara UU Negara Bagian terhadap UU Federal. Sementara pemohonnya sangat variatif yaitu tidak hanya Pemerintah Federal, tetapi juga Pemerintah Negara Bagian, sepertiga anggota Bundestag, dan oposisi yang memperoleh sepertiga kursi di Bundestag. Kemudian *konkrete normenkontrolle* hanya dapat diajukan oleh hakim saja yang sedang mengadili perkara dan ragu konstitusionalitas norma UU atau UU.

Teori *constitutional review* mengalami perkembangan sejalan dengan prinsip negara hukum demokratis, dan untuk mengoptimalkan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara. Berdasarkan pendapat para sarjana, praktek-praktek

⁶⁵⁴ Palguna, *Op.Cit.*, 281-294.

peradilan tata negara di ketiga negara tersebut, maka peneliti menegaskan bentuk *constitutional review* tidak hanya *abstract review*, tetapi juga *concrete review*.

Peneliti mencoba melakukan penafsiran atas makna frasa *constitutional review* berdasarkan atas teori penafsiran. Pada intinya terdapat tiga teori penafsiran konstitusi yaitu sebagai berikut :

1. Pendekatan Kalangan Originalis;

Kalangan originalist menitik beratkan penafsiran teks konstitusi berdasarkan pemahaman dan tujuan konstitusi dari pendapat para penyusun konstitusi, beberapa pendekatan penafsiran yang digunakan oleh kalangan originalis adalah sebagai berikut :

a. *Textual/strict constructionism*;

Kalangan tekstualis menjadikan teks sebagai acuan utama oleh hakim dalam memutuskan perkara yang berkaitan dengan permasalahan konstiusionalitas. Oleh para pakar disebut dengan *strict constructionism* di mana keputusan semata-mata didasari kepada pernyataan pada text dalam UU tertulis, dengan syarat, makna dari kata-kata dalam konstitusi tersebut memang multi-tafsir atau ambigu

b. *Historical/originalis intent*;

Para penganut paham ini meyakini bahwa setiap keputusan hakim harus didasari pada makna kata-kata atau kalimat yang dipahami melalui analisis sejarah dalam penyusunan dan peratifikasi dari hukum atau konstitusi.

c. *Functional/structural*.

Para *functionalist* meyakini bahwa sebuah keputusan hakim harus didasari sebuah analisa terhadap struktur hukum dan kaitannya terhadap sejarah dari terbentuknya hukum tersebut. Hal tersebut berfungsi untuk melihat hubungannya sebagai sebuah harmonisasi sistem.

2. Pendekatan Kalangan Non-Originalis;

Kelompok yang menentang pandangan originalis biasanya menyebut diri mereka sebagai modernis atau instrumentalis. Para modernis menggunakan pendekatan dengan meletakkan konstitusi sebagai sebuah UU yang harus menyesuaikan terhadap kondisi moderen saat ini. Menurut mereka tidaklah mungkin melihat konstitusi hanya dari sudut pada masa pembuatannya. Beberapa pendekatan penafsiran yang digunakan oleh kalangan non-originalis adalah sebagai berikut :

a. *Doctrinal/Stare Decisis*;

Paham ini meletakkan idenya bahwa sebuah keputusan hakim harusnya didasari pada praktek-praktek yang telah terjadi atau melalui padangan-pandangan para professional hukum, makna yang dipahami legislatif, eksekutif atau putusan hakim yang telah ada (yurisprudensi), berdasarkan kepada *meta-doctrine* dari pandangan sebuah putusan yang diterapkan berdasarkan prinsip-prinsip yang digunakan oleh peradilan dalam memutuskan sebuah perkara tidak hanya sebagai sebuah tinjauan tetapi juga sebagai sebuah hukum (*normative*);

b. *Prudential*;

Para *prudentialist* berkeyakinan bahwa suatu keputusan hakim pastilah didasari dari faktor-faktor eksternal dari hukum atau kepentingan-kepentingan tertentu dalam setiap kasus seperti tekanan dari kekuatan politik. Pandangan ini menggunakan pertimbangan yang menolak hal-hal yang dapat mempengaruhi pertimbangan hakim dari kondisi eksternal peradilan. Konsep ini juga merupakan alasan utama pada metode doctrinal;

c. *Equitable/Ethical*.

Menurut kalangan *equitable* semestinya sebuah keputusan haruslah didasari kepada perasaan keadilan, keseimbangan dari berbagai kepentingan dan apa yang baik dan benar, tanpa menghiraukan apa yang tertulis dalam aturan hukum.

3. Pendekatan Kalangan Naturalis.

Keputusan atau penafsiran hakim didasarkan kepada apa yang dibutuhkan atau dianjurkan oleh hukum alam (kitab-kitab agama/hukum tuhan), kemanusiaan dan kondisi lapangan atau kondisi ekonomi yang sedang terjadi, atau juga didasari kepada kemungkinan terhadap sesuatu yang akan terjadi.⁶⁵⁵

Kemudian juga terdapat metode-metode lain atas interpretasi UU yaitu interpretasi sistematis, gramatikal atau logikal, interpretasi teleologikal, interpretasi antisipatif, interpretasi analogikal, pengertian kehendak dari pembentuk UU, dan demikian sejenis lainnya.⁶⁵⁶ Penafsiran gramatikal mengandung arti melakukan penafsiran atas kata-kata yang tidak jelas di dalam UU, dan mencari arti dibelakangnya.⁶⁵⁷ Penafsiran gramatikal tidak hanya mencari pengertian kata-kata yang tidak jelas di dalam UU tersebut menurut kamus hukum ataupun doktrin, tetapi juga mencari arti dibelakang kata-kata tersebut. Kemudian menurut Peter Mahmud Marzuki, jika terdapat teks yang tidak jelas di dalam UU, maka perlu melakukan penafsiran, dan menjelaskan beberapa jenis metode interpretasi yaitu :

"Di dalam literatur, interpretasi dibedakan menjadi interpretasi berdasarkan kehendak pembentuk dalam undang-undang, interpretasi sistematis, interpretasi teleologis, interpretasi antisipatoris, interpretasi modern. Sering kali beberapa tulisan berbahasa Indonesia dikemukakan adanya interpretasi gramatikal dan interpretasi autentik. Di dalam tulisan ini interpretasi otentik biasanya oleh beberapa penulis dimaksudkan sebagai interpretasi sebagaimana tertuang dalam penjelasan UU."⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ Muchammad Ali Safaat dkk, *Op.Cit.*, hal 240-241.

⁶⁵⁶ Gijssels Jan & Mark van Hoecke, *Apakah Teori Hukum itu ?*, Bandung: Laboratorium Fakultas Hukum Universitas Parahyangan, 2001, hal. 106.

⁶⁵⁷ Sudikno Mertokusumo & A.Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1993, hal. 1993.

⁶⁵⁸ Marzuki, *Op.Cit.*, hal. 147.

Berdasarkan pemaparan metode penafsiran UU dan konstitusi, maka peneliti menggunakan metode penafsiran gramatikal dan pendekatan non doktrinal karena penggunaan penafsiran gramatikal akan mencari makna sebenarnya dari frasa *constitutional review* dan juga berdasarkan pendekatan non doktrinal maka seharusnya UU MKRI menyesuaikan dengan kondisi perkembangan *constitutional review*. Berdasarkan pendapat para sarjana di bab sebelumnya, dan juga perbandingan di UU MK Austria, Korea Selatan dan Jerman, maka *constitutional review* tidak hanya mengandung makna *abstract review review*, tetapi juga *concrete review*.

Berdasarkan pendapat doktrin yang telah di bahas sebelumnya, yang dimaksud dengan *concrete review* di sini adalah pengujian konstusionalitas aplikasi dari norma umum dan abstrak di dalam UU oleh hakim dalam peristiwa hukum atau kasus hukum, terhadap konstitusi. Sementara *abstract review* adalah pengujian konstusionalitas norma umum dan abstrak di dalam UU terhadap konstitusi.⁶⁵⁹ Kemudian juga terdapat pengaduan pelanggaran hak-hak konstusional (*constitutional complaint*), yang menurut I Dewa Gede Palguna *constitutional complaint* merupakan bagian dari pengujian konstusional (*constitutional review*) karena yang menjadi isu adalah suatu tindakan ataupun konstusionalitas UU.⁶⁶⁰

Gagasan *constitutional question* sudah ada sebelum usulan Hans Kelsen untuk membentuk peradilan tata negara. Gagasan untuk agar hakim diberikan kewenangan untuk menolak menerapkan norma di dalam UU atau UU yang bertentangan dengan konstitusi merupakan pendapat dari Leon Duguit yang menjelaskan sebagai berikut :

"It has been accepted dogma that no court accept a plea of unconstitutionality and refuse to apply a formal statute even where they considered it unconstitutional..The principle of the separation of powers leads to an entirely different solution. A court which refuses to apply a statute on the grounds of unconstitutionality does not interfere with the exercise of the legislative powers. It does not suspend in application. The laws remain untocuhed ..It is simply because two others that it cannot be forced to apply the statute it deems unconstitutional".⁶⁶¹

Leon Duguit sangat jelas menekankan bahwa hakim tidak boleh dipaksa untuk menerapkan norma hukum atau UU yang bertentangan dengan Konstitusi, dan

⁶⁵⁹ Asshiddiqie, *Op. Cit.*, hal. 64-66, dan Palguna, *Op. Cit.*, hal.137-138.

⁶⁶⁰ Palguna, *Op. Cit.*, hal 36.

⁶⁶¹ *Ibid.*, hal 257.

itu bukan merupakan bentuk intervensi pengadilan atas kewenangan parlemen untuk membentuk UU. Tetapi hal itu menurut Leon Duguit merupakan konsekuensi dari prinsip pemisahan kekuasaan dari cabang-cabang kekuasaan.

Hakim Agung MA AS John Marshall dalam putusannya atas kasus Madison versus Marbury menjelaskan dalam konteks *judicial review* suatu UU yang batal (*void*) karena bertentangan dengan Konstitusi, maka hakim tidak boleh menerapkan UU yang *void* tersebut⁶⁶². Berbeda dengan Leon Duguit, Hakim Agung MA AS John Marshall justru tidak sekedar mendorong hakim untuk menolak menerapkan UU yang bertentangan dengan konstitusi, tetapi juga menegaskan pengadilan mempunyai kewenangan untuk menguji norma di dalam UU atau UU yang bertentangan dengan konstitusi.⁶⁶³

Pendapat dari Hakim Agung AS John Marshall tersebut merupakan gagasan awal konsep permohonan pertanyaan konstitusional yaitu ketika hakim meragukan konstitusionalitas norma hukum di dalam UU atau UU yang bertentangan dengan konstitusi, maka pengadilan mempunyai kewenangan untuk menguji norma hukum atau UU yang diragukan konstitusionalitasnya tersebut. Pendapat Hakim Agung MA AS tersebut menegaskan bahwa *constitutional review* tidak hanya *abstract review* tetapi juga *concrete review*.

Berdasarkan penjelasan di atas, maka ketentuan *constitutional review* di dalam UU MKRI perlu untuk direvisi untuk mengoptimalkan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara, dan menguatkan prinsip negara hukum hukum demokratis khususnya dalam menjalankan fungsi *checks and balances* terhadap cabang-cabang kekuasaan lainnya. Tetapi amandemen UUD 1945 membutuhkan waktu dan proses politik yang panjang di parlemen dan eksekutif, mungkin merevisi ketentuan pengujian UU terhadap UUD 1945 di dalam UU MKRI dengan mengadopsi baik *abstract review* dan *concrete review* dalam hal ini permohonan pertanyaan konstitusional adalah lebih realistis.

Kemudian juga terdapat cara lain yaitu MKRI sendiri melakukan terobosan hukum dengan melakukan penafsiran gramatika makna "pengujian UU terhadap UUD 1945" di dalam UU MKRI tersebut. Tetapi ini juga membutuhkan partisipasi masyarakat untuk menguji ketentuan *constitutional review* di dalam UU MKRI tersebut, dengan mendaftarkan pengujian ketentuan *constitutional review* di dalam UU MKRI terhadap UUD 1945. Jika MKRI mengabulkannya, maka Putusan MKRI

⁶⁶² *Ibid*, hal. 258.

⁶⁶³ *Ibid*.

tersebut merupakan preseden kedepannya jika terdapat permohonan pertanyaan konstitusional di pengadilan di bawah kekuasaan MARI yang akan diajukan kepada MKRI.

Berdasarkan penjelasan di atas maka sudah jelas obyek dari *constitutional review* tidak hanya pengujian konstitusionalitas UU terhadap Konstitusi dalam konteks *abstract review*, tetapi juga *concrete review* dalam hal ini adalah permohonan pertanyaan konstitusional.

Permohonan pertanyaan konstitusional dapat diajukan pada semua tahap pemeriksaan perkara di tingkat pengadilan pertama, banding, kasasi dan PK. Peneliti mengemukakan argumen tersebut dengan berdasarkan landasan teori dan perbandingan hukum. Berdasarkan prinsip *justice delayed is justice denied* menjelaskan bahwa keadilan tertunda merupakan pengabaian keadilan itu sendiri, yang mengandung makna pelanggaran proses hukum acara (keadilan prosedural) merupakan pelanggaran atas keadilan substantif juga. Di dalam Bahasa Hukum Latin dijelaskan sebagai berikut

*"Justitia debet esse libera, quia nihil iniquius venali justitia; plena, quia justitia non debet claudicare; et celer, quia dilatio est quaedam negatio. Justice ought not to be bought, for nothing is more hateful than venal justice; full, for justice ought not to be defective; and quick, for delay is a certain denial."*⁶⁶⁴

Berdasarkan pendapat tersebut juga menegaskan keadilan tidak boleh tertunda yang mengakibatkan terabaikan keadilan itu sendiri (*for delay is a certain denial*). Menurut peneliti prinsip *justice delayed is justice denied* di dalam konteks permohonan pertanyaan konstitusional, maka permohonan pertanyaan konstitusional seharusnya tersedia di semua tingkat persidangan baik tingkat pertama, banding, kasasi dan PK karena perapan norma di dalam UU atau UU yang diduga bertentangan dengan konstitusi karena dengan adanya permohonan pertanyaan konstitusional di semua tingkat persidangan maka dapat dihindari adanya ketidakadilan terhadap pemohon karena tidak adanya pengujian konstitusionalitas atas norma hukum di dalam UU atau UU yang akan diterapkan di dalam kasusnya tersebut.

Menurut teori negara hukum, Jimly Asshiddiqie menyebutkan prinsip kesembilan, Perlindungan HAM yaitu perlindungan HAM dimasyarakatkan secara

⁶⁶⁴ Black's Law Dictionary, *Black's Law Dictionary Abridge Ninth Edition*, St Paul : Bryan A.Gardner (Ed), Thomson Reuter, 2004, hal. 1870.

luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap HAM sebagai ciri penting dalam negara hukum demokratis.⁶⁶⁵ Sementara menurut I Dewa

Gede Palguna menyebutkan terdapat sembilan ciri negara hukum yaitu :

a. *Constitutionalism*, konstitusionalisme secara luas telah diterima sebagai prasyarat baik bagi demokrasi maupun Negara Hukum. Dalam hubungan ini, konstitusi dimaknai sebagai pernyataan mendasar tentang apa yang oleh sekelompok orang yang menyatukan dirinya sebagai warga negara dari suatu bangsa dianggap sebagai ketentuan-ketentuan dan nilai-nilai dasariah yang kepadanya mereka berbagi dan kepadanya pula sepakat untuk terikat dan kepadanya pula mereka sepakat terikat. Oleh karena itu, menurut John N. Moore, konstitusi harus bekerja sebagai hukum tertinggi dan semua hukum (perundang-undangan) serta tindakan pemerintah harus menyesuaikan diri kepadanya. Inilah yang dikenal dengan prinsip Konstitusionalitas Hukum (*Constitutionality of Law*) dalam ajaran Negara Hukum. Konstitusi tidak boleh dianggap dokumen seremonial dan aspirasi belaka. Dalam pemahaman modern (sejak abad ke-20) yang menyebabkan Konstitusionalisme diterima sebagai "keniscayaan" adalah karena ia disandarkan pada tiga elemen kesepakatan (consensus) yaitu : 1) kesepakatan tentang tujuan atau cita-cita bersama (the general goals of society or general acceptance of the philosophy of government); 2) kesepakatan tentang the rule of law sebagai landasan penyelenggaraan negara (the basis of the government); 3) kesepakatan tentang bentuk institusi-institusi dan prosedur-prosedur ketatanegaraan (the form of institutions and procedures);

b. *Law Governs the Government*. Anggapan bahwa konstitusi mengawasi tindakan pemerintah dielaborasi lebih lanjut dalam ajaran *Rule of Law*. Dalam membuat UU, pembentuk UU terikat oleh pembatasan-pembatasan yang ditentukan oleh/dalam konstitusi. Selanjutnya, UU itu sendiri harus mengikat semua cabang pemerintahan. Hal ini membawa konsekuensi logis yaitu tuntutan akan adanya suatu cara khusus untuk menilai tindakan pemerintah. Hal ini membawa akibat logis yaitu tuntutan akan adanya suatu cara khusus untuk menilai tindakan pemerintah tertentu apakah sudah sesuai dengan hukum atau tidak. Dalam hubungan ini Moore mengatakan:

If the legislature passes a law, it must be possible for a citizen to challenge the constitutionality of that law; if the executive takes an action, it must be possible for a citizen to challenge that action in terms of its legality or constitutionality; and if the judiciary takes an action, it must be some mechanism for seeking a new law that would override the existing law, as interpreted and endorsed by the courts.

c). *An Independent Judiciary*. Dalam paham *Rule of Law*, pemegang kekuasaan peradilan yang merdeka diberi wewenang melakukan judicial review terhadap tindakan legislatif dan eksekutif merupakan hal yang sangat penting karena pemegang kekuasaan

⁶⁶⁵ Assiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 200-206.

peradilan adalah lembaga yang melaksanakan dua mekanisme kunci guna menjamin tegaknya the rule of law yaitu pemisahan kekuasaan dan *checks & balances* di antara cabang-cabang kekuasaan. Dalam kata-kara Moore :

“The resolution of the case involves the rebuking either the legislature (for passage of an unconstitutional law) or the executive (for improper actions outside the law or misapplication of the law), then that is the court’s duty. Moreover, as to the checks and balances mechanism, it is judiciary which must resolve the disputes that arise between those who perform the other functions of government (legislative and executive) in those cases where the dispute is about to correct division of power between them”

d). *Law Must Be Fairly and Consistently Applied.* Hukum harus diterapkan secara adil dan konsisten tanpa memandang perbedaan ras, warna kulit, suku, agama, jenis kelamin, atau keyakinan politik perbedaan-perbedaan lain yang tidak masuk akal. Declaration of Delhi sebagai hasil dari International Congress of Jurists (1959) yang dihadiri tidak kurang dari 200 hakim dan praktisi hukum dari 53 negara, di antaranya menyatakan suatu pemerintahan tidak boleh “..discriminate in its laws in respect of individuals, classes of persons, or minority groups on the ground of race, religion, sex or other such reasons not affording a proper basis for making a distinction between human beings, classes or minorities...”

e). *Law is Transparent and Accessible to All.* Hukum bersifat transparent dan dapat diakses oleh semua orang. Transparansi di sini mengandung dua komponen. *Pertama*, hukum harus dapat cukup baik dimengerti dan dipublikasikan secara luas sehingga orang-orang mendapatkan cukup peringatan tentang tindakan apa yang mungkin melahirkan sanksi dari pemerintah dan juga agar mereka dapat menuntut hak-hak hukumnya pada saat yang tepat dan dihormati oleh pihak-pihak lain yang memiliki akses serupa terhadap makna dan keberadaan hukum yang berlaku. *Kedua*, proses bagaimana hukum itu dibuat harus pula transparan. Oleh karenanya, adalah sangat penting bagi pembentuk UU khususnya agar sikap terbuka terhadap pendapat public dalam pembahasan suatu rancangan UU. Setiap usul RUU harus diumumkan, dipublikasikan, dan diperdebatkan dalam waktu yang cukup guna memberikan kesempatan warga negara yang berkepentingan dan potensial terkena implikasi untuk menyampaikan pendapat atau pandangannya. Sementara itu, aksesibilitas secara sederhana diartikan sebagai “mampu untuk memahami” (*capable of being understood*). Betapapun sulitnya mencapai sasaran ini, legislative maupun eksekutif harus mengusahakannya. Dan yang pyangenting, aksesibilitas berarti memberikan kesempatan yang sesungguhnya bagi seseorang untuk berperan serta dalam proses pembentukan hukum dan proses peradilan dan guna mempertahankan hak-haknya, baik yang bersifat pribadi maupun ekonomis. Hal ini mencakup perlindungan prosedural yang kompleks, yang memiliki bermacam-macam wujud guna menjamin bahwa orang-perorangan berhak untuk didengar, hak untuk memberikan bantahan terhadap tuduhan yang dialamatkan kepadanya oleh penuntut, ataupun hak

untuk memanfaatkan prosedur-prosedur yang berlaku dalam cabang-cabang kekuasaan legislative, eksekutif, maupun peradilan guna mempertahankan atau melindungi hak-hak sipil, maupun kepentingan-kepentingan finansial.

f). *Application of Law is Efficient and Timely*. Hukum diterapkan secara efisien dan tepat waktu. Dalam hubungan ini penting dikemukakan padangan Ibrahim F.I Shibata yang menyatakan bahwa korupsi kerap merupakan hasil dari administrasi peradilan yang tidak efisien. "*Widespread and enduring corruption in the system as a whole imposes additional cost on the society and leads to further inefficiencies in the administration of justice. It also frustrates the legitimate expectations and trust of the population in the justice system*"

g). *Property and Economic Rights Are Protected, including Contracts*. Sejak tahun-tahun awal pasca-kolonial di negara-negara sedang berkembang sejumlah konferensi yang disponsori oleh International Commission of Jurist digelar mulai dari Athena, Delhi, Rio de Janeiro, Lagos dan Bangkok dalam rentang waktu 1955-1965, yang tiba pada kesimpulan *the rule of law* bukan hanya merupakan komponen penting bagi pembangunan ekonomi adalah adanya perlindungan terhadap hak atas kekayaan intelektual; pengakuan hak individu dan badan usaha untuk bebas mengadakan kontrak dan penegakan hukum secara resmi atas komitmen-komitemen kontraktual; ketentuan-ketentuan hukum mengenai transaksi-transaksi pasar; kedudukan sama dalam hukum bagi semua orang dan perlindungan yang sama terhadap hak-hak dan kekayaan individu dan penyelesaian secara adil dan efisien secara umum melalui peradilan terhadap sengketa-sengketa ekonomi;

h). *Human and Intellectual Rights are Protected*. Sebagaimana diketahui salah satu landasan perkembangan teori hukum mengenai *the rule of law* adalah konsepsi tentang keberadaan hak-hak individu dan berbagai prinsip bahwa pemerintahan harus menghormati hak-hak dimaksud, sebagaimana tertuang dalam sejumlah dokumen, yang bukan mencakup hak-hak sipil dan politik tetapi hak-hak ekonomi;

g). *Law can be changed by An Established Process which Itself is Transparent and Accessible to All*. Takala hukum, sebagaimana akibat dari perkembangan masyarakat, tidak lagi memenuhi kebutuhan guna memberikan jaminan dan perlindungan terhadap hak-hak individu, maka sudah merupakan kebutuhan akan adanya prosedur guna melakukan perubahan terhadap ketentuan hukum dimaksud agar mampu memenuhi kebutuhan manusia, termasuk ketentuan dalam konstitusi. Tetapi perubahan yang dilakukan itu pun harus bersifat transparan dan dapat diakses oleh semua orang.⁶⁶⁶

Pendapat Jimly Asshiddiqie dan I Dewa Gede Palguna tentang ciri-ciri negara hukum mempunyai irisan yang sama yaitu adanya perlindungan HAM. Jimly

⁶⁶⁶ Palguna, *Op.Cit.*, hal. 35-41.

Asshiddiqie menyebutkan menyebutkan adanya perlindungan HAM sebagai ciri kesembilan dari negara hukum, sementara I Dewa Gede Palguna menyebutkan perlindungan HAM sebagai ciri kedelapan.

Prinsip *justice delayed is justice denied* sejalan dengan prinsip proses hukum yang adil (*due process of law*) yang juga diakui oleh Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik (Sipol).⁶⁶⁷ Artinya, untuk mencegah adanya ketidakadilan dalam proses hukum, maka permohonan pertanyaan konstitusional juga harus diberikan kepada para pemohon di semua tingkat persidangan termasuk tingkat pertama, banding, kasasi dan PK. Asas *due process of law* merupakan landasan untuk lahirnya peradilan yang adil (*fair trial*), dan MKRI sendiri menyatakan:

"Menimbang pula bahwa, sebagai perbandingan, akses terhadap keadilan dalam rangka pemenuhan hak untuk diadili secara fair adalah melekat pada ciri negara hukum (*rule of law*), dan karenanya dinilai sebagai hak konstitusional, sudah merupakan communis opinio sebagaimana terlihat antara lain dalam putusan Pengadilan Inggris dalam kasus R v Lord Chancellor ex p Witham (1998) yang di antaranya menyatakan, "... *the right to a fair trial, which of necessity imports the right of access to the court, is as near to an absolute right as any which I can envisage... It has been described as constitutional right, though the cases do not explain what that means*" (vide Helen Fenwick & Gavin Phillipson, Text, *Cases & Materials on Public Law & Human Rights*, 2nd edition, 2003, hal. 142)".⁶⁶⁸

MKRI di pertimbangan hukum putusannya tersebut menyebutkan secara tegas *fair trial* secara melekat merupakan ciri negara hukum yang merupakan salah satu hak konstitusional yang diakui dan dihormati oleh Konstitusi, dan oleh karenanya menurut peneliti untuk menjamin *fair trial* tersebut, maka permohonan pertanyaan konstitusional harus tersedia dan diberikan kepada pemohon dalam setiap tingkat peradilan termasuk peradilan tingkat pertama, banding, kasasi dan PK.

Prinsip *fair trial* merupakan inti dari jaminan proses peradilan pidana, perdata dan lain-lain. Manfred Nowak menjelaskan hal tersebut :

"Art. 14 (1) guarantees a right to a fair hearing ("*sa cause soit entendue equitable*") by a tribunal. This principle is the centre of civil and political procedural guarantees and, with respect to criminal cases, is further developed by a number of concrete rights in Arts. 14 and 15. The right to a fair trial is however, broader than the sum of these individual guarantees".⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ Pasal 14 Kovenan Hak-Hak Sipil.

⁶⁶⁸ Putusan MKRI Nomor 006/PUU-II/2004, hal. 33.

⁶⁶⁹ Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary 2nd Revised Edition*, Kelh Germany: NP Engel Publisher, 2005, hal. 321.

Kemudian prinsip *fair trial*/juga mempunyai hubungan yang erat dengan prinsip *due process of law*. Lebih jauh, Manfred Nowak menjelaskan hal tersebut :

*"The right to a fair trial and public hearing before a tribunal in all suits at law and criminal matters pursuant to Art.(1) is the core of "due process of law" All the remaining provisions in Art. 14(2) to (7) and Art. 15 are specific formulations of "the fair trial" in criminal cases. Art. 14 (1) contains an institutional guarantees that requires States parties to take extensive, positive measures to ensure this guarantee."*⁶⁷⁰

Manfred Nowak menekankan *due process of law* tidak hanya dalam pengertian prosedural saja, tetapi juga substantif. Terutama hubungannya dengan *constitutional review* dan perlindungan hak-hak sipol, Manfred Nowak menjelaskan

*"In other words most decisions of administrative authorities, which determine individual rights, need to subject to full judicial review by an independent and impartial tribunal. This case law seems to be in line with the obligation of States under Art. 2(3) (b) of the Covenant to "develop the possibilities of judicial remedy" against any violation of Covenant rights, even if such a violation clearly falls with the ambit of public law"*⁶⁷¹

Pendapat Manfred Nowak tersebut sejalan dengan ketentuan di dalam kewajiban negara di dalam Kovenan Hak-Hak Sipol yang menjelaskan kewajiban negara di dalam kovenan hak-hak sipol untuk untuk menyediakan dan menjamin *effective judicial remedies* tidak hanya untuk pemilihan pelanggaran hak-hak sipol, tetapi juga menurut peneliti jika kemungkinan terjadi potensi pelanggaran hak-hak sipol.⁶⁷² Di sisi yang lain, dalam konteks hak-hak sipol, juga terdapat hak setiap orang atas akses ke pengadilan (*the right to a court*) yang mengandung arti setiap orang berhak untuk mengajukan upaya hukum untuk menguji legalitas/konstitusionalitas atas UU.⁶⁷³ Nihal Jayawickrama menjelaskan sebagai berikut :

An indemnity law that purports to deem legal and constitutional a previously performed illegal act and prohibits an aggrieved person taking any action before any court to determine the legality of such act means in effect that the legality or otherwise of such act will not

⁶⁷⁰ *Ibid*, hal. 314.

⁶⁷¹ Nowak, *ibid*. 318.

⁶⁷² Pasal 1 ayat (2) b Kovenan Hak-Hak Sipol menjelaskan kewajiban negara untuk *effective judicial remedies* terhadap pelanggaran hak-hak sipol. Kovenan Hak-Hak Sipol telah diratifikasi oleh Pemerintah dan DPR melalui UU Nomor 12 Tahun 2005.

⁶⁷³ Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, hal. 491.

*be justiciable. Such legislation is, therefore, incompatible with the right to a court.*⁶⁷⁴

Menurut peneliti, di dalam konteks kewajiban negara untuk menjamin dan menyediakan *judicial remedies* atas potensi terjadinya pelanggaran hak-hak sipol di pengadilan, maka pertanyaan konstitusional harus tersedia di dalam semua tingkat pemeriksaan baik itu tingkat pertama, banding kasasi, dan PK. Kemudian pertanyaan konstitusional dalam konteks *constitutional review* sejalan dengan hak setiap orang atas akses ke pengadilan.

Kemudian menurut peneliti jenis-jenis perkara yang dapat diajukan permohonan pertanyaan konstitusional adalah pidana, perdata dan tata usaha negara. Di dalam konteks perlindungan HAM sebagai bagian dari negara hukum, maka ketiga jenis perkara tersebut sangat rentan adanya pelanggaran HAM dan atau hak-hak konstitusional khususnya dalam penerapan norma hukum yang diduga tidak konstitusional, maka sudah seharusnya pemohon baik dalam perkara pidana, perdata, tata usaha diberikan kesempatan untuk mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional kepada MK. Prinsip *due process of law* harus diterapkan di dalam semua jenis perkara baik itu pidana, perdata dan tata usaha negara.

Di dalam kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis dan dr Utomo telah terjadi pelanggaran hak-hak konstitusional para terdakwa tersebut, yang mana pasal-pasal tentang penghinaan terhadap presiden dan atau Wakil Presidenserta kepala negara ternyata kemudian dibatalkan oleh MKRI. Sementara proses hukum pidana terhadap terdakwa telah diputus oleh pengadilan, dan bahkan dinyatakan terbukti secara sah bersalah melakukan tindak pidana tersebut.

Konsep *constitutional review* berbeda dengan konsep *judicial review* hal ini untuk menjawab apakah pertanyaan konstitusional ditujukan untuk menguji penerapan norma hukum di dalam UU atau norma hukum di bawah UU. Menurut Jimly Asshiddiqie terdapat perbedaan konsep *constitutional review* dengan *judicial review* yaitu:

“*Pertama, constitutional review* selain dilakukan oleh hakim dilakukan juga oleh lembaga selain hakim atau pengadilan tergantung kepada mana UUD memberikan kewenangannya. *Kedua*, dalam konsep *judicial review* terkait pula pengertian yang lebih luas obyeknya misalnya mencakup soal legalitas peraturan di bawah UU terhadap UU, sedangkan permohonan pertanyaan

⁶⁷⁴ *Ibid.*

konstitusional hanya menyangkut konstitusionalitasnya itu terhadap UUD".⁶⁷⁵

Berdasarkan penjelasan Jimly Asshiddiqie tersebut, maka sudah jelas obyek *constitutional review* adalah pengujian UU terhadap Konstitusi, bukan peraturan di bawah UU terhadap UU. Sementara obyek *judicial review* adalah pengujian peraturan di bawah UU terhadap UU seperti Peraturan Pemerintah, Keputusan Menteri dan lain-lain. Oleh karena itu, pertanyaan konstitusional merupakan bagian dari *constitutional review* maka obyek pengujian pertanyaan konstitusional adalah pengujian konstitusionalitas UU terhadap konstitusi, dan bukan pengujian peraturan di bawah UU terhadap UU.

Hans Kelsen juga menjelaskan konsep *constitutional review* adalah pengujian konstitusionalitas UU terhadap Konstitusi, dan bukan pengujian konstitusionalitas peraturan di bawah UU terhadap konstitusi. Untuk menjelaskan hal tersebut, Hans Kelsen menjelaskan sebagai berikut:

*"The power to examine the laws as their constitutionality and to invalidate unconstitutional laws may be conferred, as a more or less exclusive function on a special constitutional court while other courts have only the right to make applications to the constitutional court for examination and annulment of laws have to apply but which they consider to be unconstitutional. This solution of the centralisation of constitutional review of legislation".*⁶⁷⁶

Kata kunci dari pendapat Hans Kelsen tersebut menurut penulis adalah *constitutional review of legislation*, yang menurut penulis legislasi adalah proses untuk pembuatan dan pengesahan UU oleh pembuatan UU. Hal ini sejalan dengan pengertian legislasi menurut *Black Law Dictionary* yaitu:

*"The process of making a positive law in a written form according to some type of a formal procedure by a branch of government constituted to perform this process – also termed law-making, statute-making, 2. The law so enacted, 3. The whole body of enacted law"*⁶⁷⁷

Pertanyaan konstitusional merupakan bagian dari *constitutional review* maka obyek dari pertanyaan konstitusional adalah pengujian norma hukum di dalam UU atau bagian UU terhadap Konstitusi. Sementara norma hukum atau bagian di dalam peraturan di bawah UU bukanlah obyek dari pertanyaan konstitusional, melainkan obyek dari *judicial review*.

⁶⁷⁵ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 3.

⁶⁷⁶ Hans Kelsen, *Op.Cit.*, hal. 268.

⁶⁷⁷ Blacklaw Dictionary, *Op.Cit.*, hal.982.

Berdasarkan penjelasan di atas, maka pertanyaan konstitusional dapat diajukan pada semua tingkat pemeriksaan baik di tingkat pertama, banding, kasasi dan PK, juga di dalam perkara pidana, perdata dan administrasi karena menurut prinsip *effective judicial remedy* menjelaskan *constitutional review* terhadap pelanggaran hak-hak konstitusional harus tersedia untuk menguji keputusan-keputusan eksekutif dan legislatif yang berpotensi melanggar Konstitusi. Kemudian, obyek dari *constitutional review* adalah norma hukum di dalam UU atau bagian dari UU yang bertentangan dengan Konstitusi, sementara peraturan di bawah UU seperti Peraturan Pemerintah, Keputusan Menteri (Kepmen) merupakan obyek dari *judicial review*. MARI berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan di bawah UU terhadap UU, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh UU.⁶⁷⁸ Sementara MKRI berwenang pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji UU terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan antar lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilu.⁶⁷⁹ MKRI berwenang untuk mengadili dan memutus perkara *constitutional review*, sementara MARI berwenang untuk mengadili dan memutus perkara *judicial review*.

Kemudian berdasarkan perbandingan hukum di MK Austria, Korea Selatan dan Jerman menjelaskan pertanyaan konstitusional dapat diajukan untuk kasus pidana, perdata, dan tata usaha negara, serta pada semua tingkat persidangan baik itu tingkat, pertama, banding, kasasi dan PK. Untuk lebih jelasnya, peneliti menjelaskan sebagai berikut :

1. MK Austria;

MK Austria berwenang menerima dan mengadili pertanyaan konstitusional baik dari hakim atau perorangan untuk menguji konstitusionalitas norma hukum di dalam UU atau bagian UU terhadap Konstitusi.⁶⁸⁰ Ini berarti, menurut peneliti MK Austria hanya berwenang menerima pertanyaan konstitusionalitas atas pengujian konstitusionalitas norma hukum di dalam UU terhadap Konstitusi.

Peneliti mengelaborasi putusan-putusan MK Austria untuk menganalisis jenis-jenis kasus-kasus yang dapat diajukan pertanyaan konstitusional kepada MK Austria. Di dalam putusannya untuk kasus *Social Assistance Act*

⁶⁷⁸ Pasal 24 A ayat (1) UUD 1945.

⁶⁷⁹ Pasal 24 C Ayat (1) UUD 1945.

⁶⁸⁰ Pasal 140 B-VG dan Pasal 62 sampai dengan 65 a VfGG.

menegaskan pada tingkat pertama, MK Austria menerima permohonan pertanyaan konstitusional dari hakim di PTUN.⁶⁸¹ MK Austria menguji konstitusional UU Bantuan Sosial terhadap Konstitusi Austria dalam perkara PTUN, dan diuji ke MK Austria adalah norma hukum di dalam UU Bantuan Sosial yang memotong 30 persen tunjangan sosial untuk pengungsi yang akan diterapkan oleh hakim di PTUN tersebut. Berdasarkan hal tersebut, maka MK Austria dapat menerima permohonan pertanyaan konstitusional dari hakim atau pihak dalam perkara tata usaha negara, sebelum hakim di PTUN itu menerapkan norma hukum di dalam UU ke dalam perkara tata usaha negara tersebut.

Kemudian, di dalam kasus UU Perlindungan Data Pribadi Austria, dokter-dokter mengajukan keberatan namanya dicantumkan di dalam situs yang menyediakan data-data dokter spesialisasi dan kontakannya. Dokter-dokter tersebut menggugat perdata penyedia layanan data-data praktek dokter atas dasar Pasal 28 ayat (2) UU Perlindungan Data Austria ke pengadilan yang menegaskan penyedia jasa data harus menghapus data pribadi atas permohonan dalam waktu maksimal 8 bulan.⁶⁸² Ketika proses gugatan perdata itu sedang berlangsung, pengelola situs penyedia informasi dokter tersebut mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas Pasal 28 ayat (2) UU Perlindungan Data Austria ke MK Austria karena melanggar hak untuk berekspresi dan berpendapat yang dilindungi Konstitusi Austria.⁶⁸³ MK Austria mengabulkan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut karena Pasal 28 ayat (2) UU Perlindungan Data Austria bertentangan dengan klausula perlindungan hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi di dalam Konstitusi Austria.⁶⁸⁴ Peneliti melihat dari kasus pertanyaan konstitusional atas Pasal 28 ayat (2) UU Perlindungan Data tersebut maka permohonan pertanyaan konstitusional dapat diajukan dalam kasus perdata ketika proses gugatan perdata tersebut sedang berlangsung, dan obyek permohonan pertanyaan konstitusinya adalah norma di dalam UU atau bagian di dalam UU tersebut.

⁶⁸¹ Putusan MK Austria Nomor G 136/2017

⁶⁸² Putusan MK Austria Nomor G 264/2015

⁶⁸³ *Ibid.*

⁶⁸⁴ *Ibid.*

Selanjutnya di dalam kasus pertanyaan konstitusional atas UU Tribunal Permohonan Suaka yang memungkinkan adanya penghentian proses permohonan suaka jika ada ketidakjelasan permohonannya tersebut.⁶⁸⁵

Pemohon mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas putusan Tribunal Permohonan Suaka tersebut ke MK Austria terhadap ketentuan di dalam UU Tribunal Permohonan Suaka yang memungkinkan penghentian proses permohonan suaka tersebut.⁶⁸⁶ Putusan pengadilan khusus seperti Tribunal Permohonan Suaka dapat diajukan pertanyaan konstitusional, tetapi yang menjadi obyeknya adalah norma di dalam UU Tribunal Permohonan Suaka tersebut yaitu ketentuan yang memungkinkan adanya penghentian proses persidangan permohonan suaka. MK Austria tidak memeriksa dan memutus putusannya tersebut.

2. Putusan MK Korea Selatan;

MK Korea Selatan mempunyai kewenangan untuk menerima dan memutus pertanyaan konstitusional, yang lebih jelasnya menurut UU MK Korea Selatan menjelaskan sebagai berikut "*Where the constitutionality of the statute has become the premise (precondition) of a trial, the court (including the military court) presiding over the trial shall, ex officio or through its decision upon motion by the party, request the Constitutional Court to decide the constitutionality*".⁶⁸⁷ Berdasarkan ketentuan tersebut obyek dari pertanyaan konstitusional adalah konstitusionalitas UU (*statute*) terhadap Konstitusi Korea Selatan.

Peneliti mengelaborasi putusan-putusan MK Korea Selatan terkait dengan pertanyaan konstitusional yaitu sebagai berikut:

a. UU Larangan Berkumpul Dekat Kediaman Resmi PM Korea Selatan;

Pemohon mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas norma hukum di dalam UU Larangan Berkumpul dekat Kediaman Resmi PM Korea Selatan yang melarang setiap orang untuk unjuk rasa di depan kediaman resmi PM Korea Selatan.⁶⁸⁸ Di dalam kasus ini, pemohon sedang diproses perkara pidana karena melanggar norma larangan tersebut, dan mengajukan *motion* kepada hakim di

⁶⁸⁵ Putusan MK Austria Nomor U 466/11-18, U 1836/11-13.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ Pasal 41 ayat (1) UU MK Korea Selatan

⁶⁸⁸ Putusan MK Korea Selatan Nomor 2015 Hun-Ka5 dan 2016Hun-Ka5.

pengadilan yang sedang menyidangkan kasusnya tersebut. Kemudian hakim di pengadilan tersebut menyetujui *motion*-nya, dan meneruskan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut ke MK Korea Selatan. MK Korea Selatan mengabulkan pertanyaan konstitusional, dan menyatakan norma hukum yang melarang unjuk rasa di depan kediaman resmi PM Korea Selatan bertentangan dengan Konstitusi Korea Selatan. Peneliti menilai dari putusan MK Korea Selatan ini, pertanyaan konstitusional dapat diajukan ke hakim ketika proses persidangan pidananya. Kemudian, hakim memutuskan menerima *motion*-nya tersebut, dan melakukan koordinasi dengan MA untuk menyampaikan pertanyaan konstitusional tersebut ke MK Korea Selatan.

b. UU Asuransi Kecelakaan Kerja.

Pemohon mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas Keputusan Dinas Ketenagakerjaan Tingkat Lokal yang menolak klaim asuransi kecelakaan kerjanya kepada MK Korea Selatan.⁶⁸⁹ Kemudian pemohon mengajukan gugatan perdata ke pengadilan negeri lokal, pemohon mengajukan pertanyaan konstitusional atas norma hukum UU Asuransi Kecelakaan Kerja yang menjadi dasar penolakan klaim asuransinya ketika mengajukan gugatan perdata⁶⁹⁰. Tetapi hakim di pengadilan perdata tersebut menolak pertanyaan konstitusional tersebut karena obyek pertanyaan konstitusional tersebut bukanlah norma hukum di dalam UU atau bagian di dalam UU, tetapi keputusan Dinas Pengajuan Klaim Asuransi Kecelakaan Kerja.⁶⁹¹ Putusan MK Korea Selatan ini menegaskan bahwa obyek pertanyaan konstitusional adalah norma hukum di dalam dan atau bagian di dalam UU. Kemudian di dalam proses gugatan perdata, juga dimungkinkan adanya permohonan pertanyaan konstitusional yang diajukan kepada hakim di pengadilan tersebut.

c. UU Kesehatan Pangan.

Pemohon mengajukan permohonan atas norma hukum di dalam UU Kesehatan Pangan yang melarang iklan produk makanan tertentu yang

⁶⁸⁹Putusan MK Korea Selatan Nomor 2014-Hun-Ba254.

⁶⁹⁰*Ibid.*

⁶⁹¹*Ibid.*

tidak sesuai dengan keputusan pemerintah lokal ke hakim di pengadilan perdata, ketika sedang terjadi persidangan gugatan perdata permohonan terhadap keputusan pemerintah lokal yang melakukan tindakan sensor atas materi iklannya tersebut.⁶⁹² Tetapi hakim pengadilan perdata tersebut menolak materi permohonannya karena obyek permohonannya adalah keputusan pemerintah lokal yang melakukan sensor atas materi iklan pemohon tersebut.⁶⁹³ Obyek dari pertanyaan konstitusional berdasarkan putusan hakim perdata tersebut bukanlah peraturan di bawah UU, melainkan norma di dalam atau bagian dari UU itu sendiri.

3. Putusan MK Jerman.

MK Jerman mempunyai kewenangan *concrete review* / *konkrete normenkontrolle* diatur dalam Pasal 100 ayat (1) GG dan Pasal 13 ayat (11) BverfGG. Permohonan pertanyaan konstitusional ini hanya dapat diajukan oleh hakim di pengadilan di luar MK Jerman yang menganggap suatu UU yang berkenaan dengan atau berlaku terhadap perkara yang sedang diadilinya bertentangan Konstitusi (atau apakah UU negara bagian bertentangan dengan UU Federal). Hakim di pengadilan tersebut harus menghentikan sementara pemeriksaannya, dan menunggu putusan MK perihal konstitusionalitas UU yang berlaku dalam kasus yang sedang diadili itu.

Peneliti mencoba mengelaborasi putusan-putusan MK Jerman terkait dengan obyek dari pertanyaan konstitusional, dan juga jenis-jenis perkara apa saja yang dapat diajukan pertanyaan konstitusional.

a. *The Hamburg Pension Fund*

Pemohon merupakan para pekerja yang tadinya merupakan ASN tetapi karena perusahaannya mengalami privatisasi, maka status kepegawaiannya berubah menjadi pegawai kontrak. Atas perubahan status kepegawaiannya tersebut, maka pemohon mengajukan gugatan sengketa ketenagakerjaan ke pengadilan hubungan industri lokal di Jerman. Ketika proses persidangan tersebut, pemohon mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke hakim di pengadilan

⁶⁹²Putusan MK Korea Selatan Nomor 2016Hun-Ka8.

⁶⁹³*Ibid.*

hubungan industr tersebut. Kemudian hakim tersebut menyetujui permohonan pertanyaan konstitusional tersebut, dan melanjutkan kepada MK Jerman. MK Jerman memutuskan norma hukum di dalam UU the Hambur Pension Fund tersebut yang merubah status kepegawaian pemohon dari ASN menjadi pekerja kontrak bertentangan dengan Konstitusi Jerman.

Peneliti melihat putusan MK Jerman ini menegaskan obyek pertanyaan konstitusional adalah norma hukum di dalam UU The Hamburg Pension Fund yaitu norma hukum yang merubah status ASN pemohon menjadi pekerja kontrak karena adanya privatisasi perusahaan negara. Kemudian, di dalam perkara ketenagakerjaan/perburuhan pun dapat diajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke hakim di pengadilan hubungan industrial. Peneliti melihat pertanyaan konstitusional di MK Jerman lebih luas ruang lingkup perkaranya.

b. The Bavarian Child-Raising Act

Parlemen negara bagian Bvarian di Jerman mengeluarkan UU tentang pemberian tunjangan untuk membesarkan anak, tetapi di dalam UU terdapat norma hukum yang menjelaskan pemberian tunjangan untuk membesarkan anak atas dasar kewarganegaraan. Kemudian sekelompok pengungsi menolak norma hukum tersebut karena akan berdampak pada mereka yang tidak jelas kewarganegaraannya. Dan permohonan mereka untuk mendapatkan tunjangan itu ditolak oleh Dinas Sosial setempat atas dasar UU tersebut. Kemudian mereka menggugat putusan penolakan dari Dinas Sosial tersebut ke Pengadilan Sosial di Munich. Ketika proses persidangan di pengadilan sosial tersebut, hakim berinisiatif untuk mengajukan pertanyaan konstitusional atas norma hukum yang mengatur pemberian tunjangan anak atas dasar kewarganegaraan Jerman ke MK Jerman. MK Jerman memerintahkan persidangan di pengadilan Sosial Munich tersebut dihentikan sementara sampai ada Putusan MK Jerman. Pada akhirnya MK Jerman memutuskan norma hukum yang memberikan tunjangan anak atas dasar kewarganegaraan Jerman bertentangan dengan atas hak atas persamaan dan non-diskriminasi yang dilindungi oleh Konstitusi Jerman.

Menurut peneliti, permohonan pertanyaan konstitusional dapat diajukan ke MK Jerman berdasarkan permohonan dari pengadilan khusus (*specialized-court*) seperti Pengadilan Sosial Munich tersebut. Di dalam putusan ini juga, MK Jerman melihat hanya norma di dalam UU atau bagian UU yang merupakan obyek dari pertanyaan konstitusional. Sementara keputusan Dinas Sosial lokal setempat yang menolak permohonan tunjangan anak dari sekelompok pengungsi bukanlah obyek dari pertanyaan konstitusional.

Selanjutnya peneliti menganalisis isu hukum perbedaan antara pertanyaan konstitusional dengan penangguhan penuntutan karena adanya sengketa prayudisial.⁶⁹⁴ Hal ini penting menurut peneliti karena untuk memperjelas obyek dari pertanyaan konstitusional, dan apakah pertanyaan konstitusional sama ataukah berbeda dengan sengketa prayudisial di dalam perkara pidana. Sebelum menganalisis isu tersebut, peneliti akan membahas pengertian prayudisial di dalam perkara pidana. Menurut Andi Hamzah sengketa prayudisial di dalam perkara pidana (*praejudicial geschill*) adalah sebagai berikut:

"*Schorsing* (penangguhan) lampau waktu penuntutan terjadi karena adanya perselisihan tentang hukum yang harus diputuskan oleh mahkamah yang lain lebih dahulu. Misalnya penuntutan terhadap delik overspel atau mukah menurut Pasal 284 KUHP ditangguhkan dahulu untuk menyelesaikan perceraian suami isteri. Menurut Pasal 284 ayat (2) KUHP bahwa penuntutan hanya dapat dilakukan atas pengaduan suami atau isteri yang dipermalukan dan bagi suami/isteri berlaku Pasal 27 KUH Perdata (BW) dalam tempo tiga bulan sesudah pengaduan itu diikuti oleh permintaan bercerai atau bercerai meja makan dan tempat tidur oleh perbuatan itu juga."⁶⁹⁵

Obyek dari *praejudicial geschill* adalah adanya sengketa antara tindak pidana dan perbuatan perdata yang bersamaan terjadi. Andi Hamzah memberikan contoh lain dari *praejudicial geschill* yaitu sebagai berikut:

"Demikian pula seorang laki-laki yang tunduk di bawah BW yang didakwa melarikan perempuan (atas persetujuan perempuan itu, tetapi tanpa persetujuan orang tua/walinya) yang belum cukup umur (baca: belum 21 tahun menurut Staatsblad 1931 Nomor 54) yang telah mengawini perempuan ditangguhkan sampai perkawinan tersebut dibatalkan oleh pengadilan"⁶⁹⁶

⁶⁹⁴ Pasal 81 KUHP

⁶⁹⁵ Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia & Perkembangannya*, Medan: PT Sofmedia, 2012, hal 306.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

Kemudian *praejudicial geschill* itu terdiri dari dua jenis yaitu: *Pertama, prejudicial al 'action* yaitu mengenai perbuatan pidana tertentu di dalam disebut di dalam KUHP antara lain Pasal 284 KUHP, di mana disebutkan ketentuan perdata diputus lebih dahulu sebelum memutuskan perkara pidana. *Kedua, prejudicial au jugement* yaitu kewenangan hakim pidana untuk menanggihkan pemeriksaan menunggu adanya putusan perdata mengenai persengketaan, dan hakim pidana tidak terikat oleh putusan hakim perdata tersebut.⁶⁹⁷

Berdasarkan penjelasan di atas maka *prajudicial geschill* adalah kewenangan hakim untuk menghentikan pemeriksaan perkara pidana karena adanya perkara perdata yang pada saat bersamaan sedang atau harus disidangkan terlebih dahulu, sampai adanya putusan pengadilan atas perkara perdatanya.

Di negara-negara *common law system* juga mengenal konsep penghentian persidangan perkara pidana melalui *plea bargaining*, ketika hakim memberikan kesempatan kepada terdakwa untuk mengakui dakwaan-dakwaan terhadapnya (*the counts*). Anthony Metzner dan Julian Weinberg menjelaskan konsep *plea bargaining* sebagai berikut:

*"Usually, the most important preliminary hearing in Crown Court cases is the pleas and direction (PDH). This hearing usually takes places about six weeks after the defendant has been committed from the magistrates' court. These hearings were established to improve the administration of the Crown Court and are treated seriously by Crown Court judges who require a completed PDH form to be presented by both advocates at the hearing".*⁶⁹⁸

Berdasarkan penjelasan Anthony Metzner dan Julian Weinber, *plea bargaining system* merupakan tahap prayudisial (*preliminary hearing*) dalam persidangan perkara pidana. *Plea bargaining system* ini berjalan selama enam minggu dan persidangan perkara pidana pokoknya diberhentikan terlebih dahulu, untuk memberikan kesempatan kepada Advokat terdakwa memberitahukan kepada hakim apakah terdakwa mengakui dakwaan-dakwaannya Jaksa Penuntut Umum (JPU). Anthony Mezner dan Julian Weinber menjelaskan lebih jauh teknis *plea bargaining system* sebagai berikut:

"The most important matter to clarify that the defendant's plea. The defence advocate needs to be sure that the defendant has been advised that a plea of guilty would receive a maximum credit at the

⁶⁹⁷ Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 1 Tahun 1956.

⁶⁹⁸ Anthony Mezner & Julian Weinber, ***Criminal Litigation First Steps To Survival***, London: Legal Action Group (LAG), hal. 118.

*first available opportunity, ie, at that hearing. If the defendant wished to plead guilty to some or all of the counts on the indictment. She or he should do so at the outset of the hearing on arraignment, i.e when she or he enters his/her plea to the counts on the indictment. The plea offered by the defendant may not be acceptable to the prosecution at that stage in which case not guilty pleas are entered to the other counts and the rest of the PDH continues in the same manner as if the defendant has pleaded not guilty all counts. If, however, the defendant has pleaded guilty to all counts or the pleas which have been offered to some counts are accepted by the prosecution, the PDH is converted to a potentially effective sentencing hearing, although If the defence advocate wishes the judge to have a pre-sentencing report available, she or he would apply for one and if the application is granted, the case will be remanded for sentence.*⁶⁹⁹

Menurut pendapat Anthony Mezner dan Julian Weinberg di atas, maka jika ketika memasuki tahap prayudisial terdakwa mengakui bersalah atas semua dakwaan, dan JPU menerimanya, maka hakim akan memutuskan untuk memasuki tahap persidangan penentuan penghukuman (*effective sentencing hearing*). Tetapi ketika tahap prayudisial, terdakwa tidak mengakui semua dakwaan di dalam surat dakwaan JPU, maka persidangan kembali dilanjutkan, dan melalui tahapan seperti biasa yaitu pembacaan dakwaan, pembuktian dan tahapan penentuan penghukuman.

Kemudian untuk mengentikan persidangan pidananya, dengan mendahulukan *plea bargaining* melalui *preliminary hearing*, Anthony Mezner dan Julian Weinberg memberikan kriteria sebagai berikut:

*"If there is a likelihood that the case will be adjourned for pre-sentence (or any other) reports, the prosecution advocate will not usually open the case and the case will be adjourned for about four weeks (usually to Friday, for the convenience of the court and often the judges and advocates) for the preparation of pre-sentence reports and the case will not be served for that judge. There are usually fairly lengthy lists of PDH hearings and the judge would probably be anxious not to be delayed by lengthy full-sentence hearings. Bail will need to be applied for if the offence(s) that the defendant has pleaded guilty to are serious and/or the defendant has pleaded guilty to are serious and/or the defendant has a lengthy list of previous conviction for similar offences, bail will now be revoked by the judge."*⁷⁰⁰

Anthony Mezner dan Julian Weinberg menegaskan persidangan pidana dapat dihentikan jika terdakwa melalui kuasa hukumnya ingin menggunakan mekanisme

⁶⁹⁹ *Ibid.*, hal. 118.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

plea bargaining system (PDH Hearings). Kemudian, juga ada kemungkinan penangguhan penahanan terdakwa (bail) dikabulkan oleh hakim berbarengan jika terdakwa mengakui bersalah atas tuduhan-tuduhan di dalam surat dakwaan JPU. *PDH hearing* dilakukan sebelum memasuki pokok perkara pidana, dan hakim akan mengentikan pokok persidangan jika terdapat *PDH hearing*.

Negara-negara penganut common law system seperti di Inggris juga mengenal prayudisial di dalam *criminal justice system*-nya, sebelum masuk ke pokok perkara pidana. Tetapi konteksnya adalah untuk memberikan kesempatan kepada terdakwa apakah mau mengakui tuduhan-tuduhan di dalam dakwaan JPU. Selama proses prayudisial atau dikenal dengan *preliminary hearing*, persidangan pokok perkara dihentikan.

Berdasarkan hal tersebut pemaparan di atas, menurut peneliti terdapat perbedaan antara pertanyaan konstitusional dengan *praejudiciel geschill* yaitu *Pertama*, obyeknya berbeda. Di dalam pertanyaan konstitusional, obyeknya norma hukum di dalam atau bagian UU yang diduga bertentangan dengan Konstitusi. Sementara obyek *praejudiciel geschill* obyeknya adalah tindak pidana, yang pada saat bersamaan terdapat sengketa perdata yang harus diputuskan lebih dahulu oleh pengadilan perdata. *Kedua*, di dalam pertanyaan konstitusional hakim terikat oleh Putusan MK yang memutuskan norma hukumnya konstitusional atau tidak konstitusional. Sementara *praejudiciel geschill*, menurut SEMA Nomor 1 Tahun 1956, hakim pidana tidak terikat oleh putusan pengadilan atas kasus perdatanya.

V.2 Kualifikasi Pemohon Pertanyaan Konstitusional

Subyek pengujian UU terhadap UUD 1945 adalah sebagai berikut :

- a. Perorangan Warga Negara Indonesia;
- b. Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur di dalam UU;
- a. Badan hukum publik atau privat; atau
- b. Lembaga negara.⁷⁰¹

Menurut peneliti, UU MKRI dan juga putusan-putusan MKRI terkait dengan kualifikasi pemohon dan *legal standing* pemohon tersebut hanya menjelaskan kualifikasi pemohon dan *legal standing* pemohon untuk *abstract review* saja,

⁷⁰¹ Pasal 51 ayat (1) UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana telah dirubah dengan UU Nomor 11 Tahun 2011.

sementara belum ada pengaturan untuk kualifikasi pemohon dan *legal standing* pemohon untuk *concrete review*. Untuk itu peneliti bermaksud membahas permasalahan tersebut dengan menelaah pengaturan kualifikasi pemohon *concrete review* berdasarkan perbandingan UU MK di Austria, Korea Selatan dan Jerman, dan teori *constitutional review* dan *legal standing* berdasarkan doktrin.

Sebelum menguraikan perbandingan hukum dan doktrin atas *legal standing* pemohon pertanyaan konstitusional, peneliti bermaksud menguraikan alternatif para pemohon pertanyaan konstitusional yaitu hakim dan individu yang berpihak di pengadilan sebagai berikut :

a. Hakim

Hakim dapat menjadi pemohon pertanyaan konstitusional atas norma di dalam UU atau UU yang diragukan konstitusionalitasnya. Terdapat makna filosofis kenapa hakim harus menolak untuk menerapkan norma di dalam UU atau UU yang diragukan konstitusionalitasnya. Untuk itu peneliti akan mengelaborasi pendapat Leon Duguit dan Hakim Agung MA AS John Marshall yang berpendapat soal alasan-alasan filosofis hakim harus menolak menerapkan norma di dalam UU atau UU yang diragukan konstitusionalitasnya.

Leon Duguit berpendapat sebagai berikut:

*"It has long been accepted dogma that no court could accept a plea of unconstitutionality and refuse to apply a formal statute even where they considered it unconstitutional...The principle of the separation of powers leads to an entirely different solution. A court which refuses to apply a statute on the grounds of unconstitutionality does not interfere with the exercise of legislative powers. It does not suspend its application. The law remain untouched. It is simply because the judicial power is distinct from and independently equal to the two others that it cannot be forced to apply the statutes it deems unconstitutional".*⁷⁰²

Leon Duguit menegaskan sebenarnya sudah lama ada dogma pengadilan menolak menerapkan UU yang tidak konstitusional dan hal tersebut bukanlah bentuk intervensi pengadilan atas cabang-cabang kekuasaannya lain. Leon Duguit menjelaskan lebih lanjut, karena prinsip pemisahan kekuasaan memberika ruang kepada hakim untuk independen sejajar dengan eksekutif dan legislatif. Oleh karena itu hakim tidak boleh dipaksa untuk menerapkan UU yang diragukan konstitusionalitasnya. Hakim

⁷⁰² Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 27.

Agung MA AS John Marshall menjelaskan alasan menolak menerapkan UU yang bertentangan dengan konstitusi karena hakim terikat dengan sumpah jabatannya untuk terikat dengan konstitusi karena konstitusi merupakan produk hukum tertinggi. Erwin Chemerinsky menjelaskan hal yaitu "*Chief Justice Marshall also defended judicial review on the grounds that judges take an oath of office and that they would violate this oath if they enforced unconstitutional laws*".⁷⁰³ Finally, Chief Justice Marshall argued that judicial review is appropriate because Article VI (of the US Federal Constitution) makes the Constitution "the supreme law of the land".⁷⁰⁴

Hakim tidak hanya sekedar menolak untuk menerapkan UU yang diragukan konstitusionalitasnya, tetapi juga menurut Hakim Agung MA AS John Marshall hakim harus aktif untuk membatalkan (*null and void*) UU yang bertentangan dengan konstitusi melalui mekanisme *constitutional review*. Berdasarkan penjelasan tersebut, maka hakim mempunyai *legal standing* untuk mengajukan pertanyaan konstitusional ke MK atas keraguannya untuk menerapkan UU yang tidak konstitusional.

b. Pihak Berperkara di Pengadilan.

Pemohon mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan pengujian UU terhadap konstitusi jika mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*). Yang dimaksud dengan *standing* atau *personae standi in judicio* adalah hak atau kedudukan hukum untuk mengajukan gugatan atau permohonan di depan pengadilan (*standing to sue*).⁷⁰⁵ Di dalam yurisprudensi AS terdapat tiga syarat harus dipenuhi untuk mempunyai *standing to sue* untuk *constituitonal review* yaitu sebagai berikut :

1. Adanya kerugian yang timbul karena adanya pelanggaran kepentingan pemohon yang dilindungi secara hukum;
 - a. Bersifat spesifik atau khusus, dan
 - b. Aktual dalam satu kontroversi dan bukan hanya bersifat potensial

⁷⁰³Chemerinsky, *Op.Cit.*, hal. 44.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 65.

2. Adanya hubungan sebab akibat atau hubungan atau hubungan kausalitas antara kerugian dengan berlakunya satu UU;
3. Kemungkinan dengan diberikannya keputusan diharapkan kerugian akan dihindari atau dipulihkan.⁷⁰⁶

Kemudian berdasarkan Putusan MKRI Nomor 006/PUU-III/2005 dan 010/PUU-II/2005 menjelaskan lima persyaratan *legal standing* pemohon *abstract constitutional review* yaitu :

1. Adanya hak konstitusional pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
2. Bahwa hak konstitusional tersebut dianggap oleh pemohon telah dirugikan oleh suatu UU yang diuji;
3. Bahwa kerugian tersebut bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan terjadi;
4. Adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya UU yang dimohonkan untuk diuji;
5. Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional yang didalilkan akan atau tidak lagi terjadi.⁷⁰⁷

Kriteria *legal standing* antara Putusan MKRI Nomor 006/PUU-III/2005 mirip dengan kriteria *legal standing* di dalam perkara-perkara *constitutional review* di MA AS. Erwin Chemerinsky secara khusus menjelaskan tiga kriteria *legal standing* di dalam *constitutional review* yaitu :

*"First, the plaintiff must allege that he or she has suffered or imminently will suffer an injury. Second, the plaintiff must allege that the injury is fairly traceable to the defendant's conduct. Third, the plaintiff must allege that a favorable court decision is likely to redress the injury"*⁷⁰⁸

Berdasarkan pendapat Erwin Chemerinsky tersebut, maka pemohon dalam kasus *constitutional review* terdapat tiga kriteria yaitu harus adanya *injury*, *injury* tersebut terjadi karena perbuatan dari termohon, dan pengadilan kemungkinan dapat memulihkan (*redress*) *injury* tersebut. Di dalam Putusan MA AS untuk kasus Peterson versus Asosiasi Perlindungan Makan Indian Barat menjelaskan *injury* dari pemohon adalah sebagai berikut :

⁷⁰⁶ *Ibid*, hal. 66.

⁷⁰⁷ *Ibid*, hal. 67.

⁷⁰⁸ Chemerinsky, *Op. Cit.*, hal. 62.

"Pembangunan Jalan G-O akan menghancurkan ketenangan, kebebasan (*privacy*), serta tatanan alami yang penting bagi praktek keagamaan bangsa India, dan langgar demikian melanggar Amandemen Pertama untuk melaksanakan ajaran agama secara bebas"⁷⁰⁹

Di dalam kasus lainnya, MA AS menolak *legal standing* pemohon *constitutional review* yang memohon putusan agar termohon menghentikan pelanggaran hak-hak konstitusionalnya (*injunctive relief*) karena pemohon tidak bisa menunjukkan sejauh mana tindakan termohon dapat mengganggu mata pencariannya jika di masa depan termohon masih melakukan pelanggaran hak-hak konstitusionalnya.⁷¹⁰

Selanjutnya berdasarkan perbandingan mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional di MK Jerman, Austria dan Korea Selatan di atas terdapat gambaran yang jelas tentang mekanisme permohonan pertanyaan konstitusional dan kualifikasi pemohonnya yaitu sebagai berikut :

1. Mekanisme Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Jerman
Pemohon permohonan pertanyaan konstitusional adalah hakim di pengadilan di bawah kekuasaan MA Jerman, dan mengajukannya langsung ke MK Jerman. Hakim di pengadilan tersebut harus menghentikan proses persidangannya, dan jika MK Jerman mengabulkan permohonan pertanyaan konstitusional atas suatu UU atau bagian di dalam UU tersebut, maka pengadilan tersebut wajib mengikuti Putusan MK Jerman tersebut.
2. Mekanisme Permohonan Pertanyaan Konstitusional di Mk Austria
Pemohon di dalam permohonan pertanyaan konstitusional di MK Austria lebih luas dibandingkan pemohon permohonan pertanyaan konstitusional di MK Jerman karena tidak hanya hakim, tetapi dimungkinkan pihak dalam perkara tersebut dapat menjadi pemohon. Hakim harus menghentikan proses perkara di pengadilan sampai ada Putusan MK Austria atas permohonan pertanyaan konstitusional tersebut. Hakim wajib mengikuti Putusan MK Austria atas permohonan pertanyaan konstitusional tersebut. Ada keunikan permohonan pertanyaan konstitusional di Austria, pemohon sebagai

⁷⁰⁹ Ellen Alderman & Caroline Kennedy, *In Our Defense The Bill of Rights : Makna dan Tantangan Bill of Rights Amerika*, Bandung: Percetakan Angkasa,1991, hal. 49.

⁷¹⁰ Chemerinsky, *Op.Cit.*, hal 66.

pihak pasca putusan pengadilan dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK Austria.

3. Mekanisme Permohonan Pertanyaan Konstitusional di MK Korea Selatan.

Pemohon dalam permohonan pertanyaan konstitusional di MK Austria mirip dengan di MK Austria yaitu tidak hanya hakim di pengadilan di bawah kekuasaan MA Korea Selatan, tetapi juga pihak dalam perkara. Tetapi yang membedakan antara permohonan pertanyaan konstitusional di MK Korea Selatan dan MK Austria adalah di Korea Selatan proses pengajuan permohonan pertanyaan konstitusional dari hakim di pengadilan kemudian diteruskan ke MA Korea Selatan, selanjutnya MA Korea Selatan meneruskan permohonan tersebut ke MK Korea Selatan untuk diputus. Sementara di Austria, permohonan pertanyaan konstitusionalitasnya langsung ditujukan ke hakim di pengadilan, dan jika disetujui maka permohonannya diteruskan ke MK Austria. Kemudian persamaannya, baik hakim di pengadilan harus mengikuti putusan MK tersebut, dan ini terjadi baik di Korea Selatan, Austria dan Jerman. Berdasarkan pengalaman di MK Austria dan Korea Selatan, secara teknis pemohon pertanyaan konstitusional adalah tidak hanya hakim di pengadilan di bawah kekuasaan MA mereka, tetapi juga pemohonnya adalah pihak yang sedang berperkara di pengadilan tersebut. Bahkan menurut UU MK Austria pasca putusan di pengadilan tersebut, pihak yang tidak terima putusan tersebut dapat juga mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional kepada MK Austria atas UU atau ketentuan di dalam UU yang dijadikan dasar hukum dalam memutus perkaranya. Artinya, pasca putusan pengadilan pun masih dimungkinkan adanya celah untuk permohonan pertanyaan konstitusional.

Di dalam konteks prinsip perlindungan hak-hak konstitusional warga negara, maka harus ada mekanisme untuk pemulihan pelanggaran dan potensi terjadinya pelanggaran hak-hak konstitusional setiap warga negara (*effective remedies*). Jimly Asshiddiqie dan I Dewa Gede Palguna telah menyebutkan salah satu ciri negara hukum adalah adanya perlindungan HAM. Lebih lanjut Jimly Asshiddiqie menegaskan adanya *constitutional review* adalah sebagai buah perkembangan gagasan modern tentang sistem pemerintahan yang demokratis yang didasarkan atas ide-ide negara

hukum (*the rule of law*), prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of powers*), serta perlindungan dan pemajuan HAM (*the protection of fundamental rights*).⁷¹¹

Kemudian, tujuan adanya *constitutional review* tersebut adalah untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh satu cabang kekuasaan, dan untuk melindungi setiap individu warga negara dari penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga negara yang merugikan hak-hak fundamental mereka yang dijamin di dalam konstitusi.⁷¹² Menurut peneliti, dalam konteks tujuan adanya *constitutional review* tersebut, individu warga negara mempunyai kualifikasi sebagai pemohon untuk mengajukan permohonan pertanyaan pertanyaan konstitusional yaitu untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh cabang-cabang kekuasaan negara yaitu eksekutif, legislatif dan yudisial, dan untuk perlindungan hak-hak konstitusional individu warga negara yang sedang berperkara di pengadilan dari kemungkinan penerapan norma hukum yang bertentangan dengan konstitusi. Dalam konteks, prinsip perlindungan hak-hak konstitusional warga negara, maka individu mempunyai kualifikasi untuk menjadi pemohon pertanyaan konstitusional.

Berdasarkan pemaparan di atas, maka pemohon pertanyaan konstitusional di dalam perkembangannya tidak hanya diajukan oleh hakim di pengadilan tersebut, tetapi juga sangat memungkinkan pihak yang terlibat dalam perkara di pengadilan tersebut dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK atau melalui pengadilan untuk diteruskan ke MK. Kemudian proses persidangan di pengadilan tersebut harus dihentikan sampai ada Putusan MK. Kemudian untuk proses selanjutnya, hakim MK yang menentukan apakah ada legal standing dari pemohon pertanyaan konstitusional tersebut.

V.3 Putusan MK Atas Pertanyaan Konstitusional.

Putusan MKRI berdasarkan prinsip *erga omnes* seperti yang telah dibahas di atas adalah mengikat baik secara vertikal maupun horizontal cabang-cabang kekuasaan negara termasuk juga pengadilan di bawah kekuasaan MARI wajib mengikuti Putusan MKRI tersebut. Berdasarkan hal tersebut, Putusan MK atas permohonan pertanyaan konstitusional apakah diterima atau tidak, maka pengadilan harus mengikutinya. Putusan MK dalam konteks *constitutional review* mempunyai

⁷¹¹ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal 10.

⁷¹² *Ibid.*, hal. 11.

kekuatan erga omnes yang bersifat mutlak berdasarkan prinsip kewenangan mutlak yang diberikan kepadanya oleh UUD (*the absolute authority of the institution*).⁷¹³

Kemudian Jimly Asshiddiqie menjelaskan terdapat dua model dampak dari putusan MK yaitu retroaktif (*ex nunt*) dan non-retroaktif (*ex nunc*), yang mana berdasarkan model *constitutional review* di AS putusannya bersifat deklaratoir dan retroprospektif (declaratoir & restrospective) yaitu bersifat *ex tunt* dengan akibat *pro praerito* yang menimbulkan efek retroaktif ke belakang.⁷¹⁴ Kemudian, model *constituional review* di Austria putusannya berlaku non-retroaktif (*ex nunc*).⁷¹⁵ Tetapi dimungkinkan adanya putusan yang sifatnya retroaktif menurut model *constitutional review* di MK Austria yaitu khususnya dalam putusan *concrete constitutional review* di mana ketika MK Austria memutuskan ketentuan yang dibatalkan tidak diberlakukan lagi, yang berarti putusan demikian membawa dampak retroaktif, sebab baik pihak berwenang maupun pengadilan, tidak dibenarkan lagi menggunakan ketentuan UU tersebut dalam penilaian mereka terhadap suatu kasus yang terjadi sebelum UU tersebut dibatalkan.⁷¹⁶

UU MKRI menganut prinsip praduga konstitusionalitas yang mengandung arti sebagai berikut : "UU yang diuji oleh MK tetap berlaku sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa UU tersebut bertentangan dengan UUD 1945".⁷¹⁷ Kemudian juga, "Putusan MK memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum."⁷¹⁸ Oleh karena itu menurut peneliti sependapat dengan pendapat I Dewa Gede Palguna tersebut yaitu sifat putusan MK adalah non-retroaktif yaitu berlaku ke depan (*ex nunc*) karena putusan MKRI mempunyai kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan adanya prinsip praduga konstitusionalitas yang mengandung makna putusan MKRI tersebut bersifat *ex nunc*.

Lebih jauh, menurut Maruarar Siahaan dengan adanya prinsip praduga konstitusionalitas tersebut, maka tidak dimungkinkan adanya Putusan Provisi atas permohonan *constitutional review*.⁷¹⁹ Karena jika benar bertentangan dengan UUD 1945, UU tersebut baru dapat dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sejak putusan MK, dan tidak dapat dilakukan sebelum adanya putusan

⁷¹³ Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hal. 65.

⁷¹⁴ *Ibid.*, hal. 61.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ Palguna, *Op.Cit.*, hal. 248-249.

⁷¹⁷ *Ibid.*, hal. 165.

⁷¹⁸ Pasal 47 UU MKRI Nomor 24 Tahun 2003.

⁷¹⁹ Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 205.

akhir dimaksud.⁷²⁰ Di dalam permohonan pengujian Pasal-Pasal Penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden yang diajukan oleh Eggy Sudjana dan Pandapotan Lubis, pemohon mengajukan permohonan provisi, dan MKRI di dalam putusannya tersebut tidak memberikan jawaban atas permohonan provisi tersebut.

Berdasarkan pengalaman di MK Jerman, Austria dan Korea Selatan, pengadilan-pengadilan yang mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK mengikuti Putusan MK tersebut. Berdasarkan *case laws* di MK Jerman yang telah dibahas di atas telah menunjukkan tidak selalu substansi dari permohonan pertanyaan konstitusionalnya dikabulkan oleh MK Jerman. Di dalam kasus *Investment Allowance Act*, MK Jerman menolak substansi permohonan pertanyaan konstitusional atas *Investment Allowance Act* karena ternyata Pengadilan Keuangan Federal belum menggunakan mekanisme melalui *European Court of Justice* dan juga Pengadilan Federal Keuangan tersebut belum melakukan klarifikasi kepada *Bundestag* atas transpalansi hukum Uni Eropa kepada hukum domestik Jerman dalam pengecualian subsidi negara di sektor pertanian. Pengadilan Keuangan Federal Jerman pun harus melanjutkan proses persidangannya tersebut karena permohonannya ditolak. Tetapi dalam kasus *The Bavarian Child-Raising Allowance Act*, dan *The Hamburg Pension Fund*, pengadilan sosial dan pengadilan perburuhan harus mengabulkan gugatan para pemohon tersebut karena MK Jerman memutuskan substansi dari UU tersebut bertentangan dengan Konstitusi Jerman khususnya prinsip non-diskriminasi.

MK di Korea Selatan juga tidak selalu mengabulkan substansi dari permohonan pertanyaan konstitusional, dan pengadilan harus melanjutkan proses perkaranya tersebut karena sesuai prinsip *erga omnes*. Di dalam kasus permohonan pertanyaan konstitusional atas UU Asuransi Kecelakaan Kerja, MK Korea Selatan menolak substansi permohonan pertanyaan konstitusional karena yang diajukan ke MK Korea Selatan ternyata keputusan Dinas Pelayanan Klaim Asuransi, bukan UU-nya tersebut. Pengadilan pun harus melanjutkan proses persidangannya. MK Austria juga tidak melalu mengabulkan substansi dari permohonan pertanyaan konstitusional tersebut seperti Putusan MK Austria dalam kasus UU Federal tentang *Asylum Tribunal* di mana MK Austria menilai tidak ada isu pelanggaran *fair trial* dalam UU *Asylum Tribunal* tersebut. Oleh karena itu Pengadilan *Asylum* harus melanjutkan proses persidangannya.

⁷²⁰ *Ibid.*

Maruara Siahaan memberikan penjelasan atas makna prinsip erga omnes yaitu sebagai berikut :

“Kekuatan mengikat putusan MK berbeda dengan putusan pengadilan biasa, tidak hanya meliputi pihak-pihak yang berperkara (interpartes) yaitu pemohon, pemerintah, DPR/DPD ataupun pihak terkait yang diizinkan memasuki proses berperkara, tetapi juga mengikat bagi semua orang, lembaga negara dan badan hukum dalam wilayah Republik Indonesia. Ia berlaku sebagai hukum sebagaimana hukum diciptakan pembuat UU. Hakim MK dikatakan sebagai *negative legislator* yang putusannya bersifat erga omnes yang ditujukan kepada semua orang”.⁷²¹

Maruarar Siahaan menegaskan makna prinsip erga omnes di dalam Putusan MKRI mempunyai dampak yang luar yaitu tidak hanya mengikat para pihak yang berperkara di MKRI, tetapi juga semua orang, lembaga negara dan badan hukum. Adanya kata-kata mengikat semua orang, lembaga negara dan bahkan badan hukum di wilayah Republik Indonesia menunjukkan Putusan MKRI mempunyai kekuatan mengikat yang luas. Maruarar Siahaan juga menyebutkan Hakim MK berperan sebagai *negative legislator*. Hans Kelsen memberikan penjelasan *negative legislator* dalam kaitannya dengan Putusan MK yaitu sebagai berikut:

“ *The annulment of a law is a legislative function, an act –so to speak -- of negative legislation. A court which is competent to abolish laws -- individually or generally--- functions as a negative legislator...the possibility of a law issued by the legislative organ being annulled by another organ constitutes a remarkable restriction of the former’s power. Such a possibility means that there is, besides the positive, a negative legislator, an organ which may be composed according to a totally different principle from that of parliament elected by the people.*”⁷²²

Hans Kelsen menjelaskan fungsi pengadilan melalui putusannya yang membatalkan UU yang dibuat oleh DPR merupakan bentuk *negative legislator*. Berdasarkan pendapat Hans Kelsen tersebut, maka DPR sebagai *positive legislator*, sementara pengadilan (MK) adalah *negative legislator*.

Pendapat Maruarar Siahaan sejalan dengan pendapat Jimly Asshiddiqie yang menjelaskan Putusan MKRI mempunyai kekuatan erga omnes yang bersifat mutlak berdasarkan prinsip kewenangan yang mutlak diberikan oleh UUD (*the absolute authority of the institution*).⁷²³ UUD 1945 memberikan kewenangan MKRI untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final atas

⁷²¹ Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 214.

⁷²² Kelsen, *Op.Cit.*, hal. 268-269.

⁷²³ Assiddiqie, *Op.Cit.*, Hal. 65.

constitutional review.⁷²⁴ Makna dari perkataan putusannya bersifat final mengandung pengertian Putusan MKRI mempunyai kekuatan erga omnes yang mengikat tidak hanya para pihak yang berperkara di MKRI, tetapi juga semua orang, lembaga negara dan badan hukum di wilayah Indonesia.

Lebih lanjut makna erga omnes ditegaskan oleh Hans Kelsen khususnya ketika Putusan Pengadilan HTN ini menjadi preseden atas kasus-kasus *constitutional review* lainnya. Hans Kelsen menjelaskan sebagai berikut: "*Courts further exercise a legislative function when their decision in a concrete case becomes a precedent for the decision of other similar case. A court with this competence creates by its decision a general norm which is on a level with statutes originating with the co-called legislative organ*".⁷²⁵ Hans Kelsen menegaskan Putusan MK terkait dengan *concrete constitutional review* menjadi preseden untuk memutus kasus-kasus lainnya yang mirip dengan putusan tersebut.

Pendapat Hans Kelsen atas Putusan-Putusan MK menjadi preseden untuk kasus-kasus lainnya yang mirip dengan putusan-putusan tersebut adalah sangat relevant dalam praktek-praktek peradilan tata negara di dunia. Sistem hukum yang dominan di dunia yaitu *common law system* dan *civil law system* bukanlah penghalang untuk menjadikan Putusan-Putusan menjadi preseden. Prinsip *the rule of law* yang menjadikan dasar filosofis, Putusan-Putusan MK menjadi preseden untuk kasus-kasus lainnya yang mirip dengan Putusan-Putusan MK tersebut. Hal ini ditegaskan oleh Richard A. Wasserstrom yang menjelaskan sebagai berikut :

"The precedential procedure here considered is one that has only one rule of decision, the rule which prescribes that a particular decision can be justified if and if it is deducible from an extant rule of law—a precedent. In a such procedure, the rules of law are therefore important, since they alone constitute the valid justification for any decision. It is probably this form of the doctrine of precedent that many legal philosophers have sought to attack when they have heaped abuse upon "deductivism" or "mechanical jurisprudence". As we have seen, "deductivism" of this kind has been criticised on the ground that many it cannot successfully permit the legal system to take into account the ever-present problems of a constantly changing society".⁷²⁶

Richard Wasserstrom menegaskan justifikasi adanya putusan pengadilan yang menjadi preseden untuk kasus-kasus lainnya yang mirip dengan putusan

⁷²⁴ Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945.

⁷²⁵ Kelsen, Op.Cit., hal. 272.

⁷²⁶ Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision Toward A Theory of Legal Justification*, Stanford:Stanford University Press,1961, hal.56.

pengadilan tersebut adalah adanya prinsip negara hukum (*the rule of law*). Pandangan para filosof hukum yang mengkritik konsep justifikasi putusan berdasarkan *deductivism* telah mengakibatkan putusan-putusan pengadilan tidak dapat mengikuti perkembangan di masyarakat yang cepat sekali berubah.

Di dalam konteks peradilan tata negara di Indonesia, Konstitusi menegaskan Negara Indonesia adalah negara hukum⁷²⁷. Oleh karena itu menurut peneliti, hal tersebut menegaskan putusan-putusan MKRI menjadi preseden untuk kasus-kasus constitutional review lainnya yang mirip dengan Putusan-Putusan MKRI tersebut.

Peneliti telah menjelaskan pertanyaan konstitusional juga merupakan bagian dari *constitutional review*. *Constitutional review* tidak hanya dalam bentuk *abstract constitutional review*, tetapi juga *concrete constitutional review* yaitu pertanyaan konstitusional. Oleh karena itu Putusan MK atas pertanyaan konstitusional juga mempunyai kekuatan erga omnes yang mengikat semua orang, lembaga negara, dan badan hukum. Pertanyaan konstitusional berbeda dengan pengaduan konstitusional, di dalam pertanyaan konstitusional yang menjadi obyek adalah adanya permasalahan norma hukum bagian atau di dalam UU yang bertentangan dengan Konstitusi, sehingga Putusan MK atas pertanyaan konstitusional bersifat erga omnes. Sementara yang dipermasalahkan di dalam pengaduan konstitusional adalah penerapan norma hukum di dalam suatu kasus konkret.

V.4 Hukum Acara Pertanyaan Konstitusional.

Untuk melakukan kontruksi atas hukum acara, peneliti melakukan analisis berdasarkan perbandingan hukum di UU MK Jerman, Austria dan Korea Selatan. Kemudian juga peneliti, menelusuri teorinya berdasarkan doktrin dan perkembangannya.

Hukum acara permohonan pertanyaan konstitusional merupakan bagian dari hukum acara *constitutional review* yang dimasukan ke dalam UU MK sendiri seperti di UU MK Jerman, Austria dan Korea Selatan. Di UU MK Korea Selatan, hukum acara permohonan pertanyaan konstitusional secara spesifik menjelaskan proses pengajuan permohonan pertanyaan konstitusional dari pihak dalam perkara atau dari hakim di pengadilan secara *ex officio*. Kemudian, jika permohonan pertanyaan konstitusional tersebut dikabulkan oleh pengadilan tersebut, maka pengadilan akan melakukan koordinasi dengan MA Korea Selatan. Menurut peneliti proses ini adalah

⁷²⁷ Pasal 1 ayat (3) UUD 1945.

referral dari pengadilan di bawah MA Korea Selatan ke MA Korea Selatan untuk koordinasi untuk mencegah *over-loading* permohonan pertanyaan konstitusional. Selanjutnya MA Korea Selatan akan menyampaikannya kepada MK Korea Selatan yang akan memulai proses persidangan dengan memanggil para pihak, proses pembuktian dan putusan. Ada yang unik di dalam hukum acara permohonan pertanyaan konstitusional MK Korea Selatan yaitu jika permohonan dari pihak yang berperkara untuk mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut ditolak oleh pengadilan, maka pihak yang ditolak tersebut dapat mengajukan permohonan *constitutional complaint* langsung ke MK Korea Selatan. Menurut peneliti, ini merupakan bentuk *double protection system* di dalam hukum acara MK Korea Selatan untuk perlindungan hak-hak konstitusional warga negara.

Kemudian berdasarkan hukum acara permohonan pertanyaan konstitusional di MK Austria, tidak hanya hakim yang dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK Austria, tetapi juga pihak yang berperkara di pengadilan. Ketika sedang dalam proses persidangan di pengadilan, pihak yang terlibat di dalam perkara dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas UU atau bagian dari UU yang menjadi dasar hukum dalam memutus perkaranya. Selanjutnya jika permohonannya dikabulkan oleh hakim di pengadilan tersebut, maka pengadilan meneruskannya ke MK Austria. MK Austria melakukan proses pemanggilan para pihak, pembuktian dan persidangan. Ada hal yang unik di dalam hukum acara permohonan pertanyaan konstitusional di dalam UU MK Austria yaitu jika permohonan perkaranya telah diputus oleh pengadilan, maka pemohon tersebut juga dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional atas UU atau bagian UU yang menjadi dasar hukum hakim dalam putusannya tersebut setelah perkaranya diputus.

UU MK Jerman secara spesifik mengatur hukum acara permohonan pertanyaan konstitusional di dalam UU MK-nya. Pemohonnya memang hanya hakim, tetapi yang unik dari permohonan pertanyaan konstitusional di MK Jerman ketika proses persidangan permohonan pertanyaan konstitusional yang dapat memakan waktu lama, pihak yang berperkara di pengadilan mempunyai kesempatan untuk mendapatkan kompensasi atau ganti rugi atas lamanya persidangan permohonan pertanyaan konstitusional di MK Jerman. Pemohon dapat mengajukan permohonan kompensasi/ganti rugi karena penundaan persidangan di pengadilan akibat MK Jerman memutus permohonan pertanyaan konstitusionalnya ke MK Jerman. Permohonan ganti rugi/kompensasi atas penundaan persidangan tersebut, untuk

mencegah adanya *undue delay*/penundaan persidangan yang berlarut-larut yang berpotensi merugikan kepentingan para pihak di dalam perkara tersebut. Hakim di pengadilan bisa secara langsung mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional ke MK Jerman. Selanjutnya proses persidangan permohonan pertanyaan konstitusional di MK Jerman secara umum mirip dengan di MK Austria dan Korea Selatan yaitu adanya proses pemanggilan para pihak, pembuktian dan pembacaan putusan.

Peneliti merekomendasikan jika di masa depan UU MKRI mengkomodir permohonan pertanyaan konstitusional sebagai bagian dari *constitutional review*, maka seharusnya terdapat hukum acara permohonan pertanyaan konstitusional di dalam UU MKRI tersebut. Dengan mempertimbangkan kondisi peradilan di Indonesia khususnya untuk mencegah *over-loading case* di MKRI dan pengadilan di bawah kekuasaan MARI, dan juga kondisi geografis Indonesia maka perlu adanya *preliminary process* untuk permohonan pertanyaan di pengadilan tersebut sebelum dikirim ke MKRI untuk menguji *legal standing* dan urgensi dari pemohon pertanyaan konstitusionalitas, serta isu-isu konstitusional yang dilanggar. Seperti yang sudah dijelaskan di atas, pemohonnya tidak hanya hakim tetapi juga pihak dalam perkara di pengadilan untuk memaksimalkan partisipasi warga negara dalam pengambilan kebijakan. Kemudian juga perlu dipertimbangkan adanya mekanisme permohonan ganti rugi atau kompensasi yang dapat diajukan para pihak jika penundaan persidangan tersebut berlarut-larut dengan mengakibatkan adanya kerugian nyata untuk pemohon (*undue delay*).

Kemudian dengan mempertimbangkan model pengujian konstitusional di Korea Selatan, maka perlu adanya koordinasi antara pengadilan yang akan mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut dengan MARI untuk kepentingan administrasi pencatatan, dan juga karena kondisi geografis di Indonesia. Kemudian juga seperti model di Korea Selatan, proses pengajuan permohonan pertanyaan konstitusional dapat menggunakan teknologi melalui *e-court system* untuk efisiensi persidangan dan menjamin independensi dan integritas pengadilan.

Maururur Siahaan mengakui Hukum Acara MK mempunyai banyak kekosongan hukum, dan lebih jelasnya menegaskan sebagai berikut :

"Aturan hukum acara yang dimuat dalam Bab B UU MKR yang disusun dalam 12 (dua belas) bagian, dan diatur dalam Pasal 28 sampai dengan Pasal 85, masih sangat banyak kekosongannya. Hal itu diakui oleh pembuat UU dan karenanya memberikan kewenangan pada MKRI

untuk mengatur lebih lanjut hal yang dipandang perlu bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya dengan menyusun sendiri *the rule of conduct*⁷²⁸

Di dalam UU MKRI dan PMK tentang Pedoman Beracara *constitutional review* belum mengatur *concrete constitutional review*, dan baru mengatur *abstract constitutional review*. Pengaturan hukum acara *concrete constitutional review* membutuhkan karakter/pendekatan khusus, dan berbeda dengan *abstract constitutional review*. Hans Kelsen menjelaskan karakter tersendiri dari Pengadilan Tata Negara tersebut yaitu :

"*Examination and abolition of a law because of its unconstitutionality may take place according to several methods. There are two important types of procedure in which an unconstitutional law can be tried and abolished. The organ has to apply the law in a concrete case can be authorized to examine it as to its constitutionality and to refuse to apply it if it is found unconstitutional. If the power to examine the constitutionality of laws is conferred upon courts, we speak of judicial review of legislation. The examination of the law can be undertaken by the competent organ, especially by the court either as ex officio or upon a petition of a party in a lawsuit in which the law is to be applied according to its own contents but individually only, that is for the one case only*".⁷²⁹

Hans Kelsen menegaskan keunikan pertanyaan konstitusional yaitu untuk model pertama dari pertanyaan konstitusional adalah ketika kewenangan pertanyaan konstitusional diberikan kepada hakim yang sedang menangani kasus konkret di pengadilan dan jika memutuskan norma hukumnya tidak konstitusional, maka hakim tersebut menolak untuk menerapkan norma hukum tersebut. Kemudian, model kedua pertanyaan konstitusional adalah kewenangan pertanyaan konstitusional diberikan kepada organ yang kompeten yaitu secara khusus Peradilan Tata Negara baik hakim secara *ex officio* atau melalui proses permohonan dari pihak yang berperkara di pengadilan tersebut dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional tersebut kepada Peradilan Tata Negara tersebut.

Hal tersebut merupakan keunikan dari proses beracara permohonan pertanyaan konstitusional yang berbeda dengan proses beracara *abstract constitutional review*. Hakim di pengadilan umum tersebut harus mengentikan proses persidangannya untuk menunggu putusan MK atas permohonan pertanyaan konstitusional tersebut. Kemudian tidak hanya hakim menurut Han Kelsen yang

⁷²⁸ Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 57.

⁷²⁹ Kelsen, *Op.Cit.*, hal. 268.

dapat mengajukan permohonan, tetapi juga pihak (*a party in a lawsuit*) yang sedang berperkara di pengadilan. Baik hakim dan pihak yang berperkara di pengadilan biasa dapat menjadi pemohon pertanyaan konstitusional ke MK tersebut. Inilah keunikan dari proses beracara permohonan pertanyaan konstitusional.

Kemudian untuk menjamin adanya proses beracara *constitutional review* yang adil, Hans Kelsen menegaskan perlu adanya jaminan *due process of law*. Issue yang penting di dalam proses beracara di pertanyaan konstitusional adalah adanya kemungkinan *undue delay* untuk menunggu Putusan MK atas permohonan pertanyaan konstitusional tersebut.

Hans Kelsen menegaskan perlu adanya jaminan *due process of law* di dalam proses beracara *constitutional review* yaitu :

"If the constitution precribes that no interference with the property, freedom or life of the individual may take place except by "due process of law" this does not necessarily entail a monopoly of the courts on judicial function. The administrative procedure in which a judicial function is exercised can be formed in such a way that it corresponds to the ideal of "due process of law".⁷³⁰

Di dalam proses beracara *constitutional review* di MK harus adanya jaminan *due process of law* yang idealnya ditegaskan di dalam konstitusi. *Due process of law* dapat ditujukan untuk mencegah beberapa isu yang sering muncul dalam kasus-kasus permohonan pertanyaan konstitusional seperti adanya *undue delay* dalam di dalam menunggu Putusan MK atas permohonan pertanyaan konstitusional, hak-hak pemohon dalam mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional.

Peneliti mengalaborasi dan menganalisis prinsip *fair trial* dalam hubungannya dengan proses persidangan pertanyaan konstitusional, di mana salah satu elemen dari prinsip adanya *public hearing* (proses persidangan terbuka). Manfred Nowak menjelaskan *public hearing* di dalam proses peradilan adalah sebagai berikut :

"The right to public hearing thus means that all trials in civil and criminal matters must in principle be conducted orally and publicly. In van Meurs v. The Netherlands, the committee stressed that this is a duty upon the State that the hearing be held in public. Both domestic legislation and judicial practice must provide for the possibility of public attending if the members of the public so wish. This includes the duty to "make information on time and venue of the oral hearings available to the public and provide adequate facilities for the attendance of interested members of the public, within reasonable times, taking into account, e.g, the potential

⁷³⁰ Kelsen, *Op.Cit.*, hal. 280.

*public interest in the case, the duration of the oral hearing and the time the formal request for publicity has been made*⁷³¹

Berdasarkan penjelasan Manfred Nowak di atas, maka persidangan kasus-kasus pidana dan perdata harus dilakukan secara oral dan terbuka. Oral dalam arti para pihak harus memberikan keterangan di depan persidangan, dan terbuka artinya proses persidangan dapat dihadiri dan diakses oleh setiap orang. Terdapat kata *orally* dari pendapat Manfred Nowak tersebut tentang *public hearing*. Oral mengandung makna sebagai berikut "*Spoken or unspoken, not expressed in writing*".⁷³² Lebih spesifik lagi *oral argument* adalah :

*"An advocate's spoken presentation before a court (esp. an appellate court) supporting or opposing the legal relief at issue. - Also termed (in BrE) hearing. [Cases: Appeal and Error Federal Courts] "[The oral argument is the one chance for YOII (not for some chance-assigned mere judge) to answer any questions you can stir any member of the court into being bothered about and into bothering with, and the one chance to sew up each such question into a remembered point in favor.... In any but freak situations, oral argument is a must.*⁷³³

Pada intinya oral argumen adalah presentasi secara lisan di pengadilan, baik untuk menyampaikan pendapat atas isu hukum yang menjadi perhatiannya, atau membantah pendapat dari lawan perkaranya. Oral argumen merupakan keharusan di dalam proses persidangan terbuka.

Makna *public hearing* menurut Manfred Nowak juga menjelaskan "*the principle of public hearing is thus not only a right of the parties to the proceedings which can be waived by them, but also a right of the public in a democratic society*".⁷³⁴ *Public hearing* merupakan hak para pihak yang berperkara di pengadilan baik itu pemohon atau termohon, ataupun terdakwa atau jaksa. Tetapi menurut Manfred Nowak, para pihak dapat melepaskan (*to waive*) hak-haknya di dalam *public hearing* tersebut termasuk oral argument di depan pengadilan. Manfred Nowak menegaskan *public hearing* tidak hanya di dalam persidangan kasus-kasus perdata dan pidana saja, tetapi berlaku untuk semua jenis persidangan, dan pendapatnya sebagai berikut:

"In a number of cases in which the authors were sentenced to prison terms in secret following written trials before the military tribunals in Uruguay, the Committee found a violation of the right

⁷³¹ Nowak, *Op.Cit.*, hal. 324-325.

⁷³² Blacklaw Dictionary, *Op.Cit.*, hal. 252.

⁷³³ *Ibid*

⁷³⁴ *Ibid*.

*to a public hearing. In all of these typical cases of secret justice being used to suppress regime opponents, Uruguay's military Government did not even make an effort to justify the exclusion of the public for on the reasons listed art. 14(1) ICCPR.*⁷³⁵

Manfred Nowak menegaskan *public hearing* sebagai bagian dari prinsip *fair trial* termasuk oral argumen di depan persidangan juga berlaku tidak hanya dalam kasus-kasus pidana dan perdata, tetapi juga kasus-kasus lainnya termasuk peradilan militer. Menurut peneliti seharusnya oral argumen sebagai bagian dari *public hearing* dan prinsip *fair trial* berlaku di dalam persidangan di MK. Dengan demikian, para pihak dalam perkara di MK mempunyai hak untuk mengajukan argumen secara lisan di depan persidangan.

Prinsip *fair trial* termasuk *public hearing* juga berlaku di dalam seluruh proses persidangan di MK. Maruarar Siahaan menjelaskan hal tersebut sebagai berikut :

"Kedudukan dan wewenang Mahkamah Konstitusi adalah sebagai badan peradilan yang melaksanakan kekuasaan kehakiman di samping Mahkamah Agung dan jajaran peradilan di bawahnya. Mahkamah Konstitusi yang memeriksa dan memutus perkara-perkara konstitusi oleh karenanya tunduk juga kepada Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman. Contohnya dalam penerapan asas *due process of law* tiap perkara di badan peradilan".⁷³⁶

Prinsip *due process of law* secara substansi adalah *fair trial* juga seperti yang sudah peneliti jelaskan sebelumnya. Oleh karena itu *public hearing* juga harus berlaku di dalam perkara-perkara konstitusional di MKRI termasuk oral argumen di depan persidangan yang merupakan hak dari para pihak di dalam sengketa persidangan. Manfred Nowak menjelaskan para pihak mempunyai hak-hak atas *public hearing* termasuk hak untuk mengajukan oral argumen di depan persidangan. Tetapi para pihak juga dapat melapaskan hak untuk mengajukan oral argumen di depan persidangan (*to waive*).

Permohonan pertanyaan konstitusional sebagai bagian dari *constitutional review* juga berlaku prinsip *fair trial* termasuk di dalamnya adalah hak untuk mengajukan *oral argumen* di depan persidangan sebagai bagian dari hak-hak atas *public hearing*. Oleh karena itu pemohon di dalam perkara pertanyaan konstitusional mempunyai hak untuk mengajukan oral argumen di depan persidangan MK untuk menjelaskan alasan-alasan mengajukan pertanyaan konstitusional atas norma hukum di dalam dan atau bagian dari UU.

⁷³⁵ Nowak, *Op.Cit.*, 326.

⁷³⁶ Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 43.

Berdasarkan penjelasan di atas, maka di dalam perkara pertanyaan konstitusional persidangannya dapat dilakukan terbuka. Di mana para pihak baik pemohon ataupun pihak terkait seperti pemerintah dan parlemen mempunyai hak untuk mengajukan oral argumen di depan persidangan, mengajukan bukti-bukti tertulis dan saksi-saksi. Begitu juga masyarakat dapat memantau dan mengikuti persidangan dengan menghadiri seluruh proses persidangan kecuali MK menentukan lain dengan alasan-alasan keamanan, perlindungan hak-hak anak-anak dan kelompok-kelompok rentan lainnya. Sebagai konsekuensi adanya asas *fair trial* di dalam proses persidangan termasuk perkara pertanyaan konstitusional di MK, maka para pihak mempunyai hak-hak atas *public hearing* tersebut termasuk hak untuk mengajukan oral argumen di depan persidangan perkara pertanyaan konstitusional.

Jika pemohon pertanyaan konstitusionalnya adalah hakim, dan untuk menjaga independensi dan imparialitas peradilan, maka mengacu pada hukum acara pertanyaan konstitusional di MK Korea Selatan di mana terdapat *referral system* untuk mencegah terjadinya independensi dan imparialitas peradilan. Di dalam kasus pertanyaan konstitusional atas norma di dalam UU yang melarang berkumpul di depan kediaman resmi PM Korea Selatan di MK Korea Selatan, pemohon mengajukan pertanyaan konstitusional atas norma-norma hukum yang melarang berkumpul di depan kediaman resmi PM Korea Selatan kepada hakim di pengadilan lokal yang sedang mengadili perkara pidana atas pemohon tersebut.⁷³⁷ Permohonannya tersebut diterima oleh hakim pengadilan tersebut, dan hakim kemudian mengajukan permohonan ke MA Korea Selatan untuk koordinasi.⁷³⁸ Selanjutnya MA Korea Selatan mengajukannya ke MK Korea Selatan, dan MK Korea Selatan menerima dan memutus permohonannya.⁷³⁹ Berdasarkan *referral system* tersebut, MA Korea Selatan hanya menyerahkan berkasnya aja, dan melepaskan haknya untuk mengajukan oral argumen (*to waive*) di depan persidangan tersebut.

Menurut peneliti, hal itu terjadi di dalam *referral system* pertanyaan konstitusional mungkin dapat diterapkan dalam kondisi peradilan di Indonesia karena luas wilayah dan kondisi geografis Indonesia. Oleh karena itu, untuk mengajukan pertanyaan konstitusional dapat mengajukan permohonan pertanyaan konstitusional kepada hakim di pengadilan setempat yang sedang mengadili kasusnya pemohon. Kemudian jika hakim tersebut menyetujuinya, maka hakim

⁷³⁷ Putusan MK Korea Selatan Nomor 2014Hun-Ba254 tertanggal 24 September 2016.

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ *Ibid.*

tersebut menyerahkan berkasnya dan penetapan permohonannya kepada MA untuk melakukan koordinasi. Selanjutnya, MKRI memutuskan permohonannya apakah sesuai dengan Konstitusi atau tidak.

Di sini lain, *refferal system* pertanyaan konstitusional dapat menguatkan koordinasi antara pengadilan di bawah MA dengan MA, dan juga dengan MK karena hakim tidak perlu menghadiri persidangan dan MK cukup memutus konstitusionalitas norma hukum yang diduga bertentangan dengan Konstitusi sebelum hakim menerapkan norma hukum tersebut di dalam kasus konkret.

Kemudian bagaimana jika hakim yang menjadi pemohon pertanyaan konstitusional menggunakan hak-haknya dalam konteks *public hearing* untuk menghadiri persidangan. Menurut peneliti, jika hakim pun hadir di persidangan pertanyaan konstitusional tidak melanggar prinsip independensi dan imparialitas pengadilan karena yang diputus oleh MK adalah norma hukum yang diduga bertentangan dengan Konstitusi, dan MK tidak memutus pokok perkaranya.

Hukum acara pertanyaan konstitusional di MK Austria bersifat *public hearing* yaitu memanggil para pihak sebagai berikut :

1. Organ negara yang mengeluarkan peraturan yang sedang diuji oleh MK;
2. Pengadilan menjadi tempat disidangkannya kasus konkret yang bersangkutan;
3. Para pihak yang terlibat dalam kasus konkret yang menjadi asal muasal diajukannya permohonan pertanyaan konstitusional;
4. Pihak-pihak yang relevan dengan pertanyaan konstitusional yang dimaksud⁷⁴⁰

Hukum acara pertanyaan konstitusional di MK Austria berbeda dengan di MK Korea Selatan. Pertanyaan konstitusional di MK Korea Selatan menggunakan *refferal system* dari MA Korea Selatan ke MK Korea Selatan, jika permohonan pertanyaan konstitusionalnya disetujui oleh pengadilan tingkat bawah. *Refferal system* itu semacam sistem rujukan untuk adanya koordinasi antara pengadilan tingkat bawah dan MA, dan juga memudahkan koordinasi dengan MK Korea Selatan. Sementara di MK Austria dimungkinkan adanya *public hearing* yang memanggil para pihak untuk hadir di persidangan pertanyaan konstitusional. Model hukum acara pertanyaan konstitusional di MK Austria mirip dengan model hukum pertanyaan konstitusional di MK Jerman. Hukum acara pertanyaan konstitusional di MK Jerman menjelaskan sebagai berikut :

⁷⁴⁰ Aiunul Yaqin, *Op.Cit.*, hal. 63

1. *If the requirement of Article 100 (1) of the Basic Law are met, the courts shall directly request a decision by the Federal Constitutional Court;*
2. *In the reasons the court the court shall indicate in which respect its decision depends on the validity of the legal provision in question and which higher-ranking legal provision is incompatible with. I shall also attach the files;*
3. *The request of the court shall be independent of any claim on the part of a party to the proceedings.*⁷⁴¹

Hakim di pengadilan tingkat bawah harus secara langsung meminta putusan dari MK Jerman atas pertanyaan konstitusional (*the courts shall directly request a decision by the Federal Constitutional Court*). Berdasarkan UU MK Jerman tersebut terdapat perkataan *shall directly request a decision by the Federal Constitutional Court*, kata *directly* menegaskan permohonan pertanyaan konstitusional harus secara langsung diajukan ke MK Jerman. Kemudian juga berdasarkan UU MK Jerman terdapat jaminan bahwa MK Jerman independen dalam memutus perkara, tanpa melihat kepentingan-kepentingan para pihak. *Public hearing* juga berlaku untuk perkara pertanyaan konstitusional di MK Jerman, di mana para pihak berhak mengajukan baik pernyataan tertulis dan atau oral di depan pengadilan.⁷⁴²

Hukum acara pertanyaan konstitusional di MK Jerman menjelaskan *public hearing* dalam proses beracara perkara pertanyaan konstitusional sebagai berikut :

*"The Federal Constitutional Court shall also give the parties to the proceedings before the court which submitted the request the opportunity to submit a statement; it shall summon them to an oral hearing and give the floor to the authorized representative who are present."*⁷⁴³

Hukum acara pertanyaan konstitusional di MK Jerman sangat jelas bersifat *public hearing* di mana para pihak diberikan kesempatan untuk mengajukan permohonan untuk menyampaikan pernyataan tertulis di depan persidangan. Kemudian MK Jerman akan memanggil secara resmi (*summon*) para pihak tersebut, dan para pihak dapat mewakilkan kepada advokat yang secara resmi ditunjuk oleh mereka. Bahkan MK Jerman dapat melakukan penyelidikan dan memanggil MA Federal Jerman atau pengadilan tinggi/pengadilan tingkat bawah untuk memberikan penjelasan atas norma hukum di dalam UU yang dijadikan alasan untuk mengajukan

⁷⁴¹ Pasal 80 UU MK Jerman

⁷⁴² Pasal 82 UU MK Jerman.

⁷⁴³ Pasal 82 ayat (3) UU MK Jerman.

pertanyaan konstitusional. Untuk lebih jelasnya hukum acara pertanyaan konstitusional MK Jerman menjelaskan sebagai berikut :

*"The Federal Constitutional Court may inquire with supreme federal courts or with highest, and courts as to how and on the basis of which considerations that have hitherto interpreted the Basic Law regarding the question in dispute, whether and how they have applied the contested legal provision in their past decisions and which related points of law which is relevant for the decision. The Federal Constitutional Court shall notify the parties entitled to submit statements of such statements."*⁷⁴⁴

Hukum acara pertanyaan konstitusional di MK Jerman memiliki kewenangan untuk melakukan penyelidikan (*inquiry*) terhadap MA Federal Jerman atau pengadilan tinggi atau pengadilan tingkat bawah untuk meminta penjelasan bagaimana dan atas dasar apa MA Federal Jerman atau pengadilan tinggi atau pengadilan tingkat bawah telah melakukan penafsiran atas Konstitusi Jerman atas norma hukum yang dipertanyakan tersebut.

Menurut peneliti, model pertanyaan konstitusional di MK Austria dan Jerman ini tidak melanggar independensi dan imparialitas pengadilan dalam memutus kasusnya karena yang diputus oleh MK Austria adalah konstitusionalitas norma di dalam UU atau bagian UU terhadap Konstitusi Austria. Independensi peradilan mengandung makna bahwa pengadilan tidak boleh dipengaruhi oleh cabang-cabang kekuasaan lainnya yaitu eksekutif dan legislatif, tetapi menurut Manfred Nowak independensi peradilan tidak sekedar jaminan tidak adanya intervensi dari cabang-cabang kekuasaan lainnya. Manfred Nowak menjelaskan :

*"However, the criterion of independence goes beyond mere separation of State powers and is to ensure that tribunals are not overly influenced by powerful social groups. In certain cases, this may also lead a duty on State parties to undertake positive measures to ensure this guarantee against excessive influence by media, industry, political parties etc"*⁷⁴⁵

Sementara pengertian imparial lebih mengarah pada internal dari hakim dalam hubungannya dalam memutus perkara. Manfred Nowak menjelaskan imparial adalah sebagai berikut :

"Impartiality aims at specific holding in a given case. A judge is, e.g, not impartial when he or she has a personal interest in a given case. Moreover, a judge may not allow himself or herself to be excessively guided by emotions and political motives or to be influenced by "media justice". Impartiality is also closely related to the guarantee of a fair

⁷⁴⁴ Pasal 82 ayat (4) UU MK Jerman.

⁷⁴⁵ Nowak, *Op.Cit.*, hal. 320-321.

trial and equality before the courts to pursuant to the first sentence of Art. 14 (1)."⁷⁴⁶

Berdasarkan pendapat Manfred Nowak di atas, maka menurut peneliti sangat kecil kemungkinan terjadinya tidak imparsial ketika hakim sebagai pemohon pertanyaan konstitusional hadir di persidangannya karena hakim MK tidak memutus substansi perkara di pengadilan di bawah MA, dan hanya memutus norma hukum yang dimasalahkan diduga tidak konstitusional. Oleh karena itu hakim MK sangat sulit memutus perkara pertanyaan konstitusional secara bias dan atau terpengaruh oleh motivasi personal atau politik dalam memutus perkara pertanyaan konstitusional karena hakim MK sendiri telah mempunyai kode etik.

Dengan kemajuan teknologi internet di mana terdapat *teleconference* untuk mengikuti persidangan MK, maka menurut peneliti model pertanyaan konstitusional di MK Austria masih memungkinkan untuk negara yang mempunyai kondisi geografis yang cukup luas seperti Indonesia.

Kemudian terdapat isu lain yaitu kemungkinan adanya penundaan persidangan yang lama di pengadilan yang sedang menyidangkan perkara pokoknya (*undue delay*). Hukum acara pertanyaan konstitusional baik di MK Jerman, Korea Selatan dan Austria tidak menjelaskan secara rinci jangka waktu MK tersebut harus memutuskan perkara pertanyaan konstitusional. Akibatnya, persidangan pokok perkara di pengadilan tersebut berlarut larut, dan mempunyai potensi terjadinya *undue delay*. Ketentuan larangan tentang *undue delay* ditegaskan di dalam prinsip *fair trial* yaitu sebagai berikut :

*"Under Artc. 14 (3) c ICCPR mentions to be tried without undue delay what constitutes a reasonable time (or undue delay) depends on the circumstances and complexity of the case. If the delay is attributable to the applicant or to her/his , the committee does not find any violation of Art. 14 (3) c ICCPR. In Hill vs Spain the Committee found that in the absence of any explanations by the government as to the alleged complexity of the case, pre-trial detention fo two British applicants for 16 months and total length of proceedings of three years constituted a violation fo Art. 14 (3) c"*⁷⁴⁷

Berdasarkan pendapat Manfred Nowak tersebut, terdapat larangan adanya *undue delay* dalam setiap persidangan, dan itu tergantung pada kompleksitas kasus dan keadaan-keadaan yang menyertainya. Kemudian, Komite HAM PBB tidak menemukan pelanggaran adanya *undue delay* jika penundaan sidang itu karena

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ Nowak, *Op.Cit.*, hal. 326.

adanya permasalahan di pemohon atau kuasanya. Manfred Nowak menjelaskan contoh kasus Hill vs Spain, di mana Komite HAM PBB menemukan Pemerintah Spanyol tidak memberikan keterangan alasan-alasan adanya kompleksitas kasusnya tersebut, di mana terdapat penahanan selama 16 bulan terhadap pemohon sebelum dilaksanakan sidang pidananya. Kemudian juga, Komite HAM PBB menemukan total proses persidangan kasus pidana selama 3 tahun merupakan pelanggaran larangan adanya *undue delay* tersebut.

MK Korea Selatan ketika memutus perkara pertanyaan konstitusional atas UU Asuransi Kecelakaan yang berlangsung dari 29 September 2016 sampai dengan dilaksanakan putusannya pada 17 Desember 2017.⁷⁴⁸ Artinya, dalam waktu 15 bulan MK Korea Selatan tersebut memutus perkara pertanyaan konstitusional atas norma hukum di dalam UU Asuransi Kecelakaan Kerja.

Berdasarkan penjelasan tersebut, maka peneliti menilai dalam perkara pertanyaan konstitusionalitas perlu menghindari adanya *undue delay* yang menyebabkan ketidakpastian persidangan di pengadilan tempat berlangsungnya perkara tersebut. Di sisi yang lain, adanya kepastian lamanya persidangan atas perkara pertanyaan konstitusional dapat mencegah terjadinya *undue delay*. Di hukum acara MK Jerman seperti yang sudah dijelaskan di atas, terdapat mekanisme untuk mengajukan kompensasi atas penundaan persidangan karena menunggu putusan MK Jerman atas permohonan pertanyaan konstitusionalnya. Mekanisme tersebut menggunakan *speedy trial* (persidangan cepat) untuk menentukan layak tidaknya, pemohon mendapatkan kompensasi atas penundaan persidangan tersebut. Menurut peneliti, perlu juga mempertimbangkan adanya mekanisme kompensasi atas adanya *undue delay* melalui *speedy trial* di MK untuk perlindungan hak-hak konstitusional pemohon khususnya prinsip fair trial dan hak-hak atas public hearing dalam rangka pemulihan pelanggaran atas larangan *undue delay*.

Kemudian isu lain yang muncul di dalam perkara pertanyaan konstitusional adalah bentuk putusannya. Peneliti mengelaborasi teori bentuk-bentuk putusan pengadilan dan bentuk putusan pertanyaan konstitusional di negara-negara lain. Menurut Maruarah Siahaan dalam teori putusan pengadilan terdapat 3 bentuk putusan yaitu :

"Jenis putusan yang disimpulkan dari amar putusan dapat dibedakan antara antara putusan yang bersifat *declaratoir*, *constitutief*, dan *condemnatoir*. Putusan *condemnatoir* yaitu putusan yang berisi penghukuman terhadap penggugat atau termohon untuk melakukan

⁷⁴⁸Putusan MK Korea Selatan Nomor 2014Hun-Ba254.

satu prestasi (*tot het verichten van een prestatie*), sementara putusan *declaratoir* adalah putusan di mana hakim menyatakan apa yang menjadi hukum. Kemudian, putusan *constitutief* adalah putusan yang meniadakan satu keadaan hukum atau menciptakan satu keadaan hukum baru.⁷⁴⁹

Ketiga jenis putusan tersebut dikenal di dalam kasus pidana, perdata dan tata usaha negara. Tetapi putusan atas pengujian konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945 putusannya adalah *declaratoir* dan *constitutief*.⁷⁵⁰ Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari UU bertentangan dengan UUD 1945.⁷⁵¹ Bentuk putusan MKRI dalam *abstract review* tersebut adalah *declaratoir* dan juga *constitutief*, dan tidak mengandung unsur *condemnatoir*.⁷⁵² Dengan alasan-alasan sebagai berikut :

"Putusan MKRI dalam *abstract review* bersifat *declaratoir* karena menyatakan apa yang menjadi hukum, dan kemudian bersifat *constitutief* karena menyatakan suatu UU tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat bertentangan dengan UUD 1945 adalah meniadakan keadaan hukum yang timbul karena UU yang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dengan sendirinya putusan tersebut menciptakan satu keadaan hukum baru"⁷⁵²

Menurut peneliti, putusan MK dalam perkara pertanyaan konstitusional juga bersifat *declaratoir* dan *constitutief* karena putusannya yang menolak atau mengabulkan norma di dalam dan atau bagian UU bertentangan dengan Konstitusi merupakan hukum, dan putusannya yang menyatakan mengabulkan norma di dalam UU atau bagian di dalam UU bertentangan dengan Konstitusi merupakan putusan *constitutief* karena meniadakan keadaan hukum lama dan menciptakan keadaan hukum yang baru.

Putusan MK Korea Selatan tidak hanya bersifat *declaratoir* dan *constitutief*, tetapi juga bersifat *condemnatoir*. Putusan MK Korea Selatan di dalam perkara pertanyaan konstitusional atas norma di dalam UU Larangan Berkumpul di depan Kediaman Resmi PM Korea Selatan menyatakan sebagai berikut :

"Unconstitutionality of the Provisions at Issue lies in the fact that it prohibits assemblies near the Prime Minister's official residence indiscriminate and totally, which goes beyond the scope necessary to protect the function and peace of the official residence. In other words,

⁷⁴⁹Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 205-206.

⁷⁵⁰Pasal 56 ayat (3) UU MKRI.

⁷⁵¹Siahaan, *Op.Cit.*, hal. 206.

⁷⁵²*Ibid*, hal. 206.

*banning outdoor assemblies and/or demonstration near the official residence of the Prime Minister has both constitutional and unconstitutional parts at the same time. In this regard, it should be within the discretion of the legislators to decide which one of such activities should be permitted as an exception. Therefore, the Court delivers a decision of nonconformity to the Constitution and orders continued application of the Provisions at Issue until the legislative amends them by December 31, 2019. If amendment is not made until such date, the Provisions at Issue shall lose effect as of January 1, 2020”.*⁷⁵³

Di dalam Putusan MK Korea Selatan tersebut tidak hanya mempunyai jenis *declaratoir* dan *constitutief* yaitu menyatakan sebagai hukum, dan meniadakan keadaan lama di mana terdapat norma di dalam UU Larangan Berkumpul tersebut bertentangan dengan Konstitusi Korea Selatan, dan juga menimbulkan keadaan baru. Tetapi juga menurut peneliti, putusan tersebut bersifat *condemnatoir* karena secara tegas MK Korea Selatan menyatakan “*Therefore, the Court delivers a decision of nonconformity to the Constitution and orders continued application of the Provisions at Issue until the legislative amends them by December 31, 2019. If amendment is not made until such date, the Provisions at Issue shall lose effect as of January 1, 2020*”. MK Korea Selatan menghukum Parlemen Korea Selatan untuk mengamademen ketentuan/norma di dalam UU Larangan Berkumpul di depan Kediaman Resmi PM Korea Selatan yang bertentangan dengan Konstitusi Korea Selatan sampai dengan 31 Desember 2019, jika tidak dilakukan amandemen maka norma hukum yang tidak konstitusional tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum lagi.

Putusan MK Jerman dan Austria mempunyai jenis *declatoir* dan *constitutief* saja seperti yang sudah dijelaskan di atas. Hukum acara untuk putusan *abstract review* berlaku juga untuk pertanyaan konstitusional di MK Jerman yang menjelaskan sebagai berikut :

*“If the Federal Constitutional Court comes to the conclusion that Federal Law is incompatible with the Basic Law or that Land Law is compatible with the Basic Law or other federal law for the same reasons, the Federal Constitutional Court may void them as well”.*⁷⁵⁴

Ketentuan hukum acara mengatur putusan MK Jerman dalam perkara pertanyaan konstitusional bersifat *declaratoir* dan *constitutief* karena MK Jerman mungkin dapat menyatakan tidak sah (*void*) UU yang bertentangan dengan

⁷⁵³Putusan MK Korea Selatan Nomor 2015Hun-Ka28, 2016Hun-Ka5.

⁷⁵⁴ Pasal 78 UU MK Jerman.

Konstitusi Jerman. Artinya, makna *void* dalam konteks putusan *constitutief* terdapat keadaan hukum baru dan meniadakan keadaan hukum lama. Sementara putusan bersifat *declaratoir* karena putusan tersebut menjadi hukum.

Putusan MK Austria atas pertanyaan konstitusional juga bersifat *declaratoir* dan *constitutief* yaitu :

1. Memutus norma hukum yang diuji olehnya tidak bertentangan dengan Konstitusi Austria dan menyatakan bahwa norma hukum a quo adalah konstitusional dan oleh karenanya dapat diterapkan oleh pengadilan;
2. Memutus bahwa norma hukum yang diuji olehnya bertentangan dengan Konstitusi Austria, dan menyatakan norma hukum a quo inkonstitusional dan oleh karenanya tidak dapat diterapkan oleh pengadilan.⁷⁵⁵

Putusan MK Austria tersebut bersifat *declaratoir* karena putusannya merupakan hukum, dan *constitutief* ketika putusan MK Austria menyatakan norma hukum yang diuji tersebut inkonstitusional yang meniadakan keadaan hukum lama, dan menimbulkan keadaan hukum baru.

Menurut peneliti, Putusan MK dalam perkara pertanyaan konstitusional bersifat *declaratoir* dan *constitutief*, bukan *condemnatoir* karena peneliti mengacu kepada pendapat Hans Kelsen yaitu *the annulment of a law is a legislative function, a court is competent to abolish laws both individually or generally function as a negative legislator*.⁷⁵⁶ Fungsi MK sebagai *negative legislator* yaitu hanya menyatakan UU bertentangan dengan Konstitusi, atau dengan kata lain Putusan MK bersifat *declaratoir* yaitu putusan MK tersebut sebagai hukum, dan *constitutief* yaitu Putusan MK meniadakan keadaan hukum lama dan menciptakan keadaan hukum baru dengan menyatakan norma hukum di dalam atau bagian UU bertentangan dengan Konstitusi. Putusan MK tidak boleh melampaui fungsinya sebagai *negative legislator* untuk menghukum eksekutif dan atau legislatif seperti melakukan amandemen terhadap norma hukum di dalam atau bagian UU yang inkonstitusional tersebut.

Selanjutnya peneliti membahas kekuatan mengikatnya Putusan MK yang dianalisis berdasarkan teori dari aturan primer dan sekunder dari HLA Hart (*primary and secondary rules*). Berdasarkan pendapat HLA Hart, seperti yang sudah dijelaskan sebelumnya di Bab II, aturan primer adalah aturan yang menekankan

⁷⁵⁵ Aiunul Yakini, *Op.Cit.*, hal. 64.

⁷⁵⁶ Hans Kelsen, *Op.Cit.*, hal. 268.

pada kewajiban, dan HLA Hart memberikan contoh aturan yang mewajibkan orang untuk membayar pajak, juga melarang setiap orang untuk melakukan pembunuhan.⁷⁵⁷ Kemudian, aturan primer tersebut sebenarnya merupakan hukum yang semu karena mengandung ketidakpastian terutama ketika terjadi kekosongan hukum, dan hal ini akan menimbulkan sengketa ketika aturan primer tersebut diterapkan.⁷⁵⁸

Untuk mengatasi kekosongan hukum, maka lahir teori aturan sekunder, khususnya untuk merubah aturan primer tersebut, dan aturan sekunder tersebut terdiri dari tiga kategori yaitu

Pertama, adanya pengakuan (*the rule of recognition*) yaitu melalui proses ; untuk mengatasi kekosongan hukum maka berdasarkan karakter-karakter umum di dalam aturan primer, lembaga negara mensahkan norma hukum yang baru, atau berdasarkan kebiasaan yang telah lama dipraktekan, atau berdasarkan putusan pengadilan. *Kedua*, aturan tentang perubahan hukum (*the rule of change*) yang mempunyai dua dimensi yaitu putusan pengadilan yang memerintahkan untuk perubahan atau mengamandemen norma hukum yang bermasalah, dan setiap orang di masyarakat mengadakan perjanjian atas implementasi kewajiban di dalam peraturan primer. *Ketiga*, adanya penyelesaian sengketa melalui proses adjudikasi untuk menguji tindakan-tindakan pejabat publik dalam menjalankan kekuasaan, bagaimana cara kekuasaan dijalankan, memberikan status hukum khusus untuk menjalankan putusan lembaga adjudikasi tersebut.⁷⁵⁹

Pembedaan aturan primer dan sekunder menurut HLA Hart adalah terakrit dengan substansi, dan perkembangan kekuasaan yang membuat aturan tersebut yaitu sebagai berikut:

"Di bawah tipe peraturan yang satu, yang bisa dipandang sebagai tipe dasar atau primer, manusia dituntut untuk melakukan atau menahan diri dari tindakan tertentu, entar mereka menginginkannya atau tidak. Tipe peraturan lainnya dalam pengertian tertentu berlaku sebagai penumpang atau sekunder bagi yang pertama; karena mereka menetapkan bahwa bila manusia melakukan atau mengatakan hal-hal tertentu mereka bisa memunculkan peraturan-peraturan primer yang baru, menghapus atau memodifikasi yang lama, atau dengan berbagai cara menentukan pemberlakukannya atau mengontrol kinerjanya. Peraturan-peraturan tipe pertama membebaskan kewajiban; peraturan-peraturan tipe kedua memberikan kekuasaan, publik atau pribadi. Peraturan-peraturan tipe pertama berkenaan dengan tindakan-tindakan yang melibatkan gerakan atau perubahan fisik, peraturan-peraturan tipe kedua mengatur kinerja yang

⁷⁵⁷ Hart., *Op.Cit.*

⁷⁵⁸ *Ibid.*

⁷⁵⁹ *Ibid.*, hal. 80-81.

mengarah bukan hanya pada gerakan atau perubahan fisik, melainkan juga pada penciptaan atau perubahan kewajiban atau tugas".⁷⁶⁰

Mark Janis, Richard Kay, dan Anthony Bradley menggunakan teori aturan primer dan sekunder untuk menganalisis permasalahan efikasi putusan-putusan Pengadilan

HAM Eropa, yaitu sebagai berikut :

"Understanding how deeply a legal system permeates and regulates society, especially an international society like Europe, may always be more a study in theory than of practice. This is not to say that the theoretical aspects of the question of the deeprootedness or not of an international legal system will not be illuminating. For example, when explaining to others the nature and efficacy of the Strasbourg legal system. It may be useful to employ some of the ideas from the theoretical paradigm for legal systems in general devised by HLA Hart. HLA Hart grounds much of his theory of a legal system upon a distinction between primary and secondary rules : primary rules being rules of obligation and secondary rules being rules that have to do with the functioning of the system, including rules about making and changing primary rules, as well as a rule of recognition that calls upon actors within the system to agree upon what is and what is not a legitimate legal rule".⁷⁶¹

Mark Janis, Richard Kay dan Anthony Bradley menggunakan teori aturan primer dan sekunder untuk menganalisis efikasi putusan-putusan Pengadilan HAM Eropa berdasarkan teori aturan primer dan sekunder dari HLA Hart tersebut. Mark Janis, Richard Kay dan Anthony Bradley mengulang teori HLA Hart tentang perbedaan aturan primer dan sekunder tersebut. Aturan primer mengatur tentang kewajiban dan aturan sekunder mengatur tentang menjalankan tindakan-tindakan untuk menjalankan sistem hukum termasuk aturan untuk membuat dan merubah aturan primer, begitu juga aturan tentang pengakuan (*recognition*) oleh aktor-aktor di dalam sistem hukum terhadap apa yang merupakan aturan hukum yang sah (*a legitimate legal rule*).

Mark Janis, Richard Kay dan Anthony Bradley mengaplikasikan teori HLA Hart tersebut untuk menganalisis efikasi putusan-putusan Pengadilan HAM Eropa apakah dihormati oleh negara-negara peserta Konvensi HAM Eropa tersebut sebagai berikut:

"It is convenient to describe the Strasbourg system this way; there are primary rules, especially the substantive human rights in the European Convention, and secondary rules, including those in the Convention establishing the international enforcement machinery of the

⁷⁶⁰ HLA Hart, *Konsep Hukum (The Concept of Law)*, Bandung: Nusa Media, 2020, hal. 127.

⁷⁶¹ Mark Janis Et All, *Op. Cit.*, hal 87.

Strasbourg Court and Commission, which are tasked with the application, interpretation, and adjudication of the primary rules vis a vis the member states. What makes the Strasbourg legal system a more thorough-going international legal system than, say, United Nations human rights law, is that Strasbourg display a much more settled and accepted system of secondary rules and institutions. Moreover, the actors within the system, both government and individual litigants, as well as their lawyers, recognize the Strasbourg rules and the Strasbourg institution as legitimate'.

Mark Janis, Richard Kay dan Anthony Bradley menilai teori HLA Hart dapat bekerja dengan baik untuk menjelaskan putusan-putusan Pengadilan HAM Eropa dan sikap para negara-negara Eropa yang ikut serta di dalam Konvensi HAM Eropa untuk menghormati putusan-putusan Pengadilan HAM Eropa tersebut. Norma-norma hukum HAM di dalam Konvensi HAM Eropa merupakan aturan primer, sementara Konvensi HAM Eropa yang memberikan wewenang kepada Pengadilan HAM Eropa untuk melakukan adjudikasi, penafsiran, dan penerapan aturan primer merupakan aturan sekunder. Mark Janis, Richard Kay dan Anthony Bradley memberikan contoh bagaimana putusan-putusan Pengadilan HAM Eropa dihormati oleh negara-negara peserta Konvensi HAM Eropa dibandingkan dengan aturan international Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) yang mengatur HAM. Putusan Pengadilan HAM Eropa merupakan aturan sekunder yang mana aktor-aktor di dalamnya baik pemerintah dan individu termasuk juga Advokat-Advokat yang beracara di Pengadilan HAM Eropa tersebut menerima/mengakui Pengadilan HAM Eropa dan Putusan-Putusannya sebagai aturan sekunder yang sah (*a legitimate legal rule*).

Berdasarkan penjelasan di atas, Mark Janis, Richard Kay dan Anthony Bradley menegaskan untuk adanya efikasi putusan pengadilan maka harus ada pengakuan putusan pengadilan sebagai aturan sekunder. Kemudian aktor-aktor di dalam sistem hukum baik itu pemerintah dan aparat penegak hukum (hakim, jaksa, polisi dan advokat) harus mengakui putusan pengadilan dan institusi pengadilan sebagai sesuatu yang sah dan valid.

Kemudian, menurut Mark Janis, Richard Kay dan Anthony Bradley terdapat tiga kategori yang menjadi ukuran apakah suatu putusan pengadilan mempunyai daya efikasi atau tidak, dan tentunya pendapat mereka berdasarkan efikasi putusan-putusan Pengadilan HAM Eropa di tingkat nasional. Pengadilan HAM Eropa merupakan peradilan HAM Supranasional mempunyai daya efikasi berdasarkan tiga kategori yaitu *Pertama*, seberapa jauh tingkat kepatuhan negara-negara yang

menjadi pihak Konvensi HAM Eropa atas putusan Pengadilan HAM Eropa tersebut (*compliance*).⁷⁶² *Kedua*, isu tentang penegakan hukum atas putusan Pengadilan HAM Eropa khususnya substansi hukumnya di tingkat nasional.⁷⁶³ *Ketiga*, kategori tentang isu hukum internasional apakah merupakan isu penting atau tidak ditingkat domestik.⁷⁶⁴ Ketiga katagori tersebut merupakan kunci untuk menentukan efikasi putusan pengadilan HAM Eropa di tingkat domestik.

Jimly Asshiddiqie juga memberikan pendapat yang sejalan dengan teori aturan primer dan sekunder dari HLA Hart tentang teori kewenangan untuk membuat aturan (*regeling*). Menurut Jimly Asshiddiqie berdasarkan teori kewenangan untuk membuat *regeling* yaitu sebagai berikut:

“Kewenangan untuk mengatur atau membuat *regeling* pada dasarnya merupakan domain kewenangan lembaga eksekutif yang berdasarkan prinsip keadulatan merupakan kewenangan eksklusif pada wakil rakyat yang berdaulat untuk menentukan sesuatu peraturan yang mengikat para wakil rakyat yang berdaulat untuk menentukan suatu aturan yang mengikat dan membatasi kebebasan setiap individu warga negara (*the presumption of liberty of the sovereign people*). Namun demikian cabang-cabang kekuasaan lainnya dapat pula memiliki kewenangan untuk mengatur atau menetapkan peraturan yang mengikat secara umum, apabila wakil rakyat sendiri telah memberikan persetujuannya dalam undang-undang. Karena itu apabila mendapatkan pendelegasian kewenangan, cabang kekuasaan eksekutif dan yudikatif juga dapat membuat peraturan, sehingga dapat dikatakan bahwa kewenangan mengatur itu juga dimiliki baik (a) oleh cabang legislatif, (b) cabang kekuasaan eksekutif, dan (c) cabang kekuasaan yudikatif”⁷⁶⁵

Berdasarkan teori kewenangan untuk membuat *regeling*, maka kewenangan pembuatan *regeling* tidak hanya ditangan kekuasaan eksekutif, tetapi juga kekuasaan eksekutif dan yudikatif juga mempunyai kewenangan untuk membuat *regeling*, dengan persyaratan wakil rakyat itu sendiri telah membuat persetujuannya untuk itu melalui UU. MKRI berdasarkan UU MKRI mempunyai kewenangan atas *constitutional review*, sehingga sangat jelas MKRI merupakan lembaga pembuat *regeling*. Oleh karena itu, maka putusan MKRI juga merupakan *regeling* yang kewenangannya berdasarkan UU MKRI untuk memeriksa dan memutus *constitutional review*.

⁷⁶² *Ibid.*, hal. 84.

⁷⁶³ *Ibid.*, hal. 86.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, hal. 87.

⁷⁶⁵ Asshiddiqie., *Op.Cit.*, hal 8.

Kewenangan MKRI untuk membuat *regeling* melalui putusan-putusannya disebut juga dengan *judiciary law* atau *judge-made law*. John Austin membedakan antara *judicial law* dengan *statutory law* menjelaskan sebagai berikut:

"Setiap hukum yang dibuat secara langsung atau melalui proses atau melalui proses legislasi sebagaimana mestinya (*any law which is made directly or in the way of proper legislation*), dan *judiciary law* merupakan hukum yang dibuat secara tidak langsung atau melalui peradilan atau legislasi yang tidak semestinya (*any law which is made indirectly or in the way of judicial or proper legislation*)."⁷⁶⁶

Berdasarkan pendapat John Austin di atas sejalan dengan pendapat Jimly Asshiddiiqe kewenangan untuk membuat *regeling* tidak hanya ada pada kekuasaan legislatif dan eksekutif, tetapi juga kekuasaan yudikatif mempunyai kewenangan untuk membuat *regeling*.

Di sini lain, *judicial law* atau *judiciary law* juga mempunyai banyak segi positifnya untuk perkembangan hukum dan keadilan yaitu:

"(a) Moralitas pengadilan, menurut AV Dicey, jauh lebih tinggi daripada moralitas para politisi di parlemen untuk menetapkan suatu hukum. Karena itu, hukum buatan hakim dianggap lebih mencerminkan keadilan dan kebenaran daripada hukum buatan politisi. "*Legislation is the product of will of politicians, who are affected by the popular feelings and passions. That is why the judiciary often denounces statutes as wrong, tyrannical, unjust or contrary to fundamental principles laid down in the written Constitution*". (b) Undang-undang tertulis pada umumnya cenderung bersifat rigid, "*straightly bound within the limits of authoritative formulae*". Sebaliknya *case law* – dengan segala ketidaksempurnaannya- bersifat lebih lentur (fleksibel) dan tetap memiliki hubungan yang hidup dengan (*remains in living contact*) dengan penalaran dan keadilan melatarinya. (c) Dalam "*statute law*", perumusan kata hukum (*the letter of law*) mendahului "*true spirit of the law*". Sedangkan dalam *case-law*, tidak ada "*authoritative verbal expression*", sehingga dikatakan oleh Sir John Salmond *there is no barrier between the Courts of justice and the very spirit and purpose of the law which they are called to administer*"⁷⁶⁷

Pendapat Austin tersebut sangat jelas *judiciary law* banyak bermamfaat untuk perkembangan hukum dan keadilan, karena sifat *judiciary law* itu adalah lentur (fleksibel) untuk melihat aspek keadilan secara jernih dan menyesuaikan dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi yang bermartabat dan bermamfaat

⁷⁶⁶ *Ibid.*, hal 10.

⁷⁶⁷ *Ibid.* hal 10-11.

untuk kehidupan manusia. Putusan MKRI dalam konteks *judiciary law* untuk menghormati "*true spirit of justice and truth*" seperti yang disebutkan oleh AV Dicey di atas. Karena putusan MKRI harus menghormati "*true spirit of justice and truth*", maka keadilan pun akan mengikuti kondisi waktu dan keadaan yang melatarbelakangi kondisi sosial, politik, budaya dan kondisi lain-lainnya. Oleh karena itu putusan MKRI harusnya *executable*, dan harus dihormati dan dipatuhi oleh cabang-cabang kekuasaan lainnya termasuk juga kekuasaan yudisial dalam hal ini kekuasaan MARI.

Berdasarkan teori HLA Hart yang membedakan aturan primer dan sekunder, maka peneliti mencoba menganalisis putusan-putusan MK terkait kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis, Panji Utomo dan Antasari Azhar yang tidak diikuti oleh sejumlah PN dan MA yang mengadili perkara pidana tersebut.

Putusan-putusan MKRI dalam kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis, Panji Utomo, dan Antasari Azhar merupakan *the rules of change* yang merubah pasal-pasal menghina terhadap Kepala Negara, Presiden dan Wakil Presiden, Pemerintah di dalam KUHP. Juga Putusan MKRI di dalam kasus Antasari Azhar yang memutuskan mencabut pasal tentang PK di dalam KUHP. Putusan-Putusan MKRI tersebut merupakan *the rules of change* untuk adanya pengakuan (*the rule of recognition*) perlindungan hak-hak konstitusional setiap warga negara atas kebebasan berpendapat dan berekspresi, dan juga hak atas peradilan yang adil (*fair trial*). Di dalam kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis dan Panji Utomo, Putusan-Putusan MKRI tersebut merupakan implementasi dari Konstitusi yang melindungi dan menghormati hak-hak setiap orang untuk berpendapat dan berekspresi, dan juga hak atas persamaan di depan hukum.

Konstitusi merupakan aturan primer yang menekankan kewajiban setiap orang, lembaga negara termasuk pengadilan negeri di bawah kekuasaan MARI, juga MARI sendiri untuk menghormati hak setiap orang untuk berpendapat dan berekspresi, hak atas persamaan di depan hukum. Kemudian, putusan-putusan MARI di dalam kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis, Panji Utomo dan Antasari Azhar merupakan *the rule of recognition* atas perlindungan hak-hak konstitusional warga negara di Indonesia. Juga, putusan-putusan MKRI tersebut telah melalui proses adjudikasi yaitu persidangan secara terbuka di MKRI untuk menyelesaikan sengketa atas perlindungan hak-hak konstitusional setiap warga negara atas berpendapat, berekspresi dan persamaan di depan hukum.

HLA Hart menyebutkan elemen ketiga dari *the rule of recognition* sebagai aturan sekunder adalah sebagai konsekuensi dari proses adjudikasi untuk menyelesaikan sengketa, maka hasil dari proses adjudikasi tersebut harus dihormati oleh lembaga negara dan setiap orang khususnya ketika lembaga adjudikasi memberikan status hukum khusus (*special legal status*) untuk merubah aturan sebelumnya.

Di dalam konteks elemen ketiga dari *the rule of recognition* sebagai aturan sekunder, Putusan-Putusan MKRI di dalam kasus Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis, Panji Utomo dan Antasari Azhar telah memutuskan pasal-pasal penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden, Pemerintah di dalam KUHP, PK di dalam KUHAP bertentangan dengan Konstitusi, dan menyatakan pasal-pasal tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat (*void and null*). Menurut peneliti, putusan-putusan MKRI tersebut memberikan *special legal status* atas pasal-pasal tersebut, dan karena telah melewati proses adjudikasi di MKRI maka lembaga negara termasuk di dalamnya pengadilan-pengadilan yang mengadili perkara pidana Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis, Panji Utomo dan Antasari Azhar wajib mengikuti dan menghormati putusan MKRI.

Di dalam konteks teori pertanyaan konstitusional sebagai bagian *constitutional review*, seharusnya pengadilan di bawah MARI menghentikan proses persidangan pidana atas Eggy Sudjana, Pandapotan Lubis, dan Panji Utomo, sebagai konsekuensi untuk menghormati Putusan-Putusan MKRI tersebut. Konstitusi merupakan aturan primer, dan Putusan-Putusan MKRI tersebut merupakan aturan sekunder. Hal tersebut sejalan dengan pendapat Richard Kay, Anthony Badley dan Mark Janis di atas yang menjelaskan untuk adanya efikasi putusan pengadilan, maka aparat penegak hukum termasuk hakim sendiri di pengadilan harus mengakui putusan pengadilan sebagai aturan sekunder. Di mana Putusan-Putusan MKRI tersebut sebagai aturan sekunder yang melakukan penafsiran atas UUD 1945 sebagai aturan primer, dan juga memberikan perlindungan atas hak-hak konstitusional warga negara yang dilindungi oleh UUD 1945. Hal tersebut terkait dengan pendapat Jimly Asshidiqie di atas yaitu fungsi MKRI sebagai pelindung dan penafsir final atas UUD 1945 (*the final interpreter and protector of the constitutional rights*).

BAB VI

KESIMPULAN DAN SARAN

Berdasarkan pembahasan di dalam Bab I, II, III, IV dan V maka peneliti merumuskan kesimpulan dan saran sebagai berikut :

Kesimpulan

1. Terdapat urgensi pertanyaan konstitusional di Indonesia yaitu *pertama*, adanya urgensi filosofis untuk menjamin prinsip pengawasan dan keseimbangan (*checks and balances*) di mana MKRI di dalam konteks pertanyaan konstitusional berfungsi untuk mengawasi dan mengimbangi eksekutif dan legislatif untuk mencegah penyalahgunaan kewenangan/kekuasaan, untuk perlindungan hak-hak konstitusional warga negara di pengadilan, dan untuk menegakan prinsip erga omnes. Putusan MK atas permohonan pertanyaan konstitusional mengikat baik secara vertikal dan horizontal terhadap cabang-cabang kekuasaan negara, oleh karena itu pengadilan di mana pemohon atau hakim yang mengajukan permohonan tersebut wajib mengikuti putusan pertanyaan konstitusional tersebut sesuai dengan prinsip erga omnes. *Kedua*, terdapat urgensi teoritis pertanyaan konstitusional yaitu untuk menghormati prinsip negara hukum di mana salah satu ciri negara hukum demokratis adalah adanya peradilan tata negara, dan di dalam konteks pertanyaan konstitusional adalah untuk melakukan pengujian konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945 yang akan diterapkan oleh hakim di pengadilan. Permohonan pertanyaan konstitusional sebagai bagian dari *constitutional review* merupakan implementasi *checks and balances*, yang mana berdasarkan teori *check and balances* terdapat dua model yaitu *reviewing and participating*. Permohonan pertanyaan konstitusional ini merupakan bentuk *reviewing* dari MKRI atas UU yang dihasilkan oleh parlemen dan eksekutif. Kemudian, berdasarkan teori pengujian konstitusionalitas UU terhadap UUD 1945 (*constitutional review*) tidak hanya mengenai pengujian abstrak norma hukum di dalam UU terhadap UUD 1945 (*abstract review*), tetapi juga pertanyaan konstitusional yaitu

pengujian konstusionalitas norma hukum di dalam UU atau bagian UU terhadap UUD 1945 yang akan diterapkan di dalam kasus konkret di pengadilan (*concrete review*). Selama ini, UU MKRI hanya mengakui *abstract review* saja, dan belum mengakui *concrete review*. Ketiga, terdapat urgensi empiris di mana terdapat beberapa Putusan MKRI dan MARI seperti Putusan MKRI dan MARI dalam kasus Eggy Sudjana, Pandapapotan Lubis dan Panji Utomo yang mempunyai potensi pertanyaan konstusional seharusnya diterapkan. Di kasus-kasus tersebut, ternyata UU atau bagian dari UU yang menjadi dasar putusan pengadilan tersebut telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum berdasarkan putusan MKRI, tetapi masih digunakan oleh pengadilan tersebut yang mengakibatkan ketidakadilan untuk para terdakwa tersebut;

2. Keberadaan pertanyaan konstusional adalah untuk mencegah terjadinya pelanggaran hak-hak konstusional warga negara di pengadilan sebagai akibat penggunaan norma hukum di dalam UU atau bagian di dalam UU yang bertentangan dengan UUD 1945 yang berpotensi mengakibatkan adanya keadilan tertunda yang merupakan pengabain keadilan itu sendiri (*justice delayed justice denied*). Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 mengakui adanya negara hukum, dan di dalam konteks negara hukum pertanyaan konstusional berfungsi menjalankan *checks and balances* untuk mencegah terjadinya penerapan norma hukum di dalam UU atau bagian UU oleh hakim di pengadilan yang bertentangan dengan UUD 1945.;

3. Kontruksi pertanyaan konstusional di dalam UU MKRI di masa depan yaitu sebagai berikut :

- a. Obyek permohonan pertanyaan konstusional yaitu UU atau bagian dari UU yang dijadikan dasar hukum perkara di pengadilan,
- b. Untuk kualifikasi pemohon; peneliti merekomendasikan model pemohon pertanyaan konstusional di MK Korea Selatan, Jerman dan Austria yaitu hakim di pengadilan secara *ex officio*, dan pihak dalam perkara di pengadilan tersebut. Kemudian, proses pengajuan permohonan pertanyaan konstusional yaitu dengan mempertimbangkan pencegahan adanya *over-case loading* dan kondisi geografis Indonesia harus ada koordinasi antara pengadilan, MARI dan MKRI untuk merumuskan model koordinasinya. Peneliti merekomendasikan model permohonan pertanyaan konstusional di UU MK Korea Selatan yaitu pengajuan

permohonan pertanyaan konstitusional dari pengadilan ke MARI, kemudian selanjutnya langsung ke MKRI untuk efektifitas koordinasi dan mencegah terjadinya *over-case loading*;

c. Untuk lamanya proses persidangan, peneliti merekomendasikan waktu yang layak untuk proses persidangan permohonan pertanyaan konstitusional di MKRI untuk mencegah adanya *undue delay* yang berpotensi melanggar *fair trial*. Selama proses penundaan persidangan di pengadilan, dan menunggu putusan MKRI atas permohonan pertanyaan konstitusionalnya. Peneliti merekomendasikan model pertanyaan konstitusional di MK Jerman yang memungkinkan pemohon mengajukan permohonan kompensasi atas ditundanya persidangan tersebut, yang akan dipertimbangkan oleh MK;

d. Proses persidangan permohonan pertanyaan konstitusional harus memperhatikan prinsip *fair trial*/yaitu adanya kesempatan yang sama dari para pihak untuk di dengar di persidangan, adanya pengajuan bukti-bukti baik saksi-saksi, bukti tertulis, bukti-bukti elektronik dan lain-lain, proses persidangan terbuka (*public hearing*), putusan dapat diakses secepat-cepatnya, dan putusan pertanyaan konstitusional mempunyai kekuatan hukum mengikat semua cabang-cabang kekuasaan negara baik vertikal maupun horizontal (prinsip *erga omnes*).

Saran

1. Di masa depan perlu adanya revisi UU MKRI yang mengakomodir permohonan pertanyaan konstitusional sebagai bagian dari *constitutional review*. Di mana pemohonnya adalah tidak hanya hakim di pengadilan di bawah kekuasaan MARI, tetapi juga pihak yang berperkara di pengadilan tersebut untuk menjamin partisipasi warga negara dan persamaan di depan hukum khususnya para pihak dalam perkara di pengadilan tersebut;
2. Di masa depan, jika UU MKRI mengakomodir permohonan pertanyaan konstitusional sebagai bagian dari *constitutional review* maka perlu ada hukum acara yang mengatur permohonan pertanyaan konstitusional sebagai bagian dari UU MKRI tersebut

Daftar Pustaka

Buku

Asshiddiqie, Jimly. **Menuju Negara Hukum Yang Demokratis**. Jakarta : BIP Kelompok Gramedia, 2008.

----- **Konstitusi Ekonomi**, Jakarta: PT Kompas Media Nusantara, 2010.

----- **Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara**, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2016.

----- **Model-Model Pengujian Konstitusionalitas di Berbagai Negara**. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.

----- **Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi : Serpihan Pemikiran Hukum, Media dan HAM**. editor Zainal AM Hussein, Jakarta: Konstitusi Press, 2005.

----- **Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara**. Jakarta: Raja Grafindo, 2016.

----- **Konstitusi dan Konstitusionalisme**, Jakarta: Konstitusi Press, 2006.

----- **Konstitusi Kebudayaan dan Kebudayaan Konstitusi**, Malang: Intrans Publishing, 2017.

----- **Menuju Negara Hukum Yang Demokratis**, Jakarta: Konpress, 2005.

----- **Konstitusi dan Keadilan Sosial**, Jakarta: Gramedia, 2018.

----- & M.Ali Safa'at. **Teori Hans Kelsen Tentang Hukum**, Jakarta: Konpress, 2014.

----- **Pengujian Formil Undang-Undang Di Negara**, Jakarta: Konpress & Jimly School Law & Government, 2020.

----- **Perihal Undang-Undang**, Depok: Rajawali Press, 2020.

----- **Pancasila Identitas Konstitusi Berbangsa Dan Bernegara**, Depok: Rajawali Pers, 2020

M.Ali Safa'at dkk. **Constitutional Question: Alternatif Baru Pencarian Keadilan Konstitusional**, Malang, UB Press, 2010.

Alderman Ellen & Caroline Kennedy, **In Our Defense The Bill of Rights in Action: Makna dan Tantangan Bill of Rights Amerika**, Bandung: Penerbit Angkasa, 1998.

- Ainul Yaqin Arief. ***Constituitonal Question : Kewenangan Yang Terlupakan dan Gagasan Untuk Melembagakannya di MK***, Jakarta : Sinar Grafika, 2018.
- Arinanto Satya. ***Indonesia in Asia-Pacific Constitutional Yearbook***, Eds. Cheryl Saunders & Graham Hassal, Melbourne : Centre for Comparative Constitutional Studies, 1997.
- : ***HAM dalam Transisi Politik di Indonesia***, Jakarta: Pusat Studi HTN Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2013.
- Albi Anneli, ***EU Enlargement and The Constitutions Of Central And Eastern European***, Cambriedge: Cambrige University Press, 2005
- Barendt Eric. ***An Introduction To Constitutional Law: Clarendon Law Series***, Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Bodenheimer Edgard, ***Jurisprudence The Philosophy And Method of The Law, Delhi: Universal Book Traders***, 1996.
- Chand Hari. ***Modern Jurisprudence***, Kuala Lumpur,: International Law Book D. Krammer Larry. ***The People Themselves Popular Constitutionalism And Judicial Review***, Oxford : Oxford University Press, 2004.
- Cohen Morris L & KentC. Olson. ***Legal Reseach In A Nutshell***, St Paul Minn: West Publishing Co, 1992.
- Chemerinsky Erwin, ***Constitutional Law: Principles and Policies Fourth Edition***, New York: Wolters Kluwers Law & Business, 2011.
- D. Krammer Larry. ***The People Themselves Popular Constitutionalism And Judicial Review***, Oxford : Oxford University Press, 2004
- Departemen Luar Negeri AS. ***Garis Besar Pemerintahan Amerika Serikat***, Washington: Departemen Luar Negeri AS, 1989.
- Dworkin Ronald. ***The Philospphy of Law***, Oxford: Oxford University Press, 1977.
- DeHart R. Paul. ***Uncovering The Moral Design'S Constitution***, Columbia & London: Missouri University Press, 2007.
- Democratic Reporting International. ***Handbook On Democracies Constitutions***, Berlin: Democracy Reporting International, 2021.
- Elliot Mark. ***The Constitutional Foundations of Judicial Review***, Oxford-Portland: Hart Publishing, 2001.
- Fadjar A. Muktie. ***Negara Hukum dan Perkembangan Teori Hukum (Sejarah Pergeseran dan Paradigma***, Malang: Intrans Publishing, 2018.
- Faiz Pan Muhammad, ***Amandemen Konstitusi Komparasi Negara Kesatuan dan Negara Federal***, Depok: PT Raja Grafindo Persada, 2019.
- Freeman MDA, ***Introduction To Jurisprudence Sixth Edition***, London: Sweet & Maxwell Ltd, 1994.

- Friedrich Joachim Carl, ***Filsafat Hukum Perspektif Histori***, Bandung: Nusa Media, 2010.
- Forsyth Christopher Ed., ***Judicial Review And The Constitution***, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2000.
- Feiner Thomas & Liddija Basta Fleiner, ***Constitutional Democracy In A Multicultral And Globalized World***, Berlin-Heidelberg, 2009.
- Finn E. John. ***Constitution In Crisis, Political Violence And The Rule Of Law***, New York-Oxford :Oxford University Press, 1991.
- Ginsburg Tom. ***Judicial Review in New Democracies : Constitutional Court in Asian Countries***, Cambridge:Cambridge University Press, 2003.
- Greenwalt Kent. ***Legislation Statutory Interpretation: 20 Questions (Turning Point Series)***, New York: Foundation Press, 1999.
- Gray John, ***Lawyer's Latin A Vade Mecum***, London: Robert Hale, 2006.
- Huijbers Theo. ***Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah***, Jakarta: Pustaka Filsafat, 1982.
- Hart HLA. ***The Concept of Law***, Oxford: Oxford University Press, 1961.
- Hart HLA. ***Konsep Hukum (The Concept Of Law)***, Bandung: Nusa Media, 2020.
- Hadjon Phillipus et all, ***Argumentasi Hukum***, Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2009.
- Himawan Ch & A. Brotosusilo, ***Filsafat Hukum, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia***, 1992.
- Hubbard-Brown Janet, ***The US Government How It Works : How The Constitution Was Cretaed***, New York : Infobase Publishing, 2007.
- Hamzah Andi, ***Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia & Perkembangannya***, Medan: PT Soemedia, 2012.
- Ismatullah H. Deddy & Enung Nurjanah, ***Politik Hukum Kajian HTN***, Bandung: CV Rosda, 2018.
- Ibrahim Johnny. ***Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif***, Malang: Bayumedia Publishing, 2008.
- Janis Mark et all, ***European Human Rights Law Text and Material Second Edition***, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN). ***Merambah Jalan Pembentukan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia di Indonesia***, Editor : Firmansyah Arifin dkk, Jakarta : KRHN, 2002.

Hukum dan Kuasa

Konstitusi (Catatan Untuk Pembahasan UU MK), Jakarta: KRHN, 2004.

- Kusuma AB RM, **Lahirnya UUD 1945: Memuat Salinan Dokumen Otentik Badan Oentok Menyelidiki Oesaha Persiapan Kemerdekaan**, Jakarta: Badan Penerbit Universitas Indonesia, 2004.
- Kelsen Hans. **General Theory of Law and State**, Cambridge-Massachussets: Harvard Press University, 1949.
- **Pure Theory of Law**, Los Angeles: University of California Press, 1978.
- Khelda Ayunita, **Pengantar Hukum Konstitusi & Acara Mahkamah Konstitusi**, Jakarta: Mitra Media Wacana, 2017.
- Levy Leobard dkk. **Judicial Review : Sejarah Kelahiran, Wewenang, dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi**, diterjemahkan Eni Purwaningsih, New York, Evaston, dan London: Harper Torchbook dll, 1967.
- Langer Laura. **Judicial Review in the State Supreme Court : A Comparative Study**, Albany: New York University Press, 2002.
- Locke John, David Hume, JJ Rousseau. **World's Classics: Social Contract**, Scotland: Cunningham & Sons Ltd, 1958.
- McLeod Ian. **Legal Theory**, New York : Palgrave Law Masters, 2003.
- Medecigo Alfredo Narvaez. **Rule of Law and Fundamental Rights (Critical Comparative Analysis of Constitutional Review in the United State, Mexico and Germany)**, New York: Springer international Publishing AC, 2011.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. **Profil Mahkamah Konstitusi**. Jakarta: Sekretariat Jenderal MK, 2009.
- Marzuki, Mahfud Peter. **Penelitian Hukum Edisi Revisi**, Jakarta: Prenada Media, 2014.
- MD Mahfud. **Politik Hukum Di Indonesia**, Jakarta: LP3ES, 2006.
- dkk. **Constitutional Question: Alternatif Baru Pencarian Keadilan Konstitusional**, Malang: UB Press, 2010.
- **Perdebatan Hukum Tata Negara Pascaamandemen Konstitusi**, Jakarta: Rajawali Press, 2013.
- Manullang E. Fernando M, **Legisme, Legalitas, dan Kepastian Hukum**, Jakarta: Kencana, 2017.
- Maddex L. Robert, **Constitutions of The World**, Washington DC: Division Of Congressional Library, 2008.
- Nonet Phillip & Phillip Selznick. **Hukum Responsif**, Bandung : Nusa Media, 2015.
- Nurtjahjo Hendra, **Filsafat Demokrasi**, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.

Palguna, I Dewa Gede. ***Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara***, Jakarta : Sinar Grafika, 2012.

----- ***Mahkamah Konstitusi Dasar Pemikiran, Kewenangan dan Perbandingan dengan Negara Lain***, Jakarta: Konpress, 2018.

Pustaka Masyarkat Setara. ***Dinamika Perlindungan Hak Konstitusional Warga : MK Sebagai Mekanisme Nasional Baru Pemajuan dan Perlindungan HAM (10 Tahun MKRI)***, Jakarta: Pustaka Setara, 2013.

Rahardjo Satjipto. ***Hukum Dan Perubahan Sosial : Suatu Tinjauan Teoritis Serta Pengalaman-Pengalaman di Indonesia***, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.

----- ***Ilmu Hukum di Tengah Arus Perubahan Eds Rachmad Safaat***, Malang: Surya Pena Gemilang, 2016.

----- ***Membedah Hukum Progressif***, Jakarta: Kompas, 2006.

Rasjidi Lili & Liza Sonia Rasjidi. ***Filsafat dan Teori Hukum***, Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 2016.

Rivlin Geoffrey. ***Understanding The Law Sixth Edition***, Oxford : Oxford University Press, 2012.

Ryan Alan Eds. ***Justice***, Oxford: Oxford University Press, 1995.

Rousseau JJ. ***The Confessions Of Jean Jacques Rousseau***, London: Penguin Clasic, 1953.

S. Lev Daniel. ***Hukum dan Politik di Indonesia : Kesenambungan dan Perubahan***, Jakarta: LP3ES, 1990.

Sidharta Bernard Arief. ***Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum***, Bandung: Maju Mandar, 2009.

----- ***Hukum dan Logika***, Bandung: Alumni, 2002.

Siahaan, ***Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia***, Jakarta: Sinar Garafika, 2015.

Suseno Fraz Magnis, ***Etika Politik (Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern)***, Jakarta: PT Pustaka Gramedia Utama, 1999.

Soepomo. ***Sistem Hukum di Indonesia Sebelum Perang Dunia Ke II***, Jakarta: Pradnya Paramita, 2004.

Soeprapto Maria Farida Indrati. ***Ilmu Perundang-Undangan: Dasar-Dasar Pembentukannya***, Yogyakarta: Kanisius, 1997.

Syahrizal Ahmad, ***Peradilan Konstitusi: Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Alternatif***, Jakarta: PT Pradnya Paramita, 2006.

- Lindholm Tore et al, ***Facilitating Freedom of Religion Or Belief: A Deskbook***, Leiden: Martinus Nijhoff Publisher,2004.
- Tushnet Mark, ***I Dissent Great Opposing Opinions In Landmark Supreme Court Cases***,Boston:Beacon Press,2008.
- , ***The New Constitutional Order***, Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2003.
- Ujan Andre Ata, ***Membangun Hukum, Membela Keadilan (Filsafat Hukum)***,Yogyakarta:Kanisius,2009.
- United Nations Office on Drugs and Crime, ***Compendium of United Nations Standards and Norms In Crime Prevention And Criminal Justice***,New York: United Nations,2006.
- Wigjosoebroto Soetandyo. ***Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional***, Jakarta:HUMA, Espitema Institute,Van Vollenhoven Institute dan KITLV, 2014.
- , ***Hukum: Paradigma, Metode, dan Dinamika Masalahnya***, Jakarta:HUMA & Elsam, 2002.
- , ***Hukum dan Masyarakat***,Malang:Bayu Media,2008.
- Watimena Reza A.A, ***Melampauai Negara Hukum Klasik Locke-Rousseau-Habbermas***,Yogyakarta:Kanisius,2007.
- Wassertrom A. Richard, ***The Judicial Decision Toward A Theory of Legal Justification***,Stanford:Stanford University Press,1961.
- Weinreb L. Lloyd, ***Leading Constitutional Cases On Criminal Justice***,New York: The Foundation Press Inc, 1980.
- Nowak Manfred, ***UN Covenant On Civil & Political Rights CCPR Commentary 2nd Edition***, Kehl:NP Engel Publisher,2005.
- Vermeulle Adrian, ***The Constitution At Risk***,Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Ville R. John, ***Encyclopedia of Constitutional Amendments, Proposed Amandements, And Amending Issues (The Third Edition)***, Santa Barbara-California,2010.

Disertasi

- Palguna, I Dewa Gede. ***Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara***, Jakarta : Sinar Grafika, 2012.
- Setia Negara Tunggul Anshari. ***Penguujian Formal UU terhadap UUD Negara Republik Indonesia 1945 Oleh MKRI***, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2015.

Salman Radian. ***Pengujian UU Oleh MK Dalam Perspektif Konstitusionalisme dan Demokrasi***, Disertasi Doktor Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya, 2017.

Stefanus Hendriatmo. ***Comparative Constitutionalism in Muslim Majority Law and Politics of Constitutional Courts (Indonesia and the Search for Judicial Heroes)***, Disertasi PhD Washington Law School Amerika Serikat, 2018.

Ni Ketut Sri Utari, ***Pengujian UU Oleh MK (Perspektif HAM)***, Disertasi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 2011.

Maruarar Siahaan, ***Implementasi Putusan MK Dalam Pengujian UU, Studi Mekanisme Checks And Balances Di Indonesia***, Disertasi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 2011.

Jurnal Hukum

Ali Salmande, ***Rekonstruksi Kerugian Konstitusional Sebagai Pintu Masuk Constitutional Complaint***, Jurnal Konstitusi MKRI Volume 5 Nomor 2, 2008.

I Gede Dewa Palguna. ***Constitutional Complaint and the Protection of the Citizens Constitutional Rights***. Constitutional Review Volume 3 Number 2, 2016.

Jazim Hamidi & Mustafa Lutfi. ***Constitutional Question : Antara Realitas Politik & Implementasi Hukumnya***, Jurnal Konstitusi MKRI Volume 7 Nomor 1 2010

Jin Wook Kim, ***Korean Korean Constitutional Court and Constitutionalism in Political Dynamics : Focusing On Presidential Impeachment***, Constitutional Review Volume 2 Number 2, 2017.

Mahfud MD, ***Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan MK***, Jurnal Hukum Nomor 4 Volume Nomor 16 Tahun 2009.

Hamid Chalid & Arief Ainul Yaqin, ***Menggagas Pelembagaan Constitutional Question Melalui Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang***, Jurnal MKRI Volume 16 Nomor 2, 2019.

Nicolas Quinn Rosencranz. ***The Subjects of the Constitution***, Stanford Law Review Volume 62 Issue 5.

Pan Mohamad Faiz, ***A Prospect and Challenges for Adopting Constitutional Complaint and Constitutional Question In The Indonesian Constitutional Court***, Jurnal Constitutional Review Volume 2 Number 1, 2018.

Nicholas Quinn Rosencranz. *Federal Rules of the Statutory Interpretation*, Harvard Law Review Volume 115 Number 8 June 2003.

Muchammad Ali Safaat et all, *Relation Between The Constitutional Court of The Republi Indonesia and the Legislators According To The 1945 Constitution of The Republic of Indonesia*, Constitutional Review Journal Volume 4 Number 2, 2017.

Werner Heun. *Supremacy of the Constitution, Separation of the Powers, Judicial Review in 19th Century German Constitution*, Ratio Justis Law Journal Volume 16 Number 2 2003.

Peraturan Perundang-Undangan

Indonesia, UUD 1945 tentang Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia.

Indonesia, UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI).

Indonesia, Peraturan MK Nomor 5/PMK/005 tentang Hukum Acara di MKRI.

Putusan MKRI dan MARI

Indonesia, Putusan MKRI Nomor 013-22/PUU-IV/2006.

Indonesia, Putusan MKRI Nomor 6/PUU-V/2007.

Indonesia, Putusan MKRI Nomor 14/PUU-VI/2008.

Indonesia, Putusan MKRI Nomor 7/PUU-VII/2009

Indonesia, Putusan PN Banda Aceh Nomor 232/Pid.B/2006/PN-BNA

Putusan MK Jerman

1/BvL-3/08 Transposing European Union Law

1/BvL-14/07 Differentiating On The Basis of Citizenship

2/BvL-59/06 Minumum Taxation Under Tax Relief Act

1/BvL-8/08 Unequal Treatment of Employee Groups On The Privatisation of Clinic

1/BvL-10/10, 1/BvL-2/11 Asylum Seeker Benefit Act

Putusan MK Korea Selatan

Putusan Nomor 2014Hun-Ka
Patient Involuntary Hospitalisation of Mental Ill

Putusan Nomor 201Hun-Ba254
Accidents That Occurt While Communting To Or From Work

Putusan Nomor 2016-Ka3
The Onscene Exposure Provision Under

Putusan Nomor 2013Hun-Ka2
Punishment of Minor Offense Act

Putusan Nomor 2016Hun-Ka5
The Punishment of Commercial Sex Acts

Putusan Nomor 2016Hun-Ka8
Banning Assembly Near Official Residence of The Prime Minister

Putusan Nomor 2016Hun-Ka8
The Provision of Deliberation On Advertisement Regarding Functionality Under Health Functional Food Act

Putusan MK Austria

Putusan Nomor AUT-2018-01-001
Social Benefit Act On the Asylum Seekers

Putusan Nomor AUT-2015-03-003
Data Protection Act

Putusan Nomor G-47/2012-19
Telecommunication Act

Putusan Nomor G-466/11-18
Assylum Act

Lampiran 1.1



KEMENTERIAN PENDIDIKAN DAN KEBUDAYAAN
UNIVERSITAS DIPONEGORO
FAKULTAS HUKUM

Jalan Prof. Sudarto, S.F
 Tembalang Semarang Kode Pos 5027
 Tel. (024) 76918201 Faks. (024) 7691820
 www.fh.undip.ac.id | email: fh[at]undip.ac.i

SURAT KETERANGAN

No.UN 7.5.1/DH/Per/2020

Yang bertanda tangan di bawah ini menerangkan bahwa :

Nama : Uli Parulian Sihombing
 NIM : 187010102112009
 Program Studi : Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya
 Kelas : Jakarta

Adalah mahasiswa Universitas Brawijaya yang telah melakukan penelitian di Universitas Diponegoro terhitung mulai tanggal 10 Februari 2020 , sebagai bagian dari tugas Hukum Tata Negara mahasiswa tersebut di atas.

Demikian surat keterangan ini kami buat, sesuai apa yang di lakukan mahasiswa tersebut

Semarang, 10 Februari 2020

Ketua Program

Sekretaris



Dr. Nabitus Sa'adah, S.H.,.MH.

NIP. 197010281998022001



YURIDIKA

FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA

Fakultas Hukum, Universitas Airlangga, Jalan Dharmawangsa Dalam Selatan
Surabaya, 60286 Indonesia, +6231-5023151/ 5023252

Fax. +6231-5020454, E-mail: yuridika@fh.unair.ac.id

Yuridika (ISSN: 0215-840X | e-ISSN: 2528-3103)

by <http://e-journal.unair.ac.id/index.php/YDK/index> | Under a Creative Common
Attribution-NonCommercial-ShareAlike4.0 International License



No. : 016/02/YRDK/2021
Attachment : -
Subject : **Letter of Acceptance**

23 February 2021

Dear Author(s), Uli Parulian Sihombing, Muchamad Ali Safa'at, Tunggul Anshari, Aan Eko Widiarto and Radian Salman.

Greetings from the Journal of Yuridika

On behalf of editorial board is pleased to inform you that, after the peer-review process of your manuscript **"The Challenges and Opportunities of The Constitutional Court Decision Implementation on Recognition of the Indigenous Religions in Indonesia"**. has been accepted and will be published in the Journal of Yuridika Volume 36 Number 2, May 2021.

Feel free to write in case of any query. Thank you for considering this journal as a venue for your work.

Editor in Chief,



Dr. Prawitra Thalib, S.H., M.H.
NIP. 198511162014041001