

Dr. Martitah, M.Hum.

SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL
(Constitutional Review)
DI INDONESIA

Kata Pengantar:

Prof. Dr. Arief Hidayat, SH, MS

Dr. Ni'matul Huda, SH, MH

KON^{STITUSI}**press**
Khazanah peradaban hukum & konstitusi

UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA
NOMOR 19 TAHUN 2002
TENTANG HAK CIPTA
PASAL 72
KETENTUAN PIDANA
SANKSI PELANGGARAN

1. Barangsiapa dengan sengaja dan tanpa hak mengumumkan atau memperbanyak suatu Ciptaan atau memberikan izin untuk itu, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).
2. Barangsiapa dengan sengaja menyerahkan, menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu Ciptaan atau barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Dr. Martitah, M.Hum.

SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

(Constitutional Review)

DI INDONESIA

Kata Pengantar:

Prof. Dr. Arief Hidayat, SH, MS

Dr. Ni'matul Huda, SH, MH

SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL (Constitutional Review)
Di INDONESIA

Hak Cipta @ Dr. Martitah., M.Hum.
All rights reserved

Penulis : Dr. Martitah., M.Hum.
Editor : Rita Triana Budiarti
Desain Sampul : Syawaludin
Tata Letak : Syawaludin

Cetakan 1, Juli 2015

Diterbitkan oleh Penerbit Konpress
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta Pusat.
Telp. (021) 2352 9000 ext. 18296

Perpustakaan Nasional RI. Data Katalog dalam Terbitan (KDT)

Dr. Martitah., M.Hum.

SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL (Constitutional Review)
Di INDONESIA

xl + 512 hlm, 15.5 × 24 cm
ISBN 978-602-7995-10-9

1. Hukum

2. Konstitusi

P R A K A T A

Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, ia dijamin oleh konstitusi sebagai lembaga yang independen, bebas campur tangan dari kekuatan manapun. Prinsip Independensi dan *Impartiality* merupakan syarat pokok bagi pelaku kekuasaan kehakiman di negara hukum manapun. Tanpa prinsip tersebut, maka sama saja telah mereduksi salah satu prinsip negara hukum.

Dalam menjalankan kewenangannya, MK tidak boleh hanya bersandarkan pada semangat legalitas formal peraturan-peraturan tertulis, melainkan harus mampu menggali dan menghadirkan nilai keadilan substantif bagi masyarakat pencari keadilan. Mahkamah Konstitusi harus mengedepankan nilai keadilan yang ingin dicapai tidak semata-mata keadilan prosedural, yakni keadilan yang “dibaca” melalui teks rumusan UU semata. MK sebagai bagian dari kekuasaan kehakiman di Indonesia bertugas untuk mewujudkan hukum dan keadilan dalam posisi yang sama, tanpa ada yang lebih diutamakan. Keadilan yang ditegakkan adalah keadilan yang substantif, hakiki, dan dirasakan oleh publik sebagai keadilan sesungguhnya. Karena itulah hakim-hakim MK tidak akan terbelenggu dengan apa yang ditetapkan dalam teks undang-undang (prosedural).

Mahkamah Konstitusi sebagai *negative legislator* tidak memiliki instrumen untuk memaksakan putusan yang telah final dan mengikat. Konsepsi teoritis yang menyatakan bahwa MK adalah negatif legislator tersebut ternyata tidak mampu menjawab implementasi Putusan MK di lapangan, apalagi jika dikaitkan dengan peran MK sebagai *positive legislator*. Beberapa Putusan MK ternyata terimplementasikan, misalnya Putusan MK Nomor 013/PUU-I/2003⁹⁰,

⁹⁰ Dalam Penelitian yang dilakukan oleh penulis yang berjudul “Implementasi Hukum Putusan MKRI

atau Putusan-putusan MK tentang pembatalan UU APBN berkaitan dengan anggaran Pendidikan 20%, ternyata baru-baru saja diterapkan oleh UU APBN setelah sebelumnya selalu dipandang sebelah mata oleh DPR dan Pemerintah. Kenyataan ini tentu saja menimbulkan pertanyaan bagi kita semua. Betapapun baiknya Putusan MK, namun jika tidak diimplementasikan dilapangan, tentu saja akan menimbulkan permasalahan hukum baru.

Dalam perspektif pelaksanaan putusan, maka terdapat dua jenis putusan MK. Jenis putusan yang pertama adalah *self executing*, ialah putusan yang dapat dilaksanakan tanpa pengaturan lebih lanjut oleh lembaga negara yang berwenang. Sedangkan jenis putusan yang kedua adalah non self executing, sebagai kebalikan dari sifat putusan yang pertama, maka jenis putusan ini membutuhkan pengaturan lebih lanjut dalam pelaksanaannya.

Diskursus yang dibangun dalam buku ini mencoba mengemukakan sistem pengujian konstiusional yang berbasis keadilan substantif, sehingga secara mutatis mutandis tidak akan ada lagi “penolakan” publik terhadap putusan MK yang final & binding.

Apapun kelemahan yang terdapat dalam buku ini, maka perlu digarisbawahi bahwa supremasi konstitusi dan keadilan substantif dalam kehidupan bernegara bukanlah sebuah proses instant, melainkan sebuah proses yang panjang dan berkelanjutan. Dan Mahkamah Konstitusi saat ini sedang melakukannya.

Penghargaan dan ucapan terima kasih penulis berikan kepada pihak-pihak akademika FH UNNES, kususnya Prof Dr Sudijono Sastroatmojo M.Si, Drs. Sartono Sahlan. M.H, selaku Dekan Fakultas Hukum, dan Prof. Dr. Moh. Mahfud MD, selaku Promotor, serta Prof. Dr. Arief Hidayat SH. MS, Ibu Dr.Ni!matul Huda, SH, MH, yang telah memberikan dukungan penuh dalam merealisasikan inisiatif penulisan buku ini.

Rasa terima kasih yang tidak terhingga saya sampaikan kepada suami tercinta Slamet Sumarto atas pengertian, dorongan dan semangat untuk menyelesaikan buku ini, juga kepada ketiga ananda tercinta Aditya Tanjung

Nomor 013/PUU-I/2003 dalam Penegakan Hukum Pelaku Bom Bali 1 (satu), disimpulkan bahwa Putusan tersebut tidak terimplementasikan dalam proses peradilan pelaku bom bali 1

Pramana, Bina Aji Nugraha, dan Candra Adi Wiguna. Begitu juga untuk kedua orang tua saya, almarhum H. Abdul Latif dan almarhumah Hj. Yitirah, serta ayahanda mertua almarhum Sumarto dan almarhumah Suwarni. Dan semua pihak yang tidak dapat saya sebut satu persatu.

Semoga buku ini membawa manfaat bagi tumbuh-kembangnya gagasan-gagasan segar dalam hukum tata negara.

Semarang, 1 Juli 2014

Dr. Martitah, M.Hum.



KATA PENGANTAR

(Prof. Dr. Arief Hidayat,SH, MS)

Karakter hukum konstitusi yang cenderung “*inward looking*” berdampak pada kontekstualitas disiplin hukum positivistik, normatif dan verbalis (*positieve staatsrechtlehre*) daripada sebagai ilmu yang bersifat universal. Hal ini senafas dengan doktrin supremasi konstitusi sebagai obyek kajian hukum tata negara (*algemeene staatslebre*).

Namun perkembangan hukum tata negara, akhir-akhir ini mengalami perkembangan yang cukup pesat di berbagai negara, termasuk di Indonesia. Menjadi sebuah keharusan bagi suatu negara untuk mengikuti perkembangan yang terjadi di era globalisasi. Oleh karena itu, disiplin ilmu hukum tata negara yang bersifat universal sangat penting untuk dikembangkan sebagai obyek kajian di kalangan para ahli, maupun di lingkungan pendidikan tinggi hukum kita.

Perubahan-perubahan yang bersifat global atau mondial itu, mempengaruhi sistem konstitusi. Amandemen UUD 1945 yang dilakukan setelah era reformasi, menyebabkan adanya perubahan mendasar di hampir semua aspek ketatanegaraan. Sementara itu dinamika kehidupan nasional dan proses demokratisasi di segala lini juga memerlukan banyak keahlian (*expertise*) untuk mengarahkan dan mengawal menuju rute yang tepat. Para ahli di bidang hukum tata negara dan hukum administrasi negara (*constitutional lawyers and administrative law*), pada umumnya diperlukan sebagai perpanjangan tangan Mahkamah Konstitusi dalam mengawal dan menjaga tegaknya supremasi konstitusi di Indonesia.

Buku ini adalah salah satu hasil pemikiran mengenai perkembangan hukum tata negara, khususnya berkaitan dengan Pelembagaan Sistem Pengujian Konstitusional di Indonesia Berbasis Keadilan Substansif. Melalui kajian ini diharapkan dapat memberikan gambaran mengenai karakteristik, prinsip dasar dan ketentuan khusus praktik peradilan konstitusi maupun hal lain berkenaan dengan pelembagaan MK.

Mahkamah Konstitusi memiliki kedudukan yang sederajat dengan lembaga-lembaga negara lainnya. Ia sederajat dengan MPR, DPR, DPD, Presiden/Wapres, BPK, bahkan koleganya, Mahkamah Agung. Kesederajatan tersebut merupakan implikasi diadanya prinsip pemisahan kekuasaan negara dengan sistem *check and balances*. Sistem ini terlembagakan setelah dicabutnya superioritas MPR yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 dengan prinsip pembagian kekuasaannya yang vertikal. Diadanya prinsip pemisahan kekuasaan negara dengan sistem *check and balances* membawa konsekuensi masing-masing lembaga meskipun sederajat, namun memiliki fungsi saling mengendalikan satu sama lain. Oleh karena itulah kekuasaan Mahkamah Konstitusi menjadi sangat strategis guna menopang dan menunjang berjalannya sistem ketatanegaraan yang berlandaskan pada prinsip pemisahan kekuasaan.

Kewenangan MK sebagai lembaga *constitutional review* pada dasarnya berfungsi untuk menjadikan bentangan Peraturan Perundang-undangan dan Keputusan yang harmoni, sinkron dan tertib (*rechtsorde*) antara jenis dan hierarki satu dengan yang lainnya. Artinya antara *Grundnorm* (Pancasila) *General norm* (Peraturan Perundang-undangan) dan *concrete norm* (keputusan) tetap berada pada tertib hukum, dalam arti tidak saling bertentangan.

Constitutional review sangat penting untuk menjaga konsistensi politik hukum agar tetap pada rel konstitusi (politik konstitusi), karena hukum merupakan produk politik, sehingga oleh karenanya bisa saja UU berisi hal-hal yang bertentangan dengan UUD atau konstitusi.

Pengujian undang-undang (*constitutional review*) yang dilakukan Mahkamah Konstitusi terbatas pada pengujian (*judicial review*) Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar, sedangkan pengujian peraturan dibawah undang-undang dilakukan oleh Mahkamah Agung. Pengujian yang dilakukan Mahkamah Konstitusi tersebut tidak hanya secara materiil, tetapi juga secara formil, yaitu berkaitan dengan proses pembentukan suatu undang-undang.

Dengan adanya buku ini dapat diketahui bagaimana eksistensi Mahkamah Konstitusi, khususnya berkenaan dengan kewenangannya dalam melakukan pengujian (*judicial review*) suatu undang-undang, dan juga mengenai prosedur

pelaksanaan kewenangan tersebut atau dengan kata lain mengenai hukum acara yang berlaku di Mahkamah Konstitusi.

Hadirnya buku ini diharapkan dapat menggairahkan para pembaca untuk lebih memahami berbagai aspek mengenai peradilan konstitusi baik sebagai konsep, praktik maupun kelembagaan. Pada titik tertentu, buku ini juga diharapkan dapat bermanfaat bagi tegaknya supremasi konstitusi yang berkeadilan di Indonesia.

Semarang, 22 Juli 2012.

Prof. Dr. Arief Hidayat, SH, MS.



KATA PENGANTAR

(Dr. Ni`matul Huda, SH,MH)

Prinsip-prinsip pokok yang diadopsikan dan diperkuat dalam rumusan UUD 1945 hasil amandemen adalah (i) prinsip demokrasi yang berdasar atas hukum (*constitutional democracy*), dan (ii) prinsip negara hukum yang demokratis atau "*demokratische rechtsstaat*" atau "*democratic rule of law*".

Prinsip "*supremasi parlemen*" yang dianut sebelumnya, yang dilambangkan dengan kedudukan MPR (Majelis Permusyawaratan Rakyat) sebagai lembaga tertinggi negara, diubah dengan prinsip "*supremasi konstitusi*" dimana semua lembaga negara dan semua cabang kekuasaan negara mempunyai kedudukan yang sama-sama tunduk kepada konstitusi dalam hubungan "*checks and balances*" antara satu dengan yang lain. Perubahan dari prinsip "supremasi institusi" ke "supremasi konstitusi" tersebut memperkuat kedudukan konstitusi sebagai hukum tertinggi dalam penyelenggaraan negara dan mengharuskan konstitusi itu dijalankan dengan sungguh-sungguh dalam praktik penyelenggaraan negara sehari-hari. Konstitusi tidak lagi hanya bernilai simbolik atau semantik, yang hanya ada dalam pidato-pidato para pejabat, tetapi – sebagai kontrak sosial – benar-benar harus dapat diwujudkan dalam kenyataan.

Dalam kaitan itulah diperlukan satu lembaga baru yang dapat berperan sebagai pengawal konstitusi, pengimbang demokrasi mayoritarian, pelindung hak-hak konstitusional warga negara, penafsir final atas aturan-aturan konstitusi, dan sekaligus sebagai lembaga penyeimbang dalam mekanisme hubungan "*checks and balances*" antar lembaga negara dan antar cabang kekuasaan negara. Itulah sebabnya Indonesia membentuk Mahkamah Konstitusi di samping Mahkamah Agung yang sudah ada sejak sebelumnya. Sebagai negara yang menganut tradisi 'civil law', kita tidak dapat menyerahkan fungsi-fungsi tersebut di atas kepada Mahkamah Agung yang sudah sarat dengan begitu banyak perkara.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia berkedudukan sebagai: (i) pengawal konstitusi (the Guardian of the Constitution), (ii) pengendali atau pengimbang demokrasi mayoritarian, (iii) penengah dalam hubungan antar lembaga atau antar cabang kekuasaan negara (constitutional arbitrase between and among state organs), (iv) pelindung hak-hak konstitusional warga negara (protector of the citizens' constitutional rights), (v) pelindung hak asasi manusia (protector of human rights), dan (vi) penafsir akhir atau final atas norma konstitusi (the final interpreter of the constitution).

Sebagai pengawal konstitusi, MK menjaga agar semua norma konstitusi dilaksanakan dalam praktik kehidupan kenegaraan. Tidak boleh ada kebijakan negara ataupun tindakan negara yang bertentangan dengan undang-undang dasar. Apalagi, jika kebijakan itu dituangkan dalam bentuk undang-undang sebagai produk demokrasi mayoritarian yang lebih mengutamakan prinsip suara terbanyak dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan. Jika suatu undang-undang bertentangan dengan UUD maka, melalui Mahkamah Konstitusi, undang-undang demikian dapat dituntut pembatalannya. Karena itu, di samping sebagai "the Guardian of the Constitution", Mahkamah Konstitusi juga merupakan pengendali atau pengimbang demokrasi.

Konstitusi merupakan kontrak sosial di antara sesama warga negara untuk membentuk negara bersama dengan sistem aturan yang ditetapkan dalam konstitusi. Karena itu, jika ada kebijakan negara yang melanggar hak-hak konstitusional warga negara ataupun hak-hak asasi manusia yang dijamin dalam konstitusi, maka warga negara yang bersangkutan berhak untuk mengajukan permohonan pengujian konstitusionalitasnya kepada Mahkamah Konstitusi. Karena itu, mahkamah ini dapat pula disebut sebagai pelindung hak konstitusional warga negara dan bahkan pelindung hak asasi manusia.

Mahkamah Konstitusi juga bertindak sebagai penengah atau semacam arbitrase konstitusional yang memutus setiap sengketa konstitusional antar cabang kekuasaan atau antar lembaga negara.

Di samping itu, lembaga ini juga merupakan lembaga yang memegang kewenangan terakhir dalam menafsirkan norma-norma konstitusi. Meski lembaga-lembaga negara yang lain, seperti Presiden, MPR, DPR, DPD, MA,

BPK, sama-sama dapat melakukan penafsiran sendiri-sendiri atas norma-norma konstitusi, tetapi semua penafsiran lembaga-lembaga lain itu tidak bersifat final dan mengikat. Penafsiran yang bersifat final dan mengikat hanya ada pada Mahkamah Konstitusi dan itulah yang tercermin dalam setiap putusan mahkamah ini.

Buku ini, secara jeli memaparkan pelembagaan sistem pengujian konstitusional di Indonesia berbasis keadilan substansif dengan mengkaji independensi kelembagaan Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara pengujian konstitusional (constitutional review) yang efektif dengan didasarkan pada kebutuhan masyarakat akan keadilan substantif.

Sernoga buku ini menjadi khasanah kepustakaan hukum ketatanegaraan yang bisa membawa manfaat besar bagi perkembangan Indonesia, demi tegaknya supremasi konstitusi dan keadilan di Indonesia.

Jogyakarta, 22 Juli 2014.

Dr. Ni`matul Huda, SH, MH



DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
PRAKATA.....	ii
PENGANTAR.....	i
DAFTAR ISI	i
BAB I PRINSIP NEGARA HUKUM INDONESIA DAN KELEMBAGAAN SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL.....	1
A. Negara Hukum Indonesia.....	1
1. Konsep Negara Hukum.....	1
2. Negara Hukum Pancasila	5
a. Kekhasan Negara Hukum Pancasila.....	6
b. Pancasila sebagai Kaidah Penuntun Pembentukan dan Penegakan Hukum	10
c. Pancasila sebagai Grundnorm dan Konsistensi Peraturan Perundang-Undangan .	15
B. Sistem Hukum, dan Kelembagaan Sistem Pengujian Konstitusional.....	18
1. Pemisahan Kekuasaan dan <i>Checks and Balances</i>	20
2. Trias Politica dan Perkembangannya.....	20
3. Kedudukan Lembaga Negara	23
BAB II SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI BERBAGAI NEGARA.....	26
A. Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi Federal Jerman.....	26
B. Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi Korea Selatan	30

C. Pengujian Konstitusional oleh Supreme Court Amerika Serikat	32
D. Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi Austria	34
E. Pengujian Konstitusional oleh Dewan Konstitusi Perancis	36

BAB III EKSISTENSI JUDICIAL REVIEW DALAM

NEGARA HUKUM INDONESIA.....	38
A. Eksistensi <i>Judicial review</i> dalam Negara Hukum.....	38
1. Konsep <i>Judicial review</i> dalam Perspektif Subjek dan Objek.....	38
2. Objek <i>Judicial review</i> di Indonesia.....	41
3. Pengujian Peraturan Perundang-Undangan (<i>Constitutional Review</i>) sebagai Kontrol Normatif dalam Negara Hukum.....	44
a. <i>Executive Review & Legislative Review</i>	44
b. Arti Penting Constitutional Review dalam Mewujudkan Negara Hukum.....	47
c. Pengujian Peraturan Perundang-undangan dalam Perspektif Pembagian dan Pemisahan Kekuasaan Negara	48
B. Mahkamah Konstitusi dan Kewenangan <i>Judicial review</i> di Indonesia	52
1. Kekuasaan Kehakiman dan <i>Judicial review</i> di Indonesia.....	52
2. Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang	56
a. Latar Belakang Pembentukan Mahkamah Konstitusi.....	56
b. Kewenangan Pengujian Undang-Undang	59

c. Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang	63
d. Implikasi Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi	70

**BAB IV PEMBENTUKAN DAN PENEMUAN HUKUM
OLEH HAKIM DALAM PENGUJIAN**

KONSTITUSIONAL	77
A. Pembentukan Hukum oleh Hakim dalam Pengujian Konstitusional (Perspektif Teoretik)	77
1. Teori Pembentukan Hukum John Henry Merryman dalam Pembuatan Putusan Mahkamah Konstitusi	77
2. Teori Bekerjanya Hukum Seidman & Chambliss dalam Pembuatan Putusan Mahkamah Konstitusi	82
3. Teori <i>Cybernetics</i> dalam Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi	83
B. Penemuan Hukum (<i>Rechtsvinding</i>) oleh Hakim dalam Pengujian Konstitusional	85
1. Metode Penemuan Hukum (<i>Rechtsvinding</i>)	85
2. Penafsiran Sebagai Metode Penemuan Hukum	91
3. Macam-Macam Penafsiran Hukum dan Konstitusi	93
a. Metode Subsumtif	97
b. Interpretasi Gramatikal	98
c. Interpretasi Historis	98
d. Interpretasi Sistematis	98
e. Interpretasi Sosiologis atau Teleologis	99
f. Interpretasi Komparatif	100
g. Interpretasi Futuristik	101
h. Interpretasi Restriktif	101
i. Interpretasi Ekstensif	101

BAB V	PELAKSANAAN KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA DALAM PENGUJIAN UNDANG-UNDANG	106
A.	Karakteristik Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia	106
1.	Prinsip Keadilan Substantif dalam Pengujian Undang-Undang.....	106
2.	Penyelesaian Perkara Pengujian Undang-Undang...	112
3.	Putusan Mahkamah Konstitusi <i>Conditionally Constitutionally</i> 114	
B.	Pengujian Undang-Undang yang Mengatur Norma Baru	122
1.	<i>Positive Legislature</i> dalam Putusan Perkara Pengujian Undang-Undang	122
a.	Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009.....	124
b.	Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009	127
c.	Putusan Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009	129
2.	<i>Ratio Decidendi</i> Putusan Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi.....	137
3.	Perkembangan Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi	149
BAB VI	RESTRIKSI KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PENGUJIAN UNDANG-UNDANG.....	159
A.	<i>Judicial Activism</i> dalam Praktik Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi	159
B.	Restriksi Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang.....	173

BAB VII HUKUM ACARA PENGUJIAN UU TERHADAP

UUD	181
A. Pengujian Formil Dan Materiil.....	181
1. Pengujian Formil (Formele Toetsingsrecht)	181
2. Pengujian Materiil (Materiels Toetsingsrecht).....	185
B. Pendaftaran Permohonan dan Penjadwalan	
Persidangan	187
1. Permohonan Perkara Pengujian Undang-Undang..	187
2. <i>Legal Standing</i> dan Kerugian Konstitusional.....	191
3. Penggabungan Perkara.....	192
4. Persidangan jarak Jauh	193
C. Proses Persidangan dan Pembuktian.....	194
1. Proses Persidangan	195
a. Pemeriksaan Pendahuluan	195
b. Pemeriksaan Persidangan	196
c. Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH).....	198
d. Pengucapan Putusan.....	199
2. Pembuktian	199
D. Putusan	201
1. Jenis Putusan.....	201
2. Isi Putusan.....	202
3. Amar Putusan.....	204
4. Sifat Putusan dan Ultra Petitem	208
DAFTAR PUSTAKA.....	211
GLOSSARY.....	223
DAFTAR SINGKATAN	227
INDEKS	228
BIODATA PENULIS.....	



BAB I

PRINSIP NEGARA HUKUM INDONESIA DAN KELEMBAGAAN SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

A. Negara Hukum Indonesia

1. Konsep Negara Hukum

Gagasan Negara Hukum, sebagai sebuah embrio telah muncul sejak masa Plato dan Aristoteles. Para filosof tersebut masih mendefinisikan negara hukum dikaitkan dengan negara kota (polis). Aristoteles berpendapat bahwa negara hukum itu timbul dari polis yang mempunyai wilayah negara kecil, seperti kota dan berpenduduk sedikit. Dalam polis itu segala urusan negara dilakukan dengan musyawarah, dimana seluruh warga negaranya ikut serta dalam urusan negara.

Pemikiran manusia tentang negara hukum⁹⁰ mulai berkembang sejak abad XIX s.d. abad XX. Arti negara hukum itu sendiri pada hakikatnya berakar dari teori kedaulatan hukum. Teori kedaulatan hukum menghendaki agar kekuasaan tertinggi dalam suatu negara adalah hukum, hukum sebagai panglima dan hukum sebagai *Rule of the Game*. Oleh sebab itu setiap aktivitas penguasa (pemerintah/alat perlengkapan negara) termasuk warga negaranya harus tunduk dan patuh pada aturan hukum (asas legalitas).

Dalam sejarah ketatanegaraan selanjutnya dikenal adanya negara hukum dalam arti sempit atau lebih dikenal dengan negara hukum liberal sebagaimana ajaran Imanuel Kant & Fichte. Konsep negara hukum yang mereka ajarkan dikenal dengan konsep negara hukum liberal, konsep tersebut sangat dipengaruhi oleh faham liberalisme. Konsep negara hukum liberal

90 Moh. Kusnardi dan Ibrahim Harmaily, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia*, Pusat Studi HTN FH UI, Jakarta, 1988, hlm. 153

merupakan anti thesis dari tipe negara *polizei*.⁹¹ Dalam negara *polizei* kekuasaan raja amat sangat besar dalam menentukan dan mengembangkan kesejahteraan rakyatnya, sedangkan dalam ajaran negara hukum liberal, peran negara justru diminimalisir dari campur tangan urusan rakyatnya. Dalam negara hukum liberal dikenal dua unsur saja, yaitu: (1) perlindungan terhadap HAM, dan (2) pemisahan kekuasaan.

Unsur-unsur negara hukum liberal kemudian dikembangkan oleh F.J. Stahl dalam bukunya "*Philosophie des Recht* (1878). Modifikasi negara hukum baru ini lebih dikenal dengan istilah nama negara hukum formal, yaitu bahwasanya suatu negara hukum harus memenuhi empat unsur penting berikut.

- a. Adanya perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia;
- b. Adanya pembagian kekuasaan dalam negara;
- c. Setiap tindakan pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- d. Adanya Peradilan Tata Usaha Negara/Peradilan Administrasi Negara.

Konsep negara hukum modern mengalami pertumbuhan menjelang abad ke XX, yang ditandai dengan lahirnya negara *welfare state*, dimana tugas negara berubah dari penjaga malam dan keamanan menjadi pemerintah harus bertanggung jawab atas kesejahteraan rakyat. Perkembangan negara hukum terjadi karena banyaknya kecaman terhadap ekses-ekses dalam industrialisasi dan sistem kapitalis, tersebarnya paham sosialisme yang menginginkan pembagian kekuasaan dan kemenangan partai sosialis di Eropa.⁹²

Welfare state adalah suatu bentuk masyarakat yang ditandai dengan suatu sistem kesejahteraan yang demokratis dan ditunjang oleh pemerintah yang ditempatkan atas landasan baru, memberikan satu jaminan perawatan sosial yang kolektif pada warga-warganya.⁹³ *Welfare state* (negara kesejahteraan)

91 Hestu B. Cipto, *Hukum Tata Negara, Kewarganegaraan dan Hak Asasi Manusia*. Penerbitan Universitas Atmajaya, Yogyakarta, 2003, hlm. 12

92 Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, cetakan ke XIII, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1991, hlm. 59.

93 Piet Thoenes, "*The Elite in The Welfare State*", dikutip dari Mustaming Daeng Matutu, selayang pandang (tentang perkembangan Type-type Negara Modern, Pidato pada lustrum ke IV Fakultas hukum dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Hassanuddin di Makasar, 3 maret 1972, Hasanuddin University Press, Ujung Pandang, cetakan ke II, hlm 20, Lihat juga La Ode Husen, *Hubungan Fungsi Pengawasan DPR dengan BPK Dalam Sitem Ketatanegaraan Indonesia*, CV Utama, Bandung, 2005, hlm. 23.

atau social service state yaitu negara yang memberikan pelayanan kepada masyarakat.

Sejalan dengan perubahan konsep negara hukum modern (yaitu welfare state), maka konsep negara hukum klasik seperti yang diajukan oleh A.V. Dicey dan Stahl ditinjau ulang dan dirumuskan kembali sesuai dengan tuntutan abad ke XX. Menurut Julius Stahl, konsep negara hukum yang disebutnya Rechtsstaat itu mencakup empat elemen penting, yaitu: perlindungan hak asasi manusia, pembagian atau pemisahan kekuasaan, pemerintahan berdasarkan undang-undang, dan peradilan tata usaha negara. A.V. Dicey menyetengahkan tiga ciri penting dalam setiap negara hukum yang disebutnya dengan istilah *The Rule of Law* sebagai berikut.⁹⁴

- a. Supremasi absolut atau predominasi dari *regular law* untuk menentang pengaruh dari arbitrary power dan meniadakan kesewenang-wenangan, prerogatif atau *discretionary authority* yang luas dari pemerintah.
- b. Persamaan di hadapan hukum atau penundukan yang sama dari semua golongan kepada *ordinary court*, ini berarti bahwa tidak ada orang yang berada di atas hukum; tidak ada peradilan administrasi negara.
- c. Konstitusi adalah hasil dari *the authority law of the land*, bahwa hukum konstitusi bukanlah sumber tetapi merupakan konsekuensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegaskan oleh peradilan.

Konsep rechtsstaat dan *the rule of law* mempunyai perbedaan latar belakang, tetapi pada dasarnya keduanya memberikan perlindungan atas hak-hak kebebasan sipil warga negara dari kesewenang-wenangan kekuasaan negara. Keempat prinsip *rechtsstaat* dan ketiga prinsip *rule of law* dapat digabungkan untuk menandai ciri-ciri negara modern di jaman sekarang. Kalau ditinjau dari perspektif sosiologis *the rule of law* mengandung empat makna sebagai berikut.⁹⁵

- a. Otoritas harus diberi bentuk hukum dan bahwa kekuasaan harus dilaksanakan dengan cara-cara menurut hukum.

94 *Ibid.* hlm. 80.

95 A.A.G. Peters, dan Koesriani S, *Hukum dan Perkembangan Sosial*, Buku III, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1990, hal 52-53 Lihat dalam A. Mukthie Fadjar, *Reformasi Konstitusi dalam Masa Transisi Paradigmatik*, In-TRANS, Malang, 2003, hlm. 9

- b. Hukum menjadi responsif terhadap kepentingan konsumen dan bertujuan untuk mempersonalisasikan kekuasaan untuk menundukkan pelaksanaannya kepada aturan-aturan, sehingga melindungi warga negara dari tindakan sewenang-wenang penguasa.
- c. Hukum tidak menentang kekuasaan, tetapi sebaliknya dapat memperkuatnya agar tidak merosot menjadi pemaksa kehendak oleh penguasa.
- d. Tidak netral terhadap kepentingan sosial karena pemihakannya terhadap kelompok yang kurang beruntung secara politik, ekonomi dan sosial.

The rule of law mempunyai dimensi universalitas dan sekaligus relativitas. Dimensi universalitasnya ialah gagasan bahwa pelaksanaan kekuasaan dalam masyarakat harus tunduk kepada hukum, hal ini mempunyai implikasi normatif, yaitu:⁹⁶

- a. Mempunyai nilai yang berperspektif kerakyatan, yaitu melindungi warga negara terhadap pemerintah dan yang lemah serta miskin terhadap yang kuat serta kaya dari sudut pandang warga negara yang lemah serta miskin.
- b. Penggunaan pendekatan konflik bukan untuk melawan harmoni dan konsesus palsu, yang pasti dianut pandangan kepatuhan kondisional atas hukum dan otoritas sehingga memberi ruang untuk beda pendapat dan beda penafsiran, serta kritik atas otoritas tidak ditindas.

Universalitas gagasan *the rule of law* dapat ditunjukkan oleh hasrat yang memerintah untuk memperlakukan yang diperintah secara baik dan adil, meskipun kriterianya bisa berbeda dalam dimensi ruang dan waktu. Dimensi relativitas *the rule of law* ialah bahwa tidak ada ukuran atau standar yang sama yang dapat dipakai oleh semua bangsa untuk menerapkan dalam praktik dan bisa memberikan hasil yang betul-betul memuaskan, karena *the rule of law* hanyalah merupakan prinsip-prinsip, bukan aturan konkret. Yang dibutuhkan adalah kemauan politik dan komitmen moral untuk mewujudkan cita-cita *the rule of law*.

Negara Indonesia merupakan negara hukum yang demokratis, ialah

96 Ibid, hlm. 55-59.

negara yang melembagakan prinsip-prinsip kedaulatan rakyat sekaligus prinsip-prinsip negara hukum dalam segala aspek kehidupan kenegaraan. Negara demokrasi berprinsip bahwa sumber legitimasi kekuasaan dalam negara yang dijalankan oleh organ-organnya berasal dari rakyat, sehingga dengan demikian pemerintahan sejatinya berasal dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat.⁹⁷ Secara garis besar perwujudan kedaulatan rakyat dalam kehidupan bernegara dapat ditunjukkan dalam dua hal, yaitu dalam lembaga perwakilan rakyat atau parlemen, dan dalam bentuk konstitusi sebagai wujud perjanjian masyarakat.⁹⁸

Sementara negara hukum menghendaki agar kekuasaan tertinggi dalam negara adalah hukum. Hukum adalah panglima, sehingga yang memerintah sejatinya adalah hukum dan bukan manusia (*the rule of law and not of man*). Secara konstitusional, penganutan konsep negara hukum dan negara yang berkedaulatan rakyat tersebut tertuang dalam Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3) UUD NRI Tahun 1945, yaitu: “Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar”, dan “Negara Indonesia adalah negara hukum”.

Syarat-syarat mendasar agar suatu negara dikatakan sebagai negara hukum yang demokratis (negara demokratis dibawah *rule of law*) dapat dilihat rumusannya pada hasil seminar *International Commission of Jurists* di Bangkok Tahun 1965, yaitu sebagai berikut:⁹⁹

- a. Perlindungan konstitusional, dalam arti bahwa konstitusi selain menjamin hak-hak individu harus menentukan juga cara prosedural untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin itu;
- b. Badan kehakiman yang bebas (*independent dan impartial tribunals*);
- c. Pemilihan umum yang bebas;
- d. Kebebasan untuk menyatakan pendapat;

97 Istilah demokrasi yang dimaknakan sebagai “pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat” diintrodusir oleh Presiden Lincon, seorang Presiden yang menjadi ikon bagi perjuangan demokrasi dan gerakan anti rasialisme dan perbudakan di Amerika Serikat. Ketokohan dan sepak terjang Lincon menjadi inspirasi bagi Presiden Barrack Obama, Presiden kulit hitam pertama di Amerika Serikat, sehingga berhasil menjadi orang nomor satu di AS mengalahkan pesaingnya dari Partai Republik yang berkulit putih.

98 Teori Perjanjian Masyarakat sebagaimana dikemukakan oleh John Locke dan Rousseau menjadi landasan teoritik bagi legitimasi produk hukum, apakah itu konstitusi atau produk legislatif lainnya.

99 Miriam Budiarjo, op cit, hlm. 60.

- e. Kebebasan untuk berserikat/berorganisasi dan beroposisi;
- f. Pendidikan kewarganegaraan (civic education).

Hubungan antara konsepsi negara hukum dan negara demokrasi dalam negara modern ibarat dua sisi mata uang, menyatu dan tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Negara demokrasi tanpa hukum akan menjelma menjadi suatu anarkisme, sementara negara hukum tanpa demokrasi akan menjelma menjadi negara yang tirani dan otoriter. Prinsip negara hukum dan negara demokrasi memiliki satu tujuan yang selaras, yaitu terciptanya sistem penyelenggaraan negara yang bergerak atas aspirasi rakyat serta menjunjung tinggi supremasi hukum. Sebuah sistem penyelenggaraan negara yang memenuhi dimensi legitimasi dan legalitas.

Konsep negara hukum menempatkan konstitusi sebagai hukum dasar, hukum tertinggi. Sebagai hukum dasar, maka menjadi rujukan dan landasan terhadap kehidupan berbangsa dan bernegara. Dengan kedudukan tersebut, maka supremasinya harus selalu terjaga agar tidak terjadi deviasi (penyimpangan/pembelokan) dari setiap rumusan Pasal-Pasalnya yang di dalamnya terkandung substansi politik hukum.

Dalam suatu negara hukum, mengharuskan adanya pengakuan normatif dan empirik terhadap prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Pengakuan normatif mengenai supremasi hukum terwujud dalam pembentukan norma hukum secara hierarkis yang berpuncak pada supremasi konstitusi. Secara empiris terwujud dalam perilaku pemerintahan dan masyarakat yang mendasarkan diri pada aturan hukum.¹⁰⁰

Agar konstitusi benar-benar menjadi hukum tertinggi, maka ketentuan-ketentuan dasar konstitusional yang menjadi materi muatannya harus dilaksanakan melalui peraturan perundang-undangan di bawah konstitusi. Peraturan perundang-undangan, baik yang dibuat oleh legislatif maupun peraturan pelaksana yang dibuat oleh eksekutif tidak boleh bertentangan dengan konstitusi itu sendiri.

100 Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Dasar Tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, Makalah, di unduh dari www.jimli.com/makalah. tanggal 3 Maret 2010. hlm 6.

2. Negara Hukum Pancasila

Pemikiran manusia tentang negara hukum berkembang dalam berbagai situasi sejarah peradaban manusia, mulai dari konsep *nomoi* sebagaimana digagas Plato masa abad pencerahan, maupun di masa berkembangnya ajaran negara hukum materiil. Meskipun konsep negara hukum dianggap sebagai konsep yang universal dan diakui oleh bangsa-bangsa beradab, namun pada tataran implementasi ternyata memiliki ciri dan karakter yang beragam. Hal ini terjadi karena pengaruh situasi kesejarahan tadi disamping pengaruh falsafah bangsa, ideologi negara dan lain-lain.¹⁰¹

Secara historis dan praktis konsep negara hukum muncul dalam berbagai model, seperti negara hukum menurut Qur'an dan Sunnah atau *nomokrasi* Islam, negara hukum menurut konsep Eropa Kontinental yang dinamakan *rechtsstaat*, negara hukum menurut konsep *Anglo-Saxon (rule of law)*, konsep *socialist legality*, dan konsep negara hukum Pancasila.¹⁰²

Negara Indonesia adalah negara hukum yang berdasarkan Pancasila, bertujuan mencapai masyarakat yang adil, makmur dan merata, baik materiil maupun spirituil. Negara Indonesia tidak hanya bertugas memelihara ketertiban masyarakat saja, akan tetapi lebih luas dari pada itu. Negara berkewajiban turut serta dalam hampir semua sektor kehidupan dan penghidupan masyarakat. Konsep negara hukum yang diadopsi oleh negara hukum Pancasila (Indonesia) adalah negara kesejahteraan (*welfare state*).

a. Kekhasan Negara Hukum Pancasila

Konsep negara hukum Pancasila dapat disandingkan dengan konsep negara-negara hukum lain di dunia. Konsep negara hukum Pancasila berakar dan dikembangkan berdasarkan nilai-nilai luhur yang terkandung dalam Pancasila. Menurut Supomo, Negara Hukum Pancasila menganut faham integralistik, sebuah faham yang sangat berbeda dengan faham komunisme dan liberalisme-kapitalisme.

101 Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm.1

102 Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992, hlm. 63.

Negara hukum Indonesia tidak dapat begitu saja disamakan dengan *rechtsstaat* maupun *rule of law*, karena pertama, latar belakang sejarah lahirnya konsep *rechtsstaat* maupun *rule of law* adalah dari suatu usaha atau perjuangan menentang kesewenangan-wenangan penguasa, sedangkan negara Republik Indonesia sejak perencanaan berdirinya jelas-jelas menentang segala bentuk kesewenangan atau absolutisme; *kedua*, konsep *rechtsstaat* maupun *rule of law* menempatkan pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia sebagai titik sentral, sedangkan Negara Republik Indonesia yang menjadi titik sentral adalah keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan; dan *ketiga*, perlindungan hak asasi manusia, menurut konsep *rechtsstaat* mengedepankan prinsip *wetmatigheid*, dan menurut *rule of law* mengedepankan prinsip *equality before the law*, sedangkan Negara Republik Indonesia mengedepankan asas kerukunan dalam hubungan antara pemerintah dan rakyat.¹⁰³

Menurut Padmo Wahyono unsur-unsur utama negara hukum Pancasila adalah: (1) Hukum harus bersumber pada Pancasila, Pancasila adalah sumber segala sumber hukum; (2) Negara berdasarkan atas hukum, bukan atas kekuasaan belaka; (3) Dalam menjalankan kekuasaan pemerintahan harus berdasarkan atas sistem konstitusional; (4) Adanya persamaan kedudukan di dalam hukum (*equality before the law*); (5) Disamping itu, adanya jaminan kekuasaan kehakiman yang merdeka menjadi persyaratan mutlak yang tidak bisa ditawar-tawar lagi.

Menurut Moh. Mahfud MD, Negara Pancasila merupakan ideologi menunjukkan konsepsi prismatic, konsep mana memadukan inti nilai yang baik dari berbagai nilai yang saling bertentangan. Pancasila sebagai sebuah nilai yang prismatic sesungguhnya dikrikristalkan dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat nusantara yang sejak dahulu. Nilai prismatic ini merajut nilai-nilai baik semua sistem hukum secara eklektis, sehingga menjadi sistem hukum Indonesia.¹⁰⁴ Selanjutnya dikatakan, dalam konsepsi prismatic tersebut minimal dicirikan oleh empat hal:¹⁰⁵

103 Philipus M. Hardjon, 1993, *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, UGM University Press, Yogyakarta. hlm. 79-80.

104 Moh Mahfud MD, *Hukum, Moral dan Politik*, makalah disampaikan pada matrikulasi Program Doktor Ilmu Hukum Undip, 23 Agustus 2008. hlm. 7.

105 Bandingkan juga dengan Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional*, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD

- 1) Pancasila memadukan unsur yang baik dari paham individualisme dan kolektivisme;
- 2) Integrasi antara *rechtsstaat* dan *rule of law*;
- 3) Hukum dan masyarakat. Pancasila menerima hukum sebagai alat pembaruan masyarakat (*law as tool of social engineering*) sekaligus hukum sebagai cermin rasa keadilan yang hidup di masyarakat (*living law*); dan
- 4) Pancasila menganut paham *religious nation*, tidak menganut atau dikendalikan satu agama tertentu (karena bukan negara agama), tetapi juga tidak hampa agama (karena bukan negara sekuler).

Kalau ditelaah dari latar belakang sejarahnya, baik konsep *rule of law* maupun konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu usaha atau perjuangan menentang kesewenang-wenangan penguasa, sedangkan Negara Republik Indonesia sejak dalam perencanaan berdirinya jelas-jelas menentang segala bentuk kesewenang-wenangan atau absolutisme. Baik konsep *rule of law* maupun *rechtsstaat* menempatkan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai titik sentral, sedangkan bagi Negara Republik Indonesia yang menjadi titik sentral adalah keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan. Dalam Negara Hukum Pancasila juga menunjukkan adanya ciri hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara, disamping itu juga dalam penyelesaian sengketa melalui musyawarah dan peradilan, merupakan unsur terakhir.¹⁰⁶

Mohammad Tahir Azhary, menelaah ciri-ciri negara hukum ideal yang dirumuskan menjadi sembilan ciri yaitu: (1) kekuasaan sebagai amanah, (2) musyawarah, (3) keadilan, (4) persamaan, (5) hak asasi manusia, (6) peradilan yang bebas dan mandiri, (7) perdamaian, (8) kesejahteraan, dan (9) tanggung jawab dan ketaatan rakyat.¹⁰⁷ Selanjutnya ciri-ciri negara hukum menurut Sri Soemantri meliputi: (1) pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar hukum atau peraturan perundang-undangan, (2)

¹⁰⁶ Hasil Amandemen, diselenggarakan oleh BPHN Dephuk. HAM RI di Jakarta, 29-31 Mei 2006. hlm 7.

¹⁰⁶ Philipus M. Hardjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1985, hlm.84.

¹⁰⁷ Mohammad Thahir Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-Unsurnya*, UI Pres Jakarta. 1995, hlm 73.

adanya jaminan terhadap hak asasi manusia, (3) adanya pembagian kekuasaan dalam negara, dan (4) adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechterlijke controle*).¹⁰⁸

Dalam rangka merumuskan kembali ide-ide pokok konsepsi Negara Hukum dan penerapannya dalam situasi Indonesia dewasa ini, menurut Jimly Asshiddiqie¹⁰⁹ ada duabelas prinsip pokok negara hukum (*rechtsstaat*) yang berlaku di zaman sekarang. Keduabelas prinsip pokok tersebut merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara modern sehingga dapat disebut sebagai negara hukum (*the rule of law* ataupun *rechtsstaat*) dalam arti yang sebenarnya. Kedua belas prinsip pokok tersebut, yaitu:

1) Supremasi Hukum (*Supremacy of Law*)

Semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum (*supremacy of law*), pada hakikatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum tertinggi.

2) Persamaan dalam Hukum (*Equality before the Law*)

Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, yang diakui secara normatif dan dilaksanakan secara empirik. Dalam rangka prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan '*affirmative actions*' guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu untuk mengejar kemajuan sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju.

108 Sri Soemantri Martosoewignyo, *Asas Negara Hukum dan Perwujudannya dalam Sistem Hukum Nasional*, dalam MB. Muqoddas dkk, *Politik Pembangunan Hukum Nasional*, 1992, UII Press, Yogyakarta, hlm 28.

109 Jimly Asshiddiqie, 2006, *Konstitusi dan Konstitusionalisme di Indonesia*, Sekjen dan Kepanteraan MK RU, Jakarta, hlm. 154

3) Asas Legalitas (*Due Process of Law*)

Dalam setiap negara hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (*due process of law*), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan.

4) Pembatasan Kekuasaan

Adanya pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal.

5) Organ-organ Eksekutif Independen

Dalam rangka membatasi kekuasaan itu, di zaman sekarang berkembang pula adanya pengaturan kelembagaan pemerintahan yang bersifat '*independent*', seperti bank sentral, organisasi tentara, dan organisasi kepolisian. Selain itu, ada pula lembaga-lembaga baru seperti Komisi Hak Asasi Manusia Nasional, Komisi Pemilihan Umum (KPU), Komisi Ombudsman Nasional (KON), Komisi Penyiaran Indonesia (KPI), dan sebagainya.

6) Peradilan Bebas dan Tidak Memihak

Adanya peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial judiciary*). Peradilan bebas dan tidak memihak ini mutlak harus ada dalam setiap negara hukum. Dalam menjalankan tugas judisialnya, hakim tidak boleh dipengaruhi oleh siapapun juga, baik karena kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang (ekonomi).

7) Peradilan Tata Usaha Negara

Meskipun peradilan tata usaha negara juga menyangkut prinsip peradilan bebas dan tidak memihak, tetapi penyebutannya secara khusus sebagai pilar utama negara hukum tetap perlu ditegaskan tersendiri. Dalam setiap negara hukum, harus terbuka kesempatan bagi setiap warga negara untuk

menggugat keputusan pejabat administrasi negara dan dilaksanakannya putusan hakim tata usaha negara (*administrative court*) oleh pejabat administrasi negara.

8) Peradilan Tata Negara (*Constitutional Court*)

Disamping adanya pengadilan tata usaha negara yang diharapkan memberikan jaminan tegaknya keadilan bagi setiap warga negara, negara hukum modern juga lazim mengadopsikan gagasan mahkamah konstitusi dalam sistem ketatanegaraannya, baik dengan pelembagaannya yang berdiri sendiri di luar dan sederajat dengan Mahkamah Agung atau pun dengan mengintegrasikannya ke dalam kewenangan Mahkamah Agung yang sudah ada sebelumnya.

9) Perlindungan Hak Asasi Manusia

Adanya perlindungan konstitusional terhadap hak asasi manusia dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil. Perlindungan terhadap hak asasi manusia tersebut dimasyarakatkan secara luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai ciri yang penting suatu negara hukum yang demokratis.

10) Bersifat Demokratis (*Demokratische Rechtsstaat*)

Dianut dan dipraktikkannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peranserta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah masyarakat. Hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan/atau hanya untuk kepentingan penguasa secara bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi.

11) Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Bernegara (*Welfare Rechtsstaat*)

Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama. Cita-cita hukum itu sendiri, baik yang dilembagakan melalui gagasan

negara demokrasi (*democracy*) maupun yang diwujudkan melalui gagasan negara hukum (*nomocracy*) dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum.

12) Transparansi dan Kontrol Sosial¹¹⁰

Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum, sehingga kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan resmi dapat dilengkapi secara komplementer oleh peran masyarakat secara langsung (partisipasi langsung) dalam rangka menjamin keadilan dan kebenaran.

b. Pancasila sebagai Kaidah Penuntun Pembentukan dan Penegakan Hukum

Eksistensi Pancasila sebagai ideologi bangsa sesungguhnya telah ditetapkan sejak negara didirikan pada tahun 1945. Latar belakang dan konsekuensi kedudukan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara dapat dilihat dari sekurang-kurangnya tiga aspek yakni, politik, filosofis, dan yuridis. Dari aspek politik, Pancasila dapat dipandang sebagai *modus vivendi* atau kesepakatan luhur yang mempersatukan semua ikatan primordial kedalam satu bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia yang sangat luas dan majemuk. Ditinjau dari sudut filosofis Pancasila merupakan dasar keyakinan masyarakat yang dicita-citakan serta sebagai dasar bagi penyelenggaraan negara yang dikristalisasikan dari nilai-nilai yang telah tumbuh dan berkembang serta berakar jauh dari kehidupan leluhur bangsa Indonesia.

Ditinjau dari segi hukum, Pancasila menjadi cita hukum (*rechtsidee*) yang harus dijadikan dasar dan tujuan setiap hukum di Indonesia. Oleh sebab itu, setiap hukum yang lahir di Indonesia harus berdasar pada Pancasila dengan memuat konsistensi isi, mulai dari yang paling tinggi sampai yang paling rendah hierarkinya. Hukum di Indonesia ditujukan untuk mencapai tujuan sebagaimana yang tertuang dalam pembukaan UUD 1945. Tujuan negara itu ialah melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, mencerdaskan kehidupan bangsa, memajukan kesejahteraan umum, dan

110 Ibid, hlm 155-161

ikut melaksanakan ketertiban dunia. Tujuan negara itu harus dijadikan orientasi politik pembangunan dan politik hukum, sehingga politik hukum harus dipandang sebagai upaya menjadikan hukum sebagai alat pencapaian tujuan negara. Dengan demikian Pancasila yang dimaksudkan sebagai dasar pencapaian tujuan negara melahirkan kaidah-kaidah penuntun hukum.¹¹¹

Pertama, hukum yang dibuat di Indonesia harus bertujuan membangun dan menjamin integrasi negara dan bangsa Indonesia. Hukum Indonesia tidak boleh memuat isi yang menyebabkan terjadinya disintegrasi wilayah atau pun idiologi karena hal itu bertentangan dengan tujuan melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia yang terikat dalam persatuan.

Kedua, hukum di Indonesia harus didasarkan kepada demokrasi dan nomokrasi. Demokrasi yang menjadi dasar politik (kerakyatan) menghendaki pembuatan hukum berdasar kedaulatan rakyat atau wakil-wakilnya yang dipilih secara sah baik melalui kesepakatan, aklamasi, maupun berdasar suara terbanyak jika mufakat bulat tidak dapat dicapai. Nomokrasi sebagai prinsip dasar negara hukum agar hukum di Indonesia dibuat didasarkan pada substansi hukum yang secara filosofis sesuai reschtsidee Pancasila sesuai dengan prosedur yang benar.

Ketiga, hukum di Indonesia harus ditujukan untuk membangun keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Dari penuntun yang demikian, maka tidak dibenarkan muncul hukum yang mendorong terjadinya jurang sosial ekonomi karena eksploitasi oleh yang kuat terhadap yang lemah tanpa perlindungan negara. Hukum di Indonesia harus mampu menjaga agar yang lemah tidak dibiarkan menghadapi sendiri pihak yang kuat yang sudah pasti dimenangkan oleh yang kuat.

Keempat, hukum di Indonesia harus didasarkan kepada toleransi beragama yang berkeadaban yakni hukum yang tidak mengistimewakan atau mendiskriminasi kelompok tertentu berdasar besar kecilnya pemeluk agama. Indonesia bukan negara agama dan bukan negara sekuler (yang tak peduli atau hampa spirit keagamaan). Indonesia sebagai negara Pancasila adalah sebagai

111 Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009, hlm 38-39.

sebuah *religious nation state*, yaitu suatu negara kebangsaan yang religius dan memberikan perlindungan kuat terhadap setiap warganya untuk memeluk dan melaksanakan ajaran agamanya masing-masing. Hukum di Indonesia tidak boleh mewajibkan berlakunya hukum agama, tetapi negara harus memfasilitasi, melindungi, dan menjamin keamanannya jika warganya akan melaksanakan ajaran agamanya karena keyakinan dan kesadarannya sendiri.

Untuk menjelaskan hubungan antara konsep prismatic Pancasila dan hubungannya dengan politik konstitusi sebagai materinya, berikut ini diketengahkan teori Hans Kelsen mengenai hierarki norma hukum dan rantai validitas yang membentuk piramida hukum (*stufentheorie*).¹¹² Pada mulanya Hans Kelsen hanya menggambarkan hierarki norma yang terbagi atas *grundnorm* sebagai puncak hierarki dan norma-norma yang berjenjang di bawahnya tanpa memberikan jenis atau pengklasifikasian lebih lanjut mengenai hierarki jenis-jenis norma terbut. Teori Hans Kelsen tersebut selanjtnya dikembangkan oleh murid-murid beliau, di antaranya Kisch,¹¹³ Adolf Merkl,¹¹⁴ dan Hans Nawiasky. norma *von stufenufbau der rechtsordnung* menurut teori tersebut adalah Teori Nawiasky disebut dengan *theori von stufenufbau der rechtsordnung*. Susunan:¹¹⁵

- 1) Norma fundamental negara (*Staatsfundamental-norm*);
- 2) Aturan dasar negara (*staatsgrundgesetz*);
- 3) Undang-undang formal (*formellgesetz*); dan
- 4) Peraturan pelaksanaan dan peraturan otonom (*verordnung en utonome satzung*).

Staatsfundamentalnorm adalah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*staatsverfassung*) dari suatu negara. Posisi hukum dari suatu *Staatsfundamentalnorm* adalah sebagai syarat dan dasar bagi berlakunya suatu konstitusi. *Staatsfundamentalnorm* ada terlebih

112 Teori Hans Kelsen ini dapat dipelajari dalam tiga bukunya yaitu *Pure Theory of Law Introduction to the Problematic of Legal Science; Pure Theory of Law; dan General Theory of Law and State*.

113 Kisch menyusun hierarki norma dengan puncaknya *Abstracte norm, Generelle norm* dan *Concrete norm*.

114 Merkl menyusun hierarki norma dengan puncaknya "*The idea of law, Category of Law, Meaning of law, dan Positive of law*".

115 Hamid Attamim, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara; Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I–Pelita IV*, Disertasi Ilmu Hukum Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 1990, hlm., 287.

dahulu dari konstitusi suatu negara. Dalam konteks Indonesia, Pembukaan Undang-Undang Dasar NRI 1945 yang di dalamnya termuatkan Pancasila memiliki kedudukan sebagai *Staatsfundamentalnorm*. Jika dibandingkan struktur hierarki tata hukum Indonesia dengan menggunakan teori Hans Nawiasky yang dikembangkan dari *stufentheorie*-nya Hans Kelsen, terlihat hierarki Pancasila sebagai norma fundamental negara dan menempati puncak norma. Berdasarkan teori tersebut, struktur tata hukum Indonesia adalah:

- 1) *Staatsfundamentalnorm*: Pancasila (Pembukaan UUD 1945).
- 2) *Staatsgrundgesetz*: Pasal-Pasal UUD 1945, dan Konvensi Ketatanegaraan.
- 3) *Formellgesetz*: Undang-Undang.
- 4) *Verordnung en Autonome Satzung*: Secara hierarkis mulai dari Peraturan Pemerintah hingga peraturan Bupati atau Walikota.

Penempatan Pancasila sebagai *Staats-fundamentalnorm* pertama kali dikemukakan oleh Notonagoro¹¹⁶, Pancasila merupakan bintang pemandu bagi konstitusi, memberikan perspektif ke arah manakah norma-norma dalam konstitusi harus dirumuskan. Ide-ide dan nilai Pancasila yang sifatnya meta yuridis harus menjadi panduan bagi perumusan norma konstitusi, sekaligus menjadi sumber hukum materiil (secara normatif disebut sebagai sumber dari segala sumber hukum) bagi pembentukan peraturan perundang-undangan di Indonesia. Dengan ditetapkannya Pancasila sebagai *staatsfundamental-norm* maka pembentukan hukum, penerapan, dan pelaksanaannya tidak dapat dilepaskan dari nilai-nilai Pancasila.¹¹⁷ Nilai-nilai Pancasila harus selalu melekat, baik itu dalam formulasi, aplikasi maupun implementasi semua norma hukum di Indonesia.

Sebagaimana teori Nawiasky, maka penempatan Pancasila sebagai *staatsfundamentalnorm* berarti menempatkannya di atas Undang-Undang Dasar. Jika demikian, Pancasila tidak termasuk dalam pengertian konstitusi, karena berada di atas konstitusi. Untuk membahas permasalahan ini dapat dilakukan dengan melacak kembali konsepsi norma dasar dan konstitusi menurut Kelsen

116 Notonagoro, "Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 (Pokok Kaidah Fundamental Negara Indonesia)" dalam *Pancasila Dasar Falsafah Negara*, Cetakan keempat, Pantjuran Tudjuh, Jakarta, tanpa tahun. hlm 34.

117 Hamid Attamimi, *Op Cit.*, hlm. 309.

dan pengembangan yang dibuat oleh Nawiasky, serta melihat hubungan antara Pancasila dan UUD 1945.¹¹⁸

Undang-Undang Dasar secara keseluruhan dimaksudkan mengatur rambu-rambu pokok untuk mengelaborasi empat kaidah penuntun hukum Pancasila yang kemudian dilembagakan dari pusat sampai ke daerah-daerah dan harus dijadikan pedoman dalam pembuatan peraturan perundang-undangan lainnya.¹¹⁹

Kaidah penuntun pertama yaitu: *"semua peraturan perundang-undangan harus menjamin integrasi atau keutuhan ideologi dan teritori negara dan bangsa Indonesia"*, sesuai dengan tujuan melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, dapat dilihat dari ketentuan tentang pilihan bentuk negara "kesatuan" [Pasal 1 ayat (1) UUD 1945 yang tidak dapat diubah dengan prosedur konstitusional (Pasal 57 ayat (5) UUD 1945)]. Pasal 30 UUD 1945 mengatur sistem pertahanan dan keamanan untuk menjamin keutuhan teritori dan ideologi.

Kaidah penuntun kedua yaitu: *"negara harus diselenggarakan dalam keseimbangan antara prinsip demokrasi dan nomokrasi"*, dapat dilihat dalam Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 yang menegaskan prinsip demokrasi (kedaulatan di tangan rakyat), dan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yang menegaskan prinsip nomokrasi (Indonesia adalah negara hukum). Kemudian ditentukan pula adanya lembaga perwakilan rakyat (MPR, DPR, DPD) dan cara pemilihan presiden dan pemilihan kepala daerah yang harus demokratis. Untuk mengontrol agar semua kebijakan negara dan kegiatan seluruh bangsa berjalan sesuai dengan hukum (nomokrasi), Pasal 24 UUD 1945 mengatur tentang kekuasaan kehakiman dan Pasal 26 UUD 1945 mengatur tentang Hak Asasi Manusia.

Kaidah Penuntun ketiga yaitu: *"negara harus menjamin keadilan sosial"*, diatur dalam Pasal-Pasal tentang kesejahteraan sosial yang mencakup penguasaan sumber daya alam untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, pemeliharaan fakir miskin oleh negara, sistem perekonomian dan sebagainya.

118 Jimly Asshiddiqie, *Ideologo Pancasila dan Konstitusi*, Makalah, diunduh dari www.jimly.compada tanggal 09 April 2008. hlm 9.

119 Moh. Mahfud MD, *loc cit.* 81.

Kaidah penuntun keempat yaitu: "negara harus menjamin tegaknya toleransi beragama yang berkeadaban", diatur dalam Pasal 29 UUD 1945 yang menjamin kemerdekaan untuk memeluk dan melaksanakan agama apapun yang diyakini oleh setiap warga negara. Hal ini diatur juga dalam Pasal 28 UUD 1945 tentang HAM. Negara tak perlu mewajibkan berlakunya hukum agama, tetapi wajib melindungi dan memfasilitasi setiap warga negara yang ingin melaksanakan agamanya masing-masing.

Penuangan Pancasila dalam UUD 1945 tampak jelas jika dilihat urutan sila Pancasila. Sila Ketuhanan yang Maha Esa diatur dalam Pasal 29 dan Pasal 28 UUD 1945. Sila Kemanusiaan yang adil dan beradab diatur dalam Pasal 28. Sila Persatuan Indonesia diatur dalam Pasal 1 ayat (1), Pasal 30, dan Pasal 37 ayat (5). Sila Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan diatur dalam Pasal 2, Pasal 5, Pasal 20, Pasal 18, dan Pasal 22; dan sila Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia diatur dalam Pasal 28, Pasal 33, Pasal 34. Pasal-Pasal yang lain dalam UUD 1945 semuanya dibuat untuk mendukung pelaksanaan semua sila Pancasila.

Penuangan Pancasila dalam peraturan perundang-undangan di bawah UUD, sangatlah sulit dilakukan untuk menilai atau mengukur satu persatu, apakah isi peraturan perundang-undangan di bawah UUD itu benar-benar merupakan penuangan Pancasila atau bukan, karena jumlahnya ribuan. Akan tetapi secara umum dapat dikatakan bahwa sudah ada instrumen hukum dan politik yang mengatur agar semua peraturan perundang-undangan memuat isi yang secara berjenjang konsisten dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi yang pada tataran puncaknya harus bersumber pada Pancasila sebagai *rechtsidee* yang menjadi sumber dan kaidah penuntun hukum. Untuk mengukur konsistensi UUD dengan Pancasila relatif mudah karena hanya ada satu UUD yang berlaku, meskipun penilaian tentang sesuai atau tidaknya UUD dengan Pancasila itu tidak dapat melalui mekanisme hukum, misalnya penilaian oleh lembaga yudisial. Hal ini menjadi niscaya karena UUD itu merupakan kesepakatan politik yang memuat penuangan Pancasila secara politik pula tanpa ada lembaga lain yang dapat membatalkannya, kecuali perubahan oleh lembaga yang berwenang membuatnya. Namun untuk

peraturan perundang-undangan di bawah UUD akan sulit dinilai satu persatu dalam kesempatan ini karena jumlahnya mencapai ribuan bahkan mungkin mencapai puluhan ribu.

Ada instrumen hukum dan politik yang dapat mengawal agar isi peraturan perundang-undangan itu selalu sesuai dengan Pancasila. Instrumen itu berupa keharusan pembuatan peraturan perundang-undangan untuk selalu cermat, yang kemudian masih dapat diuji lagi melalui "review" baik melalui *judicial review*, *legislative review*, maupun *executive review*. Peraturan perundang-undangan yang paling tinggi (UUD) harus bersumber dan berdasar pada Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara. UU harus bersumber dan berdasar pada UUD, PP harus berdasar dan bersumber pada UU, dan seterusnya. Pengawasan dan kontrol atas kemungkinan distorsi isi peraturan perundang-undangan ini diatur dengan instrumen hukum sendiri yang kokoh yakni *political review*, atau *legislative review*, dan *judicial review* yang di dalamnya ada juga *constitutional review*.

c. Pancasila sebagai Grundnorm dan Konsistensi Peraturan Perundang-Undangan

Grundnorm dapat dipahami dalam dua pengertian, yaitu *grundnorm* dalam pengertian Hans Kelsen dan *grundnorm* dalam pengertian yang lain, yaitu dalam ajaran asalnya sumber hukum.¹²⁰ Pertama, *grundnorm* dalam pengertian Kelsen. Menurut Kelsen, pengetia *grundnorm* dapat dikualifikasi kedalam empat indikator, yaitu:¹²¹

- 1) *Grundnorm* adalah sesuatu yang abstrak, diasumsikan, tidak tertulis, dan mempunyai daya keberlakuan universal.
- 2) Ia tidak *gesetz* (ditetapkan), melainkan *vorangesetzt* (diasumsikan) adanya oleh akal budi manusia.

120 Jazim Hamidi, *Kedudukan Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Jurnal Konstitusi Vol. 3, Nomor 1, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta Pebruari 2006, hlm.103.

121 Bandingkan dengan pendapat Jazim Hamidi tentang Sembilan karakteristik yang terkandung dalam pengertian Grundnorm Hans Kelsen, lihat Jazim Hamidi, *Refolusi Hukum Indonesia, Makna Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Konstitusi Press, Jakarta dan Citra Media, Yogyakarta, 2006, hlm. 66-67.

- 3) Ia tidak masuk ke dalam tatanan hukum positif, ia berada di luar namun menjadi landasan keberlakuan tertinggi bagi tatanan hukum positif. Ia *metajuristic* sifatnya.
- 4) Seyogyanya seseorang mentaati atau berperilaku seperti yang ditetapkan oleh konstitusi.

Kedua, grundnorm dalam pengertian yang lain yaitu dalam kaitannya dengan ajaran "asalnya sumber hukum". Dalam konteks ini, *grundnorm* itu merupakan sumber berlakunya hukum yang tertinggi dan terakhir (*source of the sources*). Ia memberikan pertanggungjawaban mengapa hukum itu harus dilaksanakan. Meskipun, ketidakpatuhan terhadapnya tidak terdapat sanksi. Ia diterima masyarakat secara aksiomatis. Kata norm dalam terminologi *grundnorm* itu menunjuk kepada suatu norma yang bersifat umum, seperti norma agama, norma kesusilaan, norma sopan santun, dan norma yang lain.

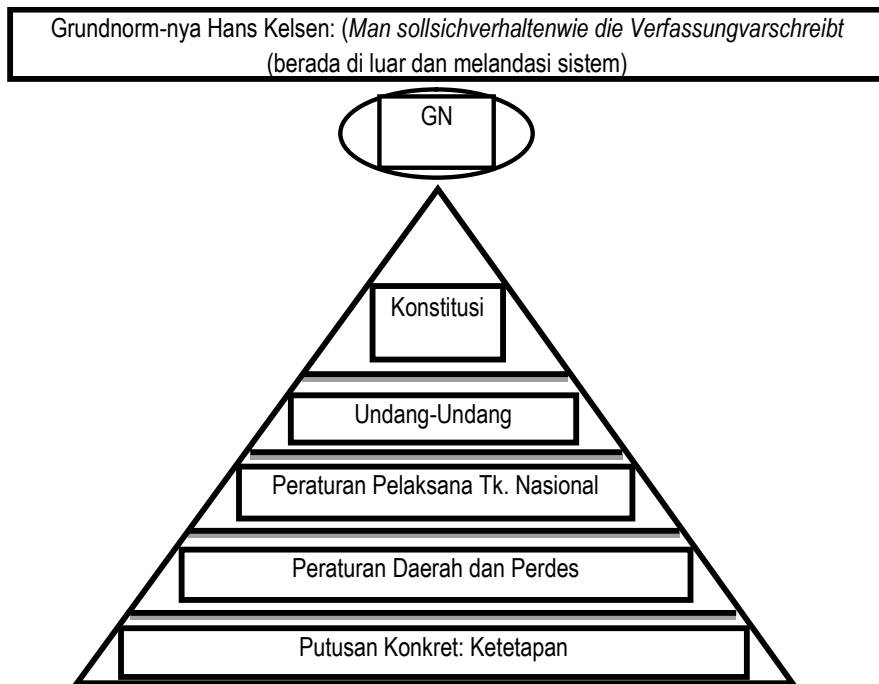
Pancasila dapat dikualifikasikan secara penuh sebagai *grundnorm* baik mengacu pada pengertian *grundnorm* yang pertama maupun, pengertian *grundnorm* yang kedua. Pancasila memenuhi keempat persyaratan kualifikasi *grundnorm* dalam pengertian yang pertama, begitu pula dalam pengertian yang kedua. Hans Kelsen menempatkan *grundnorm* sebagai puncak dari norma-norma, yang kemudian disusul oleh norma yang lebih rendah. Melalui hubungan yang bersifat superior dan inferior maka selanjutnya norma paling tinggi akan dikonkretkan dalam norma yang lebih rendah sampai kepada norma yang paling konkret, atau juga disebut proses; "*konkritisierung*"¹²². Menurut Notohamidjojo,¹²³ *grundnorm* itu berbunyi "berlaku demikian seperti yang diperintahkan oleh wibawa hukum (*rechts-gezag*)". Hubungan norma yang satu dengan norma yang lainnya dapat disebut hubungan super dan sub-ordinasi dalam konteks yang spasial. Norma yang menentukan perbiuatan norma lain adalah superior, sedangkan norma yang dibuat adalah inferior. Tata hukum khususnya sebagai personifikasi negara bukan merupakan sistem norma yang dikoordinasikan satu dengan yang lainnya, melainkan suatu hirarkhi dari norma-norma yang memiliki level yang

122 Darji Darmodihardjo dan Sidharta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia, Jakarta, 2004, hlm.116.

123 Notohamidjojo, *Soal-Soal Filsafat Hukum*, BPK Gunung Mulia Jakarta, 1975, hlm. 28.

berbeda. Kesatuan norma ini disusun oleh fakta bahwa pembuatan norma yang lebih rendah ditentukan oleh norma yang lebih tinggi. Pembuatan yang ditentukan oleh norma yang lebih tinggi menjadi alasan validitas keseluruhan tata hukum yang membentuk kesatuan.¹²⁴

Piramida hukum bagian puncak, disebut dengan *grundnorm* merupakan wadah yang kosong. Hans Kelsen tidak mengisinya dengan sebuah rumusan khusus dan tetap, melainkan hanya memberikan batasan atau kualifikasi seperti yang telah disebutkan di muka. Melalui pengertian *grundnorm* dalam konsepsi Hans Kelsen, berikut ini dilukiskan kedudukan hukum Pancasila dalam bentuk diagram/gambar, sebagai berikut:



Gambar 1. Kedudukan Hukum Pancasila Perspektif Grundnorm Hans Kelsen.
Sumber: Adaptasi dari Jazim Hamidi (2005)

124 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Russel & Russel, New York, 1961, hlm.124. lihat pula Hans Kelsen, *Hukum dan Logika* (Penerjemah: Arief Sidharta), Alumni, Bandung, 2002, hlm. 37.

Dalam *stufenbautheorie*, hal yang perlu diperhatikan adalah keseluruhan hukum positif itu tersusun dalam sebuah hirarkhi logikal.¹²⁵ Struktur logikal ini memiliki bentuk sebuah piramida yang terdiri atas sejumlah tataran bertingkat/berlapis. Kaidah-kaidah Konstitusi mewujudkan tataran tertinggi, dan kaidah-kaidah dimaksud tidak banyak. Kemudian di bawahnya terdapat kaidah hukum yang secara langsung timbul dari konstitusi seperti Undang-Undang dalam arti formal. Kaidah-kaidah ini jumlahnya jauh lebih banyak dibanding kaidah-kaidah konstitusi. Di bawahnya terdapat kaidah hukum individual, yakni kaidah hukum yang memberikan hak atau membebaskan kewajiban kepada subjek hukum tertentu. Mereka adalah ketetapan-ketetapan pemerintah, putusan-putusan hakim dan hak-hak serta kewajiban-kewajiban keperdataan. Akhirnya keberlakuan semua kaidah hukum yang termasuk dalam sebuah tataran hukum sistem piramidal tersebut berasal dari konstitusi. Konstitusi sendiri sebagai norma hukum tertinggi dalam suatu negara memperoleh keberlakuannya atau landasan keberlakuannya dari *grundnorm*, sedangkan *grundnorm* adalah landasan keberlakuan tertinggi dari sejumlah tataran norma yang menjadi hukum, namun ia bukan sebuah kaidah hukum positif, ia bersifat *metajuristic*.¹²⁶ Dengan demikian dapat diuji mengenai konsistensi antara peraturan perundang-undangan yang satu (lebih rendah) terhadap peraturan perundang-undangan lainnya (lebih tinggi) baik melalui *judicial review* oleh Mahkamah Agung maupun oleh Mahkamah Konstitusi Setiap negara selalu terdapat asas atau norma tertinggi sebagai asas norma yang menjadi sumber bagi semua asas hukum, norma hukum, dan hukum yang berlaku di negara yang dalam susunan bersangkutan, yang disebut dengan *grundnorm*.¹²⁷ *Grundnorm* yang dimiliki Indonesia adalah Pancasila yang pada dasarnya memiliki multi

125 Teori Hirarkhi Norma dipengaruhi oleh teori Adolf Merkl, atau paling tidak Merkl telah menulis tentang hierarkhi norma terlebih dahulu yang disebut dengan *Stairwell structure of legal order*, Teori Merkl adalah tentang tahapan hukum (*die lehrvomstufenbau der rechtordnung*), yaitu bahwa hukum adalah suatu sistem tata aturan hierarkis, suatu sistem norma yang mengkondisikan dan dikondisikan dan tindakan hukum. Pembuatan hirarkis ini termanifestasi dalam bentuk regresi dari sistem tata hukum yang lebih tinggi ke sistem tata hukum yang lebih rendah. Proses ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi. Lihat Zoran Jelic dalam Jimly Asshiddiqie dan Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Konstitusi Press, Jakarta, 2006, hlm.109. Lihat Suteki, *Rekonstruksi Politik Hukum tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial (Studi Privatisasi Pengelolaan Sumber Daya Air)*, Disertasi, Undip Semarang, 2008, hlm. 111.

126 Jazim Hamidi, *Ibid*, hlm.113.

127 Pendapat Paton sebagaimana dikutip oleh, Suteki, *Rekonstruksi Politik Hukum Tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial (Studi Privatisasi Pengelolaan Sumber Daya Air)*, PDIH UNDIP, Semarang, 2008, hlm. 112.

fungsi bagi bangsa Indonesia, antara lain berfungsi sebagai pandangan hidup, ideologi dan dasar negara. Dicantumkannya Pancasila dalam Pembukaan UUD 1945, artinya secara yuridis konstitusional Pancasila ditetapkan sebagai Dasar Negara Indonesia. Sebagai konsekuensi Pancasila sebagai Dasar Negara adalah semua peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia harus bersumber kepada Pancasila.

Apabila mengacu pada Teori Jenjang Norma (*Stufentheorie*) dari Hans Kelsen akan diperoleh pemahaman mengenai cerminan kedua sistem tersebut dalam Sistem Norma Hukum Republik Indonesia. Dalam sistem norma hukum ini, norma-norma hukum yang berlaku berada dalam suatu sistem berlapis-lapis dan berjenjang sekaligus berkelompok-kelompok. Suatu norma selalu berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi; dan norma yang lebih tinggi, berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya, sampai suatu norma dasar negara (*staatsfundamental norm*).¹²⁸ Republik Indonesia, yaitu Pembukaan UUD 1945.¹²⁹ Secara formal, hirarki logikal peraturan perundang-undangan nasional dapat ditemukan dalam Pasal 7 ayat (1) UU No 12 Tahun 2011, tentang "Pembentukan Peraturan Perundang Undangan." Jenis dan Hirarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:

- 1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 2) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- 3) Undang-Undang/Pearaturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;

128 Pengertian *Staat fundamental norm* dalam perspektif Nawiasky dapat dirumuskan kedalam beberapa indikator, yaitu (1) *Staat fundamental norm* itu merupakan bagian dari tata hukum positif dan ia menempati norma hukum yang tertinggi dalam suatu Negara; (2) ia merupakan suatu norma yang menjadi dasar bagi pembentukan konstitusi atau UUD; (3) Maksud norm dalam *staat fundamental norma* dalam norma yang bersifat khusus yaitu norma hukum dalam kerangka hierarki peraturan perundang-undangan; (4) Ia adalah norma hukum yang berbentuk tertulis; (5) Nilai validitas atau keabsahannya sudah jelas, karena ia ditetapkan oleh lembaga yang berwenang. Periksa Jazim Hamidi, Kedudukan Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Kewanegaraan Republik Indonesia, Jurnal Konstitusi, Volume 3, nomor 1, Pebruari, 2006, MK RI, Jakarta, hlm. 108.

129 Khususnya di dalam jalur hukum-kenegaraan, Pancasila yang terdapat di dalam Pembukaan UUD 1945 juga dapat disebut secara tersendiri sebagai dasar Filsafat Negara atau sebagai Pokok Kaidah Fundamental Negara, sedangkan pada jalur pemikiran akademis, Pancasila dianalisis secara reflektif, kritis, dan sistematis, khususnya terkait dengan persoalan nilai kebenaran dan persoalan konsistensi substansial yang terkandung dalam Pancasila. Lihat A.M.W. Pranarka, *Sejarah Pemikiran Tentang Pancasila*, CSIS, Jakarta, 1985, hlm.373-374. Lihat juga, E. Sumaryono, *Etika & Hukum: Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Penerbit, Kanisius, Yogyakarta, 2002, hlm.278.

- 4) Peraturan Pemerintah;
- 5) Peraturan Presiden;
- 6) Peraturan Daerah Provinsi; dan
- 7) Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

B. Sistem Hukum, dan Kelembagaan Sistem Pengujian Konstitusional.

Dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara mengenal aturan-aturan atau norma-norma tertentu yang sesuai dengan asas dan nilai yang menjadi sumber norma-normanya tersebut. Norma-norma atau aturan-aturan tersebut berkembang menjadi sistem hukum, meliputi hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis. Sistem hukum nasional menganut asas, nilai-nilai yang bersumber pada pandangan hidup bangsa Indonesia Pancasila. Norma-norma atau aturan-aturan yang tertulis terdapat dalam peraturan perundang-undangan.

Peraturan perundang-undangan dalam arti luas adalah semua hukum yang dibentuk dengan cara tertentu oleh pejabat yang berwenang dan dituangkan dalam bentuk tertulis, mencakup pula putusan hakim terutama yang sudah berkekuatan hukum tetap dan menjadi yurisprudensi. Hukum yang menekankan pada bentuk tertulis ini semula terkait erat dengan sistem hukum Eropa Kontinental yang menganut *legisme* dengan *civil law*. Namun sekarang ini terutama dalam kaitannya dengan pengujian yudisial pada peraturan perundang-undangan dengan susunan hierarkinya tak hanya terkait dengan *civil law* di Eropa Kontinental, tetapi juga dipengaruhi oleh kondisi yang berlaku di negara-negara Anglo Saxon, yang pada umumnya kawasan ini dikenal sebagai penganut *common law*.¹³⁰

Dewasa ini perbedaan antara Eropa Kontinental (*civil law*) dan *Anglo Saxon* lebih tertuju pada tumpuan strategi pembangunan hukumnya. Eropa Kontinental menekankan pada peran lembaga legislatif dan eksekutif untuk membuat hukum tertulis, sedangkan *Anglo Saxon* lebih menekankan pada

130 Moh Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Press, Jakarta, 2009, hlm. 255.

peran lembaga yudisial untuk membuat hukum melalui vonis-vonisnya yang kreatif dengan menggali nilai-nilai keadilan dalam masyarakat.

Ada dua tradisi dan sistem hukum yang melahirkan konsepsi negara hukum apabila dilihat dari sejarah dan kawasan, yaitu:

- a. Tradisi Eropa Kontinental dengan *civil law* yang menekankan pada hukum tertulis agar terdapat kepastian hukum. Negara hukumnya disebut *Rechtsstaat*.
- b. Tradisi Anglo Saxon dengan *common law* menekankan pada yurisprudensi guna mencapai penegakan rasa keadilan. Negara hukumnya disebut *The Rule of Law*.¹³¹

Hukum dalam arti luas mencakup semua peraturan yang dibuat oleh lembaga-lembaga tertentu sesuai dengan tingkat dan lingkup kewenangannya yang biasanya disebut peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, peraturan perundang-undangan adalah berbagai jenis peraturan tertulis yang dibentuk oleh berbagai lembaga sesuai dengan tingkat dan lingkungannya masing-masing.¹³²

Semua peraturan yang mengikat disusun secara hierarki untuk menentukan derajatnya masing-masing dengan konsekuensi jika ada dua peraturan yang bertentangan, maka yang dinyatakan berlaku adalah yang derajatnya lebih tinggi. Studi hukum selalu mengaitkan masalah susunan hierarki dengan teori penjenjangan yang dikembangkan oleh Hans Kelsen dan Nawiasky.

Peraturan dianggap bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, maka untuk memastikan keabsahannya dapat dilakukan melalui pengujian oleh lembaga yudikatif. Di Jepang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi (MK), di Amerika Serikat dilakukan oleh Mahkamah Agung (MA), sedangkan di Indonesia dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung, tergantung tingkat peraturan perundang-undangan yang diuji. Pengujian ini disebut *judicial review*. Istilah pengujian ini mencakup uji materiil dan formal. Uji materiil dilakukan berkenaan dengan isinya yang dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, sedangkan uji

131 *Ibid*, hlm. 256.

132 *Ibid*, hlm. 256.

formal dilakukan berkenaan dengan prosedurnya yang dianggap melanggar atau salah.

1. Pemisahan Kekuasaan dan Checks and Balances

Pemisahan kekuasaan merupakan salah satu unsur penting dari negara hukum. Pemisahan kekuasaan (*sepatation of power*) menunjukkan corak yang beragam di berbagai negara. Marshall¹³³ mengatakan bahwa, “*The phrase sepatation of power*” is how ever, one of the most confusing in the vocabulary of political and constitutional thought. It has been used with varying implications by historians and political scientists”. (Ungkapan pemisahan kekuasaan merupakan salah satu yang paling membingungkan dalam kosakata pemikiran politik dan konstitusional. Ungkapan pemisahan kekuasaan telah digunakan dengan berbagai implikasi oleh para sejarahwan dan ilmuwan politik).

Pemisahan kekuasaan yang dipahami sebagai doktrin konstitusional, membagi kekuasaan pemerintahan menjadi tiga cabang, yaitu kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif. Tugas kekuasaan legislatif adalah membuat hukum, tugas kekuasaan eksekutif adalah menjalankan hukum, dan tugas kekuasaan yudikatif adalah menafsirkan hukum. Dalam pengertian ini terkait erat dan tidak dapat dipisahkan dengan sistem “*checks and balances*”, yang mengartikan bahwa masing-masing cabang pemerintahan membagi sebagian kekuasaannya pada cabang yang lain dalam rangka membatasi tindakan-tindakannya. Kebebasan individu akan terjaga jika warga negara dapat saling mengawasi satu sama lain, dan konsentrasi atau monopoli kekuasaan dapat dicegah.¹³⁴

2. Trias Politica dan Perkembangannya

Dalam bukunya “*De L’Esprit des Lois*”, Montesquieu¹³⁵ mengadakan modifikasi atas gagasan John Locke dengan memisahkan kekuasaan negara kedalam tiga cabang kekuasaan, yaitu kekuasaan legislatif (*la puissance legislative*), kekuasaan eksekutif (*la puissance executive*), dan kekuasaan yudikatif

133 George Marshall, *Constituion Theory*, Oxford University Press, London, 1971, hlm. 97.

134 Agus Wahyudi, “*Doktrin Pemisahan Kekuasaan*” *Akar Filsafat dan Praktik*” dalam *Jurnal Hukum Jentera*, “Negara dan Kekuasaan”, Edisi 8-Tahun III, Maret 2005, hlm. 7-8.

135 Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge Univercity Press, Cambridg, 1989, hlm. 10.

(*la puissance de juger*). Ajaran pemisahan tiga kekuasaan ini dikenal dengan teori “Trias Politica”. Kekuasaan perundang-undangan harus terletak pada badan perwakilan rakyat, kekuasaan untuk menjalankan undang-undang pada raja, dan kekuasaan pengadilan pada para hakim yang sama sekali bebas dari kekuasaan pelaksanaan.¹³⁶

Dengan perubahan UUD 1945 telah menciptakan pembagian kekuasaan atau pemisahan kekuasaan yang memungkinkan adanya proses saling mengawasi dan saling mengimbangi di antara cabang-cabang kekuasaan negara yang ada, yang lazim disebut mekanisme check and balances. Hal ini tampak pada salah satu kewenangan yang dilimpahkan kepada Mahkamah Konstitusi untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD, baik secara formal maupun materiil.¹³⁷

Dalam konstitusi (UUD NRI Tahun 1945) telah ditegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum dan bukan negara kekuasaan.¹³⁸ Pilihan founding fathers tersebut mengandung makna bahwa dalam bangunan NKRI harus terdapat prinsip supremasi hukum dan konstitusi, pelembagaan pemisahan atau pembagian kekuasaan yang prinsipnya membatasi kekuasaan dalam negara, pemerintahan berdasarkan hukum, terjaminnya perlindungan Hak Asasi Manusia serta terdapatnya peradilan yang merdeka dan tidak memihak.¹³⁹ Pasal-Pasal dalam konstitusi dan berbagai peraturan perundang-undangan harus berjiwakan cita negara hukum.

Pemisahan kekuasaan, pembagian kekuasaan atau pembatasan kekuasaan dalam negara adalah sebuah keniscayaan yang tak dapat dielakkan. Suatu negara yang telah menyatakan sebagai negara hukum, maka menurut konsep negara hukum pada negara tersebut harus melembagakan pemisahan kekuasaan, pembagian kekuasaan atau pembatasan kekuasaan. Namun yang terpenting dalam negara hukum sebenarnya adalah bahwa yang memerintah dalam negara bukanlah manusia, melainkan hukum, *the rule of law and not of man*.

136 L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1968, hlm. 248.

137 Maruarar Siahaan, *Undang-Undang Dasar 1945 Konstitusi yang Hidup*, Setjen dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008. hlm. 49.

138 Lihat dalam Penjelasan UUD 45 sebelum Amandemen. Materi muatan mengenai negara hukum tersebut telah dikuatkan dengan diletakkanya dalam Pasal 1 ayat (3) UUD NRI 1945 Amandemen.

139 Bandingkan dengan Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 69.

Dalam ajaran pembagian kekuasaan ditekankan pentingnya pembagian fungsi bukan pembagian lembaganya. Konsep pembagian kekuasaan didasarkan pada pemikiran bahwa hanya fungsi pokok masing-masing pemegang kekuasaan yang dibedakan. Lembaga-lembaga negara sebagaimana diajarkan oleh teori trias politica tetap ada, namun fungsi-fungsinya tidak lagi terkotak-kotak dan tertutup pada masing-masing lembaga tersebut. Fungsi pokok lembaga legislatif tetap sebagai pembuat Undang-Undang, namun di lain pihak, Presiden sebagai pemegang kekuasaan eksekutif juga mempunyai tugas bersama-sama dengan lembaga legislatif untuk membuat Undang-Undang, begitu juga fungsi-fungsi lembaga lain.

Dalam teori pemisahan kekuasaan trias politica, masing-masing organ atau kekuasaan negara harus dipisah, karena memusatkan lebih dari fungsi pada satu orang atau organ pemerintah akan membahayakan kebebasan individu. Sebagian besar negara-negara di dunia telah mengadopsi teori ini, namun tentu saja dengan corak dan modifikasi yang berbeda satu sama lain, disesuaikan dengan kebutuhan dan karakteristik masing-masing negara. Modifikasi ini antara lain terlihat dengan adanya ajaran pembagian kekuasaan dan ajaran *checks and balances system*. Jadi pada intinya, dalam ajaran pembagian kekuasaan ini terdapat kerjasama antar poros kekuasaan satu sama lain dalam rangka menjalankan tugas dan fungsinya.

Modifikasi sistem pemisahan kekuasaan dengan model *check and balances* dipelopori oleh Amerika Serikat, terlihat sebagaimana diuraikan di bawah ini.¹⁴⁰

- 1) Presiden bukan anggota Kongres, tetapi dapat mengirimkan pesan kepada Kongres tentang rancangan undang-undang yang penting;
- 2) Presiden memiliki hak veto atas rancangan undang-undang yang telah disetujui oleh Kongres;
- 3) Hak veto dari Presiden atas suatu undang-undang dapat dibatalkan apabila terdapat dukungan $\frac{2}{3}$ suara dari kedua kamar;
- 4) Undang-undang yang dibuat oleh Kongres dapat diuji oleh Mahkamah Agung dan menyatakan bahwa suatu Undang-Undang bertentangan dengan Konstitusi;

140 Bandingkan dengan Muhammad Alim, *Trias Politika dalam Negara Madinah*, Setjen MKRI, Jakarta, 2008, hlm 27.

- 5) Dianutnya sistem presidensiil murni mengakibatkan Presiden tidak dapat dijatuhkan oleh parlemen, begitu juga sebaliknya Presiden juga tidak dapat membubarkan Parlemen.
- 6) Namun demikian, dalam hal Presiden melakukan tindak pidana berat, pengkhianatan terhadap negara maupun tindakan yang bertentangan dengan norma kesusilaan, maka Ia dapat diberhentikan melalui prosedur *Impeachment*;
- 7) Hakim Agung diangkat oleh Presiden. Hakim Agung menjabat seumur hidup, akan tetapi jika terbukti melakukan kejahatan dan pengkhianatan terhadap negara, maka mereka dapat diberhentikan oleh Kongres;
- 8) Presiden dapat membuat perjanjian dengan negara lain, akan tetapi agar perjanjian tersebut berlaku sebagai hukum nasional, maka harus diratifikasi dan mendapat dukungan Senat.

Setelah amandemen dilakukan terhadap UUD 1945, ada kecendrungan sistem yang digunakan dalam hubungan antar lembaga negara adalah faham pemisahan kekuasaan berdasarkan prinsip *check and balances*. Dalam sistem *check and balances* lembaga-lembaga negara diakui sederajat. Tidak ada lembaga negara yang sifatnya superior sebagaimana kedudukan Majelis Permusyawaratan Rakyat dahulu. Lembaga-lembaga negara seperti MPR, DPR, DPD, Presiden, BPK, MA dan MK memiliki kedudukan yang sederajat, tidak ada yang berkedudukan lebih tinggi dari yang lain, namun prinsipnya lembaga-lembaga negara tersebut saling mengawasi dan mengendalikan satu sama lain. Inilah inti dari ajaran *check and balances*.

Menurut Jimly Asshiddiqie¹⁴¹ dalam bukunya “Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara”, beliau menyatakan, jika sebelumnya UUD 1945 memang menganut faham pembagian kekuasaan, maka setelah diamandemen, prinsip pembagian kekuasaan yang bersifat vertikal itu tidak lagi dianut oleh UUD 1945. Sekarang, meskipun bukan dalam pengertian trias politica ala Montesquieu,

UUD 1945 menganut paham pemisahan kekuasaan berdasarkan prinsip checks and balances antar lembaga-lembaga negara. Buktinya adalah:

141 Jimly Asshiddiqie, *Sengketa Kewenangan antar Lembaga Negara*, Konpres, Jakarta, 2006, hlm. 39.

- 1) Adanya pergeseran kekuasaan legislatif dari tangan Presiden ke DPR, (bandingkan sebelum dan sesudah perubahan);
- 2) Dikenalnya sistem pengujian konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi;
- 3) Diakuinya lembaga-lembaga negara sebagai pelaku kedaulatan rakyat yang kedudukannya sederajat, sehingga MPR tidak lagi sebagai pemegang kedaulatan tertinggi rakyat;
- 4) Hubungan antar lembaga negara seimbang dan saling mengendalikan.

3. Kedudukan Lembaga Negara

Dalam kepustakaan Inggris, untuk menyebut lembaga negara digunakan istilah *political institution*, sedangkan dalam terminologi bahasa Belanda terdapat istilah *staat organen*. Sementara itu Bahasa Indonesia menggunakan lembaga negara, badan negara atau organ negara.¹⁴² Selanjutnya menurut Natabaya, penyusun UUD 1945 sebelum perubahan cenderung konsisten menggunakan istilah badan negara, bukan lembaga negara atau organ negara. Untuk maksud yang sama, Konstitusi RIS tahun 1949 menggunakan istilah alat perlengkapan negara. Undang-Undang Dasar 1945 setelah diamandemen, melanjutkan kebiasaan MPR sebelum masa reformasi dengan tidak konsisten menggunakan peristilahan lembaga negara, organ negara dan badan negara.¹⁴³

Hans Kelsen menjelaskan lembaga negara sebagai berikut, "*Whoever fulfills a function determined by the legal order is an organ*". Siapa saja yang menjalankan suatu fungsi yang ditentukan oleh suatu tata hukum (*legal order*) adalah suatu organ.¹⁴⁴ Organ negara itu tidak selalu berbentuk organik. Lebih luas lagi setiap jabatan yang ditentukan oleh hukum dapat pula disebut organ, asalkan fungsi-fungsinya itu bersifat menciptakan norma (*norm creating*) dan/atau bersifat menjalankan norma (*norm applying*).

142 Arifin Firmansyah, dkk., *Lembaga Negara dan Sengketa Antar Lembaga Negara*, KRHN bekerjasama dengan Mahkamah Konstitusi RI, didukung oleh The Asia Foundation dan USAID, Jakarta, 2005, hlm. 29.

143 Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit.*, hlm. 2.

144 Hans Kelsen, *General Theory of Law and Staat*, Russell & Russell, New York, 1961, diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Cetakan I, Penerbit Nusamedia dan penerbit Nuansa, Bandung, 2006, hlm. 276.

*“These function, be they a norm-creating or of norm-applying character, are all ultimately aimed at the execution of a legal sanction.”*¹⁴⁵

Selanjutnya Hans Kelsen mengatakan, parlemen yang menetapkan undang-undang pidana, dan warga negara yang memilih parlemen merupakan organ-organ negara, termasuk hakim yang menghukum si penjahat serta individu yang sesungguhnya melaksanakan hukuman tersebut. Menurut pengertian ini, organ adalah individu yang menjalankan fungsi tertentu (*An organs in this sense is an individual fulfilling aspecific function*). Kualitas seseorang sebagai organ, karena dan bila dia melakukan fungsi membuat atau menerapkan hukum (*He is an organ because and in so far as he performs a law –creating or law-applying function*).¹⁴⁶

Dari beberapa pendapat di atas, dapat disimpulkan bahwa konsep organ negara dan lembaga negara itu sangat luas maknanya, sehingga tidak dapat dipersempit hanya pada pengertian ketiga cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Pengertian organ negara atau badan negara dari yang paling luas maknanya sampai pada pengertian dalam arti sempit adalah sebagai berikut. *Pertama*, organ negara mencakup setiap individu yang menjalankan fungsi (*law-creating and law- applying*). *Kedua*, organ negara mencakup individu yang menjalankan fungsi *law-creating* atau *law-applying* dan juga mempunyai posisi sebagai atau dalam struktur jabatan kenegaraan atau jabatan pemerintahan. *Ketiga*, organ negara yaitu badan atau organ organisasi yang menjalankan fungsi *law-creating* dan/atau *law-applying* dalam kerangka struktur dan sistem kenegaraan atau pemerintahan. *Keempat*, organ atau lembaga negara itu hanya terbatas pada pengertian lembaga-lembaga negara yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang Dasar, undang-undang atau peraturan yang lebih rendah. Di samping keempat pengertian di atas, untuk memberikan kekhususan kepada lembaga-lembaga negara yang berada di tingkat pusat yang pembentukannya diatur dan ditentukan oleh Undang-Undang Dasar 1945, meliputi lembaga-lembaga seperti MPR, DPR, MA, MK dan BPK dapat disebut lembaga negara yang tersendiri, yaitu lembaga negara dalam arti sempit.¹⁴⁷

145 *Ibid*, hlm. 277.

146 *Ibid*, hlm. 277.

147 Jimly Asshiddiqie, *Sengketa Kewenangan antar Lembaga Negara*, KonPress, Jakarta, 2006, hlm. 42.

Dalam ketentuan Undang-Undang Dasar 1945 hasil amandemen sama sekali tidak terdapat ketentuan hukum yang mengatur definisi lembaga negara, sehingga banyak ahli hukum Indonesia yang melakukan penafsiran sendiri-sendiri dalam mendefinisikan dan mengklasifikasikan konsep lembaga negara. Satu-satunya petunjuk yang diberikan Undang-Undang Dasar 1945 pasca amandemen adalah berdasarkan Pasal 24C ayat (1) yang menyebutkan satu kewenangan dari Mahkamah Konstitusi adalah untuk mengadili dan memutus sengketa kewenangan antar lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar 1945.

Lembaga-lembaga negara dalam arti sempit yang dapat disebut sebagai lembaga negara menurut Undang-Undang Dasar 1945 ada tujuh institusi yaitu: (1) Presiden dan Wakil Presiden sebagai satu kesatuan institusi kepresidenan, (2) DPR, (3) DPD, (4) MPR, (5) MK, (6) MA, dan (7) BPK. Ketujuh lembaga negara inilah yang dapat dikaitkan dengan pengertian alat-alat perlengkapan negara yang utama (*main organce*) yang lazim digunakan selama ini.

BAB II

SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI BERBAGAI NEGARA

A. Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi Federal Jerman

Mahkamah Konstitusi Federal Jerman diadopsi bersamaan dengan ditetapkannya *Basic Law* pada tahun 1949. Organ ini bermarkas di Kalsruhe yang sering dijuluki ibu kota hukum. Sebab, di kota itu terdapat pengadilan-pengadilan tinggi lainnya dan Mahkamah Agung Federal.⁹⁰

Basic Law (Konstitusi) Jerman secara tegas mengatur kekuasaan yudikatif yang dijalankan oleh Mahkamah Konstitusi Federal dan pengadilan-pengadilan Federal. Konstitusi Republik Federal Jerman secara tegas menentukan adanya Mahkamah Konstitusi Federal dalam struktur ketatanegaraannya. Itulah sebabnya ada yang berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi Federal Jerman menjadi model penting bagi pembentukan Mahkamah Konstitusi di banyak negara.

Dalam Pasal 93 Konstitusi Federal Jerman dinyatakan hal-hal sebagai berikut:

- 1) Mahkamah Konstitusi Federal memutuskan:
 - a) Mengenai interpretasi dari konstitusi ini di dalam hal terjadi sengketa berkenaan dengan cakupan dari hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari sebuah badan federal yang tertinggi atau pihak-pihak lainnya yang dilimpahi dengan hak-hak mereka sendiri oleh konstitusi ini atau oleh aturan prosedur dari sebuah badan federal tertinggi;

⁹⁰ Jimly Asshidiqie, *Peradilan Konstitusi di Sepuluh Negara*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, hlm. 37.

- b) Dalam hal adanya perbedaan pendapat atau keraguan tentang kompatibilitas formal dan material dari perundangan federal atau perundangan negara bagian dengan konstitusi ini, atau mengenai kompatibilitas dari perundangan negara bagian dengan perundangan federal lainnya, atas permohonan dari pemerintah, sebuah pemerintah negara bagian, atau satu pertiga dari para anggota Dewan Perwakilan Rakyat, (Dalam hal adanya perbedaan pendapat tentang kompatibilitas dari perundangan federal dengan Pasal 93, atas permohonan dari Senat, pemerintah negara bagian dari parlemen negara bagian Dalam hal perbedaan pendapat tentang hak-hak dan kewajiban dari federasi dan negara bagian, terutama di dalam pelaksanaan dari perundangan federal oleh negara bagian dan di dalam pelaksanaan dari pengawasan federal;
- c) Mengenai sengketa-sengketa lain yang meliputi perundangan publik antara federasi dan negara bagian, antara berbagai negara bagian atau di dalam sebuah negara bagian, kecuali jika ada pengendalian kepada pengadilan yang lain;
- Mengenai pengaduan tentang tidak konstitusionalnya, yang diajukan oleh seseorang yang mengklaim bahwa salah satu dari hak-haknya yang mendasar atau salah satu haknya berdasarkan Pasal 20 atau berdasarkan Pasal 33, Pasal 38, Pasal 101, Pasal 103 atau Pasal 104 telah dilanggar oleh otoritas pemerintah.
 - Mengenai pengaduan tentang tidak konstitusionalnya, yang diajukan oleh komunitas atau asosiasi komunitas atas dasar bahwa hak mereka untuk memerintah sendiri berdasarkan Pasal 28 telah dilanggar oleh sebuah perundangan selain dari perundangan negara bagian yang terbuka bagi pengaduan kepada Mahkamah Konstitusi negara bagian yang bersangkutan.
- d) Dalam kasus-kasus lain sebagaimana yang ditentukan di dalam konstitusi ini.

- 2) Mahkamah Konstitusi Federal juga bertindak dalam kasus-kasus lain sebagaimana dilimpahkan kepadanya oleh perundangan federal.⁹¹

Susunan Mahkamah Konstitusi Federal ditentukan dalam Pasal 94 yang berbunyi sebagai berikut:

- (1) Mahkamah Konstitusi Federal terdiri dari para hakim federal dan anggota-anggota lain. Separuh dari para anggota Mahkamah Konstitusi Federal dipilih oleh Dewan Perwakilan dan separuhnya oleh Senat. Mereka bisa jadi bukan anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Senat, Pemerintah, juga bukan salah satu badan bersangkutan dari sebuah negara bagian.
- (2) Konstitusi dan prosedur dari Mahkamah Konstitusi Federal diatur oleh sebuah perundangan federal yang menspesifikasikan di dalam kasus-kasus mana keputusannya memiliki kekuatan hukum. Perundangan semacam itu dapat mengharuskan bahwa semua pemulihan hukum yang lain sudah harus dituntaskan sebelum sebuah pengaduan tentang ketidakkonstitusionalannya dapat diajukan, dan dapat membuat ketentuan untuk suatu prosedur khusus dapatnya diterima.

Selanjutnya Pasal 98 mengatur mengenai status hukum dari para hakim di dalam federasi dan negara bagian, yaitu:

- a) Status hukum dari para hakim federal diatur oleh perundangan federal khusus.
- b) Di mana seorang hakim federal, dalam kapasitas jabatannya atau secara tidak resmi, melanggar prinsip-prinsip dari konstitusi ini atau tatanan konstitusional dari sebuah negara bagian, Mahkamah Konstitusi Federal dapat memutuskan dengan mayoritas duapertiga suara, berdasarkan permohonan dari Dewan Perwakilan Rakyat, bahwa hakim tersebut diberi jabatan lain atau berhenti. Dalam hal suatu pelanggaran yang diniatkan, pemecatannya dapat diperintahkan.⁹²

91 *Ibid*, hlm 63.

92 *Ibid*, hlm 64-65.

Kewenangan “*judicial review*” oleh Mahkamah Konstitusi, diatur dalam Pasal 100 tentang kompatibilitas dari perundangan dengan konstitusi, yaitu:

- a) Di mana sebuah pengadilan berpendapat bahwa sebuah perundangan yang menjadi landasan dari keputusan pengadilan adalah tidak konstitusional, persidangan harus dihentikan, dan sebuah keputusan harus diusahakan dari pengadilan negara bagian dengan yurisdiksi terhadap sengketa konstitusi, dimana konstitusi dari sebuah negara bagian dipandang telah dilanggar, atau dari Mahkamah Konstitusi Federal dimana konstitusi ini dipandang telah dilanggar oleh perundangan negara bagian atau dimana perundangan sebuah negara bagian dipandang tidak selaras dengan sebuah perundangan federal;
- b) Di mana, selama berlangsungnya litigasi, tercipta keraguan berkenaan dengan apakah sebuah aturan dari hukum publik internasional merupakan suatu bagian tak terpisahkan dari perundangan federal, dan apakah aturan tersebut secara langsung menciptakan hak-hak dan kewajiban bagi individu (Pasal 25), pengadilan mendapatkan sebuah keputusan dari Mahkamah Federal Konstitusi;
- c) Di mana Mahkamah Konstitusi dari sebuah negara bagian, dalam menginterpretasikan konstitusi ini, berniat menyimpang dari sebuah keputusan dari Mahkamah Konstitusi Federal atau Mahkamah Konstitusi dari negara bagian lain, ia mendapatkan sebuah keputusan dari Mahkamah Konstitusi Federal.

Kedudukan dan fungsi Mahkamah Konstitusi Federal Jerman ini ditegaskan dalam Pasal 115G, yang berbunyi:

“Status konstitusional serta pelaksanaan dari fungsi-fungsi konstitusional dari Mahkamah Konstitusi Federal dan para hakimnya tidak boleh diganggu. Undang-Undang Mahkamah Konstitusi Federal tidak dapat diamandemen oleh sebuah perundangan yang diundangkan oleh sebuah komite bersama kecuali sejauh amandemen tersebut diperlukan, juga menurut pendapat dari Mahkamah Konstitusi Federal, untuk mempertahankan kemampuan berfungsinya Mahkamah. Sambil menunda pemberlakuan dari perundangan semacam itu. Mahkamah Konstitusi Federal dapat mengambil tindakan

*sebagaimana yang diperlukan untuk mempertahankan kemampuan dari Mahkamah Konstitusi Federal berdasarkan kalimat kedua dan ketiga dari Pasal ini memerlukan persetujuan dari duapertiga mayoritas dari suara para hakim yang hadir”.*⁹³

Tugas Mahkamah Konstitusi Federal tersebut adalah melindungi konstitusi sebagai hukum dasar, dan memutuskan kasus-kasus kontroversial yang konkret di bidang hukum, dimana para politisi dan penyelenggara negara (eksekutif) patuh dan terikat oleh putusan pengadilan konstitusi tersebut.

Mahkamah Konstitusi Federal Jerman dapat disebut sebagai institusi yang paling intensif dan maksimal dalam pelaksanaan kewenangannya, serta memiliki independensi yang besar karena tidak disubordinasikan kepada sesuatu badan negara yang lain, termasuk di bawah menteri kehakiman. Kedudukan Mahkamah Konstitusi Federal sebagai badan konstitusional menyandang status yang sama seperti Dewan Perwakilan Federal (*Bundestag*) Pemerintah Federal, Dewan Federal dan Presiden Federal yang merupakan badan konstitusional.

Kekuasaan dari Mahkamah Konstitusi Federal bersumber dari kapasitas hukumnya dan urgensi politis yang disandang oleh kapasitas hukum tersebut dalam rangka pelaksanaan proses pemerintahan. Sesuai dengan keputusannya sendiri, ia membatasi kekuasaan dari badan konstitusional lainnya dan membagikan kekuasaan kepada lembaga yang kompeten dan sah dari konstitusi (*guardian of the constitution*).⁹⁴

Penerapan fungsi tersebut tidak menjadikan Mahkamah Konstitusi Federal tersebut seperti yang diperkirakan sebagian orang sebagai lembaga konstitusional yang tertinggi (*the highest constitution/institution*), namun menyertakan Mahkamah Konstitusi Federal ke dalam suatu sistem pengecekan dan penyalarsan yang dimaksudkan oleh konstitusi (*the court into the system of checks and balances*). Pada sistem yuridiksi konstitusional ini Mahkamah Konstitusi Federal tidak banyak menentukan bahkan mencampuri oleh karena fungsi hukumnya, akan tetapi pemberi kata terakhir.

93 Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi di Berbagai Negara*, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional tentang Mahkamah Konstitusi, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2002, hlm 20.

94 Lodewijk Gultom, *op cit*, hlm. 67.

Berdasarkan ketentuan Konstitusi (*Basic Law*), bahwa kewenangan dari Mahkamah Konstitusi Federal, setidaknya-tidaknya mencakup empat bidang yang cukup luas, yaitu:

- a) Menyelesaikan sengketa-sengketa di antara federasi dan negara bagian dan sebaliknya, hal ini merupakan suatu fungsi tradisional atau konvensional dari kewenangan Mahkamah Konstitusi Federal.
- b) Menyelesaikan kontroversi diantara organ-organ dari federasi, misalnya kontroversi antara Pemerintah Federal dengan Dewan Perwakilan Rakyat Federal (*Bundestag*).
- c) Memeriksa, meneliti keselarasan dari perundang-undangan federal dengan konstitusi atau dengan perundangan negara bagian dengan perundangan federal.
- d) Menyelesaikan pengaduan-pengaduan konstitusional dari masyarakat apabila hak-hak mereka diganggu oleh sebuah otoritas publik.⁹⁵

Mahkamah Konstitusi Federal dalam melakukan kontrol yuridis, berdasarkan standar-standar hukum yang berpegang pada prinsip bahwa aturan hukum yang lebih rendah, harus selalu selaras dengan aturan standar hukum yang lebih tinggi (asas taat asas, pen). Dikatakan dengan kontrol semacam itu Mahkamah Konstitusi Federal telah melaksanakan kekuasaan legislatif secara negatif.

B. Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi Korea Selatan

Korea Selatan adalah sebuah negara konstitusional yang berbentuk Republik. Di dalam penyelenggaraan ketatanegaraannya meletakkan kekuasaan kedaulatan berada di tangan rakyat Korea. Pengaturan penyelenggaraan ketatanegaraannya diatur melalui konstitusi yang telah mengalami beberapa kali perubahan (amandemen). Konstitusi Republik Pertama berlaku sejak 12 Juli 1948 yang kemudian diamandemen pada tahun 1960 dan hasil amandemen ini disahkan pada tanggal 15 Juni 1960. Konstitusi hasil amandemen ini disebut juga Konstitusi Republik Kedua yang kemudian dalam perkembangannya

95 *Ibid*, hlm. 68.

dilakukan amandemen pada tahun 1972 dan disahkan pada tanggal 27 Desember 1972 dan disebut sebagai Konstitusi Republik Ketiga. Konstitusi ini pun hanya berlangsung delapan tahun, kemudian diamandemen kembali dan disahkan pada tanggal 27 Oktober 1980 sebagai Konstitusi Republik Keempat. Pada tahun 1987 dilakukan lagi amandemen yang kelima kalinya, sehingga dikenal sebagai Konstitusi Republik Kelima, yang berlaku sampai dengan sekarang ini.⁹⁶

Mahkamah Konstitusi Selatan baru dapat menyelenggarakan seluruh kewenangannya setelah Undang-Undang Mahkamah Konstitusi ditetapkan pada tahun 1988. Berdasarkan ketentuan yang tercantum dalam Pasal 111 (I) Konstitusi Korea Selatan tahun 1987, Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan-kewenangan sebagai berikut: (1) mengadili konstitusionalitas suatu undang-undang atas permintaan Pengadilan, (2) pemakzulan (*impeachment*), (3) memutus pembubaran partai politik yang tidak konstitusional, (4) menyelesaikan kewenangan antar lembaga-lembaga negara, (5) memutus permohonan individual.⁹⁷

Keputusan final mengenai perkara pengujian konstitusionalitas undang-undang itu ada di tangan Mahkamah Konstitusi, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 107 ayat (1) yang mengatur bahwa: "*Bilamana konstitusionalitas dari sebuah undang-undang adalah suatu prasyarat bagi suatu persidangan pengadilan, maka pengadilan jika ia berpendapat bahwa undang-undang untuk sebuah isu bertentangan dengan konstitusi, akan meminta suatu keputusan dari Mahkamah Konstitusi, dan akan memutus sesuai dengan keputusan tersebut*".⁹⁸

Jika dalam persidangan di pengadilan biasa muncul persoalan berkenaan dengan konstitusionalitas suatu undang-undang, maka Majelis Hakim yang bersangkutan dapat mengajukan *judicial review* kepada Mahkamah Konstitusi untuk memutuskannya. Putusan Mahkamah Konstitusi disampaikan lagi kepada Majelis Hakim yang bersangkutan. Dengan demikian permohonan *judicial review* atas materi Undang-undang disini hanya dilakukan atas permintaan pengadilan.

96 Lodewijk Gultom, *op cit*, hlm. 73.

97 Jimly Asshiddiqie, *op cit*, hlm. 239.

98 Lodewijk Gultom, *loc cit*, hlm. 74.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi meliputi pula petisi-petisi yang berkenaan dengan konstitusi (*petitions realting to the Contitution as prescribed by law*) seperti yang termaktub dalam Pasal 111 ayat (5). Petisi-petisi dimaksud dapat timbul dari kalangan warga masyarakat, baik secara individu maupun kelompok atau secara kelembagaan. Dengan demikian, konstitusi Korea Selatan juga memberi hak kepada warga negara pada umumnya yang merasa dirugikan oleh sesuatu ketentuan berdasarkan Undang-undang untuk mengajukan permohonan kepada Mahkamah Konstitusi untuk pengujian material atas Undang-undang tersebut terhadap UUD.⁹⁹

Dalam Konstitusi Korea Selatan tersebut, kewenangan uji material (*judicial review*) terhadap materi Undang-undang dipisahkan dari kewenangan uji material terhadap peraturan di bawah Undang-undang. Kewenangan menyangkut yang terakhir ini masih tetap diberikan kepada Mahkamah Agung, bukan Mahkamah Konstitusi. Bahkan dari segi prosessual, Mahkamah Agung berwenang menguji semua tingkatan peraturan perundang-undangan, kecuali konstitusionalitas materi Undang-undang yang harus diputuskan lebih dulu oleh Mahkamah Konstitusi. Namun, walaupun materi Undang-undang diuji oleh Mahkamah Konstitusi, putusan akhir berkenaan dengan itu tetap ada di tangan Mahkamah Agung, karena setiap permohonan *judicial review* atas materi Undang-undang tersebut kepada Mahkamah Konstitusi justru harus datang dari pengadilan biasa lebih dulu. Dalam Pasal 107 ayat (2) dinyatakan pula: Mahkamah Agung akan memiliki kekuasaan untuk membuat suatu tinjauan akhir dari konstitusionalitas atau legalitas dan keputusan administratif, regulasi atau disposisi, bilamana konstitusionalitas atau legalitas mereka merupakan suatu prasyarat untuk sebuah perlindungan pengadilan.

Yang berhak mengajukan *judicial review* terhadap Undang-undang sebagaimana ditentukan dalam Pasal 107 ayat (1) adalah pengadilan, yaitu pengadilan yang menghadapi kasus dimana konstitusionalitas suatu undang-undang yang dijadikan dasar hukum dalam persidangan dipersoalkan oleh para pihak yang berperkara atau yang terlibat dalam persidangan itu. Artinya, dalam menjalankan tugasnya Mahkamah Konstitusi bersifat pasif, dan pihak

99 Lodewijk Gultom, *Eksistensi Mahkamah Konstitusi dalam Struktur Ketatanegaraan di Indonesia (Suatu Kajian dari Aspek Tugas dan Kewenangannya)*, CV Utomo, Bandung, 2007, hlm. 76.

yang aktif adalah pengadilan biasa sebelum perkara yang bersangkutan akhirnya diputus oleh Mahkamah Agung. Jika yang mengajukan persoalan konstitusionalitas undang-undang itu adalah warga negara biasa atau pihak selain pengadilan, maka hal itu disebut sebagai petisi seperti yang dimaksud dalam Pasal 111 ayat (1) sebagaimana disebutkan di atas. Dengan demikian, subjek hukum yang diberi hak untuk mengajukan permohonan uji material Undang-undang di Korea Selatan ada dua pihak, yaitu (1) pengadilan, atau (2) warga negara biasa, baik secara individu ataupun secara kelompok atau secara kelembagaan yang diakui dalam hukum.¹⁰⁰

C. Pengujian Konstitusional oleh Supreme Court Amerika Serikat

Judicial review lahir pada tradisi hukum Anglo Saxon yakni di Amerika Serikat. Pada awalnya istilah *judicial review* merupakan suatu pengertian yang timbul dalam praktik hukum Amerika Serikat, walaupun dalam konstitusi Amerika Serikat tidak terdapat ketentuan yang secara eksplisit memberikan kewenangan itu kepada Mahkamah Agung (*Supreme Court*). *Judicial review* lahir dalam tatanan hukum Amerika Serikat melalui putusan hakim, yakni putusan *Supreme Court* Amerika Serikat dalam perkara ‘*Marbury vs Madison*’ pada tahun 1803.¹⁰¹ Secara kronologis perkara ‘*Marbury vs Madison*’ bermula pada permohonan William Marbury kepada Mahkamah Agung agar menerbitkan ‘*writ of Mandamus*’ yaitu, perintah pengadilan kepada *secretary of state* yang saat itu dijabat oleh James Madison agar menyerahkan surat penugasannya sebagai hakim kepadanya secara pribadi sesuai dengan Pasal 13 *Judiciary Act* tahun 1789.

Kasus ini diawali ketika Presiden John Adam dikalahkan oleh Thomas Jefferson dalam pemilihan umum tahun 1800. Setelah dinyatakan kalah, dalam masa peralihan serah terima jabatan, ternyata John Adam membuat manuver politik dengan mengeluarkan keputusan-keputusan pengangkatan pejabat-pejabat penting Amerika Serikat, termasuk diantaranya adalah

¹⁰⁰ *Ibid*, hlm. 77.

¹⁰¹ Lihat William H. Rehnquist, *The Supreme Court, How It is*, New York, William Morrow, 1989, hlm. 99-114, hlm. 107-112. Bandingkan Maeva Marcus, *The Founding Father, Marbury vs Madison – and so what*, dalam Eivind Smith (editor), *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, London-Boston: Kluwer Law International, 1995, hlm.23-27.

pengangkatan sahabatnya, John Marshall, sebagai *Chief Justice*. Bahkan menjelang pergantian pemerintahan baru, Pukul 00.00, John Adam dengan dibantu John Marshall yang saat itu masih menjabat sebagai *Secretary of State* masih pula menandatangani surat-surat pengangkatan pejabat, termasuk di antaranya adalah William Marbury. Sayangnya sampai dengan pergantian jabatan pemerintahan, salinan surat keputusan presiden perihal pengangkatan Marbury dan beberapa pejabat lain¹⁰² belum sempat diserahkan pada yang bersangkutan sebagaimana mestinya, yang kemudian oleh James Madison (*Secretary of State* Presiden Thomas Jefferson), surat-surat tersebut ditahan dan tidak diserahkan kepada yang bersangkutan. Atas dasar tindakan Madison tersebut akhirnya Marbury dan kawan-kawan mengajukan tuntutan ke *Supreme Court* Amerika Serikat untuk mengeluarkan *Writ of Mandamus* sebagaimana ketentuan Pasal 13 *Judiciary Act United State of America*.¹⁰³

Meskipun ketentuan *judicial review* tidak diamanatkan oleh Undang-Undang Dasar Amerika Serikat, tetapi karena Pasal 13 *Judiciary Act* dianggap melebihi kewenangan yang diberikan konstitusi, maka oleh John Marshall dengan didukung 4 (empat) Hakim Agung lainnya dinyatakan bahwa ketentuan tersebut bertentangan dengan konstitusi sebagai *the supreme law of the land*, dan oleh karenanya permohonan Marbury agar *Supreme Court* mengeluarkan *Writ of Mandamus* dinyatakan ditolak. Sesuatu yang amat berbeda antara petitum permohonan dan petitum amar putusan. Meskipun demikian, *Supreme Court* juga menyatakan bahwa pengangkatan Marbury dan kawan-kawan adalah sah, dan karenanya mereka berhak mendapatkan salinan keputusan pengangkatan mereka.

Keberanian John Marshall dalam kasus “Marbury versus Madison” untuk berijtihad menjadi preseden baru dalam sejarah sistem ketatanegaraan Amerika, pengaruhnya meluas dalam pemikiran dan praktik hukum di banyak negara. Putusan ini menjadi *landmark decision* yang amat kontroversial yang menimbulkan pergeseran sistem ketatanegaraan Amerika Serikat. Doktrin supremasi parlemen (*the principle of the supremacy of the Parliament*) yang selama ini dipegang kuat oleh negara dalam berbagai berbagai sistem ketatanegaraan

102 di antaranya adalah: Dennis Ramsay, Robert Townsend Hoe dan William Herper.

103 Lihat Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 19-21.

mengalami pergeseran menjadi diakuinya prinsip supremasi konstitusi (*the principle of the supremacy of the constitution*).¹⁰⁴

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa Amerika Serikatlah negara yang pertama kali memprakarsai pelembagaan sistem pengujian konstitusional dalam sistem ketatanegaraannya. Meskipun demikian, karena tradisi hukum *common law* yang dianutnya, maka Amerika Serikat tidak memerlukan lembaga yang berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung, dimana kewenangan tersebut secara langsung melekat pada kewenangan Mahkamah Agung. Negara-negara yang menganut tradisi *common law* memang tidak membuat sekat pemisah antara hukum publik dan privat, sehingga konsep tersebut pun diterapkan pula dalam sistem peradilan yang tidak membuat pemisahan yurisdiksi (*separation of jurisdiction*). Karena kewenangan *constitutional review* tersebut, maka *Supreme Court* Amerika Serikat dapat disebut pula sebagai pelindung konstitusi (*the guardian of constitution of United State of America*). Disamping itu, dalam sistem *common law* yang lebih diutamakan bukanlah peraturan-peraturan tertulis, melainkan putusan-putusan hakim, sebagai kebiasaan yang hidup yang diputuskan oleh hakim. Oleh karena tradisi tersebut, maka mereka tidak memerlukan lembaga yang berdiri sendiri.¹⁰⁵

Kewenangan untuk membatalkan undang-undang yang merupakan produk legislatif adalah sistem yang sama sekali baru, bukan saja di Amerika Serikat, bahkan dalam sejarah hukum dunia. Sesuatu yang amat baru karena sebelumnya hakim hanya berwenang menilai dan memiliki kewenangan untuk mengesampingkan undang-undang terkait (*contra legem*) dengan tidak menjadikannya rujukan dalam mengambil putusan.¹⁰⁶

Menurut Marshall, kewenangan untuk melakukan *judicial review* dilandasi oleh tiga sebab.¹⁰⁷ *Pertama*, hakim bersumpah menjunjung tinggi konstitusi, sehingga jika ada peraturan yang bertentangan dengan konstitusi, maka hakim

104 Kerajaan Inggris dan Kerajaan Belanda adalah contoh negara yang sampai saat ini masih memegang teguh ajaran supremasi parlemen dengan prinsip bahwa parlemenlah satu-satunya lembaga yang membentuk serta mengetahui sah tidaknya suatu undang-undang, oleh karenanya mereka tidak membentuk Mahkamah Konstitusi.

105 Jimly Asshiddiqie, *Model Pengujian Konstitusional*, Kuliah *on-line*, diunduh dari www.jimly.com pada tanggal 19-06-2008. hlm 23.

106 *Ibid.* hlm. 24

107 Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen*, LP3ES, Jakarta, 2007, hlm.96-97.

harus melakukan pengujian terhadap peraturan tersebut. Kedua, konstitusi adalah *the supreme law of the land*, sehingga harus ada peluang pengujian terhadap peraturan yang di bawahnya agar isi konstitusi tidak dilanggar. Ketiga, hakim tidak boleh menolak perkara, sehingga kalau ada yang mengajukan judicial review permintaan tersebut harus dipenuhi.

D. Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi Austria

Sementara itu, keberadaan ‘*Verfassungs-gerechthof*’ atau Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) sebagai sebuah lembaga yang berdiri sendiri baru diperkenalkan oleh pakar hukum kenamaan asal Austria, Hans Kelsen, guru besar kenamaan dari Universitas Wina (1881-1973). Menurut Hans Kelsen,¹⁰⁸ bahwa pelaksanaan aturan konstitusional tentang legislasi dapat secara efektif dijamin hanya jika suatu organ selain badan legislatif diberikan tugas untuk menguji apakah suatu produk hukum itu konstitusional atau tidak, dan juga tidak memberlakukannya jika menurut organ ini produk badan legislatif tersebut tidak konstitusional. Untuk kepentingan tersebut, dapat diadakan organ khusus seperti pengadilan khusus yang disebut Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*). Hans Kelsen menganggap, bahwa adanya ketidakpercayaan yang luas terhadap peradilan biasa untuk melaksanakan tugas pengujian konstitusi, sehingga karenanya Ia merancang peradilan khusus yang terpisah dari peradilan biasa untuk melakukan pengawasan terhadap undang-undang dan membatalkannya jika bertentangan dengan konstitusi.¹⁰⁹

Di negara-negara yang menganut tradisi *civil law*, ide *judicial review* berkembang karena tradisi hukum dan konfigurasi sistem norma yang berbeda dengan tradisi *common law* sebagaimana dianut oleh Amerika Serikat, maka akan menimbulkan banyak komplikasi jika tidak dibuat lembaga tersendiri.¹¹⁰ Gagasan Hans Kelsen di atas kemudian diusulkan ketika Hans Kelsen diangkat sebagai anggota lembaga pembaharu Konstitusi Austria (*Chancelery*) dan

108 Hans Kelsen dalam Buku Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi: Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2009, 2008, Sekretariat Jendral MK RI, Jakarta. hlm 62.

109 Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Cet.1, Konstitusi Press, Jakarta, 2005. hlm. 58.

110 Jilmly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional*, Kuliah On-line, diunduh dari www.jimly.com, tanggal 19-06-2008. hlm 24.

diterima dengan bulat untuk diadopsikan ke dalam naskah Undang-Undang Dasar Austria Tahun 1920, yang disahkan dalam Konvensi Konstitusi pada tanggal 1 Oktober 1920 sebagai Konstitusi Federal Austria.

Hans Kelsen¹¹¹ menjelaskan bahwa munculnya persoalan konflik antara norma yang lebih tinggi dengan yang lebih rendah, bukan saja berkaitan antara undang-undang (*statute*) dan putusan pengadilan, tetapi juga berkaitan dengan hubungan antara konstitusi dan undang-undang. Dalam hal suatu undang-undang bertentangan dengan konstitusi, maka undang-undang tersebut adalah inkonstitusional. Kesesuaian antara *grundnorm* dengan norma-norma di bawahnya menjadi syarat mutlak terciptanya tertib hukum. Norma hukum yang hierarkinya lebih tinggi harus menjadi dasar bagi norma di bawahnya, sebaliknya norma hukum yang hierarkinya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan norma hukum di atasnya. Mahkamah Konstitusi dikonstruksikan sebagai *negative legislator*, sehingga memiliki kewenangan untuk menyatakan ketidakberlakuan norma dalam suatu undang-undang.

Pemikiran Hans Kelsen untuk membentuk *Verfassungsgerechthoft* atau Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) yang berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung ini sering disebut sebagai *The Kelsenian Model*. Dengan kata lain, *Verfassungsgerechthoft* (1920) ini adalah merupakan Mahkamah Konstitusi pertama di dunia yang berdiri sendiri dan terpisah dengan *supreme court*. Keberadaan Mahkamah Konstitusi ini merupakan perwujudan dari *centralized model* dalam pengujian konstitusioanl yang menjadikan Mahkamah Konstitusi sebagai tempat satu-satunya untuk melakukan *constitutional review*.

Meskipun pada awalnya gagasan *constitutional review* banyak ditentang oleh negara-negara di Eropa Barat, tetapi setelah gagasan Hans Kelsen dibentuk di Austria, beberapa negara kemudian juga membentuk Mahkamah Konstitusi, di antaranya Ceko-slovakia (tahun 1920), Liechtenstein (tahun 1925), Yunani (tahun 1927) dan Spanyol (tahun 1931), terlebih setelah Perang Dunia II menjadi lebih banyak negara lagi yang membentuknya. Gagasan *constitutional review* yang telah berkembang dalam praktik selama lebih dari 200 tahun di Amerika, baru

111 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, New York: Russell & Russell, 1961, hlm. 97.

sungguh-sungguh diterapkan di Eropa secara luas setelah Perang Dunia II.¹¹² Sampai tahun 2006, setidaknya sudah lebih dari 100-an negara di dunia yang telah mengadopsi sistem pengujian konstitusional (*constitution review*) dalam sistem ketatanegaraannya, dimana 78 negara di antaranya membentuk lembaga khusus untuk menjalankan fungsi pengujian itu, sementara di negara-negara lainnya dilakukan oleh Mahkamah Agung yang sudah ada sejak sebelumnya.¹¹³ Bahkan saat ini hampir semua negara demokrasi baru di Amerika Tengah, Amerika Selatan dan terakhir di bekas negara-negara komunis Eropa Timur mengadopsi sistem pengujian konstitusioanl dan pembentukan Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraannya.

E. Pengujian Konstitusional oleh Dewan Konstitusi Perancis

Meskipun masih terdapat unsur Kelsenian (*centralaize model*), melalui pengesahan Konstitusi Republik Kelima di Perancis (1958), lahirlah sebuah lembaga yang merupakan varian baru dalam sistem pengujian konstitusional. Lembaga tersebut adalah Dewan Konstitusi Perancis (*Conseil Constitutionnel*). Kehadiran lembaga ini melengkapi lembaga peradilan tertinggi di bidang hukum administrasi yang sudah ada sejak sebelumnya, yaitu *Conseil d' Etat*, tetapi tidak berhubungan satu sama lain.¹¹⁴

Model dan gagasan Dewan Konstitusi memang dapat dikatakan memiliki kekhasan tersendiri. Sebagaimana namanya, lembaga ini bukanlah lembaga peradilan dalam arti yang sesungguhnya. Ia hanyalah sebuah dewan, bukan peradilan. Keanggotaannya sebagian besar didominasi oleh mantan anggota parlemen dan politisi-politisi senior. Keberadaannya juga tidak dimaksudkan sebagai penguji undang-undang, melainkan hanya diberi kewenangan untuk menguji rancangan undang-undang dan regulasi atau peraturan pemerintah terhadap konstitusi sebelum disahkan oleh Presiden. Dewan Konstitusi Perancis memang dimaksudkan untuk menjamin berkembangnya dan stabilnya proses legislasi, karena setelah rancangan undang-undang disahkan

112 Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional*, Kuliah *On-line*, diunduh dari www.jimly.com, tanggal 19-06-2008. hlm 25.

113 Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*. Konstitusi Press, Jakarta, 2006, hlm 46.

114 *Ibid*, hlm.148

menjadi undang-undang, maka undang-undang tidak dapat diganggu gugat dan tidak dapat lagi dimintakan pengujiannya. Dari itu dapat dikatakan bahwa sesungguhnya model Perancis ini mencoba untuk mempertemukan prinsip supremasi parlemen¹¹⁵ sekaligus juga prinsip supremasi konstitusi. Menurut Hamdan Zoelfa¹¹⁶, bagi negara-negara yang menempatkan superioritas parlemen yang cukup besar karena dianggap cerminan kedaulatan rakyat, tidak menempatkan mahkamah konstitusi dalam posisi di atas pembentuk undang-undang, seperti Dewan Konstitusi Perancis yang hanya berwenang menguji konstitusionalitas dari suatu rancangan undang-undang yang telah dibahas oleh parlemen tetapi belum diberlakukan.

Sebagaimana dua model sebelumnya, model pengujian Dewan Konstitusi yang tergolong khas ini juga dianut oleh banyak negara di dunia, khususnya negara-negara yang dahulunya adalah bekas jajahan Perancis. Varian-varian model pengujian yang ada, selain model Amerika dan model Kelsenian, model Perancis ini dapat dikategorikan pula sebagai salah satu model utama pengujian konstitusional.¹¹⁷

Amerika Serikat menunjukkan bahwa dengan memberikan kewenangan '*judicial review*' kepada badan kekuasaan kehakiman, maka dengan sendirinya badan ini juga memungkinkan melakukan peran politik. Oleh karena itu, jika badan kekuasaan kehakiman yang diberikan kepada '*Hakim*' yang memiliki wawasan keilmuan yang luas, sikap kenegarawan, kemampuan profesional dan integritas yang tinggi, maka kewenangan menguji dalam perspektif *judicial review* tersebut akan berdampak positif terhadap kehidupan negara demokrasi yang berdasar atas hukum.

Semula *judicial review* hanya istilah teknis, tetapi dalam perkembangannya telah berubah, menjadi doktrin hukum dan dipraktikkan di berbagai negara.¹¹⁸

115 Negara yang masih mempertahankan prinsip supremasi parlemen secara teguh, dalam arti undang-undang yang telah disetujui di parlemen adalah berlaku mutlak dan tidak dapat diuji dan dibatalkan adalah Inggris dan Belanda. Prinsipnya bahwasanya undang-undang tidak dapat diganggu gugat.

116 Hamdan Zoelfa, *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Artikel diunduh dari <http://hamdanzoelva.wordpress.com/2008/04/07/mahkamah-konstitusi-dalam-sistem-ketatanegaraanri/trackback/> pada tanggal 31-01-2010. hlm 19.

117 Jimly Asshiddiqie, op cit. hlm. 105.

118 Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review, - From Constitutional Interpretation to Judge - Made Law*, Basic Books, Inc, New York, 1986 hlm.76-84. Lihat Donald P. Kommers, *Cross-National Comparisons of Constitutional Courts: Toward a Theory of Judicial Review*, Paper-presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Los Angeles, chalif September 11, 1970,

Disamping itu, adanya judicial review dimaksudkan sebagai upaya untuk mengurangi bahkan sebagai koreksi terhadap prinsip mayoritas dalam setiap pembuatan suatu peraturan perundang-undangan di lembaga pembuatnya. Sebab mayoritas belum tentu menyuarakan kebenaran dan keadilan.¹¹⁹

hlm.281.

119 Jon Elster, Limiting Majority Rule: Alternatives to Judicial Review in The Revolutionary Epoch, dalam Eivind Smith (editor), *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, London-Boston: Kluwer Law International, 1995, hlm.3, yang menyatakan bahwa "*Judicial review can be seen as a device for restraining majority rule. If a parliamentary majority finds the constitution to be an obstacle to its design, yet is unable to muster the supermajority needed to change it, it may be tempted to promote unconstitutional legislation, Judicial review serves to block this option, or at least to make it more difficult.*"

BAB III

EKSISTENSI JUDICIAL REVIEW DALAM NEGARA HUKUM INDONESIA

A. Eksistensi *Judicial review* dalam Negara Hukum

1. Konsep *Judicial review* dalam Perspektif Subjek dan Objek

Istilah *judicial review* atau *toetsingsrecht* diartikan sebagai hak atau kewenangan untuk menguji atau hak uji.⁹⁰ Pengertian tersebut memperjelas bahwa *toetsingsrecht* merupakan suatu proses untuk melakukan pengujian dan secara harfiah dapat diartikan sebagai kewenangan untuk menguji.⁹¹

Pengertian *toetsingsrecht* memang sangat luas, sehingga peristilahan yang timbul pun sangat bergantung pada subjek dan objek dalam pengujian tersebut. Jika dikaitkan dengan subjek maka *toetsingsrecht* dapat dilekatkan pada lembaga kekuasaan negara yudikatif, legislatif, dan eksekutif.⁹² Jika hak atau kewenangan menguji tersebut diberikan kepada lembaga penguasa kehakiman atau hakim, maka hal tersebut disebut *judicial review*⁹³, jika kewenangan tersebut diberikan kepada lembaga legislatif, maka istilahnya menjadi *legislative review*⁹⁴,

90 Jimly Asshidiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm.7.

91 M. Laica Marzuki, yang mengartikan *toetsingsrecht* sama dengan '*hak menguji*', yaitu hak bagi hakim (atau lembaga peradilan) guna menguji peraturan perundang-undangan. Lihat M.Laica Marzuki, *Berjalan-jalan di Ranah Hukum*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 67.

92 Jimly Asshidiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm.7. Dalam pengertian yang agak berbeda Paulus effendi Lotulung mengartikan pengujian peraturan sebagai kontrol ekstern, yaitu kontrol yang dilakukan badan-badan peradilan (*judicial control*) dalam hal timbul persengketaan atau perkara dengan pihak pemerintah. Lihat Paulus Effendi Lotulung, *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum terhadap Pemerintah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. xvi.

93 Jimly Asshidiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm.7. Lihat Jerre S Williams, *Constitutional Analysis in a Nutshell*, (St. Paul Minn: Weat Publishing co, 1979), hlm. 1, yang menyatakan bahwa, '*judicial review is a shorthand expression for the role court plays as the final authority on most, although not all, issues of the constitutionality of government acts.*'

94 Jimly Asshidiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm.7. Bandingkan Oemar Seno Adjie, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta,

dan demikian pula jika kewenangan dimaksud diberikan kepada lembaga eksekutif, maka istilahnya juga menjadi *executive review*.⁹⁵

Pengertian *toetsingsrecht* jika dikaitkan dengan objek dan waktu, maka hak menguji tersebut dilakukan secara '*a posteriori*' dan secara '*a priori*'. Kewenangan untuk menguji secara *a posteriori* jika objeknya adalah undang-undang atau setelah terjadinya tindakan atau perbuatan pemerintah, maka tindakan tersebut disebut *judicial review*. Kewenangan untuk melakukan pengujian secara *a priori* jika objek yang diuji tersebut adalah rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama tetapi belum diundangkan, maka disebut *judicial preview*.⁹⁶

Menurut Sri Soemantri, pengertian menguji atau melakukan pengujian merupakan proses untuk memeriksa, menilai, dan memutuskan terhadap objeknya. Pemahaman menguji atau melakukan pengujian dalam perspektif *toetsingsrecht* adalah memeriksa, menilai, dan memutuskan terhadap tingkat konstitusionalitas suatu peraturan perundang-undangan terhadap peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih tinggi oleh suatu lembaga negara yang oleh Undang-Undang Dasar dan/atau oleh undang-undang diberikan kewenangan.⁹⁷

1980, hlm. 224-225 yang mengartikan *legislative review* sebagai peninjauan kembali produk hukum oleh lembaga pembuatnya, yaitu presiden bersama-sama DPR. Dalam praktik ketatanegaraan Indonesia *legislative review* ini pernah dilakukan melalui ketetapan MPRS nomor 19/MPR/1966 yang menugaskan kepada pemerintah bersama-sama DPR untuk mengadakan peninjauan kembali terhadap produk legislatif termasuk didalamnya Penpres dan Perpres yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945, termasuk didalamnya adalah UU nomor 19 tahun 1964 dan UU nomor 19 tahun 1965.

95 Jimly Asshiddiqie, menggunakan istilah *executive review* untuk menjelaskan tentang kontrol normatif yang dilakukan oleh dan dengan cara-cara eksekutif. Bandingkan Paulus Effendi Lotulung, *Beberapa Sistem tentang Kontrol segi Hukum terhadap Pemerintah*, PT Buana Ilmu Populer, Jakarta, 1986, hlm xvi. Paulus menggunakan istilah internal kontrol, yaitu kontrol yang dilakukan sendiri oleh instansi pembuat peraturan.

96 Paulus Effendi Lotulung, *Beberapa Sistem tentang Kontrol segi Hukum terhadap Pemerintah*, PT Buana Ilmu Populer, Jakarta, 1986, hlm xvii. Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm.8.

97 Sri Soemantri Martosoewignjo, *Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia, 30 tahun Kembali ke UUD1945*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993. hlm. 8. Dalam pengertian ini pengujian diartikan sebagai *materiele toetsingsrecht*. Selain *materiele toetsingsrecht*, juga ada pengertian *formele toetsingsrecht* yang diartikan sebagai kewenangan untuk menilai, apakah suatu produk legislatif sesuai undang-undang terjelma melalui cara-cara sebagaimana yang telah ditentukan dalam peraturan perundangan. Hal senada juga dikatakan oleh Soedirjo bahwa *toetsingsrecht* mengikuti *materiele toetsingsrecht* dan *formele toetsingsrecht* yang keduanya memiliki makna yang sama sebagaimana yang dijelaskan Sri Soemantri Martosoewignjo. Lihat Soedirjo, *Mahkamah Agung- Uraian Singkat Tentang Kedudukan, Susunan Kekuasaannya Menurut Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985, Media Sarana Press, Jakarta, 1987, hlm. 63*. Pengertian yang dijelaskan tersebut mengartikan *toetsingsrecht* dalam pengertian pengujian secara *judicial review*, dimaksudkan sebagai upaya yudisial untuk menilai konsistensi dan harmonisasi normatif secara vertikal sehingga tidak terjadi konflik normatif secara vertikal untuk mewujudkan kepastian hukum.

Toetsingsrecht memiliki makna yang sangat luas tergantung subjek, objek, dan juga tergantung pada sistem hukum di setiap negara, termasuk untuk menentukan lembaga kekuasaan negara mana kewenangan dimaksud akan diberikan. Dengan demikian, pengertian *toetsingsrecht* memiliki arti yang lebih luas dibandingkan dengan pengertian *judicial review*. Jadi pengertian *toetsingsrecht* dalam perspektif *judicial review* dapat diartikan sebagai *toetsingsrecht* dalam arti sempit atau uji judicial yang subjeknya tertentu, yaitu lembaga kekuasaan kehakiman dan objeknya juga tertentu, yaitu peraturan perundang-undangan yang bersifat mengatur. Dengan demikian, dapat dibedakan dengan jelas bahwa *toetsingsrecht* dalam perspektif *judicial review*, *legislative review*, dan *eksecutive review* dilihat dari segi subjeknya. Demikian pula dalam segi objeknya, maka *toetsingsrecht* dalam perspektif *judicial review* objek yang diuji adalah peraturan perundang-undangan yang bersifat mengatur.⁹⁸

Konsep *toetsingsrecht* dalam arti *judicial review* yang selanjutnya disebut '*judicial review*' merupakan bagian dari prinsip kontrol secara judicial atas produk peraturan perundang-undangan agar tidak bertentangan dengan norma hukum secara hierarkis. Seperti yang dijelaskan di depan, bahwa *toetsingsrecht* dalam arti *judicial review* dapat dilakukan, manakala prinsip kekuasaan negara menganut pemisahan kekuasaan atau '*separation of power*' dan '*checks and balance*'.⁹⁹

Kedua prinsip ini memungkinkan adanya keseimbangan posisi dan kekuasaan cabang-cabang kekuasaan negara seperti lembaga legislatif, eksekutif, dan yudikatif dapat berjalan secara horizontal, dan memungkinkan masing-masing cabang kekuasaan negara tersebut dapat melakukan fungsinya sesuai yang diatur dan ditetapkan dalam undang-undang dasar dan/atau undang-undang.

98 Dalam pengertian ini, maka jika objek yang diuji adalah undang-undang terhadap undang-undang dasar maka hal itu disebut *comstitutional review*. Tetapi jika peraturan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, maka disebut *legal review*, lihat Jimly Asshidiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm.8.

99 Donald P. Kommers, *Cross-National Comparisons of Constitutional Court Toward a Theory of Judicial review*, Paper-presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Los Angeles, Calif, September 11, 1970, dalam Henry J. Abraham, *The Judicial Process – An Introductory of the court of the United States, England, and France*, Third Edition Revised and Enlarged, London, Oxford University Press, 1975, hlm. 281-283, menggambarkan bahwa *judicial review* sebagai doktrin hukum dapat dilaksanakan karena lima faktor yakni (1) *regime stability*; (2) *a competitive political pasty system*; (3) *significant horizontal power distribution*; (4) *a strong tradition of judicial independent*; and (5) *a high degree of political freedom*.

Joseph Tanenhus merumuskan bahwa, *judicial review* adalah ‘*the process with bis a body judicial specify unconstitutional from action what is done by legislative body and by executive head*’.¹⁰⁰ Rumusan ini menggambarkan bahwa *judicial review* merupakan suatu proses untuk menguji tingkat konstitusionalitas suatu produk hukum badan legislatif atau badan eksekutif. Rumusan tersebut di atas mengindikasikan tiga elemen pokok tentang *judicial review*. *Pertama*, badan yang melaksanakan *judicial review* adalah badan/lembaga kekuasaan kehakiman.¹⁰¹ *Kedua*, adanya unsur pertentangan antara norma hukum yang derajatnya di bawah dengan norma hukum yang derajatnya di atas.¹⁰² *Ketiga*, objek yang diuji adalah lingkup tindakan atau produk hukum badan legislatif dan ketetapan eksekutif.¹⁰³

Pada dasarnya, kewenangan untuk melaksanakan *judicial review* adalah kewenangan badan kekuasaan kehakiman yang diberi kewenangan khusus untuk itu oleh undang-undang dasar dan/atau undang-undang, untuk menguji tingkat konstitusionalitas atau keabsahan suatu peraturan perundang-undangan terhadap peraturan perundang-undangan yang secara hierarkis derajatnya lebih tinggi.¹⁰⁴

2. Objek *Judicial review* di Indonesia

Objek pengujian peraturan perundang-undangan, menurut Zaenal Arifin secara umum dapat dibagi dalam dua hal, yaitu pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar dan pengujian peraturan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.¹⁰⁵

100 Joseph Tanenhus, *Judicial review*, dalam “*An International Encyclopedia of the Social Sciences*”, MacMillan, 1968. hlm 346. Bandingkan dengan Sri Soemantri Martosoewignjo, *Op.Cit*, hlm.9, yang mempersandingkan makna *judicial review* dengan pengertian hak uji materiil yang dirumuskan sebagai suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai, apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.

101 Lihat Henry J.Abraham, *Op.Cit*, hlm. 280. Lihat Pasal 26 ayat (1) UU no.14 tahun 1970, dan Pasal 31 ayat (1) UU no 14 tahun 1985.

102 Lihat Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell, 1945, hlm. 123-124. Bandingkan Ketetapan MPRS No, XX/MPRS/1966; Ketetapan MPRS No.II/MPR/2000 dan UU No. 10 Tahun 2004. Lihat Sri Soemantri Martosuwignjo, *Loc.Cit*, hlmn. 8-9.

103 Henry J.Abraham, *Loc.Cit*. hlm. 280.

104 Sueur, A.P. Le dan Herberg, JW, *Introduction to the Grounds of Judicial review*, dalam ‘*Constitutional and Administrative Law*’. London, British Library Cataloguing in Publication Data, 1995, hlm.204.

105 Zaenal Arifin Hoesein, *Judicial review di Mahkamah Agung RI (Tiga Dekade Pengujian Peraturan*

Pengujian undang-undang terhadap UUD, dilaksanakan pada negara-negara yang sistem pemerintahannya didasarkan pada prinsip-prinsip demokrasi, prinsip negara hukum, prinsip pemisahan kekuasaan, dan prinsip hak asasi manusia. Hal ini berarti, pengujian undang-undang terhadap UUD akan dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya, jika dalam penyelenggaraan negara menganut sistem supremasi hukum dan bukan supremasi parlemen. Dalam supremasi parlemen, produk hukum (Undang-Undang) yang dihasilkan oleh parlemen tidak dapat diganggu gugat karena parlemen merupakan representasi dari kedaulatan rakyat.

Posisi pengujian Undang-Undang terhadap UUD menjadi penting dan strategis, karena dua hal. Pertama, untuk menjamin berfungsinya sistem demokrasi dalam hubungannya dengan perimbangan peran antara cabang kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif. Kedua, untuk melindungi setiap warga negara dari penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga negara yang merugikan hak-hak fundamental mereka yang dijamin dalam konstitusi.¹⁰⁶

Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar dalam perspektif UUD 1945 (sebelum diamandemen) tidak dikenal, walaupun tidak ada satu ketentuan dalam UUD 1945 yang melarang dilakukannya pengujian tersebut. Hal ini disebabkan dianutnya prinsip pembagian kekuasaan yang mengarah pada praktik prinsip supremasi parlemen. Oleh karena itu, pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar pada dasarnya dapat dilaksanakan jika prinsip kekuasaan dalam negara menganut prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*) dan prinsip 'checks and balances' yang menyetengahkan praktik prinsip supremasi hukum. Pengujian peraturan perundang-undangan dengan objek Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar baru diperkenalkan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia sejak tahun 2000, yaitu melalui Ketetapan MPR No III/MPR/2000, yang diatur dalam Pasal 5 ayat (1) yang menyatakan: "Majelis Permusyawaratan Rakyat berwenang menguji Undang-Undang terhadap Undang Undang Dasar 1945, dan ketetapan MPR."

perundang-undangan), 2009, Rajawali Press, Jakarta, hlm. 50.

106 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, MKRI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, Jakarta, 2004, hlm. 10.

Dalam Pasal 5 ayat (1) Ketetapan MPR No. III/MPR/2000, dipahami bukan pengujian peraturan perundang-undangan dalam arti 'judicial review' tetapi 'legislative review', karena MPR merupakan lembaga perwakilan rakyat dan bukan lembaga yudisial. Pada prinsipnya, munculnya pengaturan tentang pengujian perundang-undangan menurut Zain Badjeber, untuk menampung aspirasi yang muncul agar setiap Undang-Undang tidak steril atau dapat diuji berkaitan dengan pengaturan hierarki peraturan perundang-undangan yang diatur dalam Pasal 2 Ketetapan MPR No. III/MPR/2000. Oleh karena UUD 1945 tidak mengatur tentang pengujian Undang-Undang dan lembaga pelaksanaannya, maka ditetapkan MPR sebagai lembaga tertinggi negara dan penjelmaan kedaulatan rakyat, sehingga logis jika produk hukum lembaga di bawahnya dapat diuji oleh MPR.¹⁰⁷

Ketetapan MPR ini lahir 2 (dua) tahun setelah dimulainya reformasi, yang tampak adalah demokratisasi dalam penyelenggaraan negara dan sosial politik demikian kuatnya. Oleh karena dalam UUD 1945 tidak ada ketentuan yang mengatur dan tidak melarang tentang pengujian Undang-Undang terhadap UUD, maka Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 dianggap suatu hal yang wajar.

Perkembangan selanjutnya, pengujian Undang-Undang terhadap UUD diatur secara jelas dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, dan Pasal 56 dan 57 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian, pengujian Undang-Undang terhadap UUD baru muncul tahun 2000 dan langsung dibunyikan secara nyata dalam UUD dan Undang-Undang pelaksanaannya. Kelembagaan yang diberikan wewenang untuk melaksanakan pengujian Undang-Undang terhadap UUD adalah Mahkamah Konstitusi.

Pengujian peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang terhadap Undang-Undang merupakan bentuk pengujian yang objeknya adalah seluruh peraturan yang bersifat mengatur, dan mengikat secara umum yang derajatnya di bawah Undang-Undang. Bentuk dan tata urutannya sesuai dengan yang ditentukan oleh Undang-Undang No. 10 tahun 2004. Dengan demikian, objek yang diuji adalah segala peraturan perundang-undangan di

107 Ibid, hlm 11.

bawah Undang-Undang, dan yang dijadikan tolak ukur pengujiannya adalah Undang-Undang. Jimly Asshiddiqie menyebutnya 'legal review' atau 'judicial review on the legality of regulation'.¹⁰⁸

Sebenarnya pengujian peraturan perundang-undangan dengan objek peraturan di bawah undang-undang, memang tidak diatur secara eksplisit dalam UUD 1945, baru kemudian sejak tahun 1970 secara eksplisit diatur dalam suatu undang-undang dan peraturan lainnya. Pertama kali diatur dalam Pasal 26 UU No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, dan dikuatkan oleh Pasal 11 Ketetapan MPR No. III/MPR/1978, serta Pasal 31 UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Pengaturan pengujian peraturan di bawah undang-undang ini secara tidak langsung mempraktikkan prinsip "checks and balances" walaupun terbatas. Sebab pengujian peraturan perundang-undangan pada dasarnya dapat dijalankan, apabila prinsip pemisahan kekuasaan dan "checks and balances" dianut dan dilaksanakan dalam penyelenggaraan negara.¹⁰⁹

Pengaturan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang ini juga dimaksudkan sebagai kontrol normatif setiap tindakan atau produk hukum yang berbentuk peraturan dari pihak eksekutif, dalam hal ini Presiden dan lembaga negara lainnya. Hal ini disebabkan Presiden oleh UUD 1945 diberikan tugas dan kewenangan yang cukup besar untuk menerjemahkan materi muatan suatu undang-undang dalam bentuk Peraturan Pemerintah. Posisi Presiden dalam kaitannya dengan proses pembentukan dan pelaksanaannya cukup besar. Ketika undang-undang masih dalam proses, posisi Presiden adalah sebagai salah satu pihak pembahas dan pemberi persetujuan,¹¹⁰ disamping juga berhak mengajukan Rancangan Undang-Undang.¹¹¹ Selain itu Presiden juga berhak dan berkewajiban untuk membuat dan menerbitkan Peraturan Pemerintah sebagai instrumen pelaksanaan Undang-Undang.¹¹²

108 Ibid, hlm. 8.

109 Moh. Mahfud MD, Akuntabilitas Lembaga Peradilan dan Restipulasi Fungsi Mahkamah Agung dalam Ketatanegaraan Indonesia, makalah dalam diskusi terbatas yang diselenggarakan oleh PPHIM, Jakarta 4 Februari 2000, hlm 7-9.

110 Lihat Pasal 20 ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945.

111 Lihat Pasal 5 ayat (1) UUD Negara RI Tahun 1945.

112 Pasal 5 ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945. Bunyi lengkapnya adalah "Presiden menetapkan Peraturan Pemerintah untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya".

Peraturan Pemerintah sebagai pelaksana Undang-Undang, dengan sendirinya tidak dapat dibuat untuk menjalankan UUD NRI Tahun 1945, karena instrumen hukum untuk menjalankan Undang-Undang Dasar adalah Undang-Undang. Oleh karena itu, Peraturan Pemerintah sebagai pelaksana Undang-Undang, pada dasarnya materi muatannya adalah materi muatan Undang-Undang yang lebih rinci.¹¹³

Posisi Presiden cukup besar dalam menafsirkan materi muatan undang-undang yang akan dituangkan dalam bentuk Peraturan Pemerintah, disamping cukup besar pula intervensi politik bagi kepentingan Presiden, dan juga dapat menerbitkan keputusan dalam bentuk peraturan untuk menjalankan tugas dan fungsinya sebagai lembaga negara, karena wewenang yang melekat dan terlahir sebagai badan atau pejabat tata usaha negara yang didasarkan atas asas kebebasan bertindak (*freis ermessen*).¹¹⁴

Kebebasan bertindak yang dilakukan oleh Presiden untuk menjalankan pemerintahan bukan berarti tanpa batas, tetapi tetap terikat oleh asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak, seperti asas persamaan perlakuan, asas kepastian hukum, dan asas dapat dipercaya, dalam praktik hal-hal tersebut dapat berupa Peraturan Presiden, Instruksi Presiden. dan lain-lain.¹¹⁵ Objek pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap Undang-undang adalah berupa: Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan Peraturan Daerah.

3. Pengujian Peraturan Perundang-Undangan sebagai Kontrol Normatif dalam Negara Hukum

a. Executive Review & Legislative Review

Dalam rangka kontrol normatif, pengujian dapat dilakukan oleh lembaga pembuatnya sendiri atau juga dapat dilakukan oleh lembaga di

113 A Hamid Attamimi, Peranan Keputusan Presiden Republic Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara Suatu Studi Analisis mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I-IV Disertasi, Universitas Indonesia, Jakarta, 1990, hlm 289.

114 Philipus M. Hardjon, Pengantar Hukum Administrasi Negara, UGM University Press, Yogyakarta, 1993, hlm 148.

115 Bagir Manan, Peraturan Kebijakan, makalah yang disampaikan pada penataran dosen Fakultas hukum Seluruh Sumatra yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 5 April 1994, hlm 13.

luar lembaga pembuat peraturan tersebut. Pengujian yang dilakukan oleh lembaga pembuatnya dapat disebut pengujian internal atau pengawasan internal, tetapi jika yang melakukan pengujian tersebut adalah lembaga di luar lembaga pembuatnya disebut pengujian eksternal atau pengawasan eksternal. Lembaga pembuat peraturan perundang-undangan dimungkinkan menguji produk hukumnya sendiri, dan apabila kewenangan pembentukan peraturan perundang-undangan dilekatkan pada legislatif maka kontrol normatif pengujian tersebut lazim disebut legislative review yang objeknya adalah undang-undang dan undang-undang dasar, serta produk hukum yang setara dengan itu. Jika kewenangan pembentukan peraturan tersebut adalah eksekutif atau pemerintah, yakni peraturan-peraturan sebagai pelaksanaan perintah Undang-Undang atau peraturan sebagai pelaksanaan fungsi dan tugas penyelenggaraan pemerintahan, maka kontrol normatif atau pengujian tersebut lazim disebut executive review. Sebaliknya jika kontrol normatif terhadap berbagai peraturan yang dikeluarkan oleh eksekutif dilakukan oleh lembaga di luar eksekutif, dalam hal ini oleh lembaga kekuasaan kehakiman, maka kontrol normatif atau pengujian tersebut lazim disebut Judicial review. Kontrol normatif ini dimaksudkan untuk mencegah agar segala bentuk kegiatan pemerintah dalam menjalankan kegiatan pemerintahan tidak terjebak pada praktik otoritarian, sebab kecenderungan ke arah otoritarian sangat terbuka.¹¹⁶

Dilihat dari segi waktu, pengujian peraturan perundang-undangan sebagai kontrol normatif, dapat dilakukan sebelum peraturan tersebut mendapatkan bentuk formalnya, yakni sebelum disahkan sebagaimana mestinya, hal ini lazim disebut "pengujian a priori atau judicial review". Pengujian "a priori" ini dimungkinkan untuk menghindari terjadinya kekeliruan, dan tidak konsistennya antar peraturan secara hierarkis atau bahkan bertentangan dengan nilai hukum masyarakat dan dalam kaitan ini lebih diutamakan unsur preventif. Pelaksanaan pengujian "a priori" tidak dilakukan oleh lembaga pembuatnya melainkan oleh lembaga lain yang kewenangannya diberikan

116 John Adler dan Peter English, *Judicial review of the Executive*, dalam *Constitutions and Administrative Law*, Macmillan Profesional Masters, London, 1989, hlm 289-296. Salah satu pernyataannya bahwa ... An important feature of the application for judicial review is that it contain several provisions designed to protect the government against challenges that the court thinks improper.

oleh UUD dan/atau Undang-Undang. Apabila pengujian tersebut dilakukan terhadap peraturan perundang-undangan yang telah memperoleh bentuk formalnya atau telah mendapatkan pengesahan oleh lembaga yang berwenang, lazim disebut “pengujian posteriori” atau “judicial review.”¹¹⁷

Pengujian peraturan perundang-undangan dalam arti “legislative review” dan “executive review” tidak termasuk dalam cakupan “judicial review”. Hal itu dikarenakan “legislative review” dan “executive review” merupakan pengujian internal dan bukan pengujian eksternal, sehingga lembaga pengujinya adalah para pembuatnya sendiri, yakni legislatif dan eksekutif sendiri.

Dalam hal ini timbul pertanyaan apakah terdapat relasi positif antara kontrol normatif dengan negara hukum. Secara prinsip keduanya memiliki hubungan yang erat karena prinsip negara hukum meletakkan hukum sebagai landasan utama dalam bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Disamping itu, prinsip negara hukum juga meniadakan absolutisme kekuasaan atau pembatasan kekuasaan.¹¹⁸ Dalam perspektif negara hukum, posisi kontrol normatif sangat penting sebagai bagian dari pelaksanaan prinsip negara hukum, sehingga produk hukum yang dihasilkan oleh lembaga kekuasaan negara tidak saling bertabrakan dan tidak ada dominasi kekuasaan.

Dalam negara hukum, hukum mempunyai kedudukan yang kuat dan proses penyelesaian konflik dilakukan melalui mekanisme hukum, sehingga tetap terjamin hak asasi manusia dengan memberikan seluas-luasnya masyarakat melakukan kontrol, baik politik, sosial, dan hukum. Kontrol normatif adalah suatu mekanisme penyesuaian norma hukum oleh lembaga negara yang diberikan kewenangan oleh konstitusi untuk melaksanakan tugas itu, karena adanya usulan atau desakan masyarakat terhadap berbagai produk hukum yang dihasilkan oleh lembaga negara, sehingga antara norma

117 Paulus Effendi Lotulung, Op, Cit, hlm xvi-xvii. Bandingkan Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, MKRI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, Jakarta, 2004, hlm 8, yang menjelaskan bahwa pengujian itu dilakukan terhadap norma hukum yang bersifat abstrak dan umum (general and abstract norms) secara “posteriori” maka pengujian itu dapat disebut “judicial review”. Tetapi jika pengujian itu bersifat “a priori” yaitu terhadap rancangan Undang-Undang yang telah disahkan oleh parlemen tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya, maka disebut judicial review.

118 Azhary, Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-Unsurnya, UI Pres Jakarta, 1995, hlm 33.

hukum yang dihasilkan/ditetapkan memiliki nilai saling menjelaskan atau saling menjabarkan secara hierarkis. Secara sepintas prinsip-prinsip negara hukum yang telah dikemukakan terdapat kesan adanya kekakuan dalam penyelenggaraan negara, sehingga terjadi pembatasan secara limitatif terhadap para penyelenggara negara.¹¹⁹

Maksud dilakukannya kontrol normatif dari masyarakat sebagai penyeimbang dan koreksi terhadap norma hukum yang dibentuk, agar tidak bertentangan dengan norma lainnya secara hierarkis. Dengan demikian terdapat relevansi positif antara kontrol normatif dengan negara hukum.

Moh. Mahfud MD,¹²⁰ menyimpulkan bahwa karakter produk hukum ditentukan oleh konfigurasi politik yang melahirkannya, yang dengan sendirinya karakter produk hukum sangat ditentukan oleh kelompok dominan dengan mendasarkan prinsip “the rule of majority”.¹²¹ Oleh sebab itu, dalam membentuk peraturan perundang-undangan tidak selamanya benar-benar untuk kepentingan objek yang diaturnya, dan belum tentu sesuai dengan jiwa dan nilai-nilai konstitusi yang berlaku, tetapi lebih banyak dipergunakan sebagai alat atau instrumen kekuasaan. Kekuasaan memberikan peluang untuk melakukan kesewenang-wenangan sehingga setiap kekuasaan perlu dibatasi, dan yang mampu membatasi kekuasaan adalah norma hukum. Model penyelenggaraan seperti ini tidak dikehendaki oleh paham negara hukum sebagaimana yang dianut dalam UUD1945.¹²²

Kontrol normatif perlu dikembangkan menjadi bagian proses penyelenggaraan negara berdasar UUD 1945, melalui mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan, yang dijalankan oleh lembaga kekuasaan kehakiman, demi tegaknya prinsip negara hukum.

119 Ibid, hlm 124.

120 Moh. Mahfud MD, Akuntabilitas Lembaga Peradilan dan Restipulasi Fungsi Mahkamah Agung dalam Ketatanegaraan Indonesia, makalah dalam diskusi terbatas yang diselenggarakan oleh PPHIM, Jakarta 4 Februari 2000, hlm 14-15

121 John Elster, Limiting Majority Rule, Alternatives to Judicial review in The revolutionary Epoch, dalam Elvin Smith, Constitutional Justice Under Old Constitution, the Hague/London/Boston Kluwer Law International, hlm 20.

122 Pasal 1 ayat (1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

b. Arti Penting Judicial review dalam Mewujudkan Negara Hukum

Menurut Moh. Mahfud MD,¹²³ hukum adalah produk politik yang pasti tidak steril dari kepentingan-kepentingan politik anggota-anggota lembaga yang membuatnya. Sebagai produk politik bisa saja hukum itu memuat isi yang lebih sarat dengan kepentingan politik kelompok dan jangka pendek yang secara substansial bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi hierarkinya. Lebih lanjut Moh. Mahfud MD mengemukakan bahwa sebagai produk politik, hukum bisa berisi hal-hal yang tidak sesuai dengan peraturan yang lebih tinggi oleh karena DPR sebagai lembaga politik banyak beranggota orang-orang yang tak biasa berpikir menurut disiplin hukum. Kenyataannya benar, bahwa dalam waktu kurang dari tiga tahun berdirinya Mahkamah Konstitusi di Indonesia sudah ada sekitar 80 Undang-Undang yang dimintakan judicial review kepada Mahkamah Konstitusi yang sebagian besar diantaranya telah diputus. Politik sangat mempengaruhi hukum baik isi maupun penegakannya, yang dapat dilihat sebagai contoh dari pengalaman perjalanan politik dan hukum di Indonesia.

Dalam memaknai seberapa pentingkah Pengujian Undang-Undang terhadap UUD, perlu juga dikaji apa yang dijadikan alasan John Marshall sebagai Hakim Agung Amerika Serikat¹²⁴ yang pertama kali di dunia melakukan judicial review terhadap Undang-Undang, yaitu Judiciary Act (1789) karena substansinya bertentangan dengan konstitusi.¹²⁵ Pertama, menurut Marshall, hakim bersumpah menjunjung tinggi Konstitusi, sehingga jika ada peraturan yang bertentangan dengan konstitusi maka hakim harus melakukan pengujian terhadap peraturan tersebut. Kedua, konstitusi adalah the supreme law of the land sehingga harus ada peluang pengujian terhadap peraturan di bawahnya agar isi konstitusi tidak dilanggar. Ketiga, hakim tidak boleh menolak perkara sehingga kalau ada yang mengajukan judicial review permintaan tersebut harus dipenuhi. Berdasarkan hasil penelitiannya, Moh. Mahfud MD menambah satu

123 Moh. Mahfud MD, Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional, Makalah disampaikan pada Seminar "Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen", yang diselenggarakan oleh BPHN Dephuk HAM RI, di Jakarta, pada tanggal 29-31 Mei 2006. hlm 3.

124 Judicial review pertama kali dilakukan oleh John Marsall dalam kasus Marbury vs. Madison.

125 Moh Mahfud MD, Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen, LP3ES, Jakarta, 2007, hlm.96-97.

alasan lagi mengapa judicial review penting bagi menjaga konsistensi politik hukum agar tetap pada rel konstitusi (politik konstitusi), yaitu bahwa hukum merupakan produk politik, sehingga oleh karenanya bisa saja Undang-Undang berisi hal-hal yang bertentangan dengan UUD atau konstitusi.¹²⁶

Kewenangan judicial review pada dasarnya berfungsi untuk menjadikan bentangan peraturan perundang-undangan dan keputusan yang harmoni, sinkron dan tertib (*rechts order*) antara jenis dan hierarki satu dengan yang lainnya. Menurut Hans Kelsen,¹²⁷ kemungkinan muncul persoalan konflik antara norma yang lebih tinggi dengan yang lebih rendah bukan saja berkaitan antara undang-undang (*statute*) dan putusan pengadilan, tetapi juga berkaitan dengan hubungan antara konstitusi dan undang-undang. Ini adalah problem inkonstitusionalitas dari undang-undang. Dalam konteks Indonesia, antara *grundnorm* (Pancasila) dan *general norm* (Peraturan Perundang-undangan), dan sampai pada tataran *concrete norm* (keputusan) tetap berada pada tertib hukum, dalam arti tidak saling bertentangan.¹²⁸ Suatu undang-undang (*statute*) hanya berlaku dan dapat diberlakukan jika sesuai dengan konstitusi, dan tidak berlaku jika bertentangan dengan konstitusi. Begitu juga suatu Peraturan Pemerintah akan dapat berlaku jika tidak bertentangan dengan Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang. Lebih lanjut Hans Kelsen¹²⁹ menyatakan: *“There may be a special organ established for this purpose, for instance, a special court, as so called “constitutional court” or the control of the constitutionality of statutes, the so called “judicial review” may be conferred upon the ordinary court, and especially upon the supreme court.”*

c. Pengujian Peraturan Perundang-undangan dalam Perspektif Pembagian dan Pemisahan Kekuasaan Negara

Pengujian peraturan perundang-undangan berkaitan erat dengan kekuasaan negara, baik pembagian kekuasaan negara (*distribution of power*)

126 Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 1999, hlm 130.

127 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, New York: Russell & Russell, 1961, hlm. 155.

128 Penjenjangan peraturan perundang-undangan tersebut sedikit banyak dipengaruhi oleh *stufenbau Theory* yang dikenalkan oleh penganut Kelsenian.

129 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, New York: Russell & Russell, 1961, hlm.156

maupun pemisahan kekuasaan negara (*separation of power*). Gagasan tentang kekuasaan negara berkembang cukup lama, seperti pemikiran yang dikembangkan oleh Plato,¹³⁰ Aristoteles,¹³¹ Ibnu Khaldun,¹³² dan yang monumental adalah John Locke¹³³ dan Montesquieu.¹³⁴

Pendapat Montesquieu mendasarkan pada asas kemerdekaan (*liberty*) yang diartikan sebagai, ‘a right of doing whatever the law permit, and if a citizen could do what they forbid he would be no longer possessed of liberty, because all his fellow-citizens would have the same power’.¹³⁵

Kemerdekaan sejati dapat dijamin, jika ketiga kekuasaan negara (*legislatif*, *eksekutif*, dan *yudikatif*) tidak dipegang oleh satu tangan atau organ, tetapi oleh badan (*organ*) yang masing-masing terpisah, dan memiliki keseimbangan serta masing-masing dapat saling mengontrol. Jika kekuasaan legislatif dan eksekutif serta yudikatif dipegang oleh satu tangan atau satu badan (*organ*) kekuasaan, maka tidak akan mungkin terlahir kemerdekaan, dan merupakan

130 Kekuasaan negara harus mutlak, artinya negara adalah lembaga yang kedudukannya berada di atas rakyatnya. Negara memiliki peranan mutlak dalam menentukan apa yang baik dan seharusnya bagi rakyatnya. Oleh karena itu, kekuasaan negara yang besar yang dimiliki oleh negara merupakan hal yang sepatutnya agar individu tidak menjadi liar dan tetap terkendali dalam arah yang jelas sebagaimana yang ditentukan oleh negara. Lihat, J.H. Rapar dalam, *Filsafat Politik Plato*, Seri Filsafat Politik No. 1, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993. hlm. 54.

131 Aristoteles merupakan murid Plato yang mengartikan bahwa, kekuasaan harus bersumber dari hukum dan karena itu hukum sebagai sumber kekuasaan bukan hanya memiliki kedaulatan dan kewibawaan yang tertinggi, tetapi juga harus menjadi dasar dan landasan kehidupan bernegara, baik yang memerintah maupun yang diperintah, sehingga kedua belah pihak sama-sama memiliki kedudukan hukum. Lihat, J.H. Rapar dalam, *Filsafat Politik Aristoteles*, Seri Filsafat Politik No. 2, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, hlm. 54.

132 Dalam pemikiran Ibnu Khaldun, kekuasaan merupakan kemampuan pelaku untuk memengaruhi tingkah laku pelaku lain agar sesuai dengan keinginan dari pelaku yang memiliki kekuasaan. Dengan demikian, kekuasaan negara diartikan sebagai suatu yang alami untuk melakukan atas nama suatu organ untuk kepentingan bersama dalam organ tersebut, sehingga segala kebutuhan dan kepentingan bersama dapat diwujudkan secara bersama. Lihat A. Rahman Zainuddin, *Kekuasaan dan Negara*, Pemikiran Politik Ibnu Khaldun, PT Gramedia Pustaka Pertama, Jakarta, 1992, hlm. 135.

133 John Locke membagi kekuasaan negara dalam tiga kekuasaan, yaitu legislatif, eksekutif, dan federatif. Kekuasaan federatif sebenarnya masuk dalam kekuasaan eksekutif, karena kekuasaan federatif lebih pada kekuasaan tentang perang dan damai, membuat hubungan dengan badan-badan luar negeri. Lihat Ismail Sunny, *Pembagian Kekuasaan Negara*, Aksara Baru, Jakarta 1982, hlm. 1-3.

134 Montesquieu memisahkan kekuasaan negara menjadi tiga, yakni kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Dalam pemikiran Montesquieu, agar tidak terjadi penumpukan kekuasaan dalam negara, maka kekuasaan tersebut harus dipisah dan satu dengan lainnya memiliki keseimbangan serta dapat saling mengontrol. Pemikiran ini lazim disebut ‘*separation of powers*’ dan ‘*checks and balances*’. Lihat Charles de Scondat, *Baron de Montesquieu, The Spirit of Laws*, translated by Thomas Nugent, revised J.V. Prichard, G. Bell & Son, London, 1914, hlm. 152-153.

135 *Ibid*, hlm. 152.

malapetaka bagi negara yang bersangkutan dan bagi kemerdekaan (liberty) individu.

Pemisahan kekuasaan dan ‘checks and balances’ dimaksudkan sebagai prinsip yang dapat mencegah konsentrasi kekuasaan di bawah kekuasaan satu tangan atau organ dan mencegah adanya campur tangan antara badan organ negara, sehingga masing-masing dapat menjalankan tugas fungsinya sebagaimana yang diatur dalam konstitusi negara yang bersangkutan. Untuk mencegah jangan sampai suatu kekuasaan legislatif yang dijalankan oleh parlemen memiliki kekuasaan melebihi badan (organ) lainnya, dapat dibuat kerjasama antar lembaga kekuasaan negara, misalnya antara parlemen dengan pemerintah (presiden) dalam pembuatan suatu undang-undang. Demikian juga untuk mencegah agar kekuasaan eksekutif tidak melebihi kekuasaan badan (organ) lainnya, misalnya dengan memberikan kewenangan kepada lembaga legislatif disamping sebagai pembuat undang-undang, juga sebagai lembaga ‘pengawasan’ terhadap pemerintah, pemberi persetujuan, serta pemberi pertimbangan untuk beberapa keputusan yang diambil oleh pemerintah, seperti pengangkatan pejabat negara tertentu.¹³⁶

Pemisahan kekuasaan negara yang dicetuskan oleh Montesquieu tersebut mengindikasikan terwujudnya kehidupan politik yang demokratis, karena kebebasan dan kemerdekaan untuk mengaktualisasikan segala potensi individu dan kelompok dapat bebas dilakukan. Oleh karena segala bentuk hak setiap individu dan kelompok dapat diekspresikan dalam berbagai bentuk, maka perlu adanya rambu-rambu untuk mengaturnya agar lalu lintas kebutuhan dan kepentingan semua pihak dapat terpenuhi dan terlayani. Untuk itu, diperlukan seperangkat norma hukum yang dijadikan pedoman dalam lalu lintas hubungan antar warga, antara warga negara dengan negara, dan negara dengan lembaga-lembaga negara. Inilah yang disebut dengan prinsip “supremasi hukum”.

¹³⁶ Lihat Pasal 20 ayat (1) dan (2), Pasal 13 ayat (2) dan (3), Pasal 14 ayat (2), Pasal 20A ayat (1) UUD Negara RI Th. 1945, jo. Pasal 33 ayat (2) huruf c UU No. 4 Th. 1999 tentang susduk MPR, DPR, dan DPRD, jo. Pasal 26 ayat (1) huruf f, j, k, l, m, dan UU No. 22 Th. 2003 tentang SUSDUK MPR, DPR, DPD, dan DPRD.

Selain prinsip pemisahan kekuasaan, juga terdapat prinsip pembagian kekuasaan yang menurut Ismail Sunny dengan mendasarkan pada pemikiran Ivor Jennings membedakan pemisahan kekuasaan negara dalam arti materiil dan pemisahan kekuasaan dalam arti formal. Pemisahan kekuasaan negara dalam arti materiil, adalah pembagian kekuasaan itu dipertahankan dengan tegas dalam tugas-tugas kenegaraan yang memperlihatkan adanya pemisahan kekuasaan, yaitu: legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Sementara itu, yang dimaksud dengan pemisahan kekuasaan dalam arti formal adalah pembagian kekuasaan tidak dilakukan secara tegas. Pemisahan kekuasaan dalam arti materiil disebut “separation of powers”, sedangkan pembagian kekuasaan dalam formal diebut “division of power”.¹³⁷

Kekuasaan dalam pembagian kekuasaan negara, tidak dibagi habis kepada lembaga-lembaga negara yang ada, melainkan kekuasaan itu dibagi yang oleh konstitusi diberikan kewenangan untuk membagi kekuasaan negara, seperti MPR sebagai lembaga tertinggi dalam UUD1945 (sebelum diamandemen), membagi-bagi kekuasaan negara kepada lembaga-lembaga negara di bawahnya. Selanjutnya dalam pembagian kekuasaan lebih mengedepankan adanya kekuasaan tertinggi yang mengatur dan menerima pertanggungjawaban atas pelaksanaan kekuasaan yang diberikan. Ini yang dikenal dengan “supremasi parlemen”.

Kekuasaan negara dalam perspektif UUD 1945 (sebelum diamandemen) tidak menganut prinsip pemisahan kekuasaan dalam arti materiil (separation of powers), tetapi mempraktikan prinsip pemisahan kekuasaan dalam arti formal (division of powers).¹³⁸ UUD 1945 menentukan bahwa kedaulatan ada di tangan rakyat dan dilaksanakan sepenuhnya oleh MPR, sehingga sumber kekuasaan itu hanya ada pada rakyat dan pada hakikatnya MPR yang memegang kekuasaan tertinggi untuk dan atas nama rakyat. Prinsip “delegasi kekuasaan” dipakai sebagai dasar hubungan antara MPR dan lembaga negara di bawahnya. Dalam hal ini, MPR sebagai lembaga tertinggi negara menyalurkan kekuasaannya kepada lembaga-lembaga negara yang telah ditentukan dalam UUD 1945.¹³⁹

137 Ismail Sunny, *Pembagian Kekuasaan Negara*, Aksara Baru, Jakarta, 1982, hlm 3, yang mengutip pendapat Ivor Jennings dalam, “*The Law and the Constitution*, London, 1956, hlm 267.

138 Ismail Sunny, *Pembagian Kekuasaan Negara*, Aksara Baru, Jakarta, 1982, hlm 3

139 Moh. Kusnardi dan Bintang Saragih, *Susunan Pembagian Kekuasaan Menurut Sistem UUD1945*, Cet ke tujuh, Gramedia, Jakarta, 1994, hlm 33-34.

Dalam prinsip “delegasi kekuasaan” terdapat pertanggungjawaban kekuasaan dari yang menerima delegasi kepada yang memberikan delegasi, yaitu lembaga-lembaga tinggi negara kepada lembaga tertinggi negara, kecuali lembaga DPR, sebab sebagian besar anggota DPR juga anggota MPR.

Setelah amandemen UUD 1945 (tahun 1999 sampai dengan 2002), maka pembagian kekuasaan ditinggalkan dan diganti dengan prinsip pemisahan kekuasaan dan pembagian prinsip “checks and balances”. Dengan demikian prinsip pembagian kekuasaan (division of powers) dianut oleh UUD 1945 sebelum amandemen (sejak 1945 sampai dengan 1999), dan prinsip pemisahan kekuasaan (separation of powers) dengan “checks and balances”, yakni sejak amandemen UUD 1945.

Pada prinsip pembagian kekuasaan yang mengedepankan “supremasi parlemen” dalam pengujian peraturan perundang-undangan, tidak dibenarkan lembaga negara yang sederajat menilai dan menguji segala produk hukum lembaga negara yang diberikan kewenangan oleh konstitusi sebagai pembuatnya.¹⁴⁰ Produk hukum yang dimaksud adalah berbentuk Undang-Undang dan prinsip ini tercermin dalam pelbagai produk hukum di bidang pengujian peraturan perundang-undangan.¹⁴¹

Dalam kurun waktu 1970-1998 pengujian peraturan perundang-undangan dalam perspektif pembagian kekuasaan yang dianut oleh UUD 1945, tidak mengenal “pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar”, melainkan pengujian peraturan di bawah Undang-Undang”.¹⁴² Hal ini didasarkan pada perolehan kekuasaan di masing-masing lembaga negara yang menurut UUD 1945 diberikan atas dasar delegasi kewenangan dari MPR sebagai pemegang kedaulatan rakyat. Kekuasaan negara yang timbul pada dasarnya bermuara pada MPR, selanjutnya membagi-bagi kekuasaan tersebut kepada lembaga negara untuk dilaksanakan dalam rangka menjalankan amanat UUD 1945.

140 Jimly Asshiddiqie, Model-model pengujian konstitusional di Berbagai Negara, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm 82-83.

141 Lihat Pasal 26 UU no 14 Tahun 1970, Pasal 31 UU no 14 Tahun 1985, dan Pasal 11 Ketetapan MPR No.III/MPR/1978, Pasal 5 Ketetapan MPR No III/MPR/2000.

142 Lihat Pasal 26 ayat (1) UU No 14 Tahun 1970, Pasal 11 ayat (4) ketetapan MPR No III/MPR/1978, Pasal 31 ayat (1) dan ayat (2) UU No 14 tahun 1985.

Undang-Undang Dasar 1945 (sebelum amandemen) menganut prinsip “pembagian kekuasaan” yang pada umumnya tidak mengenal tentang pengujian peraturan, tetapi justru UUD 1945 yang dijabarkan dalam Ketetapan MPR dan pelbagai bentuk peraturan perundang-undangan memperkenalkan pengujian peraturan yang objeknya dibatasi hanya peraturan di bawah Undang-Undang. Sebab objek ini dianggap bagian dari landasan bagi penyelenggaraan pemerintahan, yang memerlukan kontrol baik segi normatif, maupun segi kontrol dalam bentuk lainnya sesuai yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Pengujian peraturan perundang-undangan diatur secara tegas, setelah amandemen UUD 1945 dengan objek Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar, dan peraturan di bawah Undang-Undang terhadap Undang-Undang yang diatur baik dalam peraturan dasar maupun pelbagai peraturan perundang-undangan.¹⁴³

Dengan diadopsinya prinsip pemisahan kekuasaan dan checks and balances dalam kekuasaan negara, maka tidak ada lagi lembaga negara yang superior. Semua lembaga negara kedudukannya sederajat dan dibedakan pada fungsi dan tugas sebagaimana yang diatur dalam UUD Negara RI Tahun 1945. Demikian pula, dalam pengujian peraturan telah berubah sangat mendasar, yakni diperkenalkan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar yang kewenangannya dilekatkan kepada Mahkamah Konstitusi, dan pengujian peraturan di bawah Undang-Undang terhadap Undang-Undang yang kewenangannya dilekatkan kepada Mahkamah Agung.

B. Mahkamah Konstitusi dan Kewenangan Judicial review di Indonesia

1. Kekuasaan Kehakiman dan Judicial review di Indonesia

Salah satu unsur dalam negara hukum modern adalah adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechtlijk controle*) yang bebas dan mandiri, dalam arti lembaga peradilan tersebut benar-benar tidak memihak dan tidak berada di bawah pengaruh eksekutif. Superioritas hukum tidak akan pernah dapat terwujud manakala aturan-aturan hukum hanya dijalankan oleh pemerintah

¹⁴³ Lihat Pasal 24, Pasal 24A, dan Pasal 24C UUD Negara RI Tahun 1945, dan dijabarkan lebih lanjut dalam UU No 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, UU No 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman dan UU No 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung.

saja. Oleh karena itu, dalam setiap negara hukum keberadaan lembaga pemegang kekuasaan kehakiman (yudikatif) adalah mutlak adanya.

Membahas kedudukan dan fungsi kekuasaan kehakiman tidak dapat dilepaskan dari persoalan “penegakkan hukum” dan “penemuan hukum”, karena keduanya merupakan fungsi kekuasaan kehakiman.¹⁴⁴ Persoalan penegakan hukum merupakan konsekuensi dari prinsip-prinsip yang dianut dalam negara hukum, sehingga kekuasaan negara diciptakan, diatur, dan ditegakkan oleh suatu perangkat hukum. Pandangan tersebut sebagai pembatasan dari suatu kekuasaan negara sehingga terhindar dari kesewenang-wenangan dalam penyelenggaraan kehidupan negara. Kedudukan dan fungsi kekuasaan kehakiman merupakan dua hal yang memiliki keterkaitan satu dengan lainnya, karena fungsi kekuasaan itu dapat dijalankan jika lembaga memiliki kedudukan tertentu dalam kekuasaan (negara), sehingga ia memiliki kewenangan dan dapat mengimplementasikan secara bertanggung jawab. Hal itu berarti kedudukan kekuasaan kehakiman juga akan berkaitan dengan kekuasaan negara, sebagaimana diatur dalam UUD 1945 dan merupakan susunan ketatanegaraan yang masing-masing memiliki kedudukan, susunan, tugas, dan wewenang sebagai lembaga negara.¹⁴⁵

Kekuasaan kehakiman sebagai kekuasaan negara berdampingan secara horizontal dengan kekuasaan negara lainnya yang dalam UUD Negara RI Tahun 1945 dilaksanakan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. UUD Negara RI Tahun 1945 menentukan bahwa kekuasaan kehakiman memiliki kedudukan sebagai kekuasaan negara yang implementasinya secara substansial dipegang oleh Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman serta Mahkamah Konstitusi.

- (1) Pemahaman mengenai pengertian kekuasaan kehakiman selanjutnya merujuk pada Pasal 24 ayat (1), (2), dan (3) UUD Negara RI Tahun 1945 yang menyatakan bahwa Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk

¹⁴⁴ Lihat Pasal 1, dan Pasal 14 ayat (1) UU No 14 Tahun 1970 jo Pasal 1, dan Pasal 16 ayat (1), UU No 4 Tahun 2004.

¹⁴⁵ Sri Soemantri Martosoewignjo dan Bintang R Saragih, *Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia, 30 tahun Kembali ke UUD1945*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993, hlm 37.

menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

- (2) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung 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.
- (3) Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.

Pengertian kekuasaan kehakiman dalam Pasal 24 UUD NRI 1945 selanjutnya dipertegas dalam Pasal 1 Undang-Undang No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman jo Pasal 1 Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 jo UU No. 48/2009. Dalam Pasal tersebut dinyatakan sebagai berikut: “Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.”

Kedudukan Kekuasaan Kehakiman secara substansial yang dijalankan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi setelah amendemen UUD 1945, merupakan salah satu kekuasaan negara dalam bidang penegakan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila yang bebas dari campur tangan pihak “*exstra judicial*”. Dengan demikian UUD NRI 1945 secara tegas mengisyaratkan adanya kedudukan kekuasaan kehakiman yang otonom dan mandiri.

Kekuasaan Kehakiman menurut Moh. Koesnoe, mempunyai fungsi “seperangkat kegiatan berupa mengadili suatu perkara sengketa individual yang konkret”.¹⁴⁶ Apabila dipahami lebih lanjut pengertian ini memiliki kecenderungan bahwa fungsi kekuasaan kehakiman terbatas pada upaya menegakkan hukum positif atau Undang-Undang. Uraian lain Moh. Koesnoe memberikan penjelasan bahwa fungsi kekuasaan kehakiman bukan sekedar

146 Moh. Koesnoe, Kedudukan dan Fungsi Kekuasaan Kehakiman menurut UUD1945, Varia Peradilan no 129 Juni 1996, hlm 98.

menegakkan Undang-Undang, melainkan sebagai satu-satunya kekuasaan yang menentukan hukum dalam kasus konkret. Artinya dapat menetapkan keputusan dengan mengesampingkan Undang-Undang atau peraturan lainnya karena dinilai sebagai berlawanan dengan hukum.

Selanjutnya dikatakan bahwa fungsi kekuasaan kehakiman adalah fungsi yudisial dalam “penegakan hukum dan penemuan hukum.” Fungsi “penegakan hukum” merupakan upaya untuk menjadikan produk-produk hukum (hukum positif) sebagai landasan dalam menyelesaikan suatu sengketa hukum, sehingga hukum positif memiliki kewibawaan dalam melindungi setiap kepentingan warga negara. Hakim dalam menjalankan fungsi kekuasaan kehakiman terikat oleh hukum positif ini. Selanjutnya fungsi kekuasaan kehakiman adalah juga sebagai ”penemuan hukum” yaitu upaya untuk merumuskan hukum yang digali dari nilai-nilai yang berkembang dalam masyarakat, atas suatu sengketa atau perkara bahwa hukum positif belum mengaturnya, sehingga masyarakat dapat memperoleh rasa keadilan, dan implikasinya keputusan hakim tersebut dapat dijadikan sebagai sumber hukum atau menjadi hukum baru.

Dalam Undang-Undang No. 14 tahun 1970 jo Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, ditegaskan bahwa hakim memiliki fungsi atau tugas pokok yaitu: menerima, memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya. Baik buruknya badan peradilan tergantung dari manusianya dalam hal ini para hakim. Syarat-syarat yang harus dipenuhi seorang hakim: jujur, merdeka, berani mengambil keputusan dan bebas dari pengaruh dalam negeri maupun luar negeri. Hakim harus bertanggungjawab kepada diri sendiri, kepada rakyat, dan bertanggungjawab kepada Tuhan Yang Esa. Adapun kewajiban hakim sesuai Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 tahun 2009 adalah: (1) hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Kekuasaan kehakiman di Indonesia kini telah berkembang sejalan dengan amandemen UUD Negara RI Tahun 1945, dan pelbagai Undang-Undang yang mengatur tentang kekuasaan kehakiman. Intervensi pemerintah terhadap kekuasaan kehakiman sudah tidak ada lagi, karena seluruh kelembagaan

kekuasaan kehakiman, yakni badan-badan peradilan di bawah satu atap yaitu Mahkamah Agung.¹⁴⁷ Perubahan kekuasaan kehakiman, baik yang menyangkut substansial, organisasi, administrasi, dan finansial, memberikan posisi ideal sebagai tugas dan fungsinya sebagai organ penegakan hukum dan penemuan hukum, serta penilai produk hukum yang ada untuk perkembangan dan kemajuan bangsa.

Mahkamah Agung sebagai pengadilan negara tertinggi atas empat lingkungan peradilan, merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Lembaga Negara ini merupakan Pengadilan Negara Tertinggi dari semua Lingkungan Peradilan, yang dalam melaksanakan tugasnya terlepas dari pengaruh pemerintah dan pengaruh-pengaruh lain. Susunan Mahkamah Agung terdiri atas pimpinan, hakim anggota, panitera, dan seorang sekretaris. Pimpinan dan hakim anggota Mahkamah Agung adalah Hakim Agung. Jumlah hakim agung paling banyak 60 (enam puluh) orang.

Mahkamah Agung bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus: (a) permohonan kasasi; (b) sengketa tentang kewenangan mengadili; (c) permohonan peninjauan kembali putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap; (d) wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang; (e) memberi pertimbangan kepada Presiden dalam hal pemberian grasi dan rehabilitasi; dan (f) kewenangan lain yang ditentukan oleh undang-undang, misalnya memberikan fatwa hukum.

Sebaliknya, Mahkamah Konstitusi sebagai pengadilan tata negara merupakan lembaga peradilan khusus di luar Mahkamah Agung, mempunyai sembilan orang Hakim Konstitusi yang ditetapkan dengan Keputusan Presiden. Susunan keanggotaan Mahkamah Konstitusi terdiri atas seorang Ketua merangkap anggota, seorang Wakil Ketua merangkap anggota, dan 7 (tujuh) orang anggota Hakim Konstitusi (Pasal 4 ayat UU No. 24 Tahun 2003).

Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan dan kewajiban antara lain:

- (1) menguji Undang-Undang terhadap UUD Negara RI Tahun 1945,

¹⁴⁷ Lihat Pasal 24 ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945.

- (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD Negara RI Tahun 1945,
- (3) memutus pembubaran partai politik,
- (4) memutus perselisihan tentang hasil pemilu, dan
- (5) wajib memberi putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan atau Wakil Presiden, sebagaimana dimaksud dalam UUD Negara RI Tahun 1945

Dengan demikian, dalam sistem kekuasaan kehakiman di Indonesia terdapat dua jenis pengujian peraturan perundang-undangan. Pertama, pengujian konstusionalitas undang-undang yang dilakukan berdasarkan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terbatas pada pengujian materi dan hal-hal di luar pengujian materiil.¹⁴⁸ Dalam pengujian selain pengujian materiil tercakup empat arti, yaitu: (1) apakah bentuk peraturan perundang-undangan tersebut telah tepat atau belum; (2) apakah prosedur pembentukannya telah dilakukan secara tepat atau belum; (3) apakah lembaga pembentuk Undang-Undang telah tepat atau belum; dan (4) apakah format peraturan perundang-undangan tersebut telah tepat atau tidak. Dari hal tersebut di atas, dapat diketahui ada dua jenis pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi, yaitu: Pengujian Materiil dan Pengujian Formil Undang-Undang.

Pengujian atas peraturan lain di bawah undang-undang atau *judicial review of regulation* dilakukan oleh Mahkamah Agung dengan berpedoman pada Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 tahun 1999 tentang Gugatan Uji Materiil, yang kemudian diperbaharui dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2003 tentang Hak Uji Materiil.

148 Lihat Pasal 51 ayat (3) UU Mahkamah Konstitusi

2. Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang
 - a. Latar Belakang Pembentukan Mahkamah Konstitusi

Pemikiran mengenai pentingnya suatu pengadilan konstitusi telah muncul dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia sebelum kemerdekaan, yaitu pada saat pembahasan Hukum Dasar dalam sidang BPUPKI yang kedua. Gagasan tersebut dikemukakan oleh Moh. Yamin. Beliau berpendapat agar Balai Agung diberikan kewenangan untuk membanding Undang-Undang. Namun ide tersebut ditolak oleh Soepomo berdasarkan dua alasan. Pertama, UUD yang sedang disusun pada saat itu tidak menganut paham trias politika, melainkan pembagian kekuasaan. Kedua, karena jumlah sarjana hukum saat itu belum banyak, dan oleh karenanya pula tidak banyak ahli hukum yang mampu melakukan permohonan pengujian.

Sebagai negara bekas jajahan Belanda, sedikit banyak sistem hukum yang diterapkan Belanda juga ditiru oleh Indonesia. Sebagaimana sistem di Belanda, Undang-Undang Dasar yang pernah berlaku di negara Indonesia sendiri menganut "undang-undang tidak dapat diganggu gugat". Produk undang-undang dipandang sebagai produk lembaga pelaksana kedaulatan rakyat dalam struktur ketatanegaraan.

Di samping itu, berdasarkan ketentuan Konstitusi RIS 1949, Mahkamah Agung tidak berwenang menguji secara materiil Undang-Undang Federal, namun hanya berwenang menguji undang-undang daerah-daerah bagian. Hal ini dapat disimpulkan dari ketentuan dalam Pasal 156, Pasal 157 dan Pasal 158 Konstitusi RIS 1949. Begitu pula dengan ketentuan Undang-Undang Dasar Sementara 1950 tidak mengenal hak menguji konstusionalitas undang-undang.¹⁴⁹ Dalam masa sidang Badan Konstituante banyak bermunculan gagasan agar pengujian undang-undang diberikan kepada Mahkamah Agung. Gagasan tersebut sempat menguat, namun Konstituante belum berhasil menetapkan Undang-Undang Dasar, dan Presiden kemudian membubarkan dewan tersebut melalui Dekrit Presiden 5 Juli 1959.

¹⁴⁹ Sebagaimana diketahui, UUDS 1950 sebenarnya sangat mirip dengan Konstitusi RIS 1949, bahkan dapat dikatakan substansi UUDS1950 adalah sama dengan Konstitusi RIS 1949 dengan menghilangkan ketentuan-ketentuan yang mengandung unsur negara federal. Karena penghilangan unsur federalisme tersebut akhirnya juga menghilangkan hak menguji Mahkamah Agung terhadap UU Daerah Bagian.

Seiring dengan momentum Perubahan UUD pada era reformasi, ide pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia diterima keberadaannya sebagai mekanisme untuk mengontrol pelaksanaan Undang-Undang Dasar dalam bentuk undang-undang. Selain itu, pembentukan Mahkamah Konstitusi juga didorong oleh beberapa alasan mendasar:¹⁵⁰

- (1) Sebagai konsekuensi dari perwujudan negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasarkan hukum. Kenyataan menunjukkan bahwa suatu keputusan yang dicapai dengan demokratis tidak selalu sesuai dengan ketentuan Undang-Undang Dasar yang berlaku sebagai hukum tertinggi. Oleh karena itu, diperlukan suatu lembaga yang berwenang menguji konstitusionalitas undang-undang.
- (2) Pasca Perubahan Kedua dan Perubahan Ketiga, UUD 1945 telah mengubah hubungan kekuasaan secara besar-besaran dengan menganut sistem pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) berdasarkan prinsip *checks and balances*. Bertambahnya jumlah lembaga negara serta bertambahnya ketentuan kelembagaan negara menyebabkan potensi sengketa antarlembaga negara menjadi semakin banyak. Sementara itu telah terjadi perubahan paradigma dari supremasi MPR kepada supremasi konstitusi, sehingga tidak ada lagi lembaga tertinggi negara pemegang kekuasaan tertinggi yang berwenang menyelesaikan sengketa antarlembaga negara. Oleh karena itu, diperlukan lembaga tersendiri untuk menyelesaikan sengketa tersebut.
- (3) Kasus nyata yang terjadi di Indonesia, yaitu pemakzulan (*impeachment*) Presiden K.H. Abdurrahman Wahid dari kursi kepresidenannya oleh MPR pada Sidang Istimewa MPR Tahun 2001, yang mengilhami tercetusnya pemikiran untuk mencari jalan keluar mekanisme hukum.

Dalam sejarah yang panjang tersebut akhirnya pada tahun 2001 (tahap amandemen UUD 1945 ketiga) dicapai kesepakatan dalam Rapat Paripurna Majelis Permusyawaratan Rakyat untuk membentuk kelembagaan baru yang dinamakan Mahkamah Konstitusi. Rumusan pengaturan Mahkamah Konstitusi dalam UUD diatur dalam Pasal 24C ayat (1) s.d. ayat (6). Sebagai

150 Laporan Tahunan Mahkamah Konstitusi Tahun 2009

pelaksanaannya dibentuklah Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi jo Undang-Undang No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 24 Tahun 2003.

b. Kewenangan Pengujian Undang-Undang

Salah satu perubahan mendasar dalam Undang-Undang Dasar 1945 adalah keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang mempunyai 4 (empat) kewenangan konstitusional (*constitutionally entrusted powers*) dan 1 (satu) kewajiban konstitusional (*constitutional obligation*). Keempat kewenangan itu adalah: (1) menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, (2) memutus sengketa kewenangan antar lembaga yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, (3) memutus sengketa hasil pemilihan umum, dan (4) memutuskan pembubaran partai politik. Kewajiban Mahkamah Konstitusi adalah memutuskan pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah bersalah melakukan pelanggaran sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden seperti dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pengujian undang-undang yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah menguji secara konstitusional suatu undang-undang, yakni menguji sejauhmana undang-undang yang bersangkutan bersesuaian atau bertentangan (*tengesteld*) dengan Undang-Undang Dasar. *Constitute is de hoogste wet!* Manakala Mahkamah Konstitusi memutus suatu undang-undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, maka undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Menguji secara konstitusional dapat disebut *judicial review*,¹⁵¹ ialah memberikan atau menolak persetujuan kehakiman pada suatu undang-undang yang disahkan lembaga legislatif dan disetujui lembaga eksekutif. Setiap undang-undang yang telah diputuskan dan diratifikasi serta telah dikaji secara teoritis, harus diasumsikan secara fakta—dengan seksama perihal kesesuaiannya dengan konstitusi. Karena itu, dalam mendukung setiap undang-undang yang dibutuhkan tidak hanya suara mayoritas untuk pemahamannya, tetapi juga suara mayoritas untuk konstitusionalnya. Apabila persoalan

¹⁵¹ Leonard W. Levy, *Judicial review*, Nusamedia dan Nuansa, Bandung, 2005, hlm.87.

tentang konstitusionalitas itu muncul, maka di situlah lembaga kehakiman memperlakukan undang-undang sebagai sesuatu yang harus dikaji lagi dengan cermat secara teoritis berdasarkan landasan konstitusional saja, tidak pernah berdasarkan landasan kelayakan.

Hukum acara pengujian undang-undang, sebagai bagian dari Hukum Acara Mahkamah Konstitusi diatur dalam Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, khususnya dalam Pasal 50 sampai dengan Pasal 60. Di samping itu, dalam rangka memperlancar bagi pelaksanaan tugas dan wewenangnya, berdasarkan Pasal 86,¹⁵² Mahkamah Konstitusi mengeluarkan Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Selain kedua sumber hukum formal di atas, dalam praktik peradilan dijumpai pula sumber hukum lain yang dijadikan pedoman beracara bagi Hakim Konstitusi dalam memeriksa semua perkara yang menjadi kewenangannya, dalam hal terjadi kekosongan aturan dan kebutuhan teknis peradilan. Sebagai contoh, apakah saksi ahli wajib disumpah terlebih dahulu atau tidak, Undang-Undang Mahkamah Konstitusi tidak mengaturnya. Terkait dengan Pasal 86 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, Maruarar Siahaan¹⁵³ mengatakan: “untuk mengisi kekosongan itu Mahkamah Konstitusi harus mencari asas-asas hukum acara yang berlaku umum (*algemene bepalingen*), baik dalam hukum acara pidana, perdata maupun tata usaha negara. Bahkan tak jarang pula Mahkamah Konstitusi dalam praktik menggunakan praktik hukum acara Mahkamah Konstitusi di negara lain.

Harjono merinci sumber hukum acara Mahkamah Konstitusi yang utama adalah sebagai berikut:¹⁵⁴

152 Pasal 86: “Mahkamah Konstitusi dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagikelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya menurut Undang-Undang ini.”

153 Bambang Sutiyoso, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2006, hlm 53.

154 Harjono, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Makalah dalam Studium General Departemen Hukum Acara FH UII pada tanggal 5 Maret 2005. hlm 9. Di antaranya adalah: PMK RI No.06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang ; PMK RI No.08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara Dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara ; PMK RI No.12 Tahun 2008 tentang Prosedur Beracara Pembubaran Partai Politik ; PMK RI No.15 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah ; PMK RI No.16/PMK/2009 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah ; PMK RI No.17 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil

- (1) UUD NRI Tahun 1945, khususnya Pasal 24C yang mengatur tentang kewenangan Mahkamah Konstitusi;
- (2) UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi;
- (3) Peraturan-Peraturan Mahkamah Konstitusi;
- (4) Yurisprudensi Mahkamah Konstitusi; dan
- (5) Doktrin para ahli hukum.

Objek permohonan dalam perkara pengujian Undang-Undang mengalami perluasan, tidak hanya Undang-Undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagaimana ketentuan Pasal 50 UU Mahkamah Konsitusi.¹⁵⁵ Mahkamah Konstitusi melalui putusannya Nomor 66/PUU-II/2004 telah menganulir pembatasan tersebut terhitung sejak dibacakan pada tanggal 12 April 2005. Dengan pembatalan tersebut, maka objek pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi mengalami perluasan, tidak hanya terbatas pada jenis Undang-Undang semata, melainkan semua peraturan perundang-undangan yang setingkat dengan undang-undang, apakah itu peraturan yang dibuat pada masa kolonial, semisal jenis Wet, ataukah setelah berlakunya Konstitusi RIS 1949, semisal Undang-Undang Federal. Bahkan sebagaimana Yurisprudensi Mahkamah Konsitusi RI dalam perkara Nomor 138/PUU-VII/2009¹⁵⁶ yang menguji Perpu Nomor 04 Tahun 2009, dinyatakan bahwa pihaknya berwenang untuk menguji Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.

Sebagaimana ketentuan Pasal 51 ayat (3) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, terdapat dua jenis pengujian undang-undang. Pasal 4 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, lebih lanjut merinci kedua jenis permohonan pengujian Undang-Undang yang meliputi pengujian formil dan/atau pengujian materiil. Penggunaan frasa “dan/atau” dalam ketentuan

Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden ; PMK RI No.18 Tahun 2009 tentang Pedoman Pengajuan Permohonan Elektronik (Electronic Filing) dan Pemeriksaan Persidangan Jarak Jauh (Video Conference) ; PMK RI No. 21 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Memutus Pendapat Dewan Perwakilan Rakyat Mengenai Dugaan Pelanggaran oleh Presiden dan / atau Wakil Presiden.

155 Lihat Putusan MK Nomor 66/PUU-II/2004. Dalam putusan ini MK membatalkan pembatasan objek pengujian sebagaimana diatur dalam Pasal 50 UU MK.

156 Dalam pertimbangan hukumnya, MK menafsirkan frasa Undang-Undang sebagaimana tertuang dalam Pasal 24C UUD NRI Tahun 1945 sebagai undang-undang dalam arti materiil.

tersebut menunjukkan bahwa pengajuan permohonan dimaksud dapat saja dilakukan secara bersama-sama (permohonan pengujian materiil sekaligus pengujian formil) maupun secara sendiri-sendiri (pengujian formil atau pengujian materiil saja).

Secara umum, yang disebut pengujian formil (*formeele toetsing*) adalah pengujian atas suatu produk hukum, bukan dari segi materinya. Dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi ditegaskan sebagai pengujian untuk menentukan apakah pembentukan undang-undang telah memenuhi atau tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Perumusan di atas memang terkesan membingungkan, karena amat luas dan sulit ditentukan unsur-unsur dan batas-batasnya, meskipun sebenarnya masyarakat umum sering mengidentikkan pengujian formil hanya sebagai pengujian dari segi prosedur saja. Terkait dengan hal tersebut, Jimly Asshiddiqie memberikan penjabaran perihal pengujian formil yang mencakup:¹⁵⁷

- (1) Pengujian atas pelaksanaan tata cara atau prosedur pembentukan undang-undang, baik dalam pembahasan maupun dalam pengambilan keputusan atas rancangan suatu undang-undang menjadi undang-undang;
- (2) Pengujian atas bentuk, format, atau struktur undang-undang;
- (3) Pengujian yang berkenaan dengan kewenangan lembaga yang mengambil keputusan dalam proses pembentukan undang-undang; dan
- (4) Pengujian atas hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil.

Dalam Pasal 4 ayat (3) PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, Pengujian formil ini diklasifikasikan kedalam dua jenis, yaitu pengujian Undang-Undang yang berkenaan dengan proses pembentukan dan hal-hal lain yang tidak termasuk dalam pengujian materiil.

Mengingat Undang-Undang Dasar 1945 tidak mengatur secara lengkap perihal pembentukan peraturan perundang-undangan dan mengamanatkan pengaturannya secara lengkap dengan sebuah Undang-Undang (UU Organik),

¹⁵⁷ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang, Setjen dan Kepaniteraan MKRI*, Jakarta, 2006, hlm 64.

maka alat uji dalam pengujian formil ini tidak hanya mencakup ketentuan pembentukan Undang-Undang dalam UUD 1945, melainkan juga dalam Undang-Undang organik dimaksud (dalam hal ini Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan). Dengan kata lain, materi yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 itu juga harus dipandang sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari hukum konstitusi (constitutional law).¹⁵⁸

- (1) Pengujian materiil (materiële toetsing) adalah pengujian Undang-Undang yang berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, Pasal, dan/atau bagian Undang-Undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945.¹⁵⁹ Sebagai sebuah produk politik, mungkin saja suatu undang-undang secara substansi keluar dari koridor cita hukum dan politik konstitusi, oleh karenanya berpotensi juga melanggar hak-hak konstitusional¹⁶⁰ pihak-pihak yang memiliki kewenangan untuk mengajukan permohonan. Dalam hal terjadi demikian, maka pemohon¹⁶¹ disamping harus dapat membuktikan bahwa ia memiliki legal standing,¹⁶² pemohon juga harus menguraikan materi muatan dalam ayat, Pasal, dan/atau bagian undang-undang yang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Jika pengujian undang-undang tersebut dilakukan atas materinya, maka pengujian demikian

158 Ibid, hlm 65.

159 Pasal 4 ayat (2) PMK Nomor 06/PMK/2005 Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang

160 Hak dan/atau kewenangan konstitusional adalah hak dan/atau kewenangan yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. (Penjelasan Pasal 51 ayat (1) jo. Pasal 1 angka 2 PMK Nomor 06/PMK/2005.

161 Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu (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 dalam undang-undang; (c) badan hukum publik atau privat; atau (d) lembaga negara (Pasal 3 Peraturan MK No. 06/PMK /2005).

162 Dalam yurisprudensi MK, dijabarkan siapa saja yang kemudian dianggap memiliki legal standing untuk mengajukan permohonan, sebagai berikut: i) salah satu dari ke empat kelompok subjek hukum tersebut di atas; ii) bahwa subjek hukum dimaksud memang mempunyai hak-hak atau kewenangan-kewenangan sebagaimana di atur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; (iii) bahwa hak atau kewenangan konstitusional yang bersangkutan memang telah dirugikan atau dilanggar oleh berlakunya undang-undang atau bagian dari undang-undang yang dipersoalkannya itu; (iv) bahwa adanya atau timbulnya kerugian dimaksud memang terbukti mempunyai hubungan sebab akibat atau hubungan kausal (causal verband) dengan berlakunya undang-undang yang dimaksud; (v) bahwa apabila permohonan yang bersangkutan kelak dikabulkan, maka kerugian konstitusional yang bersangkutan memang dapat dipulihkan kembali dengan dibatalkannya undang-undang dimaksud.

disebut pengujian materiil yang dapat berakibat dibatalkannya sebagian atau seluruh materi undang-undang yang bersangkutan. Sebagaimana ketentuan Pasal 5 ayat (2) huruf b PMK RI No.06/PMK/2005, Posita permohonan (uraian mengenai hal yang menjadi dasar permohonan) meliputi kewenangan Mahkamah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4; kedudukan hukum (legal standing) pemohon yang berisi uraian yang jelas mengenai anggapan pemohon tentang hak dan/atau kewenangan konstitusional pemohon yang dirugikan dengan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan untuk diuji;

- (2) alasan permohonan pengujian sebagaimana dimaksud Pasal 4, diuraikan secara jelas dan rinci.

Sementara itu, petitum permohonan (hal yang dimohonkan untuk diputus) dalam permohonan pengujian materiil meliputi:¹⁶³

- (1) mengabulkan permohonan pemohon;
- (2) menyatakan bahwa materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian dari Undang-Undang dimaksud bertentangan dengan UUD 1945;
- (3) menyatakan bahwa materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian dari Undang-Undang dimaksud tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Posita haruslah menjadi landasan bagi penyusunan petitum, dalam arti, setiap petitum yang diuraikan haruslah didasarkan pada uraian dan alasan permohonan sebagaimana yang telah diuraikan dalam posita. Alasan permohonan pengujian haruslah diuraikan secara jelas dan rinci, sehingga mengarah pada setiap petitum permohonan.

c. Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang

Setelah melalui tahap persidangan sebagaimana ketentuan hukum acara pengujian undang-undang¹⁶⁴, maka permohonan pemohon akan mendapatkan

¹⁶³ Pasal 5 ayat (2) huruf c PMK RI No.06/PMK/2005

¹⁶⁴ Sebelum pemeriksaan persidangan terlebih dahulu dilakukan Pemeriksaan pendahuluan, kemudian masuk dalam tahap pemeriksaan yang terdiri dari: (a) pemeriksaan pokok permohonan; (b) pemeriksaan alat-alat bukti tertulis; (c) mendengarkan keterangan Presiden/Pemerintah; (d) mendengarkan keterangan DPR dan/atau DPD; (e) mendengarkan keterangan saksi; (f) mendengarkan keterangan ahli; (g) mendengarkan keterangan Pihak Terkait; (h) pemeriksaan rangkaian data, keterangan, perbuatan, keadaan, dan/atau peristiwa yang bersesuaian dengan alat-alat bukti lain yang dapat dijadikan petunjuk;

putusan. Putusan hakim tersebut amat ditunggu oleh pihak-pihak yang berperkara sebagai jawaban atas permohonan mereka.

Putusan hakim merupakan suatu pernyataan oleh hakim sebagai pejabat negara yang diberi wewenang untuk itu, diucapkan dalam persidangan dan bertujuan untuk mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara atau sengketa para pihak.¹⁶⁵ Putusan pengadilan merupakan produk akhir yang akan mengakhiri suatu perkara di Mahkamah Konstitusi, oleh karena itu terdapat prosedur dan kriteria yang ketat dalam penyusunannya.

Dengan perkataan lain, setiap putusan Mahkamah Konstitusi, sebelum dinyatakan final dan mengikat haruslah dilakukan berdasarkan pilihan-pilihan rasional dan objektif berdasarkan pengkajian yang sangat luas dan sangat mendalam yang dilakukan dalam Rapat Permusyawaratan Majelis Hakim (RPH). Pengkajian tersebut dilakukan atas dasar informasi atau keterangan yang sebanyak mungkin berhasil dikumpulkan dari semua pihak atau kalangan yang mungkin terkait dengan materi perkara.¹⁶⁶ Semua bukti-bukti yang diajukan dan keterangan saksi dan/atau ahli yang terungkap dalam persidangan harus dipakai oleh hakim konstitusi untuk menentukan pilihan pendapat, sehingga setiap putusan yang dijatuhkan benar-benar telah didasarkan pada alat bukti dan keyakinan hakim¹⁶⁷ yang paling objektif dan rasional. Putusan Mahkamah Konstitusi wajib memuat fakta yang terungkap dalam persidangan dan pertimbangan hukum yang menjadi dasar putusan. Dengan begitu diharapkan setiap putusan yang diambil akan menampakkan dan mengandung nilai kebenaran dan keadilan.

(i) pemeriksaan alat-alat bukti lain yang berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu; Setelah pemeriksaan persidangan dinyatakan selesai, pihak-pihak diberikan kesempatan menyampaikan kesimpulan akhir secara lisan dan/atau tertulis selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari kerja sejak hari persidangan terakhir; Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH) dilakukan secara tertutup dan rahasia dan terakhir pembacaan putusan yang terbuka untuk umum. (PMK No.6/PMK/2005).

165 Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 2001, hlm175, lihat juga dalam Harahap, Zairin, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm 142.

166 Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang, Setjen dan Kepaniteraan MKRI*, Jakarta. 2005, hlm 30.

167 Lihat Pasal 45 ayat (1) dan (2), "Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim. "Putusan Mahkamah Konstitusi yang mengabulkan permohonan harus didasarkan pada sekurang-kurangnya 2 (dua) alat bukti".

Putusan (*vonis*, *decision*) merupakan norma hukum konkret atas suatu perkara yang dikeluarkan oleh lembaga peradilan (*hakim*) dalam rangka pelaksanaan tugas yudisialnya. Putusan adalah produk utama pengadilan atas suatu sengketa/perkara yang paling ditunggu oleh pihak-pihak yang berperkara, oleh karena itu setiap putusan yang dihasilkan oleh pengadilan diharapkan dapat mencerminkan keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan. Hukum dituntut memenuhi tiga ranah keberlakuan, yang oleh Gustav Radbruch disebut *triadism*.¹⁶⁸ Gustav Radbruch menyatakan, seharusnya dalam suatu putusan mengandung *idee des recht* (*cita hukum*), yang meliputi unsur keadilan (*Gerechtigkeit*), kepastian hukum (*Rechtsicherheit*) dan kemanfaatan (*Zweckmasigkeit*).¹⁶⁹ Ketiga unsur tersebut sedapat mungkin harus diakomodir dalam suatu putusan secara proporsional. Dalam pandangan hukum progresif, manakala terdapat kebuntuan untuk menghadirkan ketiga unsur tersebut, maka unsur keadilan harus diletakkan di atas kepastian hukum, keadilan di atas peraturan hukum. Menurut Radbruch, bahwa seorang hakim dapat mengabaikan hukum tertulis (*statutory law/state law*) apabila hukum tertulis tersebut ternyata dalam praktiknya tidak memenuhi rasa keadilan sebagaimana oleh masyarakat pencari keadilan.¹⁷⁰

Putusan hakim konstitusi harus dibuat atas dasar alat bukti dan keyakinan hakim, dimana keyakinan tersebut harus diperoleh dari minimal dua alat bukti yang dihadirkan.¹⁷¹ Atas dasar alat-alat bukti yang diajukan oleh pihak-pihak yang berperkara tersebut, maka hakim akan mengetahui fakta atau peristiwa konkret untuk kemudian dilakukan pencarian, penelitian/penelaahan dan pemilihan hukum sebagai dasar diambilnya putusan. Putusan Mahkamah Konstitusi wajib memuat fakta-fakta persidangan dan pertimbangan hukum yang menjadi dasar hukum putusan.¹⁷² Dengan demikian, hakim telah berusaha semaksimal mungkin untuk dapat menjatuhkan putusan yang objektif, adil,

168 Suteki, Kebijakan Tidak Menegakkan Hukum (*Non Enforcement of Law*) demi Pemuliaan Keadilan Substantif, Pidato Pengukuhan disampaikan pada Upacara Penerimaan jabatan Guru Besar dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm 37.

169 Bambang Sutyoso, Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm.118.

170 Suteki, *op cit*, hlm. 39.

171 Pasal 45 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi.

172 Pasal 45 ayat (3) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi.

dan tidak dipengaruhi oleh unsur apapun kecuali sikap objektivitas dan rasa keadilan itu semata.¹⁷³

Ada tiga jenis Putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar, antara lain:¹⁷⁴

- (1) menyatakan permohonan tidak dapat diterima, apabila Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 dan Pasal 51.
- (2) menyatakan permohonan dikabulkan, apabila Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan. Dalam putusan tersebut Mahkamah Konstitusi harus dengan jelas menyatakan:
 - (a) Materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan menyatakan bahwa materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
 - (b) Dalam hal pembentukan undang-undang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan dan menyatakan undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
- (3) Menyatakan permohonan ditolak, apabila undang-undang dimaksud tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, baik mengenai pembentukan maupun materinya sebagian atau keseluruhan.

Sesuai dengan ketentuan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan permohonan dikabulkan haruslah didasarkan oleh permohonan yang beralasan. Posita permohonan adalah dasar yang dijadikan acuan pengujian oleh hakim konstitusi. Dalam pada itu, posita permohonan pemohon wajib menguraikan

173 Sudikno Mertokusuma, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 2001, hlm 175.

174 Lihat Pasal 56 UU No.24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

dengan jelas bahwa: pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan/atau materi muatan dalam ayat, Pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dalam hal Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan pengujian materiil, maka Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian undang-undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan menyatakan bahwa materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Selanjutnya, dalam hal Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan uji formil, maka amar putusan Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pembentukan undang-undang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan undang-undang (seluruhnya) tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.¹⁷⁵

Secara normatif, putusan Mahkamah Konstitusi didasarkan pada ketentuan Pasal 48 ayat (2) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi juncto Pasal 33 PMK 06/PMK/2005, yang pada prinsipnya harus memuat:

- (1) kepala putusan berbunyi: “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA”;
- (2) identitas Pemohon;
- (3) ringkasan permohonan yang telah diperbaiki;
- (4) pertimbangan terhadap fakta yang terungkap dalam persidangan;
- (5) pertimbangan hukum yang menjadi dasar putusan;
- (6) amar putusan;
- (7) pendapat berbeda dari Hakim Konstitusi; dan
- (8) hari dan tanggal putusan, nama dan tanda tangan Hakim Konstitusi, serta Panitera.

175 Lihat Pasal 57 UU MK

Bagian putusan yang memuat pertimbangan terhadap fakta yang terungkap dalam persidangan harus memuat:¹⁷⁶ (a) pendirian Pemohon terhadap permohonannya dan keterangan tambahan yang disampaikan di persidangan; (b) keterangan Presiden/Pemerintah, DPR, dan/atau DPD; (c) keterangan pihak terkait; dan (d) hasil pemeriksaan alat-alat bukti. Dengan begitu, maka setiap pertimbangan hakim tidak akan lepas dari pokok konteks yang diperkarakan dan fakta-fakta yang terungkap dalam persidangan. Pertimbangan hukum yang menjadi dasar putusan, seperti yang termaktub dalam Pasal 35 PMK Nomor 6/PMK/2005 setidaknya harus memuat maksud dan tujuan permohonan;

- (1) kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagaimana dimaksud Pasal 24 huruf c UUD 1945 juncto Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Mahkamah Konstitusi;
- (2) maksud dan tujuan permohonan;
- (3) kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagaimana dimaksud Pasal 24 huruf c UUD 1945 juncto Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Mahkamah Konstitusi;
- (4) kedudukan hukum (legal standing) Pemohon;
- (5) alasan dalam pokok permohonan sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (3) huruf a dan/atau b Undang-Undang Mahkamah Konstitusi;
- (6) kesimpulan mengenai semua hal yang telah dipertimbangkan.

Ketentuan Pasal 56 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, dilihat dari isinya terdapat 3 (tiga) jenis putusan Mahkamah Konstitusi, yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan ditolak, serta permohonan dikabulkan. Hukum acara pengujian undang-undang tidak mengenal putusan gugur maupun putusan verstek, dalam arti, meskipun permohon atau termohon tidak hadir dalam persidangan, pemeriksaan perkara akan tetap dilanjutkan.¹⁷⁷ Dalam praktik dikenal putusan sela (provisi),¹⁷⁸ meskipun Undang-Undang

¹⁷⁶ Pasal 34 PMK Nomor 6/PMK/2005

¹⁷⁷ Bambang Sutyoso, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2006. hlm 122.

¹⁷⁸ Lihat Putusan Sela Nomor 133/PUU-VII/2009, dengan Pemohon Bibit Samad Riyanto dan Chandra M Hamzah yang mengajukan Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap Undang-Undang Dasar Negara

Mahkamah Konstitusi dan PMK Nomor 6/PMK/2005 sendiri tidak mengaturnya.

Beberapa sifat dan karakteristik putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang adalah sebagai berikut.¹⁷⁹

(1) Putusan Declaratoir dan Constitutief

Putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang mengandung muatan putusan yang bersifat deklaratur, yaitu bersifat menerangkan atau penegasan terhadap apa yang sah. Sifat deklaratur putusan Mahkamah Konstitusi ini tercermin dalam amar putusan sebagaimana diatur oleh Pasal 56 ayat (3), yaitu “dalam hal permohonan dikabulkan, Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian dari undang-undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”. Dalam kedudukannya sebagai negative legislator, amar putusan Mahkamah Konstitusi juga mengandung muatan yang bersifat constitutief, yaitu melahirkan suatu keadaan hukum baru berupa menghilangkan keberlakuan norma hukum yang dinyatakan tidak berkekuatan hukum mengikat. Sifat konstitutif putusan Mahkamah Konstitusi ini tercermin dalam ketentuan Pasal 57 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian, pelaksanaan putusan yang sifatnya deklaratif juga bersifat atomatis (*auto execution*), mengikat sejak putusan dibacakan dalam sidang yang terbuka untuk umum.

(2) Final dan mengikat (*final and binding*)

Dalam ketentuan Pasal 47 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, dinyatakan bahwa “Putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum”. Mahkamah Konstitusi adalah pengadilan tingkat pertama dan terakhir¹⁸⁰, oleh karenanya tidak dimungkinkan adanya upaya hukum lebih lanjut, seperti banding, kasasi ataupun peninjauan kembali. Sebagai konsekuensi, maka

Republik Indonesia Tahun 1945.

179 Maruarar Siahaan, UUD 1945 sebagai Konstitusi yang Hidup, Setjen Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, hlm 158.

180 Pasal 10 UU MK, “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: a. menguji undang-undang... dst.

berdasarkan ketentuan Pasal 60 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi “terhadap materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali”.

(3) Putusan bersifat Prospektif

Pasal 58 menyatakan “undang-undang yang telah diuji oleh Mahkamah Konstitusi tetap berlaku, sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”. Pasal ini mengandung muatan asas praduga konstitusional atau *presumption of constitutionality* dalam hukum acara pengujian undang-undang, dalam arti setiap undang-undang tetap dianggap benar menurut konstitusi sebelum dinyatakan sebaliknya oleh Mahkamah Konstitusi.

Putusan Mahkamah Konstitusi berlaku ke depan dan tidak boleh berlaku surut. Konsekuensinya, akibat hukum putusan hakim bersifat *ex nunc*, yaitu semua akibat hukum yang ditimbulkan oleh atau atas dasar berlakunya undang-undang yang dinyatakan tidak berkekuatan hukum mengikat, tetap diakui dan dilindungi secara hukum sampai dibacakannya putusan dalam persidangan yang terbuka untuk umum.

(4) Putusan bersifat *erga omnes*

Putusan Mahkamah Konstitusi tidak hanya mengikat para pihak yang terlibat dalam perkara (*intra partes*), tetapi juga harus ditaati oleh siapa pun (*erga omnes*)¹⁸¹. Ketentuan mengikat umum putusan Mahkamah Konstitusi ini dikarenakan sifat hukum publiknya. Tugas hukum acara Mahkamah Konstitusi, khususnya dalam pengujian undang-undang adalah untuk mempertahankan hak dan kepentingan konstitusional yang dilindungi oleh konstitusi akibat berlakunya suatu undang-undang.

Meskipun inisiatif dilakukannya pengujian selalu datang dari pihak-pihak yang merasa hak atau kewenangan konstitusionalnya dilanggar oleh suatu undang-undang (pihak-pihak yang memiliki *legal standing*), tetapi karena sifat objek pengujian yang berlaku umum menjadikan putusan Mahkamah

181 Bambang Sutiyoso, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2006. hlm 43.

Konstitusi juga berlaku dan berdampak secara umum.

Hukum putusan yang dijatuhkan oleh Mahkamah Konstitusi sejak dibacakan dalam persidangan yang terbuka untuk umum bersifat ¹⁸²:

- a. Final dan mengikat. Setelah diuji akan menjadi jurisprudence tetap dan tidak dapat diuji lagi). Pasal 60 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi menyatakan “terhadap materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji tidak dapat dimohonkan pengujian kembali”.
- b. Putusan yang bersifat Declaration. Pasal 56 ayat (3) menyatakan “dalam hal permohonan dikabulkan, Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian dari undang-undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.”

Prospektif/Non Retroaktif (tidak berlaku surut). Pasal 58 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi menyatakan “undang-undang yang telah diuji oleh Mahkamah Konstitusi tetap berlaku, sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”. Erge Omnes dalam pengujian undang-undang, putusan akan mengikat seluruh warga negara Indonesia.

- a. Pembatalan suatu Undang-Undang. Undang-Undang yang berlaku adalah undang-undang yang berlaku sebelumnya. Meskipun hal tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, tetapi sudah menjadi praktik umum Mahkamah Konstitusi di dunia.
- b. Praktik di masa mendatang. Temporary constitutional dengan grace periode tertentu, pembuat undang-undang harus memperbaiki Pasal atau bagian dari undang-undang yang dinyatakan tidak berkekuatan hukum mengikat oleh Mahkamah Konstitusi.
- d. Implikasi Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi

Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar adalah wujud terlembagakannya

182 Maruarar Siahaan, UUD 1945 sebagai Konstitusi yang Hidup, Setjen Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, hlm. 36.

supremasi konstitusi dalam sistem ketatanegaraan. Dengan kewenangannya menghilangkan keberlakuan suatu norma undang-undang tersebut, maka Mahkamah Konstitusi sering disebut sebagai pembuat undang-undang dalam arti negatif, berkebalikan dari fungsi parlemen sebagai pembuat undang-undang dalam arti positif. Hans Kelsen¹⁸³ menyatakan, *the annulment of a law is legislative function, an-ac-so to speak-of negative legislation. A court wich is competent to abolish laws-individually or generally- function as a negative legislator.* Dalam perspektif yuridis-normatif, maka ketentuan dalam Pasal 56 dan Pasal 57 secara ketat hanya memberikan ruang bagi Mahkamah Konstitusi sebagai negative legislator.

Sebelum membahas lebih jauh putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang, berikut diuraikan tentang putusan peradilan administrasi sebagai perbandingan. Praktik *judicial activism* di Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) diartikan sebagai keaktifan hakim yang didasarkan pada asas *dominus litis* (asas hakim aktif). Dalam proses peradilan, keaktifan Hakim dimaknai sebagai “Hakim Aktif” untuk menemukan hukum yang akan diterapkan terhadap kasus konkret yang diperiksa, diadili dan diputus oleh Hakim. Keaktifan mengikuti perkembangan hukum dan kebijakan publik beserta perubahan-perubahannya menjadi bagian dari keaktifan Hakim (*Judicial Activism*) dalam proses peradilan.

Perubahan-perubahan itu menuntut Hakim harus menerapkan ketentuan hukum yang baru atau mengubah suatu ketentuan hukum lama dengan cara menemukan atau menciptakan hukum (*judge made law*). Oleh karenanya perlu penguasaan metode penemuan hukum dalam berbagai metode interpretasi maupun penghalusan hukum oleh Hakim; dan itulah hakikat keaktifan Hakim (*judicial activism*) untuk mengisi kekosongan hukum, sehingga putusan Hakim dapat mencerminkan rasa keadilan hukum masyarakat.¹⁸⁴ *Judicial activism* hakim dalam menegakkan hukum dan keadilan sebagaimana tercermin dalam putusan-putusannya seringkali terhambat oleh asas-asas hukum peradilan administrasi negara sendiri.

183 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Russell & Russell, New York, 1961, hlm. 268.

184 Rumusan Hasil Diskusi Kelompok IV Bidangperadilan Tata Usaha Negara pada Rakernas Mahkamah Agung RI Tahun 2011 di Jakarta.

Hakim Peradilan Tata Usaha Negara pada prinsipnya tidak dapat menerapkan asas ultra petita.¹⁸⁵ Hakim Tata Usaha Negara dilarang untuk mengeluarkan putusan yang tidak diminta atau melebihi dari yang diminta oleh Penggugat. Hakim hanya dimungkinkan untuk melakukan *reformatio in peius*, yaitu bentuk amar ultra petita di mana dalam amarnya hakim memberikan keputusan yang lebih merugikan pihak penggugat. Karena itulah keaktifan hakim tingkat pertama harus diwujudkan dalam proses pemeriksaan persiapan dengan memberikan saran kepada Penggugat dalam petitum gugatan berdasarkan pada Pasal 53, Pasal 97, dan Pasal 116 Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara.

Dalam masalah perintah penerbitan keputusan TUN yang baru sebagaimana ketentuan Pasal 97 ayat 8 dan 9 UU No 5 tahun 1986, ternyata dalam praktik tidak sesederhana yang dibayangkan (dengan anggapan setelah adanya perintah-perintah dari hakim tersebut, maka kemudian sengketa yang ada semuanya selesai¹⁸⁶). Sistem PTUN tidak bisa lepas dari asas-asas hukum administrasi negara yaitu: “*dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten*” (hakim tidak boleh duduk di kursi pemerintah)¹⁸⁷. Akibat dari diterimanya prinsip demikian dalam hukum administrasi, maka hakim tidak mempunyai kewenangan untuk mendikte isi dari keputusan yang harus diterbitkan oleh tergugat/terhukum.¹⁸⁸ Prinsip ini membatasi secara ketat pada hakim dalam putusannya untuk tunduk dalam kerangka petitum gugatan. Hakim juga tidak diperbolehkan keluar dari batas-batas bentuk amar sebagaimana diatur dalam Pasal 97. Padahal dalam kasus konkret, kekerasan teks dan prinsip ini terkadang membelenggu hakim untuk mewujudkan keadilan yang sesungguhnya, tidak hanya bagi penggugat, akan tetapi juga bagi pihak ketiga yang tersangkut dalam perkara.

Sebagai ilustrasi dari pemakaian asas ini dalam praktik adalah Putusan PTTUN Jakarta No 03/G/91/PTTUN Jakarta, yang mengabulkan penundaan pemecatan seorang pegawai negeri, amar putusannya tidak memberi penegasan

185 Lihat Buku II Teknis Peradilan TUN, Mahkamah Agung RI Tahun 2009, huruh A C angka 5.

186 Yos Johan Utama, *Membangun Peradilan Tata Usaha Negara Yang Berwibawa*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Dalam Bidang Ilmu Hukum pada FH Undip Semarang, Tahun 2009, hlm. 27.

187 Irfan Fachrudin, *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*, Alumni, Bandung, 2004, hlm. 275.

188 Yos Johan Utama, *Op Cit*, hlm 27.

tentang status penggugat untuk tetap bekerja kembali dan menerima gaji, akibatnya tergugat (administratur) tidak mematuhi penundaan dengan akibat penggugat terkatung-katung nasibnya.¹⁸⁹

Hakim menyelesaikan sengketa terkadang menjadi tidak tercapai karena kondisi demikian, bahkan tidak jarang keberadaan putusan TUN menjadi permasalahan baru,¹⁹⁰ akibatnya tujuan dari para pencari keadilan menjadi tidak tercapai. Sebagai dampaknya, kewibawaan pengadilan juga dipertaruhkan karena kondisi ini. B.J. Schueler mengemukakan sebagaimana dikutip oleh Irfan, bahwa keterbatasan wewenang yang dimiliki hakim, cenderung membuat sengketa administrasi menjadi sengketa yang tidak terselesaikan. Salah satu upaya agar sengketa tersebut benar-benar tuntas, maka sebagian wewenang mengambil kebijakan dapat dilakukan oleh hakim pengadilan administrasi.¹⁹¹ Karena itu, judicial activism hakim harus dibangun dalam kerangka yang lebih luas, meskipun tetap harus dibarengi dengan sikap judicial self-restraint dari para hakim. Berdasarkan uraian tentang peradilan administrasi di atas, memberikan gambaran bahwa peradilan administrasi tidak diperbolehkan membuat putusan ultra petita, tetapi diperbolehkan melakukan judicial activism. Demikian pula, Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang tidak diperbolehkan membuat putusan ultra petita, tetapi diperbolehkan melakukan judicial activism, karena Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan UUD NRI 1945 sesuai dengan alat bukti keyakinan hakim,¹⁹² dan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat,¹⁹³ inilah yang melahirkan positive legislature.

Dengan merujuk pada teori Hans Kelsen tersebut, sesungguhnya Mahkamah Konstitusi memiliki fungsi sebagai negative legislator. Berbeda dengan Parlemen yang memiliki fungsi legislasi, yang secara teoritis disebut sebagai positive legislator.¹⁹⁴ Kenyataannya, Mahkamah Konstitusi dalam

189 Irfan Fachrudin, *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*, Alumnus, Bandung, 2004, hlm. 275.

190 Ibid. hlm 276.

191 Irfan Fachrudin, *Op.Cit*, hlm. 277.

192 Lihat Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

193 Lihat Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman jo UU No. 4 tahun 2004 jo UU No. 48 tahun 2009.

194 Maruarar Siahaan, *UUD 1945 sebagai Konstitusi yang Hidup*, Setjen Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, hlm. 24.

membuat keputusan tidak hanya sebagai negative legislator (penghapus norma), tetapi juga membuat beberapa putusan yang bersifat mengatur. Hal ini secara normatif tidaklah benar, akan tetapi atas dasar alasan kemanfaatan dan mendesakny suatu aturan hukum serta baru dalam sistem hukum yang sedang berjalan, maka putusan tersebut dibenarkan.

Pengambilan putusan semacam ini merupakan suatu keberanian yang luar biasa di bidang hukum, sebab putusan Mahkamah Konstitusi yang menjadi kewenangannya sebenarnya sebatas pada menyatakan pembatalan atas suatu Pasal Undang-Undang. Atas adanya gugatan-gugatan ternyata Mahkamah Konstitusi menafsirkan secara luas, sehingga terdapat putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat "positive legislature". Hal itu dianggap sebagai revolusi di bidang hukum dan kehakiman. Keberanian untuk melakukan lompatan di bidang hukum itu disebut "Rule Breaking."¹⁹⁵

Sejak tahun 2003 ada beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat positive legislature dalam pengujian undang-undang. Pertama, Putusan No. 102/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden. Isi Putusan Mahkamah Konstitusi No. 102/PUU-VII/2009, antara lain¹⁹⁶ mengatur tentang Warga Negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dalam Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) yang masih berlaku atau Paspor yang masih berlaku bagi Warga Negara Indonesia yang berada di luar negeri. Kedua, Putusan No. 4/PUU-VII/2009 yang menguji Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan Pasal 58 huruf f UU 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas UU No. 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Pasal-Pasal tersebut berbunyi "tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih". Pasal-Pasal tersebut dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak

195 R. Soeroso, Pengantar Ilmu Hukum, Sinar Grafika, Jakarta, 1996, hlm. 257.

196 Selengkapny lihat Putusan MK Nomor 102/PUU-VII/2009.

memenuhi syarat-syarat: (1) berlaku bukan untuk jabatan publik yang dipilih (elected officials); (2) berlakunya terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya; (3) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana; dan (4) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

Tentu selalu ada pihak-pihak yang tidak puas terhadap tindakan-tindakan Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan dengan menerapkan prinsip rule breaking sebagaimana dalam putusan yang bersifat positive legislature. Hal ini tidak terlepas dari mahzab dan paradigma pemikiran positivisme hukum yang memang menguasai sebagian besar praktisi dan akademisi hukum Indonesia. Kekhawatiran-kekhawatiran seperti ini tidak hanya terjadi di Indonesia, melainkan juga di beberapa negara yang memiliki Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi Indonesia juga telah memasuki wilayah yang dalam tradisi common law dikenal dengan judicial activism, suatu pemikiran hakim dalam putusan yang kadang-kadang terlihat liberal-progresif dalam pertimbangan hukum putusan.

Dewasa ini, aktivisme yudisial berkembang cepat hampir di seluruh negara dunia. Gagasan yang dahulu lahir dalam praktik atau tradisi common law, saat ini juga merambah di negara-negara yang bertradisi civil law system. Namun demikian, diskursus mengenai aktivisme tersebut turut pula melahirkan pro-kontra di kalangan para elit, akademisi, praktisi, hingga hakim sekalipun. Akibatnya, hingga akhir 1990-an telah terfragmentasi tiga arus kelompok utama. Pertama, kelompok yang berusaha membatasi ruang gerak yudisial (judicial restraint). Kedua, kelompok yang memandang aktivisme yudisial sebagai sine qua non dari pengadilan yang merdeka dan independen. Ketiga, kelompok moderat yang berkehendak agar aktivisme yudisial hanya terbatas untuk kasus-kasus selektif dan eksklusif, khususnya yang menyangkut perlindungan terhadap kaum lemah atau minoritas.

BAB IV

PEMBENTUKAN DAN PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM DALAM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

A. Pembentukan Hukum oleh Hakim dalam Pengujian Konstitusional (Perspektif Teoretik)

Pembentukan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi dipengaruhi oleh berbagai faktor, baik yuridis, filosofis, maupun sosial dan personal. Terkait dengan faktor-faktor tersebut, berikut ditawarkan teori pembentukan hukum dari John Henry Merryman, teori bekerjanya hukum dari Robert B. Seidman dan William J. Chambliss, dan teori Cybernetics dari Wiener.

1. Teori Pembentukan Hukum John Henry Merryman dalam Pembuatan Putusan Mahkamah Konstitusi

John Henry Merryman⁹⁰ menegaskan, bahwa hakim adalah seorang pahlawan budaya, atau figur dari seorang bapak. Nama-nama besar dalam common law adalah hakim Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandies, dan Cardozo. Pada tradisi legal sebenarnya telah dibuat, tumbuh, dan berkembang di tangan hakim, dengan alasan kedekatannya dari satu kasus ke kasus, dan membangun sebuah badan hukum yang mengikat hakim-hakim di bawahnya, yang disebut doktrin *stare decisis*, untuk memutuskan perkara yang sama dengan cara yang sama. Hal ini menunjukkan sebuah keadaan yang berlebih pada kekuatan legislatif dan fungsinya.

Sebaliknya pada common law, lebih menekankan pada hukum yang ditemukan oleh hakim, karena masih berfikir bahwa legislasi bertindak semacam

90 John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition An Introduction to The Legal System of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford-California, Second Edition, 1985, hlm 34-38.

fungsi tambahan. Dalam dunia common law, telah terbiasa dengan judicial review pada tindakan administratif. Misalnya di Amerika Serikat, kekuatan hakim untuk memegang legislasi tidak berlaku jika ketidakkonstitusionalan diterima tanpa menimbulkan pertanyaan serius. Hakim menjalankan kekuatan interpretasi yang sangat luas, bahkan dimana perundang-undangan yang berlaku atau tindakan administratif yang ditemukan valid secara legal. Hakim tidak suka menggunakan “supremasi hukum”, hal ini merupakan gambaran yang wajar dari sistem common law, terutama di Amerika Serikat.

Hakim mengikuti sekolah hukum dan kemudian memiliki karir yang sukses pada praktik privat maupun dalam pemerintahan, seringnya sebagai pengacara. Hakim ditunjuk ataupun dipilih pada posisi yudisial dikarenakan beberapa faktor dasar, antara lain sukses dalam praktiknya, reputasi di antara pangacara-pengacara, dan pengaruh politik. Penunjukan ataupun pemilihan sebagai sebuah penyempurnaan prestasi merupakan bentuk pengakuan yang menimbulkan rasa hormat dan prestasi. Hakim dibayar mahal, dan jika berada di jajaran eselon yudisial tertinggi, hakim akan memiliki sekretaris dan juga asisten riset. Jikalau hakim didudukkan di pengadilan tertinggi suatu negara atau kantor kehakiman pusat, namanya akan terkenal di seluruh dunia. Pendapat-pendapatnya akan diperbincangkan di media massa, dibedah dan dikritisi di majalah-majalah legal. Dia menjadi orang yang sangat penting.

Inilah yang dimaksud advokat common law yang lazim disebut hakim. Di negara yang menganut civil law, seorang hakim adalah sesuatu yang sangat berbeda. Hakim adalah pelayan bagi pemerintah, seorang fungsionaris. Suatu karir hukum adalah salah satu kesempatan bagi para siswa lulusan sekolah hukum. Setelah kelulusan, jika menginginkan untuk mengikuti karir yudisial, dia akan mengikuti ujian negara untuk menjadi calon pegawai di pengadilan, dan jika sukses akan ditunjuk menjadi hakim junior (di Perancis dan di beberapa negara lain, harus mengikuti sebuah sekolah khusus bagi hakim terlebih dahulu).

Gambaran hakim civil law adalah sebagai operator dari mesin yang dirancang dan dibangun oleh legislator. Fungsinya adalah salah satu mekanik. Nama-nama besar civil law bukan dari hakim, tetapi orang-orang

dari legislator (seperti Justinian, Napoleon, dan sarjana Savigny). Hakim civil law bukan pahlawan budaya atau figur bapak, hakim adalah seorang pegawai sipil yang melakukan fungsi penting tetapi pada dasarnya tidak memiliki daya cipta. Hakim civil law tidak dikenal luas, bahkan di antara pengacara. Pendapat hukumnya tidak dibaca untuk dipelajari cara berfikirnya, pendapat-pendapat dan prasangkanya. Kecenderungan keputusan-keputusan pengadilan yang lebih tinggi pada yurisdiksi civil law dikuatkan secara alami.

Hakim pada tradisi civil law tidak pernah diartikan sebagai pemain yang memainkan peran di bagian utama. Hal ini diperkuat oleh ideologi anti-yudisial dan konsekuensi logis dari doktrin rasionalistik pemisahan kekuasaan yang ketat. Hakim civil law dengan demikian, memainkan peran yang jauh lebih sederhana dari hakim dalam tradisi common law.

Pembentukan konstitusi yang rigid dan institusi judicial review atas konstitusionalitas undang-undang di beberapa yurisdiksi civil law harus memodifikasi pandangan tradisional hakim civil law. Di beberapa yurisdiksi (misalnya Austria, Italia, Jerman, dan Spanyol), pengadilan khusus konstitusi telah dibentuk. Pengadilan khusus ini bukan bagian dari sistem peradilan umum dan tidak dibuat oleh pengadilan umum. Pengadilan konstitusi ini didirikan sebagai respon terhadap tradisi civil law, dimana hakim tidak dapat diberikan kekuatan tersebut. Pembentukan pengadilan khusus, hakim dipilih secara khusus, lazimnya melalui observasi. Di Indonesia pengadilan khusus konstitusi ini ialah Mahkamah Konstitusi, yang dibentuk sejak tahun 2003.⁹¹

John Henry Merryman⁹² menjelaskan tentang pentingnya interpretasi oleh hakim dalam penemuan hukum, baik dalam tradisi civil law maupun common law. Doktrin pemisahan kekuasaan menganggap bahwa pengadilan tidak diperkenankan melakukan fungsi interpretatif, tetapi harus merujuk pada masalah penafsiran hukum yang ditentukan badan legislatif itu sendiri sebagai solusi. Legislatif akan memberikan interpretasi otoritatif untuk memandu hakim. Dengan cara ini kecacatan hukum akan terhindari, pengadilan akan dicegah untuk membuat hukum, dan negara akan aman dari ancaman tirani

91 Berdasarkan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Undang-Undang Nomor 8 tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

92 John Henry Merryman, *opcit*, hlm 40-47.

yudisial. Para fundamentalis civil law, menegaskan interpretasi otoritatif oleh pembuat undang-undang hanya semacam interpretasi yang diperbolehkan. Jika hakim mengalami keraguan, maka dia menyerahkan keraguan itu kepada komisi undang-undang khusus yang diciptakan untuk tujuan itu.

Di Perancis misalnya, perkembangan kasasi (membatalkan tuntutan) merupakan langkah yang kronologis. Kecacatan dan ketidaknyamanan akan ketergantungan pada interpretasi otoritatif telah nyata bagi praktisi hukum dalam revolusi Perancis. Mereka tahu bahwa legislatif akan dibanjiri dengan permintaan yang sulit, yang tampaknya sepele, untuk diinterpretasi, dan bahkan menanggapi permintaan tersebut melelahkan. Bagaimanapun, legislatif menghadapi dilema teoretis; mungkin mereka ingin menghindari keharusan untuk memutuskan suatu keraguan dari pengadilan, tetapi tidak bisa membiarkan pengadilan dari pemisahan kekuasaan.

Pada saat Jerman bersatu di bawah Bismark, pemikiran hukum Eropa telah secara terbuka mengakui bahwa hakim itu, memang harus menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari pekerjaan mereka. Tidak ada alasan untuk memperumit masalah yang tidak penting, sehingga Jerman melakukan hal yang rasional, menciptakan pengadilan tertinggi untuk kebenaran hukum dengan membatalkan keputusan yang salah, menunjukkan jawaban yang benar, dan 'merevisi' keputusan yang salah.

Perkembangan dari argumen di atas, menjadi rujukan wajib bagi legislatif untuk memberikan fungsi interpretasi keadaan darurat di sebuah pengadilan dengan kekuatan untuk meninjau dan penafsiran yang benar. Argumen itu telah menjadi bahan diskusi dan tulisan, sebagian untuk menentukan batas-batas kekuasaan interpretatif dan bagaimana kekuasaan yang harus dilakukan. Masa scholarship, interpretasi di negara-negara civil law adalah bagian ekspresi kegelisahan dan kecemasan atas fakta bahwa pengadilan menafsirkan undang-undang, akan menyalahgunakan kekuasaan penafsirannya. Hanya sebagian kecil yang berfokus pada proses penafsiran yang benar. Banyak penulis telah berusaha untuk membuktikan bahwa interpretasi hukum benar-benar tidak bertentangan dengan supremasi legislatif dan pemisahan kekuasaan yang ketat. Para penulis telah peduli untuk mendefinisikan batas-batas interpretasi

guna mewujudkan kepastian hukum, dan pencegahan tirani yudisial dan ketidakbertanggungjawaban.

Sebagaimana telah diketahui, bahwa ideologi revolusioner diasumsikan bahwa legislasi sistematis akan jelas, lengkap, dan koheren, mengurangi fungsi hakim dari salah satu penerapan hukum (yaitu undang-undang) dengan fakta-fakta.

Banyak orang awam bahkan beberapa pengacara, tetap percaya bahwa pengadilan diikat oleh keputusan sebelumnya, dan bahwa proses menemukan dan menerapkan keteladanan pada kasus seharusnya relatif secara otomatis. Hal ini terjadi pada proses peradilan yang bekerja pada common law dan tradisi civil law. Seperti halnya dogma, peraturan yang lengkap dan koheren gagal untuk bertahan, bahkan mementingkan pada yurisprudensi (istilah civil law bagi keputusan-keputusan pengadilan). Pengadilan harus mengisi kesenjangan dalam skema legislatif dan mendamaikan undang-undang yang tampak bertentangan. Meskipun teks undang-undang tetap-tidak berubah, arti dan aplikasinya sering berubah dalam merespons fakta sosial, dan masalah baru yang muncul, bahkan tidak tersentuh oleh perundang-undangan yang ada. Cita-cita akan kepastian hukum menjadi tak terjangkau dalam menghadapi ketidakpastian yang ada pada kenyataannya, di mana penentuan hak-hak dari berbagai pihak harus menunggu hasil dari litigasi. Pada praktiknya hakim tidak dibebaskan secara tegas, lengkap, koheren, meramalkan dari keharusan menafsirkan dan menerapkan undang-undang. Seperti hakim common law, terlibat dalam proses penting, kompleks, dan sulit. Hakim harus menerapkan undang-undang yang jarang digunakan, dan mengisi kesenjangan serta menyelesaikan konflik dalam skema legislatif. Hakim harus beradaptasi dengan kondisi hukum yang berubah-ubah.

Hakim tidak diperbolehkan mengatakan bahwa hukum tidak jelas, dan karena itu mengabaikan tindakan. Masalah penafsiran menjadi salah satu pembenaran keputusan oleh hakim bila arah legislatif tidak jelas. Keduanya membuat hakim dalam hal menyelesaikan kasus bertindak sebagai legislatif, dan menunjukkan kepada pihak-pihak yang tidak bertanggung jawab atas hukum. Hal ini bahkan lebih buruk lagi, di mana legislatif gagal dalam membuat aturan

apapun. Di sini hakim dengan jelas mengatur kasus ini, dan bahkan lebih bahaya ketika undang-undang berbeda arti pada saat dilaksanakan, dalam hal ini peran hakim sebagai pembuat keputusan tampaknya sudah jelas.

Menafsirkan undang-undang berarti memperjelas makna sebenarnya berdasarkan kata-kata sesuai atau yang berhubungan dengan niat legislatif. Undang-undang harus diterapkan sesuai dengan arti yang jelas, dan jika tidak jelas, maka hakim harus melihat maksud legislatif dalam membuat undang-undang tersebut. Hakim mengartikan apa yang dimaksudkan legislator ketika menggunakan kata-kata tersebut. Makna yang diberikan oleh legislator mungkin bisa membantu pada beberapa kasus, namun proses rekonstruksi sejarah membentuk dan mengekspresikan maksud perwakilan legislatif adalah usaha yang sangat berisiko.

Masalah interpretasi yang paling sulit untuk dipecahkan secara konsisten antara supremasi legislatif dan pemisahan kekuasaan adalah penafsiran evolutif. Fenomena ini cukup akrab, misalnya sebuah undang-undang lama, jika diterapkan dengan cara tradisional akan memberikan hasil yang tidak diinginkan dalam sebuah kasus oleh seorang hakim. Ini tidak berarti bahwa interpretasi itu salah, seringkali hal ini akan dikonfirmasi oleh putusan Mahkamah Agung Kasasi (atau padanannya Mahkamah Konstitusi di Indonesia). Masalah bagi hakim adalah bahwa jika memutuskan menurut penafsiran lama, hasil dari kasus ini akan menyinggung dia sendiri, para pihak, dan masyarakat, serta meminta legislatif untuk mengubah hukum agar memenuhi persyaratan modern. Namun hal ini juga bisa tidak memberikan kepuasan bagi para pihak dalam kasus, dan itu akan membuat tuntutan lagi di legislatif. Akibatnya ada kesepakatan umum dalam yurisdiksi civil law bahwa hakim memiliki kekuasaan untuk menafsirkan secara evolusi.

Keputusan pengadilan bukan sumber hukum, karena hal ini akan melanggar aturan terhadap pembuatan peraturan hukum jika keputusan pengadilan itu harus mengikat pengadilan berikutnya. Pandangan ortodoks di atas, bahwa pengadilan tidak terikat oleh keputusan pengadilan lain dalam yurisdiksi civil law. Secara teori, meskipun pengadilan tertinggi sudah bicara tentang resolusi yang tepat pada suatu keraguan, pengadilan terendah dalam

yurisdiksi dapat memutuskan berbeda. Meskipun tidak ada aturan formal (*stare decisis*), tetapi praktik bagi seorang hakim dipengaruhi oleh keputusan-keputusan sebelumnya. Keputusan peradilan secara teratur diterbitkan dalam sebagian yurisdiksi civil law. Seorang hakim memutuskan kasus sering merujuk pada kasus sebelumnya. Apapun ideologi revolusi mungkin mengatakan tentang nilai preseden, faktanya adalah bahwa pengadilan tidak bertindak sangat berbeda terhadap keputusan yang dilaporkan dalam yurisdiksi civil law daripada pengadilan di Amerika Serikat.

Mengacu pada teori John Henry Merryman di atas, bahwa hakim dalam membentuk hukum berdasarkan pada undang-undang, melakukan interpretasi ketika undang-undang tidak jelas atau tidak ada aturan yang dapat diterapkan pada kasus konkret, dan sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Demikian pula, Mahkamah Konstitusi RI dalam memeriksa dan mengadili kasus konkret berdasarkan pada konstitusi (UUD NRI 1945), dan ketika UUD NRI tidak mengatur secara tegas terkait dengan kasus yang diperiksa maka Mahkamah Konstitusi melakukan penafsiran terhadap maksud asli dari Pasal UUD NRI (*original intent*) untuk mewujudkan keadilan substantif.

2. Teori Bekerjanya Hukum Seidman & Chambliss dalam Pembuatan Putusan Mahkamah Konstitusi

Menurut teori bekerjanya hukum dari Robert B. Seidman dan William J. Chambliss,⁹³ pembentukan hukum dan implementasinya tidak akan terlepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal, kekuatan sosial politik. Teori bekerjanya hukum ini dapat menjelaskan bagaimana pengaruh dari personal, lingkungan ekonomi, sosial, budaya, serta politik dalam proses pembentukan dan implementasinya. Itulah sebabnya kualitas dan karakter hukum juga tidak lepas dari pengaruh bekerjanya kekuatan-kekuatan sosial dan personal tersebut⁹⁴, terutama kekuatan-kekuatan politik pada saat hukum itu dibentuk. Dalam konteks hukum yang berupa Undang-Undang, kekuatan-kekuatan personal yang dimaksud adalah realitas kekuatan-kekuatan politik di lingkungan di DPR RI dan pemerintah, dimana kekuatan-kekuatan politik itu

93 Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*. Angkasa, Bandung, 1986, hlm. 26-27.

94 Robert B. Seidman, dan William J. Chambliss, dalam Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Suryandaru Utama, Semarang, 2005. hlm. 11.

adalah sebagai pembentuk UU. Hukum atau peraturan yang telah dibentuk tersebut dapat langsung berlaku karena adanya daya dukung, yang berupa kekuatan politik ataupun kekuatan hukum itu sendiri karena di dalamnya adanya daya pemaksa (misalnya sanksi). Menurut teori bekerjanya hukum dari Seidman dan Chambliss, bahwa setiap peraturan hukum itu menunjukkan aturan-aturan tentang bagaimana seseorang pemegang peran diharapkan untuk bertindak.

- (1) Tindakan apa yang akan diambil oleh seseorang pemegang peran sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dari aktivitas lembaga pelaksanaannya, serta dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya;
- (2) Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pelaksana sebagai respons terhadap peraturan-peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi.
- (3) Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pembuat undang-undang sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-saksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi.

Mengacu pada point 3 (tiga) di atas, memberi gambaran bahwa pembentukan putusan Mahkamah Konstitusi dikendalikan tidak hanya oleh peraturan hukum yang ada (undang-undang dan konstitusi) saja, tetapi dikendalikan juga oleh kekuatan sosial dan personal. Kekuatan sosial perlu dipertimbangan dalam membuat putusan. Kekuatan sosial berkenaan dengan keadilan yang diharapkan masyarakat yaitu keadilan substantif. Dengan demikian keadilan substantif merupakan aspek utama yang harus dipertimbangkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan.

Putusan Mahkamah Konstitusi ini tidak dapat dilakukan hanya dengan hukum yang ada, artinya harus ada daya dukung yang akan membantu sehingga Putusan Mahkamah Konstitusi ini dapat dilaksanakan. Mengacu pada teori bekerjanya hukum dapat dijelaskan bahwa berlakunya aturan hukum dapat dipengaruhi oleh kekuatan personel, lingkungan sosial, ekonomi, sosial, budaya, dan politik. Salah satu kekuatan sosial di sini adalah jaringan sosial.

3. Teori Cybernetics dalam Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi

Cybernetics merupakan salah satu teori sistem mekanis (mechanism system), yang secara analogi diterapkan dalam kehidupan manusia (living organism-human life). Cybernetics diambil dari kata Yunani, "kubernetes" yang sama artinya dengan "steersman" atau "governor", yang dalam bahasa Indonesia dapat dipadankan dengan istilah "alat" atau "pengatur" (on an engine). Teori ini untuk pertama kalinya dicetuskan oleh Norber Wiener, seorang Guru Besar Matematika di Massachusetts Institute of Technology (MIT).⁹⁵

Cybernetics adalah teori komunikasi mekanis yang oleh Wiener dibangun atas prinsip-prinsip teori fisika dan matematika, khususnya teori probabilitas. Kendatipun bertolak dari perkembangan fisika, namun sangatlah penting diingat bahwa Cybernetics bukanlah teori fisika semata. Adalah lebih tepat mengatakannya sebagai transformasi teori komunikasi mekanis yang berakar pada fisika dan matematika ke dalam bentuk kehidupan manusia.

Wiener menyebutkan "perintah" (commands) sebagai dasar utama sistem komunikasi. Perintah oleh manusia digunakan sebagai alat untuk mengatur lingkungannya. Sebagai suatu bentuk informasi, perintah merupakan alat yang berada dalam posisi peralihan antara kondisi yang serba tidak teratur dengan kondisi yang serba teratur.

Perintah yang dikirim oleh suatu pihak kepada pihak lain melalui sistem komunikasi, tidak selalu dapat dipahami seluruhnya oleh pihak penerima perintah. Tindakan atau sikap, sebagai ekspresi dari reaksi penerima perintah,

⁹⁵ Norbert Wiener, *The Human Use of Human Beings, Cibernetic and Society*, Doubleday & Company, Inc, New York 1950, dalam Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rosda Karya, Bandung, 1993, hlm. 44 – 63.

dan refleksi dari keterpahamannya terhadap perintah yang ia terima, sering menunjukkan kesenjangan antara jumlah perintah dengan reaksi atas perintah yang dikirim itu, sehingga bisa terjadi kesalahpahaman, kesenjangan pengertian.

Wiener tidak menemukan perbedaan esensial antara proses pemberian dan penerimaan perintah pada mesin dan manusia. Manusia menerima perintah melalui sistem sarafnya yang bekerja menyerupai sistem mekanis, yaitu melakukan proses seleksi terhadap perintah (pesan) yang diterimanya. Proses ini berlangsung pada sistem saraf yang berfungsi sebagai organ seleksi (sensory organ), setelah terlebih dahulu berlangsung proses penerimaan melalui saraf penerima (receptor-organ), seperti misalnya oleh saraf kinaestesia (kinaesthesia), yang secara keseluruhan dikoordinasikan oleh sistem saraf manusia.

Cybernetics menaruh perhatian besar terhadap proses penyelenggaraan pesan (messages) dalam proses komunikasi itu. Perhatian terpenting oleh Cybernetics ditempatkan pada kesamaan karakteristik yang menjadi dasar dari proses komunikasi itu. Cybernetics akhirnya merupakan suatu teori pesan, khususnya teori tentang kontrol otomatis yang berlangsung pada proses sistem pesan itu, yaitu yang hakikatnya adalah suatu sistem kontrol mekanis.⁹⁶

Pada dasarnya Cybernetics merupakan teori pesan searah, yaitu proses komunikasi (sistem komunikasi) antara pemberi pesan dengan penerima pesan. Pemberi pesan merupakan pihak pertama yang memberi pesan kepada pihak kedua (penerima pesan) yang mengakibatkan timbulnya reaksi pada pihak kedua untuk memberikan informasi kepada pihak pertama, sejumlah kehendak pihak pertama. Tanpa adanya pesan dari pihak pertama, pihak kedua tidak akan memberi reaksi kepada pihak pertama. Pihak pertama, melalui pesan yang diberikannya, juga berkedudukan sebagai pusat energi yang mendorong pihak kedua untuk bereaksi, dan sebagai pengendali (controler) yang mengakibatkan pihak kedua hanya melakukan kegiatan (reaksi) sejumlah kehendak pihak pertama. Karenanya, teori ini disebut juga teori energi searah, atau juga teori kontrol searah.

96 Ibid, hlm 64.

Menurut Wiener, hakikat dari suatu sistem komunikasi adalah sistem perintah searah, dan sistem pengendalian searah. Sistem komunikasi itu merupakan proses hubungan antara “pemberi pesan” (komunikant I) dengan “penerima pesan” (komunikant II), melalui hal itu komunikant I memberikan pesan kepada komunikant II. Jawaban dari (pesan balik) komunikant II semata-mata dianggap sebagai reaksi otomatis (akibat) yang disebabkan oleh adanya aksi (pemberian pesan) dari komunikant I, dan adanya pengendalian searah dari komunikant I yang mengakibatkan komunikant II memenuhi kehendak (perintah-pesan) dari komunikant I. Dalam formulasi kedua (*control the action of another person*) dari pernyataan Wiener itu, proses perintah searah ini menjadi lebih tegas lagi. Bahwa bagi Wiener, sistem pesan dan sistem kontrol otomatis itu hakikatnya adalah sistem pemberian perintah (*imperative mood-order*) searah. Pesan balik (reaksi) dari komunikant atas pesan atau kontrol yang diberikan oleh komunikant I adalah refleksi dari pemahaman dan penerimaan komunikant II atas perintah yang diberikan oleh komunikant I.

Mengacu pada teori cybernetics, bahwa putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak memiliki daya dukung (pemaksa), maka pelaksanaannya harus didukung jaringan sosial yang terkait dengan putusan tersebut melalui perintah dari Mahkamah Konstitusi. Dalam hal ini Mahkamah Konstitusi merupakan Komunikant I dan Jaringan sosial dalam organisasi (KPU) merupakan Komunikant II.

B. Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) oleh Hakim dalam Pengujian Konstitusional

1. Metode Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*)

Ada perbedaan pandangan tentang metode atau penemuan hukum oleh hakim antara yuris Eropa Kontinental dengan yuris Anglo Saxon. Pada umumnya yuris Eropa Kontinental tidak memisahkan secara tegas antara metode interpretasi dengan metode konstruksi. Sebaliknya pengarang Anglo Saxon, misalnya L.B. Curzon,⁹⁷ membuat pemisahan yang tegas antara metode interpretasi dengan konstruksi. Perbedaan prinsip antara interpretasi

⁹⁷ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996. hlm 154.

dan konstruksi sebagaia berikut. Interpretasi atau penafsiran terhadap teks Undang-Undang masih tetap berpegang pada bunyi teks itu, sedangkan pada konstruksi, hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks Undang-Undang, dimana hakim tidak lagi berpegang pada bunyi teks, tetapi mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.

Ada dua pandangan yang berbeda apakah hakim selalu melakukan penemuan hukum atau tidak. Pertama, penganut doktrin Sens Clair. Penganut aliran ini berpendapat bahwa penemuan hukum oleh hakim dibutuhkan jika: (1) peraturannya belum ada untuk suatu kasus in-konkreto, (2) peraturannya sudah ada tetapi belum jelas. Menurut penganut ini, di luar dari keadaan kedua hal di atas, penemuan hukum oleh hakim tidak ada. Menurut Michel van Kertkhov sebagaimana yang dikutip oleh Achmad Ali⁹⁸, bahwa doktrin Sens Clair meliputi 5 butir sebagai berikut.

- a. Ada cek undang-undang yang dimengerti maknanya sendiri dan berdasarkan setiap penjelasan sebelumnya, serta tidak mungkin menimbulkan keraguan.
- b. Karena bahasa hukum berdasarkan bahasa percakapan sehari-hari, maka dapat dianggap semua istilah yang tidak ditentukan oleh pembuat undang-undang tetap saja sama artinya dengan yang dimilikinya dalam bahasa percakapan biasa (sehari-hari).
- c. Kekaburan suatu teks undang-undang hanya mungkin terjadi karena mengandung arti yang ambigius atau karena kekurangtepatan arti yang lazim dari istilah-istilah itu.
- d. Secara ideal biasanya yang dijadikan pegangan bagi pembuat undang-undang adalah ia harus merumuskan teks undang-undangnya dengan sejelas-jelasnya. Kekaburan teks harus dihindari, demikian pula jangan sampai terjadi perumusan yang kurang baik.
- e. Untuk mengetahui adanya kekaburan atau pun tidak adanya kekaburan teks undang-undang, tidak diperlukan penafsiran. Sebaliknya pengakuan tentang jelas atau kaburnya teks menghasilkan kriteria yang memungkinkan untuk menilai apakah suatu penafsiran atau penemuan

98 Ibid, hlm 156.

hukum memang atau tidak diperlukan; dan kalau diperlukan atau tidak hasilnya dalam penerapan hukum adalah sah.

Kedua, penganut penemuan hukum harus selalu dilakukan. Achmad Ali⁹⁹ menyatakan, bahwa hakim selalu dan tidak pernah tidak melakukan penemuan hukum. Bahasa senantiasa terlalu miskin bagi pikiran manusia yang sangat bernuansa. Satu kata sering mempunyai banyak makna. Misalnya, apa yang dimaksud kalau seseorang dikatakan miskin. Kata miskin tersebut dapat berarti miskin secara ekonomi, miskin secara ahlak, atau miskin secara ilmu. Tampaklah bahwa bahasa merupakan alat yang sering menimbulkan kekacauan dalam pembicaraan yang dilakukan terhadap diri sendiri, karena mesti diakui bahwa di luar kesadaran telah menggunakan suatu kata untuk menyatakan lebih dari satu pengertian, sehingga pikiran tetap keruh. Belum lagi jika dengan perantaraan bahasa lisan ataupun tulisan berusaha memindahkan pikiran kepada orang lain, mungkin memberi nilai pada kata yang bersangkutan ternyata bertentangan dengan yang dimaksudkan oleh penulis. Selain itu, ada anggapan bahwa teks undang-undang sudah sangat jelas, sehingga tidak membutuhkan interpretasi lagi. Sebenarnya yang menyatakan demikian, sudah melakukan interpretasi sendiri. Kenyataan tentang jelasnya teks sudah merupakan hasil interpretasinya terhadap teks tersebut. Lebih khusus di dunia hukum, satu kata terabaikan dapat memunculkan makna yang berubah sama sekali. Misalnya, apa yang dimaksud dengan akta autentik. Jawaban yang benar, akta autentik adalah akta yang dibuat oleh atau di hadapan pejabat yang berwenang. Maknanya akan berubah jika dijawab, akta autentik adalah akta yang dibuat oleh pejabat yang berwenang. Dengan jawaban yang terakhir mengandung arti bahwa akta autentik hanya satu jenis yaitu yang dibuat oleh pejabat yang berwenang. Padahal yang tepat adalah jawaban yang pertama yaitu dibuat oleh atau di hadapan pejabat yang berwenang.

Seorang yuris tidak hanya membutuhkan sekedar kemampuan membaca seperti orang lain, tetapi harus mampu menafsirkan dengan tepat apa yang dibaca dan menghubungkannya dengan konteks apa bacaan itu dibaca. Menurut Pitlo sebagaimana dikutip oleh Ahmad ali,¹⁰⁰ membaca suatu teks

99 Ibid, hlm 156.

100 Ibid, hlm. 158.

bukanlah merupakan kegiatan mekanis. Seorang yuris yang tugasnya sebagai penafsir hanya dapat berkembang sepenuhnya jika mempunyai sifat-sifat khas seperti; menguasai kenyataan dan kebutuhan masyarakatnya, memiliki rasa kemasyarakatan yang peka, memiliki rasa keseimbangan, menyadari hal-hal yang esensial dalam suatu masalah, kesediaan untuk mengkonkretkan dan memberi nuansa dalam hubungan antara teks dengan peristiwa konkret.

Suatu UU secara keseluruhan mengandung ratusan bahkan ribuan kalimat, dimana pikiran yang ada dibalik kalimat itu bertujuan untuk memenuhi banyak kebutuhan-kebutuhan yang justru sering saling bertentangan. Suatu Undang-Undang tidak dapat lurus, sebab setiap UU mau tidak mau merupakan suatu kompromi. Kata-kata atau bahasa adalah kurang lengkap, tidak mungkin sempurna dan mampu menampung seluruh konteks, oleh sebab itu penafsiran hukum selalu dilakukan. Semua pembacaan dan semua cara mendengarkan kata-kata yang diucapkan semuanya membutuhkan penafsiran.

Hakim dalam persidangan pada dasarnya mengkonstatasi peristiwa konkret, sekaligus merumuskan peristiwa konkret, mengkualifikasi peristiwa konkret, yang berarti menetapkan peristiwa hukumnya dari peristiwa konkret dan mengkonstitusi atau memberi hukum atau hukumannya. Semua itu pada dasarnya sama dengan kegiatan seorang sarjana hukum yang dihadapkan pada suatu konflik atau kasus dan harus memecahkannya, yang meliputi: (1) legal problem identification, (2) legal problem solving, dan (3) decision making.¹⁰¹

Di persidangan hakim menjalankan tugasnya mengikuti perkembangan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, supaya dapat memberikan putusan yang sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Dalam hal ini hakim harus mengadili menurut hukum. Keadilan menurut Bernard L. Tanya¹⁰², merupakan unsur konstitutif dalam hukum, namun ada kalanya faktual, suatu aturan tidak memiliki muatan keadilan, atau tidak selalu memiliki muatan keadilan. Di sinilah muncul perbedaan antara *lex* dan *ius*, dan oleh karena itu antara *rechts* dan *wet*, antara hukum dan Undang-Undang. *Ius* menunjuk pada cita hukum yang harus tercermin dalam hukum sebagai hukum, yakni keadilan. Sebaliknya

101 Sudikno Mertokusumo, Bunga Rampai Ilmu Hukum, Dihimpun oleh Kuncoro Basuki Retno Supartinah, Edisi Pertama, Cetakan Pertama, Liberty, Yogyakarta, 1984, hlm. 23-24.

102 Bernard L. Tanya, Hukum Politik dan KKN, Srikandi, Surabaya, 2000.hlm.13

lex menunjuk pada aturan hukum yang faktual ditetapkan dan diformalkan. Mengadili suatu perkara, ada kemungkinan bahwa tidak ada peraturan hukum, atau peraturan hukumnya tidak jelas, atau terjadi kekosongan hukum. Dalam hal demikian, maka hakim harus berusaha mencari dan menemukan hukumnya untuk menyelesaikan kasus tersebut.

Menurut Scholten seperti dikutip oleh Siti Malikhatun Badriyah,¹⁰³ penemuan hukum (*rechtsvinding*) berbeda dengan penerapan hukum (*rechtstoepassing*), karena di sini ditemukan sesuatu yang baru. Pengertian Penemuan Hukum menurut Sudiko Mertokusumo,¹⁰⁴ merupakan proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa konkret. Dikatakan lebih konkret lagi bahwa penemuan hukum merupakan kristalisasi atau individualisasi peraturan hukum atau *das sollen*, yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret atau *das sein*. Peristiwa konkret perlu dicarikan hukumnya yang bersifat umum dan abstrak. Peristiwa konkret harus dipertemukan dengan peraturan hukum. Peristiwa konkret itu harus dihubungkan dengan peraturan hukumnya agar dapat tercakup oleh peraturan hukum itu. Sebaliknya, peraturan hukumnya harus disesuaikan dengan peristiwa konkretnya agar dapat diterapkan.

Teori Hukum Progesif dan penafsiran progresif berpegang pada paradigma “hukum untuk manusia”, sebaliknya *analytical jurisprudence* mengikuti paradigma “manusia untuk hukum”. Manusia di sini merupakan simbol dari kenyataan dan dinamika kehidupan. Hukum itu memandu dan melayani masyarakat, karena itu, diperlukan keseimbangan antara statis dan dinamika, antara peraturan dan jalan yang terbuka. Hukum, pengadilan tidak dipersepsikan sebagai robot, tetapi sebagai lembaga yang secara kreatif memandu dan melayani masyarakat. Tugas tersebut dapat dilaksanakan apabila hukum diberi kebebasan untuk memberi penafsiran. Menafsirkan merupakan bagian dari memandu dan melayani.

103 Lihat Scholten dalam Siti Malikhatun Badriyah, *Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm. 89. lihat juga dalam Anton Freddy Susanto, *Semiotika Hukum dan Demokrasi Teks Menuju Progresifitas Makna*, PT Refika Aditama, Bandung, 2005, hlm. 15.

104 Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.* hlm. 75

Penafsiran hukum secara alam pikiran hukum pada dasarnya dapat diterima sebagai jembatan antara Undang-Undang yang statis, kaku dengan masa kini dan masa depan. Hukum akan dicari dan dipercaya masyarakat, ketika mampu menjalankan tugas memandu dan melayani masyarakat.¹⁰⁵ Di era reformasi, hukum diharapkan tidak hanya menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat, tetapi lebih jauh lagi bagaimana hukum menjadi faktor penggerak ke arah perubahan masyarakat (*law is a tool of social engineering*). Penggunaan putusan hakim sebagai a *tool of social engineering* menurut Roscoe Pound, sebagaimana diringkas oleh Ahmad Ali, sebagai berikut:

- a. Fungsi *social engineering* (rekayasa sosial) dari huku maupn putusan hakim, pada setiap masyarakat (kecuali masyarakat totaliter) ditentukan dan dibatasi oleh kebutuhan untuk menyeimbangkan antara stabilitas hukum dan kepastian terhadap perkembangan hukum sebagai alat evolusi sosial.
- b. Kebebasan pengadilan merupakan hal yang esensial dalam masyarakat demokratis, pembatasan lebih lanjut diadakan jika pengadilan menjadi penerjemah-penerjemah yang tertinggi dari konstitusi. Kecenderungan yang menyolok di tahun-tahun akhir ini tidak dapat dicampuri dengan kebijakan modern badan legislatif melalui penafsiran konstitusi yang kaku dan tidak terlalu objektif. Kata-kata yang bermakna luas dari teksteks konstitusi sering melahirkan rintangan-rintangan yang tak teratasi.
- c. Dalam sistem-sistem hukum, di tangan organ politiklah terletak pengawasan yang tertinggi terhadap kebijakan badan legislatif sehingga fungsi hakim menjadi relatif lebih mudah. Fungsi tambahan dari badan pengadilan itu sebagai penafsir peraturan-peraturan politik dan sebagai wasit dari tindakan-tindakan yang bersifat administratif, maka tugas hakim di sini pada hakikatnya menyerahkan kebijakan pada organ-organ yang dipilih dari demokrasi dan membuat penafsiran kebijakan yang sejenis dengan sangat baik. Ini berarti penafsiran yang terbatas dari pemeriksaan-pemeriksaan sejenis itu, seperti pelanggaran keadilan alami.

105 Siti Malikhatun Badriyah, *Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan*, Badan Penerbitan Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm. 91.

- d. Dalam menafsirkan preseden dan undang-undang, fungsi pengadilan dapat dan harus lebih positif dan konstruktif. Penafsiran yang dilakukan dengan sangat baik, dan bersifat membantu kebijakan hukum, dan bukan malah sebaliknya menghalang-halangnya, dikuasai oleh prinsip-prinsip yang sama yang menunjukkan pengekangan-pengekangan pengadilan dalam menyatakan tidak sahnya undang-undang atau tindakan-tindakan pemerintah. Perkembangan hukum melalui penafsiran preseden yang dilakukan dengan luwes akan sangat dibantu jika Mahkamah Agung tidak terlalu terikat pada preseden, seperti yang baru-baru ini disarankan oleh Lord Wright.
- e. Semakin lebih banyaknya penggunaan hukum, huku sebagai alat pengendalian sosial serta kebijakan dalam masyarakat modern, secara bertahap mengurangi bidang "hukumnya pakar hukum" dan dengan demikian, fungsi kreatif dari hakim dalam sistem-sistem hukum kebiasaan, namun hal itu menjadikan perkembangan hukum oleh pengadilan yang kreatif dalam fungsi tambahannya menafsirkan undang-undang dan pembatasan-pembatasan tindakan-tindakan administratif oleh pengadilan bertambah penting.¹⁰⁶

Gagasan hukum progresif yang dikembangkan oleh Satjipto Rahardjo¹⁰⁷ sejak tahun 2002, merupakan lahan persemaian yang bagus bagi pengembangan kekuatan yang tersimpan dalam hukum. Hukum progresif menolak cara berhukum yang menyebabkan hilangnya dinamika hukum. Hukum menjadi statis dan stagnan manakala tidak berusaha menyaingi dan menyingkirkan hambatan-hambatan yang menyebabkan hukum menjadi stagnan. Salah satu hal yang akan terhambat adalah tidak munculnya kekuatan yang sebenarnya ada secara inheren dalam hukum. Kekuatan yang tersimpan itu menjadi tidak muncul karena para penegak hukum sendiri yang menyebabkannya. Penghambatnya adalah cara berhukum yang hanya mengeja teks undang-undang, sehingga tidak muncul kekuatan hukum yang menyelesaikan persoalan.

- a. Pekerjaan hukum lebih dari sekedar logis-rasional, melainkan sesuatu yang menuntut kreativitas dari para pelakunya. Putusan hakim yang

106 Achmad Ali, *Op Cit*, hlm. 206.

107 Satjipto Rahardjo, *Lapisan-Lapisan dalam Studi Hukum*, cetakan pertama, Bayumedia Publishing, 2009, hlm.55

telah mempunyai kekuatan yang pasti (*kracht van gewijsde*), dan merupakan hasil produk penemuan hukum oleh hakim, dapat dibedakan menjadi Penemuan hukum oleh hakim yang hanya sekedar menjadi jalan bagi hakim untuk menerapkan hukum dalam kasus konkret, dan sama sekali tidak mempunyai efek terhadap penyesuaian hukum pada perubahan masyarakat maupun efek melakukan perekayasaan masyarakat.

- b. Penemuan hukum oleh hakim yang merupakan karya hakim untuk menyesuaikan hukum yang dianggap sudah usang atau ketinggalan terhadap perubahan masyarakat.
- c. Penemuan hukum oleh hakim yang merupakan karya hakim untuk memerankan hukum sebagai “a tool of social engineering”. Contoh Penetapan hakim PN Jakarta Barat Selatan No. 546/73 P, tanggal 14 November 1973, tentang perubahan status dari tidak jelas menjadi jelas jenis kelaminnya.

Para hakim di samping dapat melakukan penemuan hukum, dapat juga membentuk hukum. Hasil penemuan hukum merupakan yurisprudensi yang diikuti para hakim, dan untuk pedoman masyarakat, yaitu putusan hukum dalam peristiwa konkret, dan memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi suatu putusan dapat mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan peristiwa konkret. Dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu yang akan datang.¹⁰⁸

Hakim harus mempunyai kemampuan dan kreatif sehingga dapat menyelesaikan dan memutus perkara dengan mencari dan menemukan hukum dalam kasus yang tidak ada peraturan hukumnya. Hakim harus mampu melakukan penemuan hukum untuk dapat memutus perkara sehingga terwujud keadilan yang didambakan masyarakat. Di sini hakim lebih luwes serta luwes untuk menyelesaikan perkara, karena tidak hanya menyampaikan bunyi undang-undang, tetapi dapat melakukan penemuan hukum dari berbagai sumber penemuan hukum dan juga dapat melakukan penciptaan hukum, karena sebenarnya hukum itu ada di dalam masyarakat. Di mana ada masyarakat, di situ tentu ada hukum, tinggal bagaimana hakim menggali,

108 Sudikno Mertokusumo, *Op Cit*, hlm. 37.

sehingga dalam penegakan hukum benar-benar dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Apabila hakim melakukan penemuan hukum berbasis nilai keadilan dalam memutus perkara, dan kemudian putusannya menjadi hukum, maka akan tercipta hukum yang benar-benar sesuai dengan nilai-nilai keadilan yang ada dalam masyarakat.

Selanjutnya hakim dalam penegakan hukum, juga harus mendasarkan diri pada Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, yang merupakan ruh dan penentu arah. Dengan demikian, hakim dalam penegakan hukum harus sesuai dengan grand design system dan politik hukum nasional yang tetap berdasarkan pada paradigma Pancasila,¹⁰⁹ yaitu: (1) paradigma Ketuhanan (moral-religius), (2) paradigma Kemanusiaan (humanistik), (3) paradigma Kebangsaan (persatuan/ nasionalistik), (4) paradigma Kerakyatan (demokrasi), dan (5) paradigm Keadilan Sosial. Grand design system ini menghendaki adanya keseimbangan 3 nilai dasar, yaitu: (1) nilai Ketuhanan (moral-religius), (2) nilai Kemanusiaan (humanistik), dan (3) nilai Kemasyarakatan, yaitu nasionalistik, demokratik, dan keadilan sosial.

Prinsip keseimbangan ketiga nilai dasar tersebut, grand design system dan politik hukum nasional juga harus didasarkan pada ide keseimbangan monodualistik, yang meliputi hal hal sebagai berikut: (1) antara "kepentingan umum" dan "kepentingan individu", (2) antara perlindungan/kepentingan pelaku (ide individualisasi pidana) dan korban, (3) antara faktor objektif dan subjektif, (4) antara kriteria formal dan materiil, dan (5) antara kepastian hukum; kelenturan/fleksibilitas; dan keadilan.

Hakim dalam penegakkan hukum harus berpegang teguh pada prinsip bahwa hukum untuk manusia bukan manusia untuk hukum. Oleh karena itu hakim harus mengedepankan nilai keadilan dalam masyarakat, dan selalu mengikuti dinamika perubahan yang ada dalam masyarakat.

2. Penafsiran Sebagai Metode Penemuan Hukum

Ada pandangan yang mengemukakan bahwa penafsiran konstitusi atau Undang-Undang Dasar tidaklah sama dengan penafsiran hukum. Bertumpu

109 Siti Malikhatun Badriyah, Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm. 88-96.

dari pengertian 'konstitusi' atau 'undang-undang dasar' dan 'hukum', jelaslah memang pengertian 'konstitusi' atau 'undang-undang dasar' itu tidak sama (analog). Oleh karena itu, penafsiran konstitusi atau undang-undang dasar tidaklah begitu saja dianalogkan dengan pengertian penafsiran hukum. Jika konstitusi diartikan sebagai Undang-Undang Dasar (hukum dasar yang tertulis), maka penafsiran konstitusi atau Undang-Undang Dasar hanyalah merupakan salah satu bagian saja dari penafsiran hukum. Penafsiran hukum (dilihat dari bentuk hukumnya) dapat bermakna luas, baik itu penafsiran terhadap hukum yang tertulis maupun hukum yang tidak tertulis. Akan tetapi dalam praktik, pembedaan antara penafsiran konstitusi atau penafsiran hukum itu tidak dapat ditarik secara tegas, karena ketika hakim menafsirkan konstitusi, ia tidak dapat dibatasi hanya dengan melakukan penafsiran terhadap norma-norma hukum tertulisnya saja atau sesuai dengan rumusan teks-nya saja, melainkan dapat saja ia melakukan penafsiran terhadap norma-norma hukum konstitusi yang tidak tertulis, seperti asas-asas hukum umum yang berada di belakang rumusan norma-norma hukum tertulis itu.

Dalam ilmu hukum dan konstitusi, interpretasi adalah penemuan hukum (*rechtsvinding*) dalam hal peraturannya ada tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwanya. Penemuan hukum ihwalnya adalah berkenaan dengan hal mengkonkretisasikan produk pembentukan hukum. Penemuan hukum adalah proses kegiatan pengambilan keputusan yuridik konkret yang secara langsung menimbulkan akibat hukum bagi suatu situasi individual (putusan-putusan hakim, ketetapan, pembuatan akta oleh notaris dan sebagainya). Dalam arti tertentu menurut Meuwissen, penemuan hukum adalah pencerminan pembentukan hukum.¹¹⁰

Menurut J.A. Pontier¹¹¹, ada 2 (dua) teori penemuan hukum, yaitu: (1) penemuan hukum heteronom; dan (2) penemuan hukum otonom. Penemuan hukum heteronom terjadi pada saat hakim dalam memutus perkara dan menetapkan hukum menganggap dirinya terikat pada kaidah-kaidah hukum yang disodorkan dari luar dirinya. Diandaikan bahwa makna atau isi dari

110 Meuwissen, Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum, dialihbahasakan oleh B. Arief Sidharta, PT Rafika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 11.

111 J.A. Pontier, Penemuan Hukum, dialihbahasakan oleh B. Arief Sidharta, Jendela Mas Pustaka, Bandung, 2008, hlm. 94

kaidah pada prinsipnya dapat ditemukan dan ditetapkan secara objektif, atau setidaknya dapat ditetapkan dengan cara yang sama oleh setiap orang.

Penemuan hukum otonom artinya menunjuk pada kontribusi pemikiran hakim. Hakim dapat memberikan masukan atau kontribusi melalui metode-metode interpretasi yang sesuai dengan model penemuan hukum legistik atau melalui metode-metode interpretasi yang baru seperti metode interpretasi teleologikal dan evolutif-dinamikal di mana hakim menetapkan apa tujuan, rentang jangkauan atau fungsi dari suatu kaidah hukum, kepentingan-kepentingan apa yang hendak dilindungi oleh kaidah hukum itu, dan apakah kepentingan tersebut benar terlindungi apabila kaidah hukum itu diterapkan ke dalam suatu kasus konkret dalam konteks kemasyarakatan yang aktual. Metode interpretasi teleologikal dan evolutif-dinamikal ini juga memberikan kepada hakim alternatif kemungkinan untuk menelaah apakah makna pada suatu saat secara umum selalu diberikan pada suatu kaidah hukum tertentu masih sesuai dengan perkembangan aktual masyarakat.

Penafsiran sebagai salah satu metode penemuan hukum (*rechtsvinding*) berangkat dari pemikiran, bahwa pekerjaan kehakiman memiliki karakter logikal. Menurut Sudikno Mertokusumo¹¹², interpretasi atau penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa yang konkret. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna undang-undang.

Penafsiran sebagai suatu metode penemuan hukum secara historis memiliki relevansi dengan tradisi hermeneutik yang sudah sangat tua usianya. Semula hermeneutik merupakan teori yang menyibukkan diri dengan ihwal interpretasi naskah, karena itu pada permulaan digunakan terutama oleh para teolog, yang tugasnya memang berurusan dengan naskah-naskah keagamaan. Kemudian cabang ajaran ilmu ini juga menarik perhatian para historikus, ahli kesusasteraan dan para yuris. Istilah hermeneutik berasal dari bahasa Yunani, yakni kata kerja 'hermeneuein' yang berarti 'menafsirkan' atau 'menginterpretasi' dan kata benda 'hermeneia' yang berarti 'penafsiran' atau 'interpretasi'.

112 Sudikno Mertokusumo, *op cit*, hlm.13.

3. Macam-Macam Penafsiran Hukum dan Konstitusi

Istilah penafsiran konstitusi merupakan terjemahan dari constitutional interpretation. Albert H.Y. Chen, guru besar Fakultas Hukum Universitas Hongkong menggunakan istilah “constitutional interpretation” yang dibedakan dari interpretation of statutes. Penafsiran konstitusi atau constitutional interpretation merupakan penafsiran terhadap ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam konstitusi atau undang-undang dasar, atau interpretation of the Basic Law. Penafsiran konstitusi merupakan hal yang tidak terpisahkan dari aktivitas judicial review. Chen menyatakan: “The American experience demonstrates that constitutional interpretation is inseparable from judicial review of the constitutionality of governmental actions, particularly legislative enactments. Such judicial review was first established by the American Supreme Court in *Marbury v Madison* (1803).”¹¹³

Penafsiran konstitusi yang dimaksud di sini adalah penafsiran yang digunakan sebagai suatu metode dalam penemuan hukum (*rechsvinding*) berdasarkan konstitusi atau Undang-Undang Dasar yang digunakan atau berkembang dalam praktik peradilan Mahkamah Konstitusi. Metode penafsiran diperlukan karena peraturan perundang-undangan tidak seluruhnya dapat disusun dalam bentuk yang jelas dan tidak membuka penafsiran lagi.

Terkait dengan ukuran kejelasan dalam peraturan perundang-undangan (termasuk konstitusi atau Undang-Undang Dasar), Montesquieu mengajukan kriteria untuk menyusun peraturan perundang-undangan sebagai berikut:

- a. Gaya penuturan hendaknya padat dan sederhana; Istilah-istilah yang dipilih hendaknya sejauh mungkin bersifat mutlak dan tidak nisbi, sehingga dengan demikian membuka sedikit kemungkinan bagi perbedaan pendapat individual. Pengutaraan dengan menggunakan ungkapan-ungkapan kebesaran (*grandiose*) dan retorik hanyalah mubasir dan menyesatkan.
- b. Peraturan-peraturan hendaknya membatasi dirinya pada hal-hal nyata dan aktual dengan menghindari hal-hal yang bersifat metaforis dan hipotesis.

113 Setjen dan Kepaniteraan MK, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, 2010, hlm. 63.

- c. Peraturan-peraturan hendaknya jangan terlampau tinggi, oleh karena ia ditujukan untuk orang-orang dengan kecerdasan tengah-tengah saja; peraturan itu bukan latihan dalam penggunaan logika, melainkan hanya penalaran sederhana yang bias dilakukan oleh orang-orang biasa.
- d. Masalah pokoknya jangan dikacaukan dengan kekecualian, pembatasan atau modifikasi, kecuali dalam hal-hal yang sangat diperlukan.
- e. Peraturan tidak boleh mengandung argumentasi, adalah berbahaya untuk memberikan alasan terperinci bagi suatu peraturan, oleh karena yang demikian itu hanya akan membuka pintu untuk pertentangan pendapat.
- f. Harus dipertimbangkan dengan penuh kematangan dan mempunyai kegunaan praktis dan hendaknya jangan mengguncangkan hal-hal yang elementer dalam penalaran dan keadilan serta la mature des choices. Peraturan-peraturan yang lemah, yang tidak perlu dan tidak adil akan menyebabkan orang tidak menghormati perundang-undangan dan menghancurkan otoritas negara.¹¹⁴

Satjipto Rahardjo¹¹⁵ mengemukakan, salah satu sifat yang melekat pada perundang-undangan atau hukum tertulis adalah sifat otoritatif dari rumusan-rumusan peraturannya. Namun demikian, pengutaraan dalam bentuk tulisan atau litera scripta itu sesungguhnya hanyalah bentuk saja dari usaha untuk menyampaikan sesuatu ide atau pikiran. Ide atau pikiran yang hendak dikemukakan itu ada yang menyebutnya sebagai ‘semangat’ dari suatu peraturan. Usaha untuk menggali semangat itu dengan sendirinya merupakan bagian dari keharusan yang melekat khusus pada hukum perundang-undangan yang bersifat tertulis. Usaha tersebut akan dilakukan oleh kekuasaan pengadilan dalam bentuk interpretasi atau konstruksi. Interpretasi atau konstruksi ini adalah suatu proses yang ditempuh oleh pengadilan dalam rangka mendapatkan kepastian mengenai arti dari hukum perundang-undangan.

Sebagai contoh Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 menyatakan “Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah propinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis.” Apabila ketentuan dimaksud diterjemahkan dalam suatu Undang-Undang yang menentukan

114 Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 94-95.

115 Ibid, hlm. 94.

bahwa Gubernur, Bupati, dan Walikota dipilih oleh DPRD, kemudian ada pihak yang mengajukan permohonan kepada Mahkamah Konstitusi karena berpendapat bahwa yang dimaksud dengan demokratis adalah pemilihan langsung, maka Mahkamah Konstitusi dalam memutus permohonan tersebut pasti akan melakukan penafsiran untuk menentukan apa yang dimaksud dengan frasa “dipilih secara demokratis”.

Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo¹¹⁶ mengemukakan, interpretasi atau penafsiran merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan yang gamblang mengenai teks undang-undang agar ruang lingkup kaidah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu. Penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa konkrit. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna undang-undang. Pembenerannya terletak pada kegunaan untuk melaksanakan ketentuan yang konkret dan bukan untuk kepentingan metode itu sendiri.

Di beberapa negara Eropa-kontinental, pandangan mengenai penemuan hukum (*rechtsvinding*) dikaitkan dengan *legisme*, yaitu aliran pemikiran dalam teori hukum yang mengidentikkan hukum dengan undang-undang. Gagasan bahwa penemuan hukum hendaknya memiliki karakter yang sangat formalistik atau logikal, juga ditekankan oleh aliran Teori Hukum *begriffsjurisprudenz*. Aliran ini dianut oleh negara-negara Germania pada abad sembilan belas.¹¹⁷

Ada beberapa macam penafsiran hukum yang sering digunakan oleh hakim dalam penemuan hukum. Satjipto Raharjo mengutip pendapat Fitzgerald, mengemukakan bahwa secara garis besar interpretasi dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu: (1) interpretasi harfiah; dan (2) interpretasi fungsional. Interpretasi harfiah merupakan interpretasi yang semata-mata menggunakan kalimat-kalimat dari peraturan sebagai pegangannya. Interpretasi harfiah merupakan interpretasi yang tidak keluar dari litera legis. Interpretasi fungsional disebut juga dengan interpretasi bebas. Disebut bebas karena penafsiran ini

116 Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, Bab-bab tentang Penemuan Hukum, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 13.

117 J.A. Pontier, *op cit*, hlm. 73.

tidak mengikatkan diri sepenuhnya kepada kalimat dan kata-kata peraturan (litera legis). Penafsiran ini mencoba untuk memahami maksud sebenarnya dari suatu peraturan dengan menggunakan berbagai sumber lain yang dianggap bisa memberikan kejelasan yang lebih memuaskan.¹¹⁸

Di samping beberapa metode penafsiran sebagaimana disebutkan di atas, berdasarkan dari hasil penemuan hukum (*rechtsvinding*), metode interpretasi dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu: (1) metode penafsiran restriktif; dan (2) metode penafsiran ekstensif.

Interpretasi restriktif adalah penjelasan atau penafsiran yang bersifat membatasi. Untuk menjelaskan suatu ketentuan undang-undang, ruang lingkup ketentuan itu dibatasi. Prinsip yang digunakan dalam metode penafsiran ini adalah prinsip *lex certa*, bahwa suatu materi dalam peraturan perundang-undangan tidak dapat diperluas atau ditafsirkan lain selain yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan (*lex stricta*), atau dengan kata lain suatu ketentuan perundang-undangan tidak dapat diberikan perluasan selain ditentukan secara tegas dan jelas menurut peraturan perundang-undangan itu sendiri. Sebaliknya interpretasi ekstensif adalah penjelasan yang bersifat melampaui batas-batas yang ditetapkan oleh interpretasi gramatikal.

Achmad Ali, mengidentifikasi beberapa metode interpretasi yang lazim digunakan oleh hakim (pengadilan), yaitu: (1) metode *subsumptif*, (2) interpretasi gramatikal, (3) interpretasi historis, (4) interpretasi sistematis, (5) interpretasi sosiologis atau teleologis, (6) interpretasi komparatif, (7) interpretasi futuristis, (8) interpretasi restriktif, dan (9) interpretasi ekstensif.¹¹⁹ Semua jenis interpretasi itu, ada yang sangat dalam keterikatannya dengan teks undang-undang, dan ada yang tidak dalam keterikatannya. Jenis interpretasi yang sangat dalam keterikatannya pada teks undang-undang, yaitu: metode *subsumptif*, interpretasi gramatikal, interpretasi histories dan interpretasi sistematis, sedangkan yang tidak terlalu dalam keterikatannya dengan teks undang-undang yaitu: interpretasi sosiologis, interpretasi komparatif dan interpretasi futuristis.

118 Satjipto Rahardjo, op cit, hlm. 95

119 Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologia*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996, hlm 174.

R. Cross menekankan adanya asas-asas umum yang harus diperhatikan jika hakim melakukan interpretasi, yaitu:

- a. *the judge must give effect to the ordinary, or where necessary, technical meaning of words in the general words in relation to the context.*
- b. *If he considers that the application of words in their ordinary sense will lead to an absurd result which cannot really be supposed to have been the intention of Parliament. He may give to the words a secondary meaning which they can carry.*
- c. *He may read into the statute words he considers necessarily implied by words there in and he may alter, ignore or add to the words of the statute so as to prevent a provision from being unreasonable, unworkable or unintelligible.*
- d. *He may use aids to construction, and certain presumptions.*¹²⁰

Berikut adalah beberapa jenis interpretasi yang memiliki keterikatan pada teks undang-undang, yakni:

- a. Metode Subsumtif

Metode subsumtif adalah suatu metode di mana hakim harus menerapkan suatu teks undang-undang terhadap kasus in-konkreto, dengan belum memasuki taraf penggunaan penalaran yang lebih rumit, tetapi sekadar menerapkan silogisme. Achmad Ali¹²¹ menggolongkan metode subsumtif ini ke dalam salah satu jenis interpretasi yaitu interpretasi yang paling sederhana, karena metode subsumtif ini berdasarkan pada bunyi teks undang-undang. Hal ini selaras dengan pengertian interpretasi secara umum, seperti yang ditemukan dalam ensiklopedi Indonesia sebagai berikut: “interpretasi (dari lat: interpretatio = penjelasan, keterangan). Tafsiran mengenai suatu pernyataan, uraian atau naskah; mengemukakan arti luas atau lebih mendalam dari apa yang terlihat atau diketahui sepintas lalu; mengungkapkan hal yang tersirat dari apa yang tersurat. Interpretasi merupakan kegiatan yang mengakibatkan bahwa kenyataan fisik atau psikologis dengan model konsepsional yang memberi arti dan

120 L.B. Curzon, Jurisprudence, M & E Handbook, 1979, hlm 255.

121 Achmad Ali, Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologia), Chandra Pratama, Jakarta, 1996, hlm 176.

tempat bagi kenyataan tersebut, interpretasi sangat tergantung pada watak pribadi latar belakang sosial, pendidikan dan agama si penafsir, serta kepentingan ekonomi, politik dan psikologisnya”.

Pengertian interpretasi di atas, mengandung maksud bahwa hakim sebagai penafsir, senantiasa interpretasinya dalam memaknakan teks undang-undang, sangat tergantung pada latar belakang pengetahuan hukum dan aliran ilmu hukum yang banyak mempengaruhinya. Sudikno Mertokusumo¹²² berpendapat, bahwa: “sistem yang dianut, bertujuan merealisasi pokok pikiran tersebut di atas dengan mengikat hakim pada peraturan perundang-undangan. Dalam sistem ini hakim berpikir secara deduktif, hakim harus mengabstrahir peristiwanya. Sebaliknya peraturannya harus dikonkretisirnya, yang merupakan ciri khas cara berpikir menurut sistem ini adalah subsumptif, yaitu memasukkan peristiwanya dalam peraturan perundang-undangan”.

b. Interpretasi Gramatikal

Interpretasi gramatikal adalah menafsirkan kata-kata dalam undang-undang sesuai kaidah bahasa, kaidah hukum tata bahasa. Pada zaman dulu, interpretasi gramatikal itu memang lebih diprioritaskan daripada jenis interpretasi lain, tetapi sekarang tidak lagi. Dewasa ini setiap jenis interpretasi memiliki kedudukan yang sama, tergantung kasus dan kebutuhannya. Jadi urutan interpretasi mana yang harus diprioritaskan, sifatnya kasusistis.

Interpretasi gramatikal mencoba menemukan makna kata dengan menelusuri kata mana yang oleh pembentuk undang-undang digunakan dalam mengatur peristiwa sejenis itu dan sekaligus menelusuri di tempat lainnya dalam hubungan apa pembentuk undang-undang menggunakan kata yang sama.

c. Interpretasi Historis

Interpretasi historis ini ada 2 (dua) jenis yaitu: (1) interpretasi menurut sejarah undang-undang, dan (2) interpretasi menurut sejarah hukum.

122 Sudikno Mertokusumo, Bunga Rampai Ilmu Hukum, Liberty, Yogyakarta, 1984, hlm. 185.

Interpretasi menurut sejarah undang-undang (*wetshistorisch*) adalah mencari maksud dari perundang-undangan itu seperti apa yang dilihat oleh pembuat undang-undang ketika undang-undang dibentuk dahulu.¹²³ Jadi dalam metode interpretasi ini kehendak pembuat undang-undang dianggap yang menentukan. Oleh karena itu, interpretasi sejarah undang-undang ini bersumber pada surat-surat dan pembahasan di lembaga legislatif ketika undang-undang itu dalam proses penggodo. Interpretasi sejarah hukum (*rechtshistorisch*) adalah metode interpretasi yang ingin memahami undang-undang dalam konteks seluruh sejarah hukum. Sebagai contoh, jika hakim ingin mengetahui betul-betul makna yang terkandung dalam suatu perundang-undangan, maka tidak hanya sekedar meneliti sejarah hingga terbentuknya undang-undang itu saja, melainkan juga masih terus diteliti lebih panjang proses sejarah yang mendahuluinya. Kritik terhadap interpretasi historis ini mengatakan, undang-undang harus dijelaskan berdasarkan undang-undang.

d. Interpretasi Sistematis

Interpretasi sistematis adalah metode yang menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan. Perundang-undangan keseluruhannya di dalam suatu negara dianggap sebagai suatu sistem yang utuh.

Paul Scholten membandingkan interpretasi sistematis ini, dengan jenis interpretasi lain, sebagaimana dijelaskan oleh Achmad Ali,¹²⁴ bahwa:

“untuk mencari hukum yang konkret, sepanjang pencarian hukum itu bersandar pada wibawa undang-undang, penafsiran undang-undang secara historis dan penafsiran gramatikal hanya merupakan sebagian dari pekerjaan yang harus dilakukan sebab yang dipertahankan dalam penerapannya tidak pernah hanya satu ketentuan undang-undang, melainkan selalu hukum pada keseluruhannya. Pada waktu orang mencari maksud dari pembentuk undang-undang atau kata-katanya menurut bahasa sehari-hari orang hanya melihat ketentuannya saja, akan tetapi setiap ketentuan undang-undang merupakan bagian dari

123 Achmad Ali, *op cit*, hlm. 179.

124 *Ibid*, hlm. 181.

suatu undang-undang yang sedikit banyak luas. Undang-undang itu sendiri adalah bagian dari perundang-undangan pada umumnya, dan perundang-undangan itu merupakan bagian dari keseluruhan hukum. Keseluruhan hukum itu merupakan suatu sistem, artinya ada hubungan dan ada kesatuan. Dengan lain perkataan, peraturan yang satu menunjang peraturan yang lain, pertentangan antara peraturan-peraturan yang satu menunjang peraturan yang lain, pertentangan antara peraturan-peraturan satu sama lain tidaklah mungkin; hukum tidak dapat sekaligus memerintah dan melarang, mengharuskan dan menasihatkan untuk tidak melakukan. Setiap peraturan baru yang dikeluarkan oleh pembentuk undang-undang dimasukkan dalam sistem ini, peraturan itu akan mendapat pengaruh dari sistem ini, akan diterapkan dalam hubungannya dengan peraturan-peraturan lain, dan ditafsirkan dengan bertitiktolak dari peraturan-peraturan yang lain. Interpretasi sistematis adalah salah satu bentuk penemuan hukum yang tidak boleh tidak, harus ada”.

Dalam praktik peradilan di Mahkamah Konstitusi jenis penafsiran ini juga digunakan. Contoh dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006 (dalam perkara permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Pasal 34 ayat (3) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman) sebagai berikut. Bahwa apabila ditinjau secara sistematis dan dari penafsiran berdasarkan “original intent” perumusan ketentuan UUD 1945, ketentuan mengenai Komisi Yudisial dalam Pasal 24B UUD 1945 memang tidak berkaitan dengan ketentuan mengenai Mahkamah Konstitusi yang diatur dalam Pasal 24C UUD 1945. Dari sistematika penempatan ketentuan mengenai Komisi Yudisial sesudah Pasal yang mengatur tentang Mahkamah Agung yaitu Pasal 24A dan sebelum Pasal yang mengatur tentang Mahkamah Konstitusi yaitu Pasal 24C, sudah dapat dipahami bahwa ketentuan mengenai Komisi Yudisial pada Pasal 24B UUD 1945 itu memang tidak dimaksudkan untuk mencakup pula objek perilaku hakim konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 24C UUD 1945. Hal ini dapat dipastikan dengan bukti risalah-risalah rapat

Panitia Ad Hoc I Badan Pekerja MPR maupun dari keterangan para mantan anggota Panitia Ad Hoc tersebut dalam persidangan, bahwa perumusan ketentuan mengenai Komisi Yudisial dalam Pasal 24B UUD 1945 memang tidak pernah dimaksudkan untuk mencakup pengertian hakim konstitusi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24C UUD 1945.

e. Interpretasi Sosiologis atau Teleologis

Metode interpretasi sosiologis atau teleologis ini menetapkan makna undang-undang berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Suatu undang-undang yang masih berlaku (sebenarnya sudah usang dan tidak sesuai lagi dengan kebutuhan zaman) diterapkan terhadap peristiwa, hubungan kebutuhan masa kini tidak diperdulikan apakah pada waktu diundangkannya undang-undang itu dikenal atau tidak, misalnya Pemilukada di Yohukimo.

Penerapan interpretasi sosiologis atau teleologis ini, relevan dengan pandangan Salmond (dalam Soerjono Soekanto)¹²⁵ yang menyatakan, bahwa hukum mencakup aturan-aturan dengan nama keadilan, ditegakkan oleh lembaga-lembaga pengadilan negara. Secara lebih tegas lagi dikatakan bahwa hukum terdiri dari prinsip-prinsip yang ditegakkan oleh negara melalui pejabat-pejabat peradilan dengan mempergunakan kekuatan fisik untuk mencapai keadilan (walaupun kemungkinan tetap ada bahwa tujuan tersebut tidak tercapai).

Salmond dengan gigihnya mempertahankan pendiriannya mengenai pentingnya pengadilan. Semua hukum adalah aturan-aturan yang diakui dan ditegakkan oleh pengadilan. Tak ada aturan yang diakui dan ditegakkan oleh pengadilan yang bukan merupakan hukum. Oleh karena itu, maka orang harus ke pengadilan untuk mendapat ketetapan mengenai hakikat hukum yang sebenarnya, dan bukan ke lembaga legislatif.

125 Soerjono Soekanto, *op cit*, hlm. 13.

Pandangan Paul Scholten sebagaimana dikutip Achmad Ali¹²⁶, tentang peran dan kemanfaatan interpretasi sosiologis sebagai berikut.

“Yang ikut menentukan penafsirannya tidak hanya ketentuan-ketentuan dari undang-undang, melainkan juga hubungan-hubungan kemasyarakatannya tempat di mana ketentuan itu diterapkan. Setiap undang-undang bertumpu pada suatu penilaian kepentingan kemasyarakatan, dan bertujuan untuk untuk mempengaruhi apa yang terjadi dalam kenyataan kemasyarakatan itu. Penerapannya terikat kepada kemungkinan-kemungkinan yang diberikan oleh kehidupan kemasyarakatan. Kehidupan itu berubah terus-menerus. Berhubungan dengan itu, peraturan undang-undangan dapat meliputi suatu bidang yang pada mulanya tidak diperuntukkan baginya. Dengan demikian dituntut penafsiran menurut tujuan dari peraturan, menurut hubungan dengan keadaan-keadaan kemasyarakatan tempat berlakunya undang-undang itu. Interpretasi sosiologis atau teleologis menuntut tempatnya dalam penemuan hukum”.

f. Interpretasi Komparatif

Interpretasi komparatif ini adalah metode membandingkan antara berbagai sistem hukum. Dengan demikian metode ini hanya terutama digunakan dalam bidang hukum perjanjian internasional. Misalnya menentukan masa jabatan kepala daerah merujuk di Malaysia, bahwa yang dimaksud jabatan kepala daerah dua dapat ditafsirkan dua kali berturut-turut atau dua kali yang waktunya tidak berturutan.

g. Interpretasi Futuristik

Interpretasi ini menjelaskan undang-undang yang berlaku sekarang (*ius constitutum*) dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum (*ius constituendum*). Misalnya suatu rancangan undang-undang yang masih dalam proses pengundangan, tetapi yang sudah pasti akan diundangkan (*dugaan politis*). Misalnya Putusan

126 Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologia)*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996, hlm 185-186.

MK tentang Hak pengelolaan Pesisir Pantai yang memperhitungkan nasib generasi yang akan datang.

h. Interpretasi Restriktif

Interpretasi restriktif adalah metode interpretasi yang sifatnya membatasi. Misalnya secara gramatikal, pengertian istilah tetangga dalam Pasal 666 KUH Perdata adalah setiap tetangga termasuk seorang penyewa dari pekarangan sebelahnya, tetapi kalau dibatasi menjadi tidak termasuk tetangga penyewa, ini berarti telah dilakukan interpretasi restriktif.

i. Interpretasi Ekstensif

Interpretasi ekstensif adalah metode interpretasi yang melebihi batas-batas hasil interpretasi gramatikal. Contohnya: perkataan menjual dalam Pasal 1576 KUH Perdata ditafsirkan luas yaitu bukan semata-mata hanya berarti jual beli saja, melainkan juga berarti “peralihan hak”.

Di dalam hukum pidana, ada dua pandangan yang berbeda tentang interpretasi ekstensif ini, yaitu:

- a) Menganggap antara interpretasi ekstensif dengan analogi, tidak ada perbedaan, olehnya inti interpretasi ekstensif pun dilarang digunakan untuk perkara pidana (karena melanggar asas legalitas).
- b) Menganggap antara interpretasi ekstensif dengan analogi berbeda.

Salah satu pakar hukum yang menganut pandangan pertama adalah Scholten, seperti yang dikutip oleh Moelyatno¹²⁷, menyatakan bahwa: “baik dalam hal tafsiran ekstensif maupun analogi dasarnya adalah sama, yaitu dicoba untuk mengemukakan norma-norma yang lebih tinggi (lebih umum) atau lebih abstrak dari norma yang ada, dan dari ini kemudian didedusir menjadi aturan yang baru (yang sesungguhnya meluaskan aturan yang ada). Antara keduanya itu hanya ada perbedaan gradual saja”.

Moelyatno¹²⁸ menyatakan, bahwa “Meskipun tidak akan menyangkal bahwa tafsiran ekstensif itu sama sifatnya dengan analogi, dan perbedaannya hanya soal gradasi saja, namun ada juga batas-batasnya yang jelas pula, sampai

127 Moelyatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, (tanpa penerbit), Semarang, 1980, hlm. 18.

128 Ibid, hlm. 19.

di mana yang masih dapat dinamakan interpretasi dan manakah yang sudah meningkat ke analogi, sehingga tidak diperbolehkan". Penafsiran ekstensif berpegang kepada aturan yang ada. Di situ ada perkataan yang diberi arti menurut makna yang hidup dalam masyarakat sekarang, tidak menurut maknanya pada waktu undang-undang dibentuk.

Bagaimana penerapan interpretasi itu? interpretasi mana yang didahulukan dalam suatu kasus konkret? Penggunaan jenis-jenis interpretasi di atas tidak ada urutan tertentu, tergantung kasus dan kebutuhannya. Setiap putusan yang terjadi dengan pertimbangan yang masak adalah suatu hasil pertimbangan argumentasi satu sama lain dan oleh karena itu bernuansa. Siapa yang bekerja dengan tanggung jawab akan mengambil pilihan subjektif dari sejumlah kombinasi. Bahkan terhadap penerapan satu Pasal undang-undang, bisa saja diterapkan berbagai jenis interpretasi, sesuai dengan kebutuhan dan kasusnya. Setiap proses berpikir senantiasa berwujud gabungan. Tidak mungkin dituntut seorang hakim terus-menerus berpikir secara gramatikal atau historis misalnya. Demikian pula tidak mungkin seseorang berpikir terus-menerus secara analogis dan sebaliknya tidak mungkin juga seseorang menolak cara berpikir analogis dalam seluruh kasus konkret.¹²⁹

Hakim dalam menghubungkan antara teks undang-undang dengan suatu peristiwa konkret yang diadilinya, wajib menggunakan pikiran dan nalarnya untuk memilih, metode penemuan hukum apa yang paling relevan untuk diterapkannya dalam perkara itu. Hakim harus jeli dan memiliki wawasan pengetahuan yang luas. Hanya dengan demikian, putusan hakim tersebut dapat dinilai adil dan bermanfaat oleh warga masyarakatnya. Putusan hakim memang hukum, bukan sekadar sumber hukum.

Metode penafsiran sebagaimana yang diuraikan di atas merupakan metode penafsiran yang pada umumnya dikenal sebagai metode penafsiran hukum. Di samping metode penafsiran hukum itu, dalam kepustakaan hukum konstitusi dikenal juga metode penafsiran konstitusi (*conctitutional interpretation method*). Bobbitt mengidentifikasi 6 (enam) macam metode penafsiran konstitusi (*conctitutional interpretation*), yaitu: (1) penafsiran tekstual; (2)

129 Achmad Ali, *op cit*, hlm. 188.

penafsiran historis (atau penafsiran orisinal); (3) penafsiran doktrinal; (4) penafsiran prudensial; (5) penafsiran struktural; dan (6) penafsiran etikal.¹³⁰

Berikut adalah 6 (enam) macam metode penafsiran konstitusi (conccitutional interpretation) menurut Bobbitt, yakni:

(1) Penafsiran tekstual

Penafsiran tekstual (textualism or literalism) atau penafsiran harfian ini merupakan bentuk atau metode penafsiran konstitusi yang dilakukan dengan cara memberikan makna terhadap arti dari kata-kata di dalam dokumen atau teks yang dibuat oleh lembaga legislatif (meaning of the words in the legislative text). Dengan demikian, penafsiran ini menekankan pada pengertian atau pemahaman terhadap kata-kata yang tertera dalam konstitusi atau undang-undang sebagaimana yang pada umumnya dilakukan oleh banyak orang.

(2) Penafsiran historis (Penafsiran orisinal)

Penafsiran historis ini disebut juga dengan penafsiran orisinal, yaitu bentuk atau metode penafsiran konstitusi yang didasarkan pada sejarah konstitusi atau undang-undang itu dibahas, dibentuk, diadopsi atau diratifikasi oleh pembentuknya atau ditandatangani institusi yang berwenang. Pada umumnya metode penafsiran ini menggunakan pendekatan original intent terhadap norma-norma hukum konstitusi. Menurut Anthony Mason, interpretasi atau penafsiran ini merupakan penafsiran yang sesuai dengan pengertian asli dari teks atau istilah-istilah yang terdapat dalam konstitusi. Penafsiran ini biasanya digunakan untuk menjelaskan teks, konteks, tujuan dan struktur konstitusi.

(3) Penafsiran doktrinal

Penafsiran doktrinal merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan cara memahami aturan undang-undang melalui sistem preseden atau melalui praktik peradilan. James A. Hollan dan Julian S. Webb mengemukakan bahwa common law is used to describe all those rules of law that have evolved through court cases (as opposed to those which

130 Sudikno Mertokusumo, loc cit, hlm. 13.

have emerged from parliament).¹³¹ Menurut Bobbitt, metode penafsiran doktrinal banyak dipengaruhi tradisi common law yang digunakan sebagai pendekatannya.

(4) Penafsiran prudensial

Penafsiran prudensial merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan cara mencari keseimbangan antara biaya-biaya yang harus dikeluarkan dan keuntungan-keuntungan yang diperoleh dari penerapan suatu aturan atau undang-undang tertentu. Menurut Bobbitt, *prudential arguments is actuated by facts, as these play into political and economic policies*.

(5) Penafsiran struktural

Penafsiran struktural merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan cara mengaitkan aturan undang-undang dengan konstitusi atau Undang-Undang Dasar yang mengatur tentang struktur-struktur ketatanegaraan. Bobbitt mengemukakan, metode penafsiran ini juga berkenaan dengan pertanyaan-pertanyaan mengenai federalisme, pemisahan kekuasaan dan isu-isu lainnya di lingkungan pemerintahan, di luar isu-isu tentang kebebasan sipil dan hak asasi manusia. Bobbitt mengemukakan, *structuralism as a kind of 'macroscopic prudentialism'*.

(6) Penafsiran etikal

Penafsiran etikal merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan cara menurunkan prinsip-prinsip moral dan etik sebagaimana terdapat dalam konstitusi atau undang-undang dasar. Metode penafsiran ini dikonstruksi dari tipe berpikir konstitusional yang menggunakan pendekatan falsafati, aspirasi atau moral. Dengan demikian metode penafsiran ini dapat digunakan untuk isu-isu yang menekankan pada pentingnya hak-hak asasi manusia dan pembatasan terhadap kekuasaan negara atau pemerintahan. Moralitas konvensional (*conventional morality*) dan filsafat moral (*moral philosophy*) merupakan dua aspek yang sangat relevan sekali apabila digunakan sebagai metode pendekatan dalam metode penafsiran etikal ini.

131 Setjen dan Kepaniteraan MK, Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2010, hlm. 75.

Albert H. Y. Chen mengemukakan, keenam macam metode penafsiran konstitusi yang dikemukakan oleh Bobbitt di atas termasuk kedalam lingkup penafsiran konstitusi yang disebut dengan the purposive approach. Metode penafsiran purposif ini merupakan metode penafsiran yang digunakan untuk memberikan arti atau makna aturan-aturan dalam undang-undang berdasarkan maksud atau tujuan pembentukannya. Metode penafsiran ini akan dapat dipahami dengan baik apabila dihadapkan dengan metode penafsiran harfiah atau tekstual. Apabila metode penafsiran harfiah atau tekstual menggunakan pendekatan dari sudut kata-kata yang dirumuskan sebagai aturan oleh pembentuk Undang-Undang, maka metode penafsiran purposif menggunakan pendekatan yang lebih luas mengenai hal-hal yang terkait dengan isi atau substansi atau faktor-faktor yang perlu dipertimbangkan dalam memahami maksud pembentuk undang-undang tersebut.¹³²

Penelusuran terhadap berbagai kepustakaan ilmu hukum dan konstitusi ditemukan, banyak variasi metode penafsiran yang dikemukakan oleh para ahli. Metode penafsiran konstitusi ini dapat dibedakan menjadi 2 (dua) kelompok besar, yaitu metode penafsiran originalism, yang menggunakan pendekatan original intent (termasuk pendekatan historis) terhadap norma-norma hukum konstitusi, dan non originalism.¹³³

Metode penafsiran mana yang akan dipilih dan digunakan oleh hakim dalam menghadapi perkara-perkara hukumnya, pada akhirnya berpulang pada hakim. Hakim dalam konteks ini memiliki kebebasan untuk memilih berdasarkan keyakinan hukumnya.

132 Ibid, hlm. 76.

133 Ibid, hlm. 76.

BAB V

PELAKSANAAN KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PENGUJIAN UNDANG- UNDANG

A. Karakteristik Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

1. Prinsip Keadilan Substantif dalam Pengujian Undang-Undang

Ide pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia diterima keberadaannya dalam amandemen UUD 1945 tahap ketiga sebagai mekanisme untuk mengontrol pelaksanaan konstitusi dalam bentuk undang-undang setelah mengalami perjalanan sejarah yang panjang.⁹⁰ Di samping itu pembentukan Mahkamah Konstitusi juga didorong oleh beberapa alasan yang mendasar, baik yang sifatnya toeretik maupun praksis-politis, di antaranya adalah⁹¹:

- a. Sebagai konsekuensi dianutnya nomokrasi dan demokrasi. Kenyataan menunjukkan bahwa suatu keputusan yang dicapai dengan demokratis tidak selalu sesuai dengan ketentuan Undang-Undang Dasar yang berlaku sebagai hukum tertinggi. Oleh sebab itu, prinsip supremasi parlemen harus pula diimbangi dengan supremasi konstitusi.
- b. Pasca Perubahan tahap Kedua dan Ketiga UUD 1945, telah mengubah hubungan kekuasaan secara besar-besaran dengan menganut sistem pemisahan kekuasaan (separation of powers) berdasarkan prinsip checks and balances. Dengan hilangnya kedudukan MPR sebagai lembaga

90 Sejarah yang panjang tersebut dimulai dari gagasan Yamin dalam sidang BPUPKI, pengaturannya dalam Konstitusi RI (hanya mencakup UU Daerah Bagian), penguangan dalam UU No. 14 Tahun 1970 (hanya mencakup PP ke bawah), sampai pada penerimaan gagasan pembentukannya dalam Amandemen ketiga UUD 45 Tahun 2001.

91 Bandingkan dengan Tim Penyusun Buku, Enam Tahun Mengawal Konstitusi Dan Demokrasi: Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2009, Setjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2009. hlm 56.

tertinggi negara pemegang kedaulatan rakyat⁹², maka tidak terdapat lagi lembaga negara yang dapat memberikan keputusan dalam hal terjadi sengketa kewenangan antar lembaga negara/lembaga tinggi negara. Oleh karena itulah diperlukan lembaga tersendiri untuk menyelesaikan sengketa tersebut.

- c. Kasus pemakzulan (impeachment) Presiden K.H. Abdurrahman Wahid dari kursi kepresidenannya oleh MPR pada Sidang Istimewa MPR Tahun 2001, mengilhami tercetusnya pemikiran untuk mencari jalan keluar mekanisme hukum yang digunakan dalam proses pemberhentian. Kasus seperti ini secara politis jelas akan menimbulkan instabilitas dalam negara, bahkan dapat membahayakan negara apabila tidak dicarikan saluran dan mekanisme (khususnya hukum) penyelesaian yang adil bagi semua pihak.

Mahkamah Konstitusi dibentuk dengan Undang Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi pada tanggal 13 Agustus 2003. Dibentuknya Mahkamah Konstitusi adalah untuk mengawal dan menjaga agar konstitusi sebagai hukum tertinggi (Supreme Law of the Land) benar-benar dijalankan atau ditegakkan dalam penyelenggaraan kehidupan kenegaraan sesuai dengan prinsip-prinsip negara hukum modern. Untuk itu sistem hukum perlu dibangun (law making) dan ditegakkan (law enforcing), mulai dari konstitusi sebagai hukum tertinggi.

Mahkamah Konstitusi mempunyai 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban seperti diatur dalam Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945. Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyebutkan secara eksplisit mengenai kewenangan tersebut, yaitu: (1) menguji UU terhadap UUD; (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD; (3) memutus pembubaran partai politik; dan (4) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Selanjutnya kewajiban Mahkamah Konstitusi diatur dalam Pasal 24C ayat (2) UUD yang berbunyi: “Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh

92 Kedudukan MPR mengalami perubahan setelah Amandemen ketiga UUD45, yaitu setelah Pasal 1 ayat (2) mengalami perubahan, “Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar.

Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.” Sejak berdirinya Mahkamah Konstitusi tanggal 13 Agustus tahun 2003, Mahkamah Konstitusi telah menangani/memutus perkara yang berkaitan dengan kewenangan konstitusionalnya, yaitu: (1) menguji UU terhadap UUD; (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara; dan (3) memutus perselisihan hasil Pemilu. Setelah lahirnya Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, kewenangan Mahkamah Konstitusi bertambah satu yaitu berwenang mengadili perselisihan hasil Pemilihan Umum Kepada Daerah (Pasal 236 C UU No. 12 Tahun 2008). Kewenangan tersebut secara efektif telah berlaku sejak 1 November 2008 lewat serah terima resmi Mahkamah Agung kepada Mahkamah Konstitusi tanggal 29 Oktober 2008.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi pelaksanaannya diatur dalam Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi jo Undang-Undang No. 8 Tahun 2011, dan Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK). PMK berfungsi sebagai pedoman beracara dan mengisi kekosongan hukum yang terdapat dalam UUD NRI. PMK tersebut antara lain:

- a. PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.
- b. PMK Nomor 08/PMK/2006 tentang pedoman beracara dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara.
- c. PMK Nomor 15 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah.
- d. PMK Nomor 16 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.
- e. PMK Nomor 17 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden.
- f. PMK Nomor 18 Tahun 2009 tentang Pedoman Pengajuan Permohonan Elektronik (Electronic Filing) dan Pemeriksaan Persidangan Jarak Jauh (Video Conference).
- g. PMK Nomor 19 Tahun 2009 tentang Tata Tertib Persidangan.

- h. PMK Nomor 21 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam memutus pendapat DPR, mengenai Dugaan Pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD 1945.⁹³

Mahkamah Konstitusi dalam melaksanakan kewenangannya, telah menegaskan dirinya sebagai lembaga negara pengawal demokrasi (*the guardian of democracy*) dengan menjunjung prinsip peradilan yang menegakkan keadilan substantif dalam setiap putusannya.⁹⁴ Mahkamah Konstitusi selalu berupaya menegakkan keadilan substantif dalam setiap pelaksanaan kewenangannya.

Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi diterima oleh para pihak yang berperkara. Hal itu menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi telah mampu melaksanakan proses persidangan secara transparan, tidak memihak dan dapat dipertanggungjawabkan secara hukum, moral, bahkan secara ilmiah.

Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan kewenangannya, tidak hanya bersandarkan kepada semangat legalitas formal Undang-Undang, tetapi juga memiliki tanggungjawab untuk mewujudkan tujuan norma hukum itu sendiri, yakni nilai substantifnya. Menurut Gustav Radbruch, terdapat 3 nilai mendasar dari hukum yang harus ditegakkan, yaitu keadilan, kepastian, dan kemanfaatan. Dalam setiap putusannya Mahkamah Konstitusi memperhatikan dengan sungguh-sungguh tiga nilai dasar hukum tersebut.

Dalam kenyataannya hukum dituntut untuk memenuhi berbagai karya dan oleh Radbruch ada tiga nilai yang disebut nilai-nilai dasar dari hukum⁹⁵. Ketiga nilai dasar tersebut adalah: keadilan, kegunaan, dan kepastian hukum. Kendatipun ketiga-tiganya merupakan nilai dasar dari hukum namun antar mereka terdapat suatu ketegangansatu sama lain. Keadaan demikian bisa dipahami oleh karena ketiga nilai dasar hukum tersebut berisi tuntutan yang berlainan, dan satu sama lain mengandung potensi untuk bertentangan. Semisal diambil kepastian hukum sebagai contoh, sebagai nilai ia segera menggeser nilai-nilai keadilan dan kegunaan ke samping yang utama bagi kepastian hukum adalah adanya peraturan itu sendiri. Dalam hal ini apakah peraturan itu harus

93 Sekretaris Jenderal Mahkamah Konstitusi, Laporan Tahunan 2010 Meambangun demokrasi Substantif Meneguhkan Integritas Institusi, Setjen MK, 2010, hlm 10.

94 Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif, Laporan Tahunan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2009, hlm.8.

95 Satjipto Rahardjo, Ilmu hukum, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 19.

adil dan mempunyai kegunaan bagi masyarakatnya, adalah diluar pengutamaan nilai kepastian hukum.

Nilai-nilai dasar hukum yang berbeda-beda, maka penilaian mengenai keabsahan hukum pun bisa bermacam-macam. Masalah ini biasanya dibicarakan dalam hubungan dengan berlakunya hukum. Perbedaan dalam penilaian mengenai keabsahan dari hukum itu mengandung arti bahwa dalam menilainya perlu membuat suatu perbandingan. Hal ini berarti bahwa penilaian keabsahan berlakunya hukum dari segi peraturannya barulah merupakan satu segi bukan satu-satunya penilaian. Sesuai dengan potensi ketiga nilai dasar yang saling bertentangan, apa yang sudah dinilai sah atas dasar persyaratan yang harus dipenuhi oleh suatu peraturan, bisa dinilai tidak sah dari segi kegunaannya bagi masyarakat.

Pada dasarnya masyarakat adalah suatu rimba tatanan, karena di dalamnya tidak hanya terdapat satu macam tatanan. Sifat majemuk ini dilukiskan oleh Robert B. Seidman dan William J. Chambliss, bahwa peranan dari kekuatan sosial, yang tidak hanya berpengaruh terhadap rakyat sebagai sasaran yang diatur oleh hukum, namun juga berpengaruh terhadap lembaga-lembaga hukum. Kekuatan sosial ini termasuk kompleks tatanan lain yang sudah dibicarakan. Hasil akhir dari pekerjaan tatanan dalam masyarakat tidak bisa hanya dimonopoli oleh hukum. Tingkah laku rakyat tidak hanya ditentukan oleh hukum, melainkan juga ditentukan oleh kekuatan sosial. Jadi pengaruh factor-faktor sosial atau kekuatan-kekuatan sosial mulai dari tahap pembuatan Undang-Undang, penerapannya dan sampai kepada peran yang diharapkan.

Kekuatan-kekuatan sosial sudah mulai bekerja dalam tahap pembuatan Undang-Undang. Kekuatan-kekuatan sosial itu akan terus berusaha untuk masuk dan mempengaruhi setiap proses legislasi secara efektif dan efisien. Peraturan yang dikeluarkan akan menimbulkan hasil yang diinginkan, tetapi efeknya sangat tergantung pada kekuatan sosial yang melingkupinya. Untuk itu orang tidak bisa melihat produk hukum sekedar sebagai tindakan mengeluarkan peraturan secara formal, melainkan lebih dari pada itu. Pengaruh kekuatan sosial juga dirasakan dalam bidang penerapan hukum, yang Gustav Radbruch mengemukakan adanya tiga nilai dasar yang akan dicapai dari para pelaksana

hukum yaitu: nilai keadilan, kepastian hukum dan kegunaan atau kemanfaatan. Nilai dasar kemanfaatan akan mengarahkan hukum pada pertimbangan kebutuhan masyarakat pada suatu saat tertentu, sehingga hukum mempunyai peran nyata bagi masyarakat. Dengan bantuan Ilmu-ilmu sosial pelaksana hukum dimungkinkan untuk meneliti masalah-masalah hukum yang dihadapkan kepadanya. Dengan demikian kasus yang diajukan baginya bukan semata-mata kasusu normatif, tetapi lebih dari itu yaitu kasus manusia.

Hukum merupakan bagian dari kehidupan sosial, dan dengan demikian tidak akan pernah berada di ruang hampa. Apabila lembaga dan pranata hukum tetap menutup diri dari cabang-cabang ilmu yang lain, maka akan semakin jauh usaha untuk mmenata kehidupan sosial ke arah yang lebih baik dan manusiawi. Hal ini sangat tepat dikatakan oleh Justice Brandeis,⁹⁶ a lawyer who has not studied economies and sociology is very apt to become a public enemy. Ilmu-ilmu sosial dapat memberikan daya penglihatan bahwa faktor atau masalah manusia yang sesungguhnya menjadi persoalan hukum yang paling mendasar.

Kedudukan komponen ilmu sosial penting dalam penataan lembaga dan pranata hukum, namun belum mendapat perhatian serius dari para pekerja hukum, baik di kalangan intelektual, legislator maupun aparat penegakkan hukum. Kekurangpedulian terhadap aspek nonyuridis dirasakan oleh seorang pengacara Yap Thiam Hien. Ia mengatakan:⁹⁷ Sudah 20 tahun para advokad baik secara kolektif atau perorangan mencoba menghumanisasikan hukum dan lembaga-lembaga hukum tanpa mencapai hasil yang nyata. Sebabnya antara lain adalah approach yang salah karena kurang mengerti seluk beluk perubahan. Dan hal ini mungkin diakibatkan kekurangan pemahaman tentang ilmu-ilmu sosial dan politik dan khususnya tentang sosiologi.

Peran yang diharapkan dari warga masyarakat, sangat ditentukan dan dibatasi oleh kekuatan-kekuatan sosial tersebut, terutama sistem budaya. Yang dimaksudkan pemegang peran adalah: semua warga negara baik itu hakim, polisi, dan sebagainya. Apapun terminologi yang diajukan untuk menjelaskan

96 Esmi Warasih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, PT Suryandaru Utama, Semarang, 2005, hlm. 14.

97 Sajipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1978, hlm. 278.

arti hukum, pada akhirnya harus diingat bahwa pada dasarnya hukum itu merupakan budaya masyarakat.

Yehezkel Dror,⁹⁸ mengingatkan bahwa, bidang budaya atau aktivitas masyarakat ternyata sangat berjalanan dengan aspek-aspek yang lain dalam masyarakat. Untuk itu usaha untuk mempelajari hukum secara terpisah dari konteks sosialnya akan menjadi sukar. Oleh sebab itu ketika mengkaji bekerjanya hukum, Seidman berusaha memanfaatkan teori-teori ilmu sosial, yakni teori “persepsi peranan”. Ia membicarakan peranan hukum dalam menimbulkan perubahan-perubahan yang dikehendaki oleh pembuat hukum. Faktor yang turut menentukan bagaimana respon yang akan diberikan oleh pemegang peran, antara lain: (1) sanksi-sanksi yang terdapat di dalamnya; (2) aktifitas dari lembaga pelaksana hukum; (3) seluruh kekuatan sosial politik, dan lainnya yang bekerja atas diri pemegang peranan. Perubahan-perubahan itu juga disebabkan oleh berbagai reaksi yang ditimbulkan oleh pemegang peran terhadap pembuat Undang-Undang dan birokrasi. Demikian pula sebaliknya, komponen birokrasi juga memberikan umpan balik terhadap pembuat Undang-Undang maupun pihak pemegang peran. Tujuan dari ilmu adalah mencari penjelasan dari gejala yang kita temukan, yang memungkinkan untuk diketahui sepenuhnya hakikat objek yang dihadapi. Untuk sampai pada tujuan tersebut, ilmu pengetahuan hukum tidak dapat menutup dirinya sebagai studi hukum yang normatif. Melainkan perlu merangkun hasil olah pikir dari ilmu-ilmu sosial yang pada hakikatnya merupakan studi yang deskriptif yaitu memaparkan apa adanya, tanpa memberikan suatu penilaian terhadapnya.

Menurut Mahkamah Konstitusi nilai keadilan yang ingin dicapai tidak semata-mata sebuah keadilan prosedural, yakni keadilan yang dibaca melalui teks rumusan Undang-Undang semata. Keadilan yang ditegakkan adalah keadilan yang substansial, hakiki, dan dirasakan oleh publik sebagai keadilan yang sesungguhnya. Rasa keadilan yang diakui dan hidup di dalam masyarakat. Menurut Roger Cotterrell,⁹⁹ hakim ketika memahami, menggali nilai dan rasa keadilan, nilai dan rasa keadilan itu sudah ada di masyarakat (*already exist*). Hakim tidak menciptakan hukum, tetapi menemukan hukum.

98 Esmi Warasih, opcit, hlm.15.

99 Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence, A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992, hal. 29.

Keadilan itu tidak hanya milik mayoritas tetapi juga melindungi minoritas. Jadi ukuran utama keadilan itu adalah penerimaan oleh pihak-pihak terhadap putusan. Dalam setiap putusan pasti terdapat pihak-pihak yang kecewa, namun jika mereka menerima putusan tersebut karena telah melalui proses peradilan yang jujur, transparan, dan terbuka untuk umum, maka penerimaan pihak-pihak tersebut sudah mendekati kepada nilai keadilan yang diharapkan.

Prinsip keadilan substantif juga diberlakukan dalam perkara pengujian Undang-Undang. Mahkamah Konstitusi menyadari sepenuhnya bahwa Undang-Undang yang ditetapkan oleh Pemerintah dan DPR dengan cara demokratis, akan memiliki tendensi politik kepentingan tertentu. Akan selalu terdapat pelanggaran nilai-nilai konstitusional pada Pasal-Pasal maupun substansi Undang-Undang, maupun prosedur pembentukan Undang-Undang. Prinsip penegakan keadilan melalui proses persidangan itu yang akan menggali agar ditemukan nilai keadilan substantif (*substantive justice*) di masyarakat. Hakim-hakim Mahkamah Konstitusi tidak akan terbelenggu dengan apa yang ditetapkan dalam teks Undang-Undang (*procedural justice*). Mahkamah Konstitusi lebih memilih konteks hukum daripada mengedepankan teks Undang-Undang.

Pasal 45 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, menegaskan bahwa: “Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan UUD 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim.” Bukti dan keyakinan hakim menjadi dasar penting dari putusan bagi upaya menegakkan keadilan substantif. Mahkamah Konstitusi diharuskan mencari keadilan substantif yang terdapat dalam UUD 1945, prinsip-prinsip konstitusi, Undang-Undang dan peradilan yang diakui. Di samping itu juga “jiwa” yang mendasari pembentukan Pasal tersebut.

Penegakan keadilan substantif menciptakan perkembangan yang pesat terhadap ranah ilmu hukum di Indonesia. Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi berkembang menciptakan “embrio-embrio” baru putusan. Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi sampai sekarang sangat beragam jenisnya dan tidak terpakau pada ketentuan Undang-Undang. Ada jenis putusan yang berjenis konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*),

inkonstitusional bersyarat (conditionally unconstitutional), putusan sela dalam pengujian Undang-Undang, putusan yang berlaku surut.

Mahkamah Konstitusi mendukung konsep penegakan keadilan substantif melalui pengorganisasian teknis. Pertama, Mahkamah Konstitusi telah membuka fasilitas permohonan online melalui internet, surat elektronik, atau faksimail, dengan tetap mensyaratkan permohonan asli yang diajukan langsung ke Mahkamah Konstitusi, dengan maksud memudahkan masyarakat untuk tidak terkendala jarak dan waktu. Kedua, pengaturan mengenai persidangan jarak jauh (video conference) yang memungkinkan suatu persidangan masing-masing pihak tidak harus langsung datang di gedung Mahkamah Konstitusi untuk mengikuti persidangan. Ditetapkannya putusan sela sebagai putusan sementara sebelum putusan akhir dijatuhkan. Keempat, mengakomodir kemajuan teknologi yang berkembang sangat pesat, ditetapkan informasi elektronik dan atau dokumen elektronik sebagai alat bukti di persidangan. Kelima, Mahkamah Konstitusi memanggil Komisi Pemilihan Umum di daerah untuk memberikan keterangan di persidangan dan memanggil saksi-saksi selain saksi resmi peserta pemilu dan saksi pemantau pemilu atau kepolisian.

2. Penyelesaian Perkara Pengujian Undang-Undang

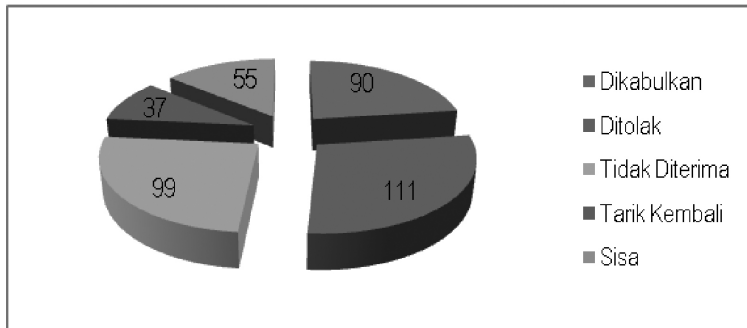
Mahkamah Konstitusi selama melaksanakan kewenangannya telah menerima permohonan baik yang memenuhi kelengkapan administratif untuk diregistrasi, maupun yang tidak memenuhi kelengkapan yang disyaratkan sesuai dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Jumlah perkara pengujian Undang-Undang yang diterima Mahkamah Konstitusi sejak tahun 2003 sampai dengan 22 September tahun 2011 adalah 392 perkara.¹⁰⁰ Perkembangan perkara pengujian Undang-Undang yang diregistrasi sejak tahun 2003 sampai dengan 22 September 2011 dapat digambarkan dengan grafik berikut.

100 Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang, www.mahkamahkonstitusi.go.id, diunduh tanggal 22 September 2011, hlm 1.



Jumlah putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang dapat disajikan dengan diagram berikut.

Gambar 3. Persentase Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang sejak Tahun 2003 s.d. 22 September 2011



Sejak tahun 2003 sampai dengan 22 September 2011 Mahkamah Konstitusi telah menyidangkan dan memutus perkara sebanyak 337 perkara, yang terdiri atas 90 dikabulkan, 111 ditolak, 99 tidak diterima, 37 perkara ditarik kembali oleh pemohon, dan sisa 55 perkara yang belum disidangkan.¹⁰¹

Keseluruhan Undang-Undang yang diuji di Mahkamah Konstitusi sejak tahun 2003 sampai 22 september tahun 2011 sebanyak 166 Undang-Undang. Dilihat dari frekwensi Undang-Undang yang paling banyak diuji, dapat disajikan pada tabel di bawah ini.

¹⁰¹ Ibid, hlm 1.

Tabel 3. Frekuensi Pengujian Undang-Undang Tahun 2003 s.d. 2011

No.	Nama Undang-Undang	Frekuensi
1	Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah	24 kali
2	Undang-Undang No 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD	24 kali
3	Undang-Undang No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah	11 kali
4	Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	11 kali
5	Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana	10 kali

Undang-Undang yang paling banyak dilakukan pengujian adalah Undang-Undang No. 10 tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD sebanyak 24 kali, dan Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.¹⁰² Dengan demikian, Undang-Undang yang berkaitan dengan Pemerintahan Daerah dan politik lebih banyak diajukan ke Mahkamah Konstitusi, dibandingkan Undang-Undang dalam aspek yang lain.

3. Putusan Mahkamah Konstitusi Conditionally Constitutionally

Sejak Mahkamah Konstitusi dibentuk dan melaksanakan kewenangannya khususnya dalam pengujian undang-undang, terutama sejak tahun 2004 ada beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang putusannya conditionally, baik conditionally constitutional (yaitu suatu muatan norma dianggap konstitusional atau tidak bertentangan dengan konstitusi bila dimaknai sesuai dengan yang ditentukan Mahkamah Konstitusi), maupun conditionally unconstitutional (suatu muatan norma dianggap bertentangan dengan konstitusi bila tidak sesuai dengan yang ditentukan Mahkamah Konstitusi). Dari penelusuran dokumen putusan Mahkamah Konstitusi sejak tahun 2003 sampai dengan 22

¹⁰² Sekretaris Jenderal Mahkamah Konstitusi, Laporan Tahunan 2010 Meambangun demokrasi Substantif Meneguhkan Integritas Institusi, Setjen MK, 2010, hlm 24.

September 2011 didapatkan putusan-putusan *conditionally* yang disajikan pada tabel di bawah ini.

Tabel 4. Daftar Putusan *Conditionally Constitutional dan Conditionally Unconstitutional* Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang 2003 s.d. 22 September 2011

No.	No Putusan	Perihal	Isi Putusan
1	No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan No.008/PUU-III/2005	Pengujian UU No.7 tahun 2004 tentang Sumber Daya Air	Menyatakan pelaksanaan UU No. 7 Tahun 2004 tanpa Pasal 7, Pasal 9, Pasal 40 ayat (4), Pasal 45 ayat (3), serta Pasal 98, menjadi sulit dan tidak memiliki kekuatan hukum
2	No.019-020/ PUU-III/2005	Pengujian UU No. 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri	Menyatakan Pasal dan/ ayat dalam UU No. 39 Tahun 2004 yang diuji bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
3	No.003/PUU-IV/2006	Pengujian UU No. 31 Tahun 1999 jo UU No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	Menyatakan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No.31 Tahun 1999 jo UU No. 20 Tahun 2001 bertentangan dengan UUD NKRI tahun 1945, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya, menolak permohonan Pemohon selebihnya

4	No. 006/ PUU-IV/ 2006	Pengujian UU No. 27 tahun 2004 ten-tang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi	Menyatakan Pasal dan/ ayat dalam UU No. 27 tahun 2004 yang diuji tidak mempunyai kekuatan hukum
5	No.005/ PUU-V/ 2007	Pengujian UU No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah	Menyatakan Pasal dan/ ayat dalam UU No. 32 Tahun 2004 yang diuji bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang hanya memberi kesempatan kepada partai politik atau gabungan partai politik dan menutup hak konstitusional calon perseorangan dalam Pilkada
6	No.018/ PUU-V/ 2007	Pengujian UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia	Menyatakan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU No. 26 Tahun 2000, sepanjang mengenai kata “dugaan” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat
7	No.021-022/ PUU-V/2007	Pengujian UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal	Menyatakan UU No. 25 Tahun 2007 Pasal 22 Ayat (1), (2), dan (4) bertentangan dengan UUD 1945, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat

8	No.003/ PUU-VI/ 2008	Pengujian UU No. 28 Tahun 2007 tentang Ketentuan Umum dan Tatacara Perpajakan	Menyatakan Penjelasan Pasal 34 ayat (2a) huruf b UU No.28 Tahun 2007 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat
9	No.010/ PUU-VI/ 2008	Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah	Menyatakan Pasal 12 huruf c UU No.10 Tahun 2008 tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat
10	No. 013/ PUU-VI/ 2008	Pengujian UU No. 16 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 45 Tahun 2007 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2008	Menyatakan Pasal dan/ ayat dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2008 yang diuji bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
11	No. 054/ PUU-VI/ 2008	Pengujian UU No. 39 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1995 tentang Cukai	Menyatakan Pasal 66A ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2007 bertentangan secara bersyarat dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat

12	No.004/ PUU-VII/ 2009	Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah	Menyatakan Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan Pasal 58 huruf f UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32 tentang Pemerintahan Daerah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (conditionally unconstitutional).
			Menyatakan Menyatakan Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan Pasal 58 huruf f UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32 tentang Pemerintahan Daerah tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak memenuhi syarat-syarat: (i) bukan untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (elected officials);

			<p>(ii) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak mantan terpidana selesai menjalani hukumannya;</p> <p>(iii) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan narapidana;</p> <p>(iv) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.</p>
13	No.101/PUU-VII/2009	Pengujian UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat	Menyatakan Pasal 4 ayat (1) UU No. 18 Tahun 2003 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
14	No.102/PUU-VII/2009	Pengujian UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden	Menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 adalah konstitusional sepanjang diartikan mencakup warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dengan syarat dan cara sebagai berikut:

			<p>1. Selain Warga Negara Indonesia yang terdaftar dalam DPT, Warga Negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) yang masih berlaku atau Paspor yang masih berlaku bagi Warga Negara Indonesia yang berada di luar negeri;</p>
			<p>2. Warga Negara Indonesia yang menggunakan KTP harus dilengkapi dengan Kartu Keluarga (KK) atau nama sejenisnya;</p>

			<p>3. Penggunaan hak pilih bagi Warga Negara Indonesia yang menggunakan KTP yang masih berlaku hanya dapat digunakan di Tempat Pemungutan Suara (TPS) yang berada di RT/RW atau nama sejenisnya sesuai dengan alamat yang tertera di dalam KTP-nya;</p>
			<p>4. Warga Negara Indonesia sebagaimana disebutkan dalam angka 3 di atas, sebelum menggunakan hak pilihnya, terlebih dahulu mendaftarkan diri pada KPPS setempat;</p>

			<p>5. Warga Negara Indonesia yang akan menggunakan hak pilihnya dengan KTP atau Paspur dilakukan pada 1 (satu) jam sebelum selesainya pemungutan suara di TPS atau TPS Luar Negeri setempat.</p>
15	No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009	Pengujian UU No. 10 Tahun 2008	<p>Menyatakan Pasal 205 ayat (4) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (conditionally constitutional). Artinya, konstitusional sepanjang dimaknai bahwa penghitungan tahap kedua untuk penetapan perolehan kursi DPR bagi parpol peserta Pemilu dilakukan dengan cara sebagai berikut:</p>
			<p>1. Menentukan kesetaraan 50% (lima puluh perseratus) suara sah dari angka BPP, yaitu 50% (lima puluh perseratus) dari angka BPP di setiap daerah pemilihan Anggota DPR;</p>

			2. Membagikan sisa kursi pada setiap daerah pemilihan Anggota DPR kepada Partai Politik peserta Pemilu Anggota DPR, dengan ketentuan:
			a. Apabila suara sah atau sisa suara partai politik peserta Pemilu Anggota DPR mencapai sekurang-kurangnya 50% (lima puluh perseratus) dari angka BPP, maka Partai Politik tersebut memperoleh 1 (satu) kursi.
			b. Apabila suara sah atau sisa suara partai politik peserta Pemilu Anggota DPR tidak mencapai sekurang-kurangnya 50% (lima puluh perseratus) dari angka BPP dan masih terdapat sisa kursi, maka:
			1) Suara sah partai politik yang bersangkutan dikategorikan sebagai sisa suara yang diperhitungkan dalam penghitungan kursi tahap ketiga; dan

			2) Sisa suara partai politik yang bersangkutan diperhitungkan dalam penghitungan kursi tahap ketiga.
			Menyatakan Pasal 211 ayat (3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (conditionally constitutional). Artinya, konstitusional sepanjang dilaksanakan dengan cara sebagai berikut:
			1. Menentukan jumlah sisa kursi yang belum terbagi, yaitu dengan cara mengurangi jumlah alokasi kursi di daerah pemilihan Anggota DPRD Provinsi tersebut dengan jumlah kursi yang telah terbagi berdasarkan penghitungan tahap pertama.
			2. Menentukan jumlah sisa suara sah partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Provinsi tersebut, dengan cara:

			<p>a. Bagi partai politik yang memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, jumlah suara sah partai politik tersebut dikurangi dengan hasil perkalian jumlah kursi yang diperoleh partai politik pada tahap pertama dengan angka BPP.</p>
			<p>b. Bagi partai politik yang tidak memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, suara sah yang diperoleh Partai Politik tersebut dikategorikan sebagai sisa suara.</p>
			<p>3. Menetapkan perolehan kursi partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Provinsi, dengan cara membagikan sisa kursi kepada partai politik peserta Pemilu Anggota DPRD Provinsi satu demi satu berturut-turut sampai semua sisa kursi habis terbagi berdasarkan sisa suara terbanyak yang dimiliki oleh Partai Politik.</p>

			<p>Menyatakan Pasal 212 ayat (3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (conditionally constitutional). Artinya, konstitusional sepanjang dilaksanakan dengan cara sebagai berikut:</p>
			<p>1. Menentukan jumlah sisa kursi yang belum terbagi, yaitu dengan cara mengurangi jumlah alokasi kursi di daerah pemilihan Anggota DPRD Kabupaten/ Kota tersebut dengan jumlah kursi yang telah terbagi berdasarkan penghitungan tahap pertama.</p>
			<p>2. Menentukan jumlah sisa suara sah partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Kabupaten/Kota tersebut, dengan cara:</p>

			<p>a. Bagi partai politik yang memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, jumlah suara sah partai politik tersebut dikurangi dengan hasil perkalian jumlah kursi yang diperoleh partai politik pada tahap pertama dengan angka BPP.</p>
			<p>b. Bagi partai politik yang tidak memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, suara sah yang diperoleh partai politik tersebut dikategorikan sebagai sisa suara.</p>
			<p>3. Menetapkan perolehan kursi partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Kabupaten/Kota, dengan cara membagikan sisa kursi kepada Partai Politik peserta Pemilu Anggota DPRD Kabupaten/Kota satu demi satu berturut-turut sampai semua sisa kursi habis terbagi berdasarkan sisa suara terbanyak yang dimiliki oleh Partai Politik.</p>

			Memerintahkan Komisi Pemilihan Umum melaksanakan penghitungan perolehan kursi DPR, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/ Kota tahap kedua hasil pemilihan umum tahun 2009 berdasarkan Putusan Mahkamah ini.
16	No.115/ PUU-VII/ 2009	Pengujian UU No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan	Menyatakan Pasal 120 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, konstitusional bersyarat (conditionally constitutional), dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat
17	No.117/ PUU-VII/ 2009	Pengujian UU No. 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD	Menyatakan Pasal 14 ayat (1),(2),(3),(4),(5) Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

18	No.133/ PUU-VII/ 2009	Pengujian UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	Menyatakan Pasal 32 ayat (1) huruf c UU No. 30 Tahun 2002 adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (conditionally unconstitutional), kecuali harus dimaknai pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan secara tetap setelah dijatuhi pidana berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap
19	No.006-013-020/PUU-VIII/ 2010	Pengujian UU No. 4/ PNPS/1963 tentang Pengamanan Barang-barang Cetak yang Isinya dapat Mengganggu Ketertiban Umum juncto UU Nomor 5 Tahun 1969 tentang Pernyataan Berbagai Penetapan Presiden dan Perpres Sebagai UU	Menyatakan Pasal dan/ ayat dalam Undang-Undang Nomor 4/ PNPS/ 1963 yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat
20	No.027/ PUU-VIII/ 2010	Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah	Menyatakan Pasal 218 ayat (3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (conditionally unconstitutional)

21	No.049/ PUU- VIII/2010	Pengujian UU No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia	Menyatakan Pasal 22 ayat (1) huruf d Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 adalah sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (conditionally constitutional)
----	------------------------------	---	--

Dari 21 putusan Mahkamah Konstitusi yang conditionally terdapat tiga putusan yang mengatur substansi materi/norma sebagai tafsir undang-undang, yaitu Putusan No. 4/PUU-VII/2009, Putusan No. 102/PUU-VII/2009, dan Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009.

B. Pengujian Undang-Undang yang Mengatur Norma Baru

1. Positive Legislature dalam Putusan Perkara Pengujian Undang-Undang

Kekuasaan untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD memberikan kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi untuk membuat putusan yang menyatakan permohonan tidak dapat diterima,¹⁰³ menyatakan permohonan ditolak,¹⁰⁴ dan menyatakan permohonan dikabulkan¹⁰⁵. Dalam hal permohonan dikabulkan, maka Mahkamah Konstitusi menyatakan:

- a. Dalam pengujian materiil, Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik

¹⁰³ Vide Pasal 56 ayat (1) UU MK: Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 dan Pasal 51, amar putusan menyatakan permohonan tidak dapat diterima.

¹⁰⁴ Dalam hal permohonan tidak beralasan, Vide Pasal 56 ayat (5): Dalam hal undang-undang dimaksud tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, baik mengenai pembentukan maupun materinya sebagian atau keseluruhan, amar putusan menyatakan permohonan ditolak.

¹⁰⁵ Vide Pasal 56 ayat (2): Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan.

Indonesia Tahun 1945, serta menyatakan materi muatan ayat, Pasal, dan/ atau bagian undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.¹⁰⁶

- b. Dalam pengujian formil, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pembentukan undang-undang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, serta menyatakan undang-undang tersebut (secara keseluruhan) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.¹⁰⁷

Dengan kewenangannya menghilangkan keberlakuan suatu norma Undang-Undang, maka Mahkamah Konstitusi sering disebut sebagai negative legislator, berkebalikan dari fungsi parlemen sebagai pembuat undang-undang dalam arti positif (*positive legislator*). Hans Kelsen¹⁰⁸ menyatakan, *the annulment of a law is legislative function, an-ac-so to speak-of negative legislation. A court wich is competent to abolish laws-individually or generally-function as a negative legislator*. Dalam perspektif yuridis-normatif, maka ketentuan dalam Pasal 56 dan Pasal 57 secara ketat hanya memberikan ruang bagi Mahkamah Konstitusi sebagai negative legislator, sebaliknya aktivisme yudisial yang mengarah pada sisi *positive legislature* adalah sebuah pelanggaran rambu pembatas.

Sejak Mahkamah Konstitusi menjalankan kewenangannya terdapat beberapa putusan yang berifat mengatur (*positive legislature*). Hal ini sebenarnya tidak boleh dilakukan, karena menurut ketentuan Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi sebatas menghapus norma (*negative legislator*). Sejak tahun 2003 sampai 2011 teradapat beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature*. Di antara putusan yang bersifat *positive legislature* dalam pengujian undang-undang adalah: (1) Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009, (2) Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009, dan (3) Putusan Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009.

106 Vide Pasal 56 ayat (3) jo. Pasal 57 ayat (1) UU MK.

107 Vide Pasal 57 ayat (2) UU MK.

108 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Russell & Russell, New York, 1961, hlm. 268.

Menurut Chambliss & Seidman¹⁰⁹ ada beberapa faktor yang mempengaruhi keberhasilan dan kegagalan lembaga peradilan dalam menjalankan peran sebagai objek keadilan. Adapun faktor yang dapat dijadikan parameter kemampuan badan peradilan pada umumnya, adalah:

- a. Bahan-bahan (The way in which the issues are presented).
- b. Kebijakan yang dipilih (The source theory)
- c. Ciri sosial dari pribadi hakim (the personal attribute of the judge)
- d. Sosialisasi profesional hakim (The professional socialization of the judge)
- e. Kendala keadaan (Situasional pressure on the judge)
- f. Kendala organisasi (Organizational pressure on him)
- g. Alternatif-alternatif peraturan yang dapat dipaksakan (Alternative purinssible rules of law).

Selain tujuh parameter di atas, masih terdapat tiga parameter lainnya yaitu:

- a. Penggunaan instrumen dalam sistem peradilan.
- b. Konsistensi dengan prinsip/asas-asas hukum yang mendasarinya.
- c. Kemampuan sistem untuk menjalankan perintah putusan.¹¹⁰

Hakim Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang isinya mengatur (positive legislature) atas dasar pertimbangan dan argumentasi hukum yang konstitusional, yaitu untuk menjamin hak-hak konstitusional warga negara dengan menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dalam kerangka mewujudkan keadilan substantif. Pertimbangan argumentasi hukum dilakukan dengan metode penafsiran untuk menemukan hukum. Berikut adalah analisis yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi conditionally constitutionally yang bersifat positive legislature, antara lain:

109 William Chambliss & Robert B. Seidman, *Law Order and Power*, Mansachnsetts addyson Wesley Publishing Company, 1971, hlm 89.

110 *Ibid*, hlm 90.

a. Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009

“Pilpres Boleh Memakai KTP atau Paspor”, itulah kiranya rumusan kalimat singkat yang tepat untuk menggambarkan amanat dari Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009. Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan Refly Harun dan Maheswara Prabandono atas pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden untuk sebagian dan menyatakan bahwa Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden adalah konstitusional bersyarat (conditionally constitutional) pada hari Senin 6 Juli 2009 di Ruang Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi, tepatnya dua hari menjelang proses pemungutan suara Pilpres tahun 2009 berlangsung.

Dalam surat permohonannya yang diterima Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi tanggal 24 Juni 2009, Refly dan Maheswara¹¹¹ mendalilkan, bahwa dengan adanya ketentuan Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) UU 42/2008, hak konstitusional para Pemohon yaitu hak memilih (the right to vote), berpotensi untuk dirugikan. Pasal 28 UU Pilpres menyatakan bahwa, “Untuk dapat menggunakan hak memilih, Warga Negara Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 harus terdaftar sebagai Pemilih.”

Sementara ketentuan dalam Pasal 111 ayat (1) menyatakan bahwa, “Pemilih yang berhak mengikuti pemungutan suara di TPS meliputi: (a) Pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tetap pada TPS yang bersangkutan; dan (b) Pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tambahan.” Dalam hal ini para Pemohon terancam tidak dapat memilih dalam Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden tanggal 8 Juli 2009 oleh karena tidak tercantum dalam daftar pemilih tetap (DPT). Kesalahan atau kelalaian penyelenggara Pemilu seharusnya tidak ditimpakan akibatnya kepada warga negara, sehingga dapat menyebabkan warga negara kehilangan hak pilihnya. Padahal, sebagaimana pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam putusan Perkara Nomor 011-017/PUU-I/2003 tanggal 24 Februari 2004 disebutkan, bahwa hak konstitusional warga negara untuk memilih dan dipilih (right to vote and right to be candidate)

111 Lihat Putusan MK No. Nomor 102/PUU-VII/2009.

adalah hak yang dijamin oleh konstitusi, undang-undang maupun konvensi internasional, maka pembatasan, penyimpangan, peniadaan dan penghapusan akan hak tersebut adalah merupakan pelanggaran terhadap hak asasi dari warga negara. Para Pemohon menyatakan bahwa keberadaan Pasal 28 dan Pasal 111 UU 42/2008 bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3) UUD 1945 dan oleh karena itu, para Pemohon dalam petitum permohonan meminta agar: “Menyatakan Pasal 28 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 176, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4924) bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat; dan Menyatakan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 176, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4924) bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan mengikat, atau setidaknya menyatakan bahwa Pasal 111 ayat (1) harus dibaca bahwa mereka yang tidak tercantum dalam DPT pun tetap dapat memilih sepanjang telah berusia 17 tahun dan/atau sudah kawin.”

Dalam pertimbangan hukumnya Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa hak-hak warga negara untuk memilih sebagaimana diuraikan di atas telah ditetapkan sebagai hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara (*constitutional rights of citizen*), sehingga oleh karenanya hak konstitusional tersebut di atas tidak boleh dihambat atau dihalangi oleh berbagai ketentuan dan prosedur administratif apapun yang mempersulit warga negara untuk menggunakan hak pilihnya. Mahkamah Konstitusi menganggap bahwa ketentuan yang mengharuskan seorang warga negara terdaftar sebagai pemilih dalam DPT adalah lebih merupakan prosedur administratif semata dan karenanya pula tidak boleh menafikan hal-hal yang bersifat substansial, yang dalam hal ini adalah hak warga negara untuk memilih (*right to vote*) dalam pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden.

Di sisi lain, dalam konteks kasus Pilpres 2009, mengingat mendesaknya waktu pelaksanaan pemungutan suara Pilpres menyebabkan pembenahan DPT melalui pemutakhiran data menjadi sangat sulit dilakukan oleh penyelenggara

pemilu (KPU). Terkait dengan kondisi tersebut, dalam rangka tetap menjaga pemenuhan hak konstitusional warga negara dan tidak menimbulkan kerugian hak konstitusional warga negara, Mahkamah Konstitusi memandang bahwa penggunaan KTP atau Paspor yang masih berlaku untuk memilih adalah solusi yang paling logis, bahkan juga umum diterapkan dalam pemilu di negara-negara lain. Tentu pilihan Mahkamah Konstitusi dalam waktu yang sangat mepet ini memiliki banyak resiko dalam penyelenggaraan pemilu, baik di tataran pelaksana pusat sampai di tingkat Tempat Pemungutan Suara (TPS).

Dalam konsklusinya Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Permohonan para Pemohon terhadap Pasal 28 dan Pasal 111 Undang- Undang Nomor 42 Tahun 2008 beralasan hukum, namun Mahkamah menilai bahwa permohonan para Pemohon adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) sepanjang tidak menghilangkan hak pilih warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dalam Pilpres. Menyadari potensi-potensi kekacuan dalam penyelenggaraan pemungutan suara dalam Pilpres tersebut, maka akhirnya Mahkamah Konstitusi melekatkan seperangkat amar yang sesungguhnya mengandung muatan *positive legislature* (menemukan norma baru dan bersifat mengatur) yang terumus dalam amar putusannya.

Di sinilah letak sisi progresivitas putusan Mahkamah Konstitusi di atas. Dengan alasan mepetnya waktu, Mahkamah Konstitusi bahkan memandang tidak perlu lagi mendengar keterangan Pemerintah maupun Dewan Perwakilan Rakyat sebagaimana prosedur persidangan biasanya, karena hal tersebut dimungkinkan menurut Pasal 54 UU Mahkamah Konstitusi. Selain itu, mengingat dari urgensi perkara ini yang mendekati pelaksanaan Pilpres, maka keperluan untuk diputus secara cepat pada hari yang sama sejak perkara *a quo* diperiksa. Dalam hal ini Mahkamah Konstitusi telah melakukan praktik *judicial activism* dalam rangka menegakkan supremasi konstitusi dan demokrasi serta demi menegakkan keadilan substantif.

b. Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009

Robertus, adalah perseorangan warga negara Indonesia, mantan narapidana yang merasa hak konstitusionalnya dilanggar oleh salah satu persyaratan menjadi anggota DPD, DPR, dan DPRD sebagaimana diatur

dalam Pasal 12 huruf g UU Pemilu Legislatif. Pasal tersebut menyatakan, "Persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih". Lebih lanjut dalam Pasal 50 ayat (1) huruf g juga ditegaskan kembali bahwa "Bakal calon anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD Kab./Kota harus memenuhi persyaratan: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih". Bahkan dalam Pasal 58 huruf f Undang-Undang Pemda mengatur salah satu persyaratan tersebut untuk dapat berpartisipasi secara formal dalam pemerintahan daerah.

Menurut hemat Pemohon, keberadaan norma persyaratan tersebut di atas adalah merupakan rumusan Pasal yang masih sangat bersifat umum yang dalam penerapannya dapat menimbulkan ketidakadilan. Keberadaan persyaratan tersebut sangat potensial dan dapat dipastikan merugikan hak konstitusional pemohon. Pemohon mendalilkan bahwa keberadaan Pasal-Pasal a quo dalam dua Undang-Undang tersebut pada hakikatnya merupakan bentuk kedzaliman, penghukuman, dan pelanggaran hak asasi manusia sepanjang hidup pemohon, padahal seorang mantan narapidana jelas-jelas telah dihukum dan mendapat balasan atas pelanggaran yang pernah diperbuatnya. Dengan mendasarkan pada kondisi tersebut, Robertus menyatakan bahwa keberadaan persyaratan bukan mantan narapidana sebagaimana diatur dalam Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD dan Pasal 58 huruf f Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 adalah bertentangan dengan Pasal 1 ayat (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945, oleh karenanya Robertus memohon agar Pasal-Pasal a quo dinyatakan tidak berkekuatan hukum mengikat.

Dalam persidangan, pihak Pemerintah mendalilkan bahwa norma hukum persyaratan untuk menduduki jabatan-jabatan publik "tidak pernah dihukum dengan pidana penjara karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih" yang tersebar di berbagai Undang-

Undang sebelumnya pernah diputus oleh Mahkamah dalam Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 dan Putusan Nomor 15/PUU-VI/2008 dengan amar putusan permohonan ditolak, oleh karena itu Pemerintah menganggap bahwa permohonan Pemohon adalah nebis in idem. Keberadaan norma persyaratan tersebut sesungguhnya adalah semata-mata untuk mendapatkan pemimpin yang memiliki rekam jejak (track record) yang tidak tercela, oleh karenanya dapat dijaring pemangku jabatan publik yang baik, memiliki integritas dan kapabilitas moral yang memadai, mendapatkan kepercayaan dari masyarakat, benar-benar bersih, jujur, dan berwibawa dengan standar persyaratan yang objektif. Oleh karenanya menurut Pemerintah pilihan hukum atau legal policy yang demikian tidaklah dapat diuji, terlebih jika norma pembatasan tersebut dihubungkan dengan keberadaan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.

Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa dari perspektif moralitas hukum, yaitu keadilan, rumusan norma yang demikian meskipun telah memenuhi persyaratan prosedural, tidak serta merta dapat dikategorikan sebagai legal policy yang tidak dapat diuji konstitusionalitasnya sebagaimana keterangan Pemerintah, karena norma hukum a quo jelas tidak memenuhi rasa keadilan. Bahkan dalam konklusinya¹¹² Mahkamah Konstitusi menyatakan sebagai berikut:

Norma hukum “tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih” yang terkandung dalam Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU 10/2008 serta Pasal 58 huruf f UU 12/2008 jika diberlakukan tanpa syarat-syarat tertentu tidak dapat menegasi prinsip persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan serta melanggar hak seseorang atau warga negara atas perlakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, dan hak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan, yang pada hakikatnya merupakan moralitas hukum dan moralitas konstitusi.

112 Lihat Putusan MK Nomor 4/PUU-VII/2009

Meskipun demikian, sebagaimana Pertimbangan Hukum Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (elected officials) –“hal tersebut tidaklah sepenuhnya diserahkan kepada rakyat tanpa persyaratan sama sekali dan semata-mata atas dasar alasan bahwa rakyatlah yang akan memikul segala resiko pilihannya”. Oleh karena itu, agar rakyat dapat secara kritis menilai calon yang akan dipilihnya, maka Mahkamah Konstitusi memberikan pembatasan-pembatasan (baca pengaturan lebih lanjut), dengan ketentuan bahwa keberadaan Pasal-Pasal dimaksud harus dianggap inkonstitusional bersyarat (conditionally unconstitutional), sepanjang:

- a) berlaku bukan untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (elected officials) sepanjang tidak dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak pilih oleh putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
- b) berlaku terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun setelah mantan terpidana selesai menjalani pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
- c) Kejujuran atau keterbukaan mengenai latar belakang jati dirinya sebagai mantan terpidana;
- d) Bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

Dalam hal ini, meskipun tidak melahirkan norma secara tegas, Mahkamah Konstitusi telah menanggukhan “tidak mempunyai kekuatan hukum mengikatnya suatu Pasal Undang-Undang yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945”, sampai pembentuk Undang-Undang memperbaiki rumusannya atau menggantinya sesuai dengan rumusan norma baru sebagaimana Putusan Mahkamah. Mahkamah Konstitusi mendorong agar pembentuk Undang-Undang menjadi lebih bersungguh-sungguh untuk meninjau kembali semua peraturan perundang-undangan sepanjang yang berkaitan dengan hak pilih mantan terpidana agar disesuaikan dengan Putusan ini.

c. Putusan Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009

Perkara Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009 merupakan permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan

Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang diajukan oleh 4 (empat) Pemohon sekaligus dalam register perkara yang berbeda. Mereka adalah Partai Hanura, Ahmad Yani dkk. (berkedudukan sebagai Caleg PPP), Partai Gerindra dan Partai Keadilan Sejahtera. Tidak hanya kental dengan nuansa politik, karena memang semua pemohon adalah mewakili sebagian partai yang lolos parliamentary threshold. Perkara ini juga memiliki nuansa adu kesaktian dan kredibilitas dua lembaga agung penegak hukum, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Betapa tidak, meskipun dengan objek pengujian yang berbeda, sesungguhnya Mahkamah Agung telah mengadili dan memberikan penafsiran atas norma yang sama, dalam hal ini Putusan Mahkamah Agung Nomor 15 P/HUM/2009 tanggal 18 Juni 2009 dan Nomor 16 P/HUM/2009 tanggal 18 Juni 2009 yang menguji legalitas Peraturan KPU Nomor 26 Tahun 2009 terhadap Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008, akan tetapi kedua putusan lembaga peradilan agung ini (Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi) memiliki kesimpulan yang jauh berbeda.

Dalam permohonannya Partai Hanura mempermasalahkan konstitusionalitas Pasal 205 ayat (4) dan Penjelasan Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3), dan Pasal 212 ayat (3). Partai Hanura mendalilkan bahwa Pasal 205 ayat (4) dan Penjelasan Pasal 205 ayat (4) UU 10/2008 menimbulkan potensi penghitungan ganda (double counting) dan memunculkan ketidakpastian hukum. Sementara terhadap Pasal 212 ayat (3) dan Pasal 211 ayat (3) UU 10/2008, Partai Hanura mendalilkan bahwa normanya bertentangan dengan sistem pemilu proporsional terbuka sebagaimana dianut oleh UU No.10 Tahun 2008.

Ahmad Yani, dkk. (para Caleg PPP) mempermasalahkan dan memohon agar Pasal 205 ayat (4) dinyatakan konstitusional bersyarat. Ahmad Yani, dkk. mendalilkan bahwa, jika frasa “suara” dalam Pasal 205 ayat (4) UU 10/2008 ditafsirkan sebagai hanya sisa suara dari Parpol yang memenuhi BPP, maka akan terjadi disproportionalitas perolehan suara terhadap perolehan kursi sebuah Parpol, dan akan terjadi double counAdapun Partai Gerindra mempermasalahkan konstitusionalitas Pasal 205 ayat (4) dan Pasal 212 ayat (3), serta dalam petitium pokoknya memohon agar setiap suara yang telah

diperhitungkan atau dikonversi menjadi kursi tidak dapat diperhitungkan kembali”. Sebagaimana Hanura, Gerindra juga menganggap bahwa, jika frasa “suara” dalam Pasal 205 ayat (4) UU 10/2008 ditafsirkan sebagai hanya sisa suara dari Parpol yang memenuhi BPP, maka akan terjadi penghitungan ganda, sedangkan terhadap Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU 10/2008 mutatis-mutandis dengan dalil Hanura.

PKS mendalilkan bahwa Pasal 205 ayat (4) dalam pelaksanaannya menimbulkan multitafsir terutama dalam memaknai frasa “suara” yang jika ditafsirkan hanya sebagai sisa suara dari Parpol yang memenuhi BPP, maka akan terjadi ketidakadilan, karena terhadap partai besar akan terjadi over representation, dan sebaliknya pada partai kecil akan terjadi under representation. Atas pertimbangan itu Partai Keadilan Sejahtera (PKS) memohon agar Pasal tersebut dinyatakan konstitusional bersyarat sepanjang diartikan bahwa “suara” yang dimaksud dalam Pasal tersebut harus ditafsirkan sebagai “suara parpol di suatu daerah pemilihan setelah dikurangi dengan suara yang digunakan/dikonversikan untuk mendapatkan kursi pada penghitungan perolehan kursi tahap pertama dan suara parpol di suatu daerah pemilihan yang belum memperoleh kursi dalam penghitungan perolehan kursi tahap pertama.

Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangan hukumnya menganggap bahwa keberadaan Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3), dan Pasal 212 ayat (3) UU 10/2008 telah menimbulkan tafsir yang berbeda-beda. Multi tafsir tersebut telah menimbulkan kontroversi yang tajam di tengah-tengah masyarakat. Multi tafsir ini setidaknya termuat dalam Peraturan Komisi Pemilihan Umum Nomor 15 Tahun 2009, sebagaimana telah diubah dengan Peraturan KPU Nomor 26 Tahun 2009 dan penafsiran yang termuat dalam Putusan Mahkamah Agung (MA) Nomor 012 P/HUM/2009, Nomor 015 P/HUM/2009, dan Nomor 016P/HUM/2009.

Mahkamah Konstitusi berpandangan bahwa asas pemilu yang dianut oleh UU No.10 Tahun 2008 adalah asas proporsional terbuka, sehingga dikehendaki adanya proporsionalitas atau kedekatan antara persentase perolehan suara dan persentase perolehan kursi dengan deviasi yang sedapat mungkin dihindari.

Dengan prinsip tersebut, maka apabila Pasal 205 ayat (4) UU 10/2008 yang berkaitan dengan frasa “suara sekurang-kurangnya 50% (lima puluh perseratus) dari BPP DPR ditafsirkan untuk memperhitungkan kembali perolehan suara secara utuh partai politik yang telah mendapatkan kursi berdasarkan tahap pertama dengan dasar BPP akan menyebabkan terjadinya penghitungan lebih dari satu kali, oleh karenanya jika penafsiran ini diterapkan maka akan tidak sesuai dengan sistem proporsional yang menjadi sistem yang dipilih oleh UU No.10/2008.

Terhadap Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU No.10/2008, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa maksud frasa “sisa suara” bukan hanya sisa suara dari perolehan suara partai politik setelah dikonversikan menjadi kursi berdasarkan BPP, akan tetapi juga mencakup perolehan suara partai politik yang tidak memenuhi BPP dan belum digunakan dalam penghitungan kursi tahap sebelumnya. Dengan serangkaian pertimbangannya tersebut, akhirnya Mahkamah Konstitusi berkesimpulan bahwa Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU No.10/2008 adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) yang berarti tetap konstitusional sepanjang diartikan sebagaimana amar putusan Mahkamah Konstitusi.

Dari analisis dokumen Putusan Mahkamah Konstitusi yang putusannya mengatur, dapat diuraikan seperti berikut. Pertimbangan hakim Mahkamah Konstitusi dalam Putusan No. 004/PUU-VII/2009, adalah bahwa: (1) Norma hukum tidak dapat dilepaskan dari moralitas yang mendasarinya, yaitu keadilan, karena kehadiran moral dalam hukum dilambangkan keadilan; dan (2) Secara yuridis yang tercantum dalam Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 tahun 2008. Serta Pasal 58 huruf f UU No 12 th 2008 menyebabkan pemohon sebagai waga negara Indonesia seumur hidup tidak memungkinkan dirinya menjadi anggota DPR, DPD, DPRD, Kepala daerah dan wakil kepala daerah sehingga secara *expressis verbis* telah melanggar prinsip “persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan (Pasal 27 ayat (1) UUD 1945).

Diputuskannya Perkara No. 102/PUU-VII/2009, didasarkan atas pertimbangan: (1) Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) UU No 42 /2008 telah menghilangkan hak memilih warga negara yang telah berusia 17 tahun atau

sudah kawin. Padahal hak memilih adalah hak yang dijamin konstitusi, maka penghapusan akan hak dimaksud merupakan pelanggaran terhadap hak asasi manusia dari warga negara; (2) Menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat; dan (3) Menimbulkan kerugian hak konstitusional warga negara dan di lain pihak tidak melanggar ketentuan peraturan yang berlaku.

Selanjutnya dasar pertimbangan hakim Mahkamah dalam Perkara No 110-111-112-113/PUU-VII/2009, adalah: bahwa menurut UUD 1945 dan UU No 10 th 2004, maupun berdasarkan asas umum dalam pembentukan UU haruslah dipastikan bahwa isi dan bunyi setiap UU itu jelas dan tidak menimbulkan multitafsir, untuk memberikan pengakuan, jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Pada kasus putusan positive legislature tersebut di atas, misalnya Hakim MK mendasarkan pada penafsiran restriktif dan ekstensif. Penafsiran restriktif yaitu penyempitan arti, yaitu pada Putusan No. 4/PUU-VII/2009. Putusan MK sebelumnya yaitu Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 tanggal 11 Desember 2007, Mahkamah dalam amar putusannya telah menolak permohonan pengujian Pasal 58 huruf f UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (UU 32/2004), Pasal 6 huruf t UU Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (UU 23/2003), Pasal 16 ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 ayat (2) huruf d UU Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (disingkat UU MA), dan Pasal 13 huruf g UU Nomor 16 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan (UU BPK) yang kesemuanya memuat norma hukum mengenai syarat “tidak pernah dijatuhi pidana dengan pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih”, meskipun formulasinya tidak persis sama. Norma hukum yang terkandung dalam Pasal-Pasal berbagai Undang-Undang yang dimohonkan pengujian dinyatakan sebagai konstitusional bersyarat (conditionally constitutional), yakni dikecualikan untuk tindak pidana yang bersifat kealpaan ringan (culpa levis) dan tindak pidana karena alasan perbedaan pandangan politik.

Sementara Putusan MK 4/PUU-VII/2009 menguji Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10/2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan Pasal 58 huruf f UU No. 12/2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32/2004 tentang Pemerintah Daerah, sehingga meskipun norma yang diuji sama tetapi karena Pasal dan UU serta pemohonnya berbeda, maka penyempitan arti dalam Putusan MK 4/PUU-VII/2009 dibenarkan. Kekhususan karakter jabatan-jabatan publik tertentu menyebabkan tidak semua jabatan publik dapat demikian saja ditentukan persyaratan dengan menggunakan rumusan norma yang bersifat umum, sehingga perlu pembedaan persyaratan.

Penyempitan arti dari norma” tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam hukuman penjara 5 tahun atau lebih, dalam putusan sebelumnya” tidak termasuk delik culpa dan delik politik”, yang sudah pernah diuji MK Pasal aquo telah mengalami “penyempitan arti” yang kemudian dilanjutkan dengan adanya putusan MK No 4/PUU-VII/2009, lebih disempitkan lagi.

Penafsiran ekstensif tampak pada perluasan arti tampak pada Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009 dan Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009. Pada Putusan No.102/PUU-VII/2009, norma “pemilih pemilu Presiden dan Wakil Presiden adalah pemilih yang terdaftar dalam DPT” mengalami perluasan yaitu meliputi juga warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan syarat-syarat yang ditentukan oleh MK. Pada Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009, norma “sisa suara” mengalami perluasan makna yang meliputi sisa suara baik yang belum digunakan maupun sisa suara yang telah dihitung.

Selain pertimbangan di atas, Mahkamah Konstitusi juga mendasarkan pada pertimbangan kebudayaan. Mahkamah Konstitusi mempertimbangkan nilai budaya dalam masyarakat dalam memeriksa dan memutuskan perkara yang diajukan kepadanya. Misalnya dalam perkara PHPU legislatif yang diajukan calon DPD, terdapat kasus yang menarik perhatian publik (public interest) yakni perkara terkait dengan putusan sela pemungutan suara dan penghitungan ulang atas nama Pdt. Ellion Numberi, S.Th dan Hasbi Sueb,

masing-masing calon anggota DPD dari Provinsi Papua. Dalam hal ini MK berkesimpulan kasus Pdt. Elion Numberi dan Hasbi Sueb, pelaksanaan Pemilu di Kabupaten Yahokimo umumnya tidak dilaksanakan dengan pencontrengan pada surat suara. Penentuan suara hanya dilakukan dengan “kesepakatan warga” atau “aklamasi”, akan tetapi MK berpendapat pemilihan umum dengan “kesepakatan warga” atau “aklamasi” tersebut merupakan model pemilihan yang sesuai dengan kebudayaan dan adat setempat yang harus dipahami dan dihormati. Setelah menilai fakta dan hukum atas kedua kasus tersebut di atas, MK memerintahkan kepada KPU Kabupaten Yahokimo untuk melakukan pemungutan suara dan penghitungan ulang di Kabupaten Yahokimo dan Kabupaten Nias Selatan dalam tenggang waktu 60 hari sejak putusan dibacakan.

Selanjutnya pertimbangan yang didasarkan atas nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat diperoleh dari hasil wawancara berikut. Menurut Fadlil Sumadi¹¹³, bahwa pertimbangan hakim Mahkamah Konstitusi membuat putusan ialah rasio desidendi, bisa berdasarkan hukum, bisa argumentasi, ataupun pendapat hakim. Kalau pendapat berdasarkan peraturan perundang-undangan disebut Rasio Legis. Hukum dalam bentuk perundang-undangan tidak lengkap dan tidak pernah akan lengkap. Artinya disini hakim bisa menemukan hukum, kalau memang dalam hukum yang tertulis belum ada atau tidak jelas.

Studi komparasi terhadap Mahkamah Konstitusi di berbagai negara telah menjadi inspirasi Mahkamah Konstitusi Indonesia dalam membuat putusan-putusan yang mengatur (positive legislature) seperti di atas. Akil Muchtar berpendapat bahwasanya tindakan Mahkamah Konstitusi dalam mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur didasarkan atas hasil studi komparasi di berbagai negara, seperti Amerika Latin, Jerman dan Korea. Di negara-negara tersebut Mahkamah Konstitusi biasa membuat putusan yang bersifat mengatur, dengan pertimbangan rasa keadilan dan kemanfaatan yang dituntut oleh warga negaranya. Dalam praktik terjadi kekosongan hukum (*recht vacuum*) oleh karena terdapat Pasal yang dibatalkan. Pendapat Oliver Wilhelm Holmes¹¹⁴,

113 Wawancara dengan Fadlil Sumadi, anggota hakim Mahkamah Konstitusi, tanggal 31 Juli 2010.

114 John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition An Introduction to The Legal System Western Europe and Latin America*, Second Edition, Stanford University Press, California, 1985, hlm. 42.

sebagai mantan Presiden Amerika Serikat, bahwa kehidupan ber hukum tidak hanya berlogika tetapi juga terkait dengan pengalaman, sehingga hakim dalam memutuskan perkara tidak hanya berdasar pada peraturan, tetapi berdasarkan perilaku (*The life of law has not been logic but also experience so that judge, in making decision in law, is not only based on, rule but also behavior*).

Hal ini bisa menimbulkan implikasi dalam pelaksanaan undang-undang tersebut karena tidak tersedianya undang-undang yang baru. Meskipun demikian, sebenarnya untuk mengatasi kekosongan hukum dapat ditempuh dengan pembentukan Perppu. Tindakan tersebut dapat saja dibatalkan oleh DPR dalam masa persidangan berikutnya. Untuk itu, maka Mahkamah Konstitusi membuat putusan dengan syarat tertentu yang disebut dengan putusan konstitusional bersyarat dan putusan tidak konstitusional bersyarat. Hakim Konstitusi dapat melakukan inovasi dalam membuat putusan, sepanjang memberikan kemanfaatan dalam masyarakat. Artinya walaupun ada undang-undang dilanggar, itu tidak masalah, selagi dapat memenuhi keadilan substantif bagi masyarakat, oleh karenanya diharapkan tidak akan terjadi chaos atau kekacauan hukum dalam masyarakat.¹¹⁵

Sejalan dengan pendapat di atas, Maria Farida¹¹⁶, mengatakan bahwa dasar Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang bersifat mengatur adalah unsur mendesak, unsur keadilan substansial serta unsur kemanfaatan. Demikian pula, Muhammad Alim,¹¹⁷ mengemukakan dasarnya adalah Pasal 45 ayat 1 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, dimana intinya adalah Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan bukti dan keyakinan (kebenaran materiil), keadilan dan kemanfaatan, serta situasi yang mendesak, sehingga harus diselesaikan, pada prinsipnya masalah administrasi tidak bisa mengalahkan hak konstitusional warga negara, dalam menggunakan hak pilihnya.

Menurut Harjono,¹¹⁸ hakim Mahkamah Konstitusi membuat putusan dasarnya adalah ada tuntutan masyarakat kemudian diselesaikan persoalannya dengan menafsir UUD 1945, jadi bukan masalah benar atau salah tetapi lebih cenderung kepada keadilan dan kemanfaatan masyarakat. Pendapat ini sesuai

115 Wawancara dengan hakim Mahkamah Konstitusi, H. M. Akil Muchtar, tanggal 12 Agustus 2010.

116 Wawancara dengan Maria Farida, hakim Mahkamah Konstitusi, tanggal 30 Juli 2010.

117 Wawancara dengan Muhammad Alim, hakim Mahkamah Konstitusi, tanggal 30 Juli 2010

118 Wawancara dengan Harjono, hakim Mahkamah Konstitusi, tanggal 31 Juli 2010.

dengan I Gusti Putu Artha, anggota KPU, yang menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi mempunyai perluasan wewenang yaitu menafsirkan Pasal-Pasal yang ada dalam UUD 1945, dalam rangka memenuhi keadilan masyarakat, dan KPU membutuhkan agar ada dasar hukumnya.¹¹⁹

Berdasarkan wawancara di atas dapatlah disimpulkan bahwa dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam membuat beberapa putusan yang dalam putusnya mengatur (positive legislature) adalah keadilan dan kemanfaatan masyarakat, situasi yang mendesak, mengisi *rechtvacuum* untuk menghindari chaos atau kekacauan hukum dalam masyarakat. Hakim Konstitusi perlu membaca Undang-Undang Dasar dengan moral reading, karena Konstitusi atau Undang-Undang Dasar menurut Satjipto Rahardjo¹²⁰ harus dipahami sebagai suatu tipe hukum atau perundang-undangan yang beda (*distinct*), yang bukan sekedar dokumen hukum biasa, melainkan dokumen moral, dan dokumen antropologi. Sifat Undang-Undang Dasar yang demikian itu maka dibutuhkan cara membaca yang khusus, yang oleh Ronald Dworkin disebut *moral reading* (membaca dengan pendalaman makna).¹²¹ Jadi membaca Undang-Undang Dasar 1945 dengan meresapi maknanya atau membacanya sebagai risalah dan pernyataan moral bangsa Indonesia, dalam hal ini melalui penyusun Undang-Undang Dasar.¹²²

Kondisi yang rentan timbulnya kekacauan (*chaos*) dalam masyarakat tersebut diakibatkan adanya ancaman politik dua pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden yang akan mengundurkan diri dari Pemilu Presiden dan Wakil Presiden jika masalah DPT tidak diselesaikan dalam waktu 2 x 24 jam.¹²³

119 Wawancara dengan I Gusti Putu Artha, anggota KPU, tanggal 30 Juli 2010.

120 Satjipto Rahardjo, *Mendudukan Undang-Undang Dasar* (Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum), Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2007, hlm 87.

121 *Ibid*, hlm 89.

122 *Ibid*, hlm 41.

123 Lihat Rita Triana Budiarti, *on the Record Mahfud MD di Balik Putusan Mahkamah Konstitusi*, PT RajaGrafindo Persada dan Konspress, Jakarta, 2010, hlm. 127-128. Pada tayangan berita menjelang tengah malam (Minggu malam, 5 Juli 2009) sungguh membuat saya terpaku di depan televisi. Saya melihat pasangan Megawati-Prabowo dan pasangan Jusuf Kalla-Wiranto bertandang ke kantor PP Muhammadiyah Jakarta, Minggu malam. Mereka diterima oleh Ketua Umum Muhammadiyah Din Syamsuddin. Pada saat kedua pasangan calon itu bertemu secara terbatas dengan Din Syamsuddin, tim sukses kedua pasangan yang menunggu di lobi berbicara kepada pers. Mereka mengancam, "Kalau KPU tidak menyelesaikan masalah DPT dalam tempo 2 x 24 jam, maka kami pasangan Megawati-Prabowo dan Jusuf Kalla-Wiranto mempertimbangkan untuk mengundurkan diri dari pencalonan Presiden".

Kenyataan di atas menunjukkan Mahkamah Konstitusi telah melakukan penemuan hukum/pembentukan putusan sesuai dengan teori hukum responsif dari John Henry Merryman. Pandangan hukum responsif dari John Henry Merryman tentang pembentukan hukum oleh hakim, bahwa seorang hakim dalam membuat dan membentuk hukum sering berpikir bahwa perundang-undangan sebagai salah satu bentuk pelayanan dari fungsi tambahan yang sering kurang akurat.¹²⁴ Selanjutnya hakim dalam melakukan interpretasi harus menerapkan perundangan yang jarang sekali jelas dalam konteks kasus, oleh karenanya hakim harus mengisi celah dan menyelesaikan masalah dalam sekema perundangan. Hakim harus merubah hukum terhadap kondisi/kenyataan yang berubah-ubah. Perundangan bukan sesuatu yang pasti dalam penggunaannya khususnya pada hakim yang bijaksana.¹²⁵

Putusan yang bersifat mengatur (positive legislature) yang dibentuk oleh Mahkamah Konstitusi itu, oleh Hart dan Dworkin disebut discretion. Sebagaimana yang ditegaskan oleh Hari Chand,

*Hart holds the view that in a hard case, judges have a wider discretion. So judges do makes law. In contrast to Blackstone and Dworkin, Hart holds that judges do not simply find and apply the law; they do make it. Hart further states that the open texture of the law leaves a vast field for judges to display creativity. They must act with impartiality an neutrality, keeping in view the interest of all the affected parties, judges may use general principles as a reasoned basis for decision.*¹²⁶

(Hart berpegang pada pandangan bahwa dalam sebuah kasus yang berat, hakim memiliki diskresi yang lebih luas sehingga hakim dapat membuat hukum. Berbeda dengan Blackstone and Dworkin, Hart berpegang bahwa hakim tidak akan semudah itu menemukan dan melaksanakan hukum. Mereka benar-benar membuatnya, selanjutnya Hart mengemukakan bahwa susunan terbuka pada hukum mengabaikan ruang yang luas bagi para hakim untuk

124 John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition An Introduction to The Legal System Western Eurpe and Latin America*, Second Edition, Stanford University Press, California, 1985, p. 34.

125 Ibid, hlm 43.

126 Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, United Print Process Sdn. Bhd., Kuala Lumpur, 2005, hlm 151.

memperlihatkan kreativitasnya. Mereka diharuskan bertindak secara adil dan netral untuk menjaga dari kepentingan-kepentingan pihak-pihak terkait. Hakim dapat menggunakan prinsip-prinsip umum sebagai sebuah alasan dasar bagi keputusan).

Sementara Dworkin memiliki padangan yang bertolak belakang dengan Hart, bahwa diskresi yang dimiliki hakim itu terbatas. Sebagaimana yang ditegaskan oleh Hari Chand,

Dworkin opposes the view that judge make law. Because a legal system is always founded on principles, therefore judges do not have a strong discretion if the rule fail to give a clear answer, judges do not have a discretion unlimited by any legal standards. The judge's discretion is to do what is right in consonance with legal principles, legal values and other relevant legal standards.¹²⁷

(Dworkin menyangkal pandangan yang menyatakan bahwa hakim membuat hukum. Karena sebuah legal system selalu dibangun di atas dasar yang kuat, oleh karenanya hakim tidak memiliki diskresi yang tidak begitu kuat jika peraturan-peraturan tersebut gagal dalam memberikan jawaban yang jelas, hakim tidak akan memiliki diskresi yang tidak dibatasi dengan kriteria hukum. Kebijakan hakim adalah untuk melaksanakan hak yang sesuai dengan prinsip-prinsip hukum, nilai-nilai hukum dan standar-standar hukum lain yang relevan).

Dalam kaitannya putusan positive legislature ini lebih sesuai dengan pendapat Dworkin, yaitu bahwa hakim tidak membuat hukum, tetapi sebuah diskresi.

2. Ratio Decidendi Putusan Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi

Pengaturan wewenang Mahkamah Konstitusi dalam Pasal 24C UUD 1945 yang merupakan bagian konsep checks and balances, merupakan hasil perkembangan gagasan modern sistem pemerintahan demokrasi yang berdasarkan ide Negara Hukum (rule of law), pemisahan kekuasaan (separation

¹²⁷ Ibid, hlm 152.

of powers) serta perlindungan dari pemajuan hak-hak asasi manusia.¹²⁸ Ada dua tugas pokok yang diemban oleh Constitutional Review, yaitu:

- a. Menjamin berfungsinya sistem demokrasi dalam hubungan perimbang peran (interplay) antara cabang kekuasaan legislatif, eksekutif dan lembaga peradilan (judiciary). Constitutional Review dimaksudkan untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh satu cabang kekuasaan.
- b. Melindungi setiap individu warga negara dari penyalahgunaan kekuasaan warganegara yang merugikan hak-hak fundamental mereka yang dijamin oleh konstitusi.

Dalam beberapa contoh putusan di atas, memang ada kecenderungan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat positive legislature. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut menempatkan keadilan di atas hukum dan bukan sebaliknya. Putusan-putusan di atas memperlihatkan pentingnya kreativitas dan kepeloporan dalam penegakan hukum. Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain dimaksudkan untuk mengatasi keteringgalan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan hukum, bila perlu melakukan rule breaking. Terobosan-terobosan ini diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yaitu hukum yang membuat bahagia. Dalam beberapa kesempatan Moh. Mafud MD menyatakan bahwa: “Dalam melaksanakan kewenangannya, Mahkamah Konstitusi, memiliki rambu-rambu yang harus ditaati.¹²⁹ Misalnya, putusan

128 Jimly Assidique, Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara, cet ke 2, Jakarta, Konstitusi Press, 2005, hlm 10.

129 Rambu-rambu tersebut sebagaimana pernah disampaikan Mahfud MD dalam adalah acara fit and proper test Calon Hakim Konstitusi di DPR terdiri dari 10 macam, sebagai berikut: (1) Dalam melakukan pengujian, Mahkamah Konstitusi tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur; (2) Dalam melakukan pengujian, Mahkamah Konstitusi tidak boleh membuat Ultra Petita; (3) Dalam membuat putusan, Mahkamah Konstitusi tidak boleh menjadikan UU sebagai dasar pembatalan UU lainnya; (4) Dalam membuat putusan, Mahkamah Konstitusi tidak boleh mencampuri masalah-masalah yang didelegasikan oleh UUD kepada lembaga legislatif untuk mengaturnya dengan atau undang-undang sesuai dengan pilihan politiknya sendiri; (5) Dalam membuat putusan, Mahkamah Konstitusi tidak boleh mendasarkan pada teori yang tidak secara jelas dianut oleh konstitusi; (6) Dalam melakukan pengujian, Mahkamah Konstitusi tidak boleh melanggar *asas nemo iudex in causa sua*, yakni memutus hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan dirinya sendiri; (7) Hakim Mahkamah Konstitusi tidak boleh berbicara atau mengemukakan opini kepada publik atas kasus konkret yang sedang diperiksa Mahkamah Konstitusi, termasuk di seminar-seminar dan pidato-pidato resmi; (8) Hakim Mahkamah Konstitusi tidak boleh mencari-cari perkara dengan mengajukan siapa pun untuk mengajukan gugatan atau permohonan ke Mahkamah Konstitusi; (9) Hakim MK tidak boleh

Mahkamah Konstitusi tidak boleh berisi norma (bersifat mengatur), Mahkamah Konstitusi tidak boleh memutus melebihi permohonan (ultra petita), atau dalam hal Perselisihan Hasil Pemilihan Umum (PHPU) Mahkamah Konstitusi hanya berwenang memutus perselisihan atau kesalahan rekapitulasi penghitungan suara. Namun, praktiknya rambu-rambu tersebut sulit selalu ditaati. Mahkamah Konstitusi terkadang, perlu membuat terobosan-terobosan hukum untuk mewujudkan keadilan.¹³⁰ Dalam perkembangannya, ada beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat ultra petita (tidak diminta) yang mengarah pada intervensi ke dalam bidang legislasi, ada juga putusan yang dapat dinilai melanggar asas *nemo iudex in causa sua* (larangan memutus hal-hal yang menyangkut dirinya sendiri), serta putusan yang cenderung mengatur atau putusan yang didasarkan pada pertentangan antara satu undang-undang dengan undang-undang yang lain, padahal *judicial review* untuk uji materi yang dapat dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi adalah bersifat vertikal yakni konstusionalitas Undang-Undang terhadap UUD, bukan masalah benturan antara satu Undang-Undang dengan Undang-Undang yang lain.¹³¹

Dalam Laporan Tahunan 2009 dituliskan dengan tegas “Mahkamah Konstitusi RI, Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif”. Penulisan judul ini sesungguhnya memiliki implikasi yang luas bagi Mahkamah Konstitusi dalam rangka pelaksanaan fungsinya sebagai lembaga peradilan. Dalam menjalankan kewenangannya, Mahkamah Konstitusi tidak boleh hanya bersandarkan pada semangat legalitas formal peraturan-peraturan tertulis, melainkan harus mampu menggali dan menghadirkan nilai keadilan substantif bagi masyarakat pencari keadilan.

secara proaktif menawarkan diri sebagai penengah dalam silang sengketa politik antara lembaga negara atau antar lembaga-lembaga politik; dan (10) Mahkamah Konstitusi tidak boleh ikut membuat opini tentang eksistensi atau tentang baik atau buruknya UUD, atau apakah UUD yang sedang berlaku itu perlu diubah atau dipertahankan. Mahkamah Konstitusi hanya wajib melaksanakan atau mengawal UUD yang sudah ada dan berlaku, sedangkan urusan mempertahankan atau mengubah adalah urusan lembaga lain yang berwenang. Lihat dalam Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Isu*, Rajawali Press, Jakarta. 2009, hlm. 278.

130 Moh. Mahfud MD, *Menabrak Rambu-Rambu Demi Keadilan Substantif*, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.BeritaInternalLengkap&id=4719>, diunduh tanggal 3 Nopember 2010. hlm 8.

131 lihat Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Isu*, Rajawali Press, Jakarta. 2009, hlm. 278.

Semangat menegakkan nilai-nilai keadilan substansial tersebut dijawab Mahkamah Konstitusi dengan terlihatnya embrio-embrio putusan baru yang tidak terpasung oleh keterbatasan rumusan undang-undang. Dalam perkembangannya terdapat putusan konstitusional bersyarat, tidak-konstitusional bersyarat, putusan sela, putusan yang berlaku surut, dan lain sebagainya.¹³² Timbul pertanyaan selanjutnya adalah, apakah jenis putusan positive legislature juga dapat digolongkan sebagai tipe putusan yang dilandasi tujuan menegakkan keadilan substantif tersebut. Dengan begitu, apakah Mahkamah Konstitusi telah menegakkan hukum yang progresif.

Mahkamah Konstitusi menegaskan,¹³³ bahwa bagi Mahkamah Konstitusi nilai keadilan yang ingin dicapai tidak semata-mata keadilan prosedural, yakni keadilan yang “dibaca” melalui teks rumusan Undang-Undang semata. Sebagaimana amanat Pasal 24 ayat (1), Mahkamah Konstitusi sebagai bagian dari kekuasaan kehakiman di Indonesia bertugas untuk mewujudkan hukum dan keadilan dalam posisi yang sama, tanpa ada yang lebih diutamakan.¹³⁴ Keadilan yang ditegakkan adalah keadilan yang substansial, hakiki, dan dirasakan oleh publik sebagai keadilan sesungguhnya. Karena itulah hakim-hakim Mahkamah Konstitusi tidak akan terbelenggu dengan apa yang ditetapkan dalam teks undang-undang (procedural). Hakim Mahkamah Konstitusi lebih memilih konteks hukum daripada mengedepankan teks undang-undang. Jika memang demikian adanya, itu berarti ada ruh penegakan hukum progresif di Mahkamah Konstitusi. Menurut Moh. Mahfud MD, alasan Mahkamah Konstitusi ‘mengesampingkan’ rambu-rambu tersebut adalah berdasar kepada hukum progresif; atau demi terwujudnya keadilan substantif. Moh. Mahfud MD¹³⁵ menegaskan, “Kita tidak mau terikat dengan undang-undang yang tidak memberikan jalan hukum. Karena kalau tidak memberi jalan, maka tidak memberi kemanfaatan. Padahal Undang-Undang Dasar di mana pun selalu bertumpu pada tiga hal: kepastian, keadilan dan kemanfaatan.” Oleh karena

132 Ibid, hlm 11.

133 Mahkamah Konstitusi RI, Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif: Laporan Tahunan MKRI Tahun 2009, Setjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2009, hlm 10.

134 Ibid, hlm 10.

135 Moh. Mahfud MD, Menabrak Rambu-Rambu Demi Keadilan Substantif, [http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.BeritaInternalLengkap & id= 4719](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.BeritaInternalLengkap&id=4719), akses tanggal 3 Nopember 2010. hlm 6.

itu, dalam mewujudkan hal itu, diperlukan kejelasan dan ketegasan sikap hakim dalam memutuskan. Hakim (Konstitusi) harus bersifat adil dan mampu mengelaborasi pertimbangan hukum dengan fakta-fakta dalam persidangan dalam sebuah putusan, sehingga masyarakat di seluruh lapisan, mudah memahaminya dan merasakan manfaat dari putusan tersebut.¹³⁶

Keadilan substantif merupakan wujud keadilan hakiki, adalah keadilan yang dirasakan oleh masyarakat sebagai keadilan yang sesungguhnya. Keadilan ini terjelma dalam rasa keadilan yang diakui dan hidup di dalam masyarakat. Keadilan substansial bukan hanya milik mayoritas, melainkan juga mencerminkan perlindungan minoritas.¹³⁷ Memang susah untuk mengukurnya, karena kadangkala ia berada pada konstruksi-konstruksi sosial yang berbeda satu sama lain. Namun, ukuran penerimaan pihak-pihak terkait maupun masyarakat secara luas bisa menjadi tolok ukur dipenuhinya keadilan tersebut. Sebaliknya, keadilan prosedural (*legal justice*) hanya hadir karena semata-mata dibaca dari teks Pasal-Pasal peraturan. Keadilan ini lebih mudah diukur karena prosesnya yang mekanistik, logis dan terukur. Namun, terkadang keadilan prosedural bisa saja menciderai keadilan substansial. Wilayah keadilan substansial tidak persis sama dengan wilayah hukum positif sebagai basis keadilan prosedural.

Kehadiran hukum modern menurut Satjipto Rahardjo telah mereduksi makna keadilan itu sendiri. Hukum modern berada di persimpangan, sebab antara keadilan yang diputuskan dan hukum dalam penerapan terdapat perbedaan yang sangat besar. Keadaan yang gawat tersebut tampil dengan menyolok pada waktu dibicarakan tentang “supremasi hukum”. Apakah yang dimaksud dengan supremasi hukum itu, supremasi keadilan atau supremasi undang-undang? Keadaan persimpangan tersebut juga memunculkan pengertian-pengertian seperti “*formal justice*” atau “*legal justice*” di satu pihak dan “*substansial justice*” di pihak lain.

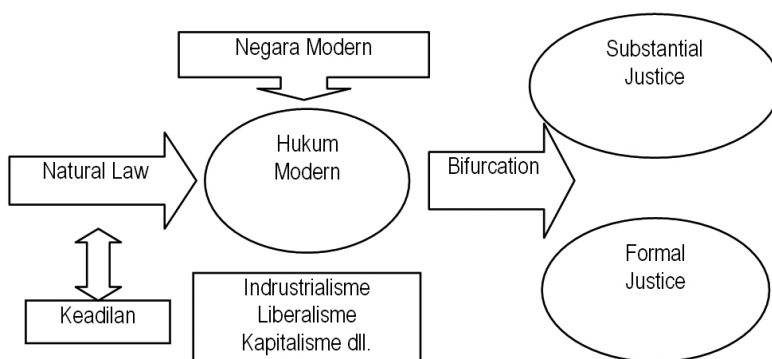
Menurut Franz Magnis Suseno, pengertian keadilan dapat dilihat dalam dua arti pokok, yaitu keadilan dalam arti formal dan keadilan dalam arti

136 Ibid, hlm 6.

137 Mahkamah Konstitusi RI, Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif: Laporan Tahunan MKRI Tahun 2009, Setjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2009, hlm 10.

materiil. Keadilan dalam arti formal adalah keadilan dalam arti bahwa hukum itu berlaku secara umum, sedangkan keadilan dalam arti materiil adalah keadilan dalam arti bahwa setiap hukum harus sesuai dengan cita-cita keadilan masyarakat.¹³⁸ Kondisi ini digambarkan sebagai berikut:¹³⁹

Gambar 4. Persimpangan Makna Keadilan



Era reformasi untuk bangsa Indonesia pada intinya adalah bahwa negara Indonesia seperti negara berkembang lainnya berusaha membangun hukum dengan lebih mendahulukan nilai-nilai keadilan di masyarakat. Karena era reformasi menurut Qodry Azizy¹⁴⁰ memiliki konsekuensi dari berkembangnya paham *Rechtvinding-plus* atau *Legal realism-plus* yang sangat kuat, sehingga pertanggungjawaban negara tidak bisa lagi disandarkan pada semata-mata pada legal formal yang dibangun melalui pemahaman positivisme hukum sebagaimana John Austin maupun Hans Kelsen memaknai hukum. Hal ini dalam praktik pemahaman pengambil kebijakan di Indonesia masih berlangsung, sedangkan masyarakat telah berkembang lebih jauh menuntut pada terwujudnya nilai-nilai keadilan yang memang benar-benar dirasakan oleh masyarakat.

Hal ini juga sekaligus sebagai makna dari tanggung jawab model pemerintahan yang sesuai maksud *good governance* yaitu suatu

138 Franz Magnis Suseno, *Etika Politik*, hlm. 81.

139 Otje Salman Soemadiningrat, *Menuju Pemikiran Hukum Progresif di Indonesia*, makalah, tidak diterbitkan, 2007, hlm 8.

140 Qodri A. Azizy, *Hukum Nasional Eklektisisme Hukum Islam & Hukum Umum*, PT Mizan Publika, Jakarta, tahun 2004, hlm 255.

pertanggungjawaban negara kepada bangsa dan rakyat. Menurut Qodri Azizy, selama berpuluh-puluh tahun Indonesia telah disuguhi oleh tuntutan rasa keadilan masyarakat yang sangat kurang terealisasi, kalau tidak dikatakan belum terwujud secara proporsional. Atau menurut Esmi Warasih¹⁴¹ pembangunan selama ini ternyata menciptakan ketidakberdayaan, baik secara individual maupun kelompok di segala bidang kehidupan masyarakat (social, economic and political disempowerment). Ketidakberdayaan membatasi akses ke sumberdaya negara, mempersulit keadilan hukum, hilangnya bargaining power sehingga rakyat semakin lemah terhadap permintaan uang suap dalam menghadapi suatu persengketaan yang berakhir pada ketidakberdayaan masyarakat.

Hal yang patut direnungkan adalah sebagaimana dinyatakan oleh Koento Wibisono Siswomiharjo dalam seminar “Supremasi Hukum dalam Negara Demokrasi Menuju Indonesia Baru”¹⁴², bahwa revitalisasi Pancasila sebagai dasar negara mempunyai makna, Pancasila harus diletakkan dalam keutuhannya dengan Pembukaan UUD 1945, dan dieksplorasi sebagai paradigma dalam dimensi yang melekat padanya. Artinya dalam hal ini berkaitan dengan pembentukan hukum diperlukan untuk mendudukkan para pihak dalam alur berpikir sesuai dengan nilai-nilai luhur pedoman hidup bangsa Indonesia Pancasila yang telah dirumuskan dan disepakati oleh para pendiri Republik Indonesia sebagai¹⁴³ *modus vivendi* (pedoman hidup) bagi bangsa Indonesia yang pluralistik.

Pembentukan hukum oleh peradilan atas kasus-kasus konkret harus berfokus pada upaya untuk merespon kepentingan masyarakat dan melindungi kepentingannya. Langkah ini dimaksudkan untuk memanusiakan sistem yang membungkam kaum termarginalkan, dan untuk itu diperlukan bentuk-bentuk perlawanan dan perjuangan secara politis yang menekankan hak-hak mereka sebagai manusia warga negara yang tersingkir.

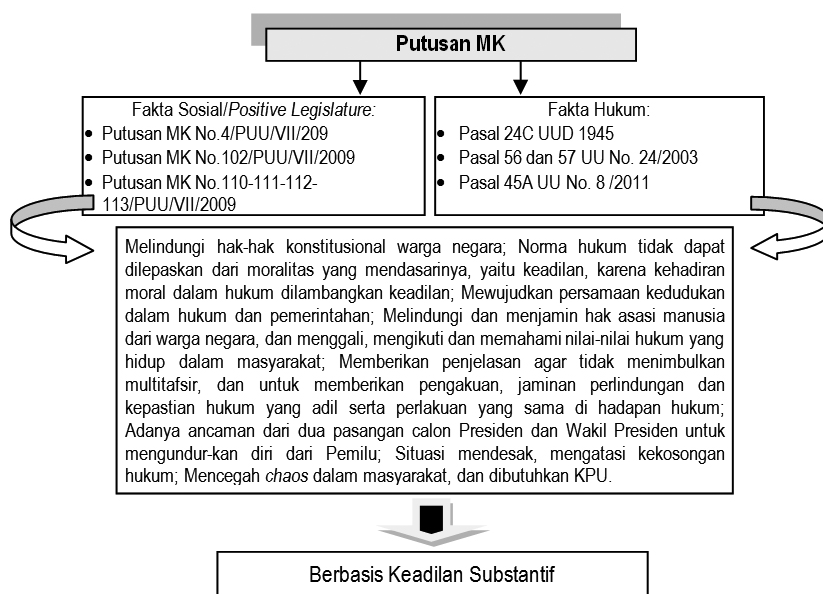
141 Esmi Warasih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, PT Suryandaru Utama Semarang, 2005, hlm 176.

142 Koento Wibisono Siswomiharjo, *Supremasi Hukum dalam Negara Demokrasi Menuju Indonesia Baru*, Makalah disampaikan pada Seminar yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, Kamis 27 Juli 2000 di Semarang, hlm 12.

143 Qodri A. Azizy, *Hukum Nasional Eklektisisme Hukum Islam & Hukum Umum*, PT Mizan Publika, Jakarta, 2004, hlm 21.

Pembentukan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi khususnya dalam membuat putusan yang bersifat positive legislature berbasis keadilan substantif, dapat dibuat alur pola sebagai berikut.

Gambar 5. alur pertimbangan hakim Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang bersifat positive legislature berbasis keadilan substantif



Tentu saja untuk membangun hukum berprespektif keadilan, oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan tersebut, tidak terlepas dari negara Indonesia yang berada pada konteks perubahan dan perkembangan zaman, sistem negara kesejahteraan saat ini yang bergerak dan dikelola dengan dasar-dasar tata kelola pemerintahan yang baik, yang saat ini dikenal dengan sebutan Good Governance merupakan pilihan yang harus dilakukan. Untuk itulah perumusan hukum yang berperspektif keadilan hendaklah merupakan bangunan hukum yang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila.

Gagasan John Rawls mengenai keadilan sebagai fairness adalah satu upaya mewujudkan semangat egalitarian pada struktur masyarakat. Menurut John Rawls, bawa pembagian nilai-nilai sosial yang primer (primary social good) disebut adil jika pembagiannya dilakukan secara merata, kecuali jika

pembagian yang tidak merata merupakan keuntungan bagi setiap orang. Nilai-nilai sosial yang primer yang dimaksud adalah kebutuhan dasar yang sangat dibutuhkan untuk bisa hidup pantas sebagai manusia dan warga masyarakat. Kebutuhan dasar itu antara lain hak-hak dasar, kebebasan, kesejahteraan, dan kesempurnaan.

Keadilan di atas, menurut John Rawls akan dicapai jika struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*) yang disepakati dalam situasi kontrak menguntungkan semua pihak. Pandangannya mengenai situasi kontrak dalam membangun masyarakat memang bukanlah gagasan baru. Hal itu telah banyak ditawarkan oleh para pemikir pendahulunya, seperti Hobbes, Locke, Rousseau. Hanya saja situasi kontrak masyarakat menurut John Rawls adalah 'sintesis' dan teori kontrak sosial sebelumnya cenderung utilitarianistik di satu sisi dan intuitif di lain sisi, di mana masing-masing memiliki cacat mendasar. Utilitarianisme telah memunculkan sikap-sikap membenaran orang kuat yang tak adil terhadap orang lemah, dan mengancam hak-hak individu, sedangkan pandangan intuitif terjebak dalam subjektivisme moral, dan karenanya mengancam rasionalitas keadilan.

Selanjutnya dikatakan, bidang utama prinsip keadilan adalah struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*) yang meliputi institusi sosial, politik, hukum, ekonomi, karena struktur institusi itu mempunyai pengaruh mendasar terhadap prospek kehidupan individu. Problem utama keadilan ialah merumuskan dan memberikan alasan pada sederet prinsip-prinsip yang harus dipenuhi oleh sebuah struktur dasar masyarakat yang adil, yaitu bagaimana prosedur merumuskan hukum yang mencerminkan rasa keadilan/aspirasi masyarakat.

Prinsip keadilan menurut John Rawls, haruslah berdasar pada asas hak, bukan manfaat. Jika asas manfaat yang menjadi dasar, maka ia akan mengabaikan prosedur yang *fair*: hal yang dianggap utama adalah hasil akhirnya yang memiliki banyak manfaat untuk sebanyak mungkin orang tanpa mengindahkan cara dan prosedurnya (*the greatest good for the greatest number*). Sebaliknya, prinsip keadilan yang berdasarkan pada asas hak akan melahirkan prosedur yang *fair* karena berdasar pada hak-hak (*individu*) yang tak boleh dilanggar

(hak-hak individu memang hal yang dengan gigih diperjuangkan untuk melawan kaum utilitarian). Dengan menghindari pelanggaran terhadap hak semua orang sesungguhnya juga akan menciptakan prosedur yang adil (fair), apapun manfaat yang dihasilkannya. Lantas yang menjadi pertanyaan adalah: mekanisme yang bagaimanakah yang kondusif untuk menciptakan prosedur yang fair tersebut? John Rawls menyatakan, bahwa prosedur harus dibuat pada posisi asli yang diandaikan ada oleh orang-orang yang tak memihak, yang berada di balik selubung ketidaktahuan. Menurut John Rawls, two principles of justice adalah:

- a. *Each person has the same indefeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all; and*
- b. *Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: First, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be the greatest benefit of the least-advantaged members of society (the difference principle).¹⁴⁴*

John Rawls menempatkan prinsip-prinsip keadilan sebagai berikut. Prinsip pertama, setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan-kebebasan dasar yang paling luas yang dapat dicocokkan dengan kebebasan-kebebasan yang sejenis untuk semua orang; dan kedua, Ketidaksamaan sosial dan ekonomis diatur sedemikian rupa sehingga menguntungkan terutama orang-orang yang minimal beruntung, dan serentak juga melekat pada jabatan-jabatan dan posisi-posisi yang terbuka bagi semua orang dalam keadaan yang menjamin persamaan peluang yang fair.

Keadilan substantif di Indonesia adalah keadilan yang sesuai dengan keadilan sosial. Konsep keadilan sosial di Indonesia tidak mungkin dilepaskan dari sudut falsafah Pancasila. Konsep keadilan sosial yang dimaksud adalah suatu pemikiran yang bercita-cita melaksanakan sila kelima dari Pancasila, yaitu

¹⁴⁴ John Rawls, *Justice as Fairness Restatement*, edited by Erin Kelly, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, London, England, 2001, p 52, lihat Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo. *Teori Keadilan Dasar-dasar Filsafat Politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara*, terjemahan dari judul *Theori Of Justice* ditulis oleh John Rawls. Yogyakarta. Pustaka Pelajar. 2006. hlm 72.

Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, sebagai tujuan akhir berbangsa dan bernegara sehingga dengan keadilan sosial yang hendak dicapai akan terciptalah masyarakat Indonesia yang sejahtera. Keadilan dalam Pancasila mengandung prinsip bahwa setiap orang di Indonesia akan mendapat perlakuan yang adil baik dalam bidang hukum, politik, ekonomi, dan kebudayaan.

Keadilan sosial dalam sudut pandang Pancasila, dapat dipahami dari kedudukan Pancasila sebagai sumber tertib hukum yang tertinggi. Sjachran Basah, mengatakan bahwa Negara Hukum Indonesia merupakan negara kemakmuran berdasarkan hukum dilandasi Pancasila, baik sebagai dasar negara maupun sebagai sumber dari segala sumber hukum dengan menolak absolutisme dalam segala bentuk.

Kedudukan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara tercantum dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Tatacara Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Dalam penjelasan Pasal tersebut dinyatakan bahwa penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara sesuai dengan Pembukaan UUD 1945 yang menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis bangsa dan negara, sehingga setiap materi muatan peraturan perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai dasar yang terkandung dalam Pancasila.

Nilai dasar yang terkandung dalam Pancasila sebagaimana dimaksud di atas didasarkan pada alasan bahwa Pancasila telah ditetapkan sebagai dasar negara dan ideologi nasional bangsa Indonesia. Hal ini membawa konsekuensi logis bahwa nilai-nilai dasar Pancasila harus dijadikan landasan pokok atau landasan fundamental bagi penyelenggaraan Negara Indonesia. Pancasila berisi lima sila yang pada hakikatnya berisi lima nilai dasar yang fundamental.

Operasionalisasi dari nilai dasar tersebut adalah dalam penyusunan norma hukum di Indonesia, norma dasar atau landasannya adalah Pancasila. Negara Indonesia memiliki hukum nasional yang merupakan satu kesatuan sistem hukum. Sistem hukum Indonesia itu bersumber dan berdasar pada Pancasila sebagai norma dasar bernegara. Pancasila, dalam sistem hukum Indonesia, berkedudukan sebagai ground norm (norma dasar) atau staat

fundamental norm (norma fundamental negara) dalam jenjang norma hukum di Indonesia.¹⁴⁵

Nilai-nilai dasar itu sifatnya abstrak dan tidak normatif, karena itu isinya belum dapat dioperasionalkan. Agar dapat dioperasionalkan dan eksplisit, perlu dijabarkan ke dalam nilai instrumental. Contoh nilai instrumental tersebut adalah UUD'45 dan peraturan perundang-undangan lainnya. Sebagai nilai dasar, nilai-nilai tersebut menjadi sumber nilai, artinya dengan bersumber pada kelima nilai dasar di atas dapat dibuat dan dijabarkan nilai-nilai instrumental penyelenggaraan Negara Indonesia.

Nilai-nilai Pancasila selanjutnya dijabarkan dalam berbagai peraturan perundang-undangan, ketetapan, keputusan, kebijaksanaan pemerintah, program-program pembangunan, dan peraturan-peraturan lain, yang pada hakikatnya merupakan nilai instrumental sebagai penjabaran dari nilai-nilai dasar Pancasila, termasuk diantaranya putusan Mahkamah Konstitusi.

Nilai-nilai dasar Pancasila tersebut harus menjadi pedoman dan memberi arah bagi penyelenggaraan dalam berbagai bidang, termasuk bidang hukum. Keadilan substantif sebagai basis putusan Mahkamah Konstitusi pada dasarnya terkandung pada nilai-nilai dasar dari Pancasila khususnya nilai dasar keadilan sebagaimana termuat pada sila kedua dan kelima seperti dapat diuraikan di bawah ini.

Nilai adil pada sila kedua mengandung arti kesadaran sikap dan perilaku sesuai dengan nilai-nilai moral dalam hidup bersama atas dasar tuntunan hati nurani dengan memperlakukan sesuatu hal sebagaimana mestinya. Maknanya antara lain: (1) Mengakui dan memperlakukan manusia sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa; (2) Mengakui persamaan derajat, persamaan hak, dan kewajiban asasi setiap manusia, tanpa membedakan suku, keturunan, agama, kepercayaan, jenis kelamin, kedudukan sosial, warna kulit dan sebagainya; (3) Mengembangkan sikap saling mencintai sesama manusia; (4) Mengembangkan sikap saling tenggang rasa dan tepa selira; (5) Mengembangkan sikap tidak semena-mena terhadap

145 Lihat Kuntjoro Purbopranoto, *Hak-Hak Azasi Manusia dalam Pancasila*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1983, hlm.49.

orang lain; (6) Menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan; (7) Gemar melakukan kegiatan kemanusiaan; (8) Berani membela kebenaran dan keadilan; (9) Bangsa Indonesia merasa dirinya sebagai bagian dari seluruh umat manusia; dan (10) Mengembangkan sikap hormat-menghormati dan bekerjasama dengan bangsa lain.

Nilai adil ini dalam hal pelaksanaan kewenangan Mahkamah Konstitusi memberikan arah bahwa segala bentuk putusan harus didasarkan pada keadilan substantif, yaitu keadilan yang diterima oleh sebagian besar masyarakat.

Nilai keadilan pada sila kelima mengandung makna: bersikap adil terhadap sesama; menghormati hak-hak orang lain; menolong sesama; menghargai orang lain; melakukan pekerjaan berguna bagi kepentingan umum dan bersama.¹⁴⁶

Prinsip ini menghendaki, putusan Mahkamah Konstitusi harus selalu dilandasi rasa adil bagi setiap orang ditujukan untuk tercapainya derajat kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia. Perwujudan nilai-nilai itu dalam putusan Mahkamah Konstitusi antara lain untuk menjamin hak-hak konstitusional warganegara agar tidak dirugikan, kesejahteraan atau keadilan yang diterima oleh semua warga negara.

Kalau melihat perkembangan ideologi yang dianut negara-negara di dunia, baik bangunan kapitalisme dan sosialisme yang gagal, yaitu runtuhnya ideologi sosialisme di Uni Sovyet dan sekarang ideologi kapitalisme barat runtuh akibat krisis keuangan multi kompleks selain sub primemorgage-nya merupakan potret yang harus dipertimbangkan negara Indonesia dalam menganut paham liberalisme. Krisis di Indonesia juga tidak terlepas dari berkembangnya paham kapitalisme disertai penerapan liberalisme ekonomi yang 'kebablasan'. Gerakan reformasi yang semula bertujuan melengserkan mantan Presiden Soeharto, kini telah berubah. Bahkan terjadi polarisasi visi dan misi di kalangan pendukung reformasi, yang mengaburkan dasar dan arah reformasi yang hendak dituju. Demokrasi yang menjadi kata kunci gerakan reformasi, telah terdistorsi sehingga kehilangan makna yang benar. Yang muncul justru gejala negatif dan kontra produktif dalam berbagai bentuk, insiden yang bertentangan dengan

146 Ibid. hlm 49.

nilai demokrasi itu sendiri. Akibatnya, kebijakan di bidang hukum banyak dipengaruhi paham (ideologi), moral, dan teori-teori kapitalisme-liberal,¹⁴⁷ karena itu ada baiknya Indonesia dengan dasar negara Pancasila mencoba mengkaji kembali sistem hukum yang berdasar Pancasila untuk mewujudkan hukum yang responsif.

Dalam setiap putusan pastilah terdapat pihak-pihak yang kecewa, namun jika mereka menerima putusan tersebut karena telah melalui sebuah proses peradilan yang jujur, transparan dan terbuka untuk umum, maka penerimaan pihak-pihak tersebut sudah mendekati pada nilai-nilai keadilan yang diharapkan. Putusan-putusan yang didasarkan pada pemahaman nilai-nilai keadilan dalam masyarakat akan menjelma menjadi putusan yang bernilai keadilan substantif. Dalam perspektif hukum progresif, inilah yang disebut dengan keadilan yang prorakyat dan keadilan yang membahagiakan manusia. Keringnya pertimbangan hukum dari nilai-nilai kemasyarakatan karena lebih mengutamakan pada aspek normatif, akan menjadikan keringnya filosofi keadilan yang sifatnya substansial.

Dari perspektif teori bekerjanya hukum oleh Robert B. Seidman dan William J. Chambliss¹⁴⁸, dapat dilukiskan bahwa tindakan yang akan diambil oleh lembaga pembuat undang-undang sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-saksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi. Teori bekerjanya hukum ini dapat memberi gambaran bahwa pembentukan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat positive legislature sesungguhnya tidak hanya dikendalikan oleh peraturan hukum yang ada (konstitusi maupun undang-undang) saja, tetapi dikendalikan juga oleh kekuatan sosial dan politik, dalam arti harapan-harapan publik atas keadilan. Kekuatan sosial ataupun kehendak sosial yang tercermin pada tuntutan keadilan sosial jelas perlu dipertimbangkan dalam membuat putusan. Kekuatan sosial berkenaan dengan keadilan yang diharapkan masyarakat yaitu keadilan substantif. Dengan demikian keadilan substantif

147 Ivanovich Agusta dan Ani Tetiani, *Upah Buruh dan Hubungan Industrial*, IPB Bogor, 2000, hlm 4.

148 Satjipto Rahadjo, *Lapisan-Lapisan dalam Studi Hukum*, Banyumedia Publishing, Malang, 2009, hlm.

merupakan aspek utama yang harus dipertimbangkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang bersifat positive legislature.

Ratio decidendi dalam putusan Mahkamah Konstitusi yang mendasarkan bahwa hak-hak warga negara untuk memilih dan hak konstitusional warga negara (constitutional rights of citizen), sehingga oleh karenanya hak konstitusional tersebut di atas tidak boleh dihambat atau dihalangi oleh berbagai ketentuan dan prosedur administratif apapun yang mempersulit warga negara untuk menggunakan hak pilihnya, adalah pemikiran yang sesungguhnya keluar dari konteks legal justice atau keadilan prosedural semata. Terobosan hukum (rule breaking) yang dilakukan Mahkamah Konstitusi pada hari-hari terakhir menjelang pelaksanaan pemungutan suara Pilpres jelas keluar dari logika pemikiran hukum positif. Bagaimana mungkin Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan yang harus segera dilaksanakan oleh penyelenggara Pemilu Presiden dan Wakil Presiden dalam waktu yang mendesak. Dengan persiapan yang relatif lama saja masih terjadi kecolongan dalam hal kecacatan administratif dalam penetapan DPT. Apalagi terhadap ketentuan baru dalam penggunaan KTP dan Paspur yang begitu mepetnya dengan pelaksanaan pemungutan suara.

Terlepas dari hal di atas, pesimisme ataupun optimisme yang berkembang sesungguhnya tindakan kontroversial Mahkamah Konstitusi yang membuat aturan pemilihan bagi warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT. Inilah yang disebut sebagai terobosan hukum yang bernuansa progresif. Ekspektasi publik terhadap kelemahan penyelenggara Pemilu Presiden dan Wakil Presiden yang bisa saja berimplikasi pada runtuhnya legitimasi calon Presiden dan Wakil Presiden terpilih, menjadi pupus. Tidak ada ruang lagi untuk mendalilkan bahwa ada tindakan masif untuk menghilangkan hak konstitusional warga negara untuk memilih.

Dibuatnya putusan Mahkamah Konstitusi yang mengandung norma mengatur dalam pengujian Undang-Undang Pilpres ataupun pada putusan tentang perhitungan tahap kedua penetapan calon legislatif dalam perspektif hukum responsif Henry Merryman dan responsifnya Nonet dan Selznick,¹⁴⁹

149 Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive, Law*, Harper and Row. Terjemahan Mutaqien, Raisul. *Hukum Responsif*. Nusamedia. Bandung. 2008, hlm. 97.

menunjukkan bahwa para Hakim Konstitusi telah menunjukkan sikap yang mampu mengadopsi paradigma baru dan meninggalkan paradigma lama. Dari paradigma positivisme yang berorientasi pada formalistik-legalistik menuju paradigma post positivisme dengan nuansa hukum progresifnya. Hukum tidak lagi dilihat sebagai entitas yang berdiri sendiri, melainkan dia harus mampu berinteraksi dengan entitas lain dengan tujuan pokok, untuk mengadopsi kepentingan-kepentingan yang ada di masyarakat. Hukum tidak hanya dilihat dari kacamata teks undang-undang belaka, melainkan menghidupkannya dalam kontekstualitasnya. Sikap hakim konstitusi dalam beberapa putusan yang bernuansa mengatur menunjukkan bahwa tidak selalu mendasarkan pada pertimbangan yuridis dan otonom teks undang-undang, melainkan mencoba melihat sebuah persoalan dari berbagai perspektif dalam rangka untuk mengejar apa yang disebut keadilan substantif.

3. Perkembangan Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi

Pada dasarnya konstitusi berisi tiga hal penting untuk mengatur: (a) menentukan pembatasan organ-organ negara, (b) mengatur kewenangan antara lembaga-lembaga negara, dan (c) mengatur hubungan kekuasaan antara lembaga negara dan warga negara. Miriam Budiardjo menegaskan bahwa setiap Undang-Undang Dasar memuat ketentuan-ketentuan mengenai¹⁵⁰: Organisasi negara, misalnya pembagian kekuasaan antara badan legislatif, eksekutif dan yudikatif; Pembagian kekuasaan antara pemerintah federal dan pemerintah negara bagian; Prosedur menyelesaikan masalah pelanggaran yurisdiksi oleh salah satu badan pemerintah dan sebagainya; Hak-hak asasi manusia dan prosedur mengubah Undang-Undang Dasar. Dari hal tersebut di atas, pada prinsipnya faham konstitusionalisme sesungguhnya menggambarkan mekanisme checks and balances atau pembatasan kekuasaan, dimana kekuasaan legislatif dan eksekutif diletakkan di bawah kendali, tidak sewenang-wenang, dan tanpa pengawasan.¹⁵¹

150 Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1993, hlm 35.

151 M.P. Jain, *Indian Constitutional Law* Wadhwa Nagpur, Fift Edition, Reprint , 2004, hlm 5.

Sejak awal keberadaannya, peradilan konstitusi didesain untuk mengawal konstitusi dalam arti menjaga agar tidak ada Undang-Undang yang bertentangan dengan UUD. Terdapat sekat konstusionalisme yang membatasi peradilan konstitusi untuk tidak turut campur dalam ranah kekuasaan legislatif. Kekuasaan legislatif merupakan ranah yang tak boleh dilanggar dicampuri oleh yudikatif, karena itu Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yudikatif pada prinsipnya hanya boleh menyatakan satu Undang-Undang atau bagiannya bertentangan atau tidak bertentangan dengan konstitusi. Oleh karena itu, dalam membuat putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur, tidak boleh membatalkan Undang-Undang atau isi Undang-Undang yang oleh UUD dinyatakan terbuka (diserahkan pengaturannya kepada legislatif) dan tidak boleh membuat putusan yang ultra petita, apalagi yang bersifat positive legislature. Sebelum menjadi Hakim Konstitusi, Moh. Mahfud MD menegaskan bahwa putusan pembatalan yang mengandung ultra petita (termasuk putusan positive legislature-pen) pada hakikatnya adalah intervensi atas ranah legislatif.¹⁵² Dengan kata lain, pelanggaran terhadap asas ini bisa dikatakan sebagai pencideraan prinsip pemisahan kekuasaan dan checks and balances yang dianut oleh sistem ketatanegaraan Indonesia.

Larangan untuk membuat putusan ultra petita dipertegas dalam UU No. 8 tahun 2011. Undang-undang ini merupakan perubahan atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Perubahan UU tersebut dilatarbelakangi karena terdapat beberapa ketentuan yang tidak sesuai lagi dengan perkembangan dan kebutuhan hukum masyarakat dan kehidupan ketatanegaraan (bagian penjelasan umum UU No. 8 Tahun 2011). Beberapa pokok materi penting terkait dengan perubahan UU No. 24 tahun 2003 menjadi UU No. 8 Tahun 2011 antara lain: (1) susunan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi; (2) Pengawasan Hakim Konstitusi; (3) Masa jabatan ketua/wakil ketua Mahkamah Konstitusi; (4) Syarat pendidikan untuk diangkat sebagai hakim Konstitusi; dan (5) Kode Etik dan Pedoman perilaku.

Perubahan yang terkait dengan penelitian ini ialah Pasal 45A, yang berbunyi: “Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan

¹⁵² Moh. Mahfud MD, Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi. Makalah disampaikan di depan Komisi III DPR-RI pada saat fit and proptest untuk menjadi hakim konstitusi, tanggal 12 Maret 2008, hlm 4.

yang tidak diminta oleh pemohon, atau melebihi Permohonan pemohon, kecuali terhadap hal tertentu terkait dengan pokok Permohonan. Pasal 45A tersebut melarang adanya putusan ultra petita. Ultra petita secara umum meliputi empat jenis, yaitu: (1) membatalkan Pasal yang tidak diminta; (2) memberi beban tambahan kepada termohon; (3) putusan mengatur; dan (4) menentukan jangka waktu.

Dengan demikian, putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat positive legislature merupakan bagian dari ultra petita, atau dengan kata lain, bahwa putusan positive legislature tidak diperbolehkan oleh UU No. 8 tahun 2011. Namun apabila ditelaah secara mendalam, Pasal 45A tersebut tidak sesuai dengan kenyataan sebab kalau yang dimohon itu adalah merupakan Pasal ruh dari UU, maka bagaimanapun akan berpengaruh kepada Pasal lain, dan tugas hakim itu tidak hanya memutus perkara tetapi menyelesaikan perkara tetapi sampai tuntas dan masyarakat merasa nyaman dan bahagia.

Kewenangan MK dalam pengujian Undang-Undang seperti yang tercantum pada UU MK adalah sebagai negative legislator, namun dalam perkembangannya MK juga memutus perkara-perkara pengujian Undang-Undang ada beberapa putusan yang bersifat positive legislature. Perkembangan kewenangannya MK ini merupakan judicial discretion, demikian dinyatakan oleh Ronald Dworkin¹⁵³, MK dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya tidak membuat Undang-Undang seperti legislatif, karena hakim (MK) itu jabatan yang tidak dipilih langsung oleh rakyat dan hanya mewakili rakyat untuk mengadili, dan memutus perkara, sehingga akan lebih tepat kalau hakim MK itu dikatakan menemukan hukum tidak membuat hukum. Diskresi yang dimiliki MK dalam menguji UU bersifat terbatas.

Pasal 60 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi menyebutkan: “terhadap materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali”. Ketentuan ini menegaskan bahwa dalam pengujian undang-undang diberlakukan asas *nebi in idem*. Akan tetapi ketentuan tersebut menjadi tidak relevan jika dikaitkan dengan jenis *amar conditionally constitutional* ataupun *conditionally unconstitutional*. Jenis

153 Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, United Print Process Sdn. Bhd., Kuala Lumpur, 2005, hlm 151.

putusan yang menarik ini adalah putusan yang amar putusannya “ditolak” tetapi dalam pertimbangan hukumnya memberikan syarat konstusionalitas atau menyatakan salah satu ketentuan dalam UU konstusionalitas bersyarat/ inkonstitusional bersyarat (conditionally constitutional / conditionally unconstitutional). Kons-titusionalitas Bersyarat (conditionally constitutional) dalam putusan MK adalah putusan yang menyatakan bahwa suatu ketentuan UU tidak bertentangan dengan konstitusi dengan memberikan persyaratan kepada lembaga negara dalam pelaksanaan suatu ketentuan UU untuk memperhatikan penafsiran MK atas konstusionalitas ketentuan UU yang sudah diuji tersebut. Putusan conditionally unconstitutional adalah suatu muatan norma dianggap bertentangan dengan konstitusi bila tidak sesuai dengan yang ditentukan oleh MK. Sebagai konsekuensinya, apabila syarat tersebut tidak dipenuhi atau ditafsirkan lain oleh lembaga negara yang melaksanakannya, maka ketentuan undang-undang yang sudah diuji tersebut dapat diajukan untuk diuji kembali kepada MK.

Putusan MK positive legislature itu dapat diubah apabila MK diberi kesempatan untuk memeriksa constitutional complaint. Menurut Harjono¹⁵⁴, permasalahan terkait dengan conditionally constitution ini pasti akan dihadapi karena sistem pengujian di Indonesia hanya terbatas pada sistem pengujian undang-undang terhadap UUD yang kemudian mempunyai kekuatan erga omnes. Akan tetapi jika di MK dibuka kesempatan bagi apa yang disebut constitutional complaint, maka putusan positive legislature ini dapat diubah, tetapi hal ini tidak akan terjadi.

Pada prinsipnya kekuasaan legislatif tidak boleh dicampuri oleh wilayah yudikatif. Legislatif adalah jabatan yang dipilih langsung oleh rakyat untuk membuat undang-undang, sedangkan hakim itu jabatan yang tidak langsung dipilih oleh rakyat hanya mewakili rakyat untuk mengadili, dan memutus perkara, jadi hakim lebih tepat hanya menemukan hukum (rechfinding), karena hakim memiliki diskresi yang terbatas demikian dikatakan oleh Ronald Dworkin. Selanjutnya dalam perkembangan sekarang ini yudikatif boleh membuat putusan yang bersifat mengatur dengan pertimbangan demi kemaslahatan, kemanfaatan dan keadilan substantif.

154 Harjono, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa*, Setjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2008, hal. 179.

Perkembangan pengujian Undang-Undang terhadap UUD (*Constitutional Review*) dalam kerangka checks and balances yang dilakukan badan yudikatif, yang dikatakan oleh Hans Kelsen sebagai “negative legislation” justru sekarang dikatakan oleh Christopher Wolfe,¹⁵⁵ telah menjadi “positive legislation”, melalui apa yang disebut “judge made law” di bidang konstitusi yang menurutnya sekarang telah diterima di Amerika Serikat. Pengamatan Christopher Wolfe, yang demikian tidak selalu disetujui. Pendapat tersebut lahir dari sikap aktivisme hakim dalam penafsiran konstitusi (judicial activism) berkebalikan dengan sikap yang lebih mengharapkan hakim membatasi diri dalam sikap atau tafsiran (judicial restraint). Pertumbuhan legislasi dari parlemen menyebabkan pula pertumbuhan secara paralel hukum buatan hakim (judge made law). Hal ini disebabkan kenyataan bahwa bagaimanapun baiknya kemampuan untuk merancang undang-undang, akan tetapi selalu terdapat kesenjangan (gap) yang harus diisi oleh hakim. Demikian juga kekaburan dan ketidakpastian yang harus dipecahkan oleh hakim. Perkembangan undang-undang yang tidak terelakkan meningkatkan wilayah pengadilan dimana harus bergerak.

Pandangan Christopher Wolfe itulah yang tampaknya dianut oleh para Hakim Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian Undang-Undang Pilpres (Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009) menganggap bahwa ketentuan yang mengharuskan seorang warga negara terdaftar sebagai pemilih dalam Daftar Pemilih Tetap (Daftar Pemilih Tetap) adalah lebih merupakan prosedur administratif semata dan karenanya pula tidak boleh menafikan hal-hal yang bersifat substansial, yang dalam hal ini adalah hak warga negara untuk memilih (right to vote) dalam pemilihan umum Presiden/Wakil Presiden. Mahkamah Konstitusi menyadari betul mepetnya waktu pelaksanaan dapat berpotensi pada kekacauan pelaksanaan pemungutan suara, dan karena terjadiya kekosongan hukum dan kebutuhan hukum masyarakat menjadi alasan kuat untuk mengeluarkan putusan yang bernuansa mengatur sebagaimana telah diuraikan di muka.

Mahkamah Konstitusi Federal (Verfassungsgericht) Jerman misalnya, meskipun tetap harus selalu mentaati batas-batas politik konstitusi dan politik

155 Maruarar Siahaan, Undang-Undang dasar 1945 Konstitusi yang Hidup, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, hlm. 56.

pembuatan undang-undang yang mandiri, akan tetapi dalam kenyataannya lembaga ini dari waktu ke waktu telah melanggar batas politik konstitusional dan telah menjadi pembuat undang-undang yang mandiri. Dalam pandangan Rupert Scholz, Mahkamah Konstitusi Federal Jerman itu dalam hubungannya dengan yurisdiksi yang khusus dalam banyak hal telah menjadi “super instansi” banding yang sebenarnya sama sekali bukan merupakan tugas dari yurisdiksi konstitusional.¹⁵⁶ Namun demikian, patut disadari bahwasanya peranan Mahkamah Konstitusi Federal Jerman tidak dapat diabaikan secara konstitusional, dan Mahkamah Konstitusi Federal Jerman benar-benar telah menjadi pelindung konstitusi yang sesungguhnya.¹⁵⁷

Kualitas pengganti pembuat undang-undang tampak jelas pada misalnya keputusan-keputusan dari Mahkamah Konstitusi Federal mengenai blokade duduk dan terutama mengenai pajak kekayaan seperti juga pengenaan pajak kepada keluarga. Dalam hal ini Mahkamah Fedrtal Jerman telah membuat putusan mengenai hukum pajak berdasarkan asas, misalnya berkenaan dengan janji perlindungan dari Undang-Undang Dasar Jerman bagi perkawinan dan keluarga (Pasal 6 ayat (1)) yang sudah menyerobot rincian pembuatan undang-undang sepenuhnya ke dalam kedaulatan pengaturan Mahkamah Konstitusi Federal sendiri. Tindakan pengambilan keputusan inilah yang dalam banyak hal dapat dipersamakan dengan dibuatnya putusan konstitusional bersyarat atau tidak konstitusional bersyarat seperti telah dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi RI melalui beberapa putusannya sebagaimana telah diuraikan di muka.

Mantan Hakim Agung, sekaligus Mantan Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi Laica Marzuki, mengatakan, ”biarkan Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang bersifat mengatur, sebagai inovasi atau pembaharuan sesuai dengan rasa keadilan yang ada dalam masyarakat. Inilah yang disebut “judicial activism”.¹⁵⁸ Black’s Law Dictionary mendefinisikan judicial activism sebagai “philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their

156 Rupert Scholz, Mahkamah Konstitusi Republik Federal Jerman: Pencapaian dan Tantangan, Friedrich-Naumann-Stiftung Indonesia, Jakarta, 2007, hlm 12-13.

157 Ibid. hlm 15.

158 Wawancara dengan Laica Marzuki, mantan Hakim Mahkamah Konstitusi, tanggal 12 Agustus 2010.

decisions”. Aktivisme yudisial merupakan proses pengambilan putusan pengadilan melalui pendekatan berbeda. Pendekatan ini menurut Satyabrata melebihi filsafat hukum lama, karena dianggap lebih modern dan dekat dengan kehidupan riil masyarakat. Aktivisme yudisial juga dipahami sebagai dinamisme para hakim yang memegang kekuasaan kehakiman ketika membuat putusan tanpa melampaui batas-batas konstitusi.¹⁵⁹ Gagasan judicial activism sesungguhnya berada pada prinsip yang sama dengan gagasan hukum progresif, yakni dalam hal hukum kehilangan pegangannya, maka para hakim dapat menciptakan hukum sebagai pilihan kreatif demi perlindungan konstitusional. Keadilan untuk manusia sama-sama menjadi episentrum bagi penegakan hukum, khususnya hakim. Hukum akhirnya dilihat sebagai perilaku manusia yang dalam hal ini adalah perilaku hakim-hakim konstitusi dalam mengadili.

Pendapat ini dipertegas oleh Fadlil Sumadi yang mengatakan bahwa hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan tidak lengkap dan tidak pernah akan lengkap, artinya di sini hakim bisa menciptakan hukum (judge made law), kalau memang dalam hukum yang tertulis belum ada ataupun tidak jelas.¹⁶⁰ Senada dengan rekan hakim-hakim konstitusi yang lain, Muhammad Alim juga menyatakan bahwa dasar putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur dapat dilihat dalam Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, yang menyebutkan bahwa Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan bukti dan keyakinan (kebenaran materiil), kebenaran, keadilan, kemanfaatan, serta situasi yang mendesak sehingga harus diselesaikan.¹⁶¹ Pada prinsipnya masalah administrasi tidak bisa mengalahkan hak konstitusional warga negara khususnya hak memilih Presiden dan Wakil Presiden. Pendapat ini juga dipertegas oleh Maria Farida yang menyatakan bahwa dasar Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang bersifat mengatur adalah unsur mendesak, unsur keadilan substansial serta unsur kemanfaatan.¹⁶²

159 Pan Mohamad Faiz, *Konstitusi Dan Aktivisme Yudisial*, Kolom Opini Jurnal Nasional - Selasa, 25 Agustus 2009, hlm 11.

160 Wawancara dengan Fadlil Sumadi, hakim Mahkamah Konstitusi, tanggal 12 Agustus 2010.

161 Wawancara dengan M. Alim, Hakim Mahkamah Konstitusi, tanggal 30 Juli 2010).

162 Wawancara dengan Maria Farida, hakim Mahkamah Konstitusi, tanggal 30 Juli 2010).

BAB VI

RESTRIKSI KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PENGUJIAN UNDANG-UNDANG

A. Judicial Activism dalam Praktik Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi

Sistem merupakan kesatuan yang terdiri dari bagian-bagian yang saling tergantung satu sama lain untuk mencapai tujuan tertentu. Sementara hukum nasional adalah hukum atau peraturan perundang-undangan yang dibentuk dan dilaksanakan untuk mencapai tujuan, dasar, dan cita hukum suatu negara. Dengan demikian, sistem hukum nasional dapat diartikan sebagai sistem hukum yang berlaku di seluruh Indonesia, meliputi semua unsur hukum (seperti isi, struktur, budaya, sarana, peraturan perundang-undangan, dan semua subunsurnya) yang saling tergantung satu sama lain bersumber pada Pembukaan dan Pasal-Pasal UUD 1945.

Sunaryati Hartono⁹⁰ memerinci unsur-unsur sistem hukum ke dalam 12 unsur, yaitu: (1) filsafat, (2) substansi atau materi hukum, (3) keseluruhan lembaga-lembaga hukum, (4) proses dan prosedur hukum, (5) sumber daya manusia (brainware), (6) sistem pendidikan hukum, (7) susunan dan sistem organisasi serta koordinasi antar lembaga hukum, (8) peralatan perkantoran lembaga-lembaga hukum (hardware), (9) perangkat lunak (software) seperti petunjuk pelaksanaan yang tepat, (10) informasi hukum, perpustakaan dan penerbitan dokumen-dokumen serta buku atau website (melalui internet), (11) kesadaran hukum dan perilaku masyarakat (budaya hukum), dan (12) anggaran belanja negara yang disediakan bagi pelaksanaan tugas-tugas lembaga hukum dan penyelenggaraan pembangunan hukum yang profesional.

⁹⁰ Sunaryati Hartono, *Politik Hukum menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 2006, hlm. 28.

Sementara itu, menurut Lawrence Friedman⁹¹, unsur-unsur sistem hukum (legal system) memiliki struktur, substansi, dan budaya hukum. Struktur hukum diartikan kerangka atau bagian yang tetap bertahan, bagian yang memberi semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan hukum. Yang dimaksud substansi adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu, sedangkan budaya hukum menunjukkan sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum, kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya.

Selanjutnya untuk menjabarkan hukum dalam politik hukum, setiap negara harus berpijak pada sistem hukum yang dianutnya⁹², setiap bangsa memiliki pandangan hidup dan ideologi masing-masing. Ideologi suatu negara akan memandu kemana arah tujuan negara dan pembangunan, termasuk didalamnya pengembangan sistem hukumnya. Dengan demikian, sistem hukum suatu negara kemungkinan besar akan memiliki karakteristik yang berbeda satu sama lain. Hukum suatu bangsa bersifat “bangsa sentris”, oleh karena itu wajar bilamana bangsa Indonesia mengajarkan ”sistem hukum Pancasila (SHP)” untuk menggambarkan karakteristiknya. Politik hukum di Indonesia dengan Sistem Hukum Pancasila memberikan pemandu bagi pembentukan berbagai produk hukum di Indonesia.

Tidak dapat dipungkiri bahwa hukum suatu negara sangat dipengaruhi oleh politik hukumnya. Hukum merupakan produk politik, setidaknya itulah asumsi dasar yang telah dibuktikan oleh Moh. Mahfud MD⁹³ dalam penelitiannya, sehingga dengan demikian watak dan karakter produk hukum yang dihasilkan oleh suatu rezim juga tergantung dari kemauan politik yang melatarbelakanginya.

Hukum suatu negara akan sangat ditentukan oleh pilihan nilai kepentingan, yakni apakah mementingkan kemakmuran atas perseorangan ataukah mementingkan kemakmuran pada banyak orang. Pembedaan atas

91 Lawrence M. Friedman, *The Legal System, A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York, 1975. diterjemahkan oleh, M. Khozim, 2009. *Sistem Hukum: Perspektif Ilmu Sosial*, Bandung: Nusamedia, hlm 17.

92 Moh Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara, LP3ES, Bab Politik Hukum Pasa Amandemen*, Jakarta, hlm 48

93 *Ibid*, hlm 48.

banyak atau sedikitnya pemenuhan kepentingan itu didasarkan pada perspektif ekonomi, politik, sedangkan dari perspektif teori sosial dan ideologi, perbedaan kepentingan itu dikotomikan atas paham individualism-liberal (menekankan kebebasan individu) atau kapitalisme dan paham kolektivisme atau komunisme (yang menekankan kepentingan bersama).

Dalam tataran percaturan ideologi global, Indonesia memiliki nilai ideologis khas yang membedakannya dengan negara-negara blok barat maupun negara-negara blok timur. Nilai khas inilah yang oleh Moh. Mahfud MD⁹⁴ dikatakan sebagai nilai prismatic Pancasila. Konsep tersebut meminjam istilah dari Fred W. Riggs, sebagai konsep yang mengambil segi-segi baik dari dua konsep yang bertentangan yang kemudian diintegrasikan dalam konsep tersendiri. Konsep prismatic ini sesungguhnya ingin menjelaskan faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan hukum dan birokrasi di negara berkembang. Selanjutnya dikatakan, model prismatic sebagai suatu jenis sistem sosial merupakan peralihan yang bersangkutan paut dengan studi politik dan masalah-masalah sosial dan ekonomi di negara sedang berkembang. Nilai prismatic ini memadukan inti nilai yang baik dari berbagai nilai yang saling bertentangan.

Negara Pancasila merupakan penganut konsepsi prismatic yang memadukan inti nilai yang baik dari berbagai nilai yang saling bertentangan. Pancasila sebagai sebuah nilai yang prismatic sesungguhnya dikristalkan dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat nusantara yang ada sejak dahulu, yang oleh founding father Indonesia kemudian diramu dengan sistem hukum modern, yang sedikit banyak dipengaruhi oleh sistem hukum Belanda dan sistem-sistem hukum lainnya demi menunjang berjalannya ketatanegaraan negara modern. Nilai prismatic ini merajut nilai-nilai baik semua sistem hukum secara eklektis, sehingga menjadi sistem hukum Indonesia.⁹⁵

Dalam konsepsi prismatic tersebut minimal dicirikan oleh empat hal.⁹⁶ Pertama, Pancasila memadukan unsur yang baik dari paham individualisme

94 Ibid, hlm 49.

95 Moh. Mahfud MD, Hukum, Moral dan Politik, Makalah disampaikan pada matrikulasi Program Doktor Ilmu Hukum Undip, 23 Agustus 2008. hlm 5.

96 Bandingkan dengan Moh. Mahfud MD, Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amendemen, diselenggarakan oleh BPHN Dephuk. HAM RI di Jakarta, 29-31 Mei 2006. hlm 8.

dan kolektivisme. Kedua, integrasi antara Rechtsstaat dan Rule of Law. Ketiga, hukum dan masyarakat, dalam arti Pancasila menerima hukum sebagai alat pembaharuan masyarakat (law as tool of social engineering), sekaligus hukum sebagai cermin rasa keadilan yang hidup di masyarakat (living law). Keempat, Pancasila menganut paham religious nation state, tidak menganut atau dikendalikan satu agama tertentu (karena bukan negara agama), tapi juga tidak hampa agama (karena bukan negara sekuler).

Watak sistem hukum suatu bangsa, juga dipengaruhi oleh globalisasi, tak terkecuali Indonesia. Indonesia menolak kedua pilihan kepentingan dan ideologi, namun mengambil segi-segi yang baik dari keduanya. Negara mengatur agar tercipta keseimbangan dan harmoni antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat sebagai satu kesatuan. Dalam kaitannya dengan era globalisasi, semua aspek yang berkaitan dengan pembentukan dan pembaharuan hukum, aspirasi yang harus diperhatikan adalah aspirasi suprastruktur, infrastruktur, ekspertis, dan aspirasi masyarakat internasional, disamping proses legal drafting yang berkualitas.

Dalam dunia yang seolah semakin kecil dan tanpa batas, maka perubahan yang terjadi pada suatu bangsa atau negara akan mempengaruhi bangsa atau negara lain, dan muncul saling ketergantungan antar bangsa-bangsa atau negara-negara di dunia.⁹⁷ Terjadinya pengaruh restrukturisasi global terhadap hukum nasional (translocation of law) atau transplantasi hukum (legal transplants), secara hipotetis dapat dikatakan menciptakan sistem hukum campuran (mixed legal system) di Indonesia. Terjadinya restrukturisasi global terutama di bidang hukum, sebagaimana telah diungkapkan melalui penelitian David M.Trubek, dkk. terjadinya internasionalisasi bidang hukum dan kreasi arena-arena transnasional sebagai bentuk maupun eksekusi dari restrukturisasi global, tak mengecualikan Indonesia sebagai bagian dari dinamika dan perubahan.

Sistem hukum yang berkembang di Indonesia dibangun atas dasar pelbagai sistem hukum. Ini artinya sistem hukum yang tengah berkembang di Indonesia adalah sistem hukum campuran (mixed legal system). Terlepas dari formasinya dan bidang hukumnya, hal itu bisa dibuktikan dengan diderivasinya

97 Arief Hidayat, *Bernegara itu Tidak Mudah dalam Perspektif Politik dan Hukum*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Bidang Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Undip, Semarang, Tahun 2009. hlm 42.

sistem hukum di Indonesia dari civil law, disamping hukum adat (hukum lokal) masyarakat Indonesia sendiri. Inisiatif untuk melakukan transplantasi itu sendiri tampaknya semata-mata untuk memodernisasi dan mereformasi hukum nasional.

Problem besar bagi negeri ini ketika terjadi penetrasi sistem hukum asing dalam hukum nasional meskipun merupakan sesuatu yang lumrah dalam interrelasi di ruang dunia tanpa batas, adalah masih adanya perbedaan budaya. Sebab bagaimanapun juga hukum sebagai produk bangsa dilahirkan dalam setting budaya tertentu. Permasalahannya terletak pada wujud aksi atas terjadinya internasionalisasi hukum nasional. Permasalahan ini terkait dengan politik hukum atau arah pembangunan hukum Indonesia saat ini maupun pada masa mendatang.

Perkembangan hukum di negeri Indonesia tercatat pengalaman pahit, yakni nilai-nilai, institusi-institusi hukum lokal (folk law) ditinggalkan karena terjadinya penetrasi hukum yang bercirikan institusi hukum modern, sehingga yang terjadi adalah lompatan proses perkembangan hukum. Berbeda dengan yang terjadi di Eropa, transformasi nilai dan sosialnya ada konsistensi. Seperti perkembangan masyarakat dari sistem feodal ke city state, yang diikuti perkembangan hukum yang konsisten dengan perkembangan masyarakat itu, yakni dari feudal system of rules ke bureaucratic law, hingga akhirnya pada hukum modern.

Dalam kenyataannya hukum lokal dengan nilai dan normanya tidak mungkin dieliminasi dan digantikan oleh hukum asing tanpa konsiderasi apapun secara sosial dan kultural. Paling tidak perlu dilakukan upaya-upaya untuk mengaduk sebagai suatu campuran sistem hukum yang harmonis antara adaptasi dengan dinamika global dan nilai serta norma nasional. Konsep yang ditawarkan untuk mengatasi kesenjangan tersebut diantaranya adalah konvergensi melalui harmonisasi yang dikemukakan oleh Esin Orucu.⁹⁸ Harmonisasi sebagai suatu konsep adalah suatu proses yang membawa harmoni, yang dianalogikan dengan musik. Sebagai suatu metode, harmonisasi menjadi tujuan bagi pembaharuan hukum (law reform). Bagaimanapun juga harmoni

⁹⁸ Esin Orucu, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, hlm. 11.

mensyaratkan dan mempertahankan perbedaan atau diversitas (*diversity*). Harmoni dapat dicapai tidak hanya dengan mengeliminasi (menghilangkan) diversitas, tetapi juga mempertahankannya.

Menurut Moh. Mahfud MD, sistem hukum yang akan dibangun dalam Negara Indonesia adalah yang dapat membahagiakan masyarakat, juga harus memenuhi “empat kaidah penuntun hukum” berikut.⁹⁹

- (1) Hukum nasional harus dapat menjaga integrasi (keutuhan) baik ideologi maupun wilayah teritorial sesuai dengan tujuan melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia.
- (2) Hukum nasional harus dibangun secara demokratis dan nomokratis dalam arti harus mengundang partisipasi dan penyerap aspirasi masyarakat luas melalui prosedur-prosedur dan mekanisme yang fair, transparan dan akuntabel.
- (3) Hukum nasional harus ditujukan untuk menciptakan keadilan sosial dalam arti harus mampu memberi proteksi khusus terhadap golongan yang lemah dalam berhadapan dengan golongan yang kuat baik dari luar maupun dari dalam negeri sendiri.
- (4) Hukum harus menjamin kebebasan beragama dengan penuh toleransi antar pemeluk-pemeluknya.

Terlepas dari ekspektasi di atas, sebagaimana diketahui bahwa sistem hukum Indonesia sedikit banyak dipenagruhi oleh sistem hukum Belanda. Tampaknya memang sistem hukum Belanda terlihat lebih dominan daripada pengaruh sistem-sistem hukum lainnya. Artinya, meskipun tidak dapat dikatakan menganut tradisi *civil law system* mutlak sebagaimana Belanda, akan tetapi ciri khas *civil law* memang terlihat lebih menonjol dibandingkan dengan tradisi *common law*, meskipun tradisi hukum adat sesungguhnya lebih dekat dengan *common law*. Ini patut disadari karena memang sebagian besar para pendiri Negara Indonesia yang menguasai ilmu hukum adalah tumbuh dan hidup dalam suasana pendidikan hukum Belanda. Fenomena diikutinya atau pengaruh sistem hukum kolonial yang teradaptasi dalam sistem hukum

⁹⁹ Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, PT Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2009, hlm. 38-39.

nasional negara bekas jajahan menjadi jamak terjadi, bukan hanya bekas daerah jajahan Belanda, tetapi juga hampir semua bekas jajahan Inggris dan Prancis yang banyak dianut oleh negara-negara di Afrika Utara dan Arab.

Dalam sistem ketatanegaraan Indonesia misalnya, meskipun tidak sepenuhnya mengikuti Belanda yang berbentuk monarkhi dan bersistem pemerintahan parlementer, tetapi sebagian besar mekanisme ketatanegaraan Indonesia boleh dikatakan sangat dipengaruhi Hindia Belanda. Sebagai contoh misalnya, kelembagaan-kelembagaan negara pada waktu sebelum perubahan UUD 1945 sebelum perubahan yang mengenal enam lembaga tinggi/tertinggi negara, yaitu Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Presiden, Mahkamah Agung (MA), Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) dan Dewan Pertimbangan Agung (DPA). Dari keenam lembaga negara tersebut, hanya MPR saja yang bersifat khas Indonesia, sedangkan lima lainnya berasal dari cetak biru kelembagaan yang dicontoh dari zaman Hindia Belanda.¹⁰⁰ Dewan Perwakilan Rakyat dapat disejajarkan dengan sejarah 'Volksraad' (Dewan Rakyat), Presiden tidak lain adalah pengganti lembaga 'Gouverneur General', Mahkamah Agung berkaitan dengan 'Landraad' dan 'Raad van Justitie' di Hindia Belanda, serta 'Hogeraad' di negeri Belanda. Adapun Badan Pemeriksa Keuangan berasal dari 'Raad van Rekenkamer', dan Dewan Pertimbangan Agung berasal dari 'Raad van Nederlandsche Indie' yang ada di Batavia atau 'Raad van State' di negeri Belanda. Majelis Permusyawaratan Rakyat yang kemudian dianggap mempunyai kedudukan yang tertinggi tidak ada contoh sebelumnya, kecuali yang ada di lingkungan negara-negara komunis yang menerapkan sistem partai tunggal, melalui kedaulatan rakyat disalurkan ke dalam pelembagaan Majelis Rakyat yang tertinggi (supreme people's council), seperti di Uni Soviet, di Republik Rakyat Cina, dan lain-lain.¹⁰¹

Ketiadaan mekanisme pengujian konstitusional dalam sistem ketatanegaraan menurut UUD 1945 pada masa sebelum amandemen, tidak dapat dipungkiri juga dipengaruhi oleh sistem ketatanegaraan Belanda. Ketatanegaraan Kerajaan Belanda memegang prinsip bahwa undang-undang

100 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Setjen dan Kepaniteraan MK RI, Jakarta, 2005, hlm. 134.

101 Ibid, hlm 135.

tidak dapat diganggu gugat. Prinsip supremasi parlemen lebih mendominasi dari pada ajaran prinsip supremasi konstitusi. Di pihak lain, gagasan pengujian konstitusional yang dimunculkan oleh Moh. Yamin pada saat sidang BPUPKI ditolak oleh Supomo dengan beberapa alasan. Pertama, UUD yang sedang disusun pada saat itu tidak menganut paham trias politika, melainkan pembagian kekuasaan. Kedua, karena jumlah sarjana hukum saat itu belum banyak, dan oleh karenanya pula tidak banyak ahli hukum yang mampu melakukan permohonan pengujian. Ketiga, tugas hakim adalah menerapkan undang-undang, bukan menguji undang-undang. Keempat, kewenangan hakim untuk melakukan pengujian undang-undang bertentangan dengan konsep supremasi Majelis Permusyawaratan Rakyat (supremasi parlemen).¹⁰²

Kehadiran Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia saat ini sesungguhnya adalah hasil dari pengadaptasian sistem pengujian konstitusional yang sudah berkembang puluhan tahun di berbagai negara demokrasi di dunia. Indonesia sendiri merupakan negara ke-78 yang membentuk lembaga Mahkamah Konstitusi sebagai peradilan tata negara yang memiliki kewenangan untuk melakukan constitutional review dan merupakan negara pertama di dunia pada abad ke-21 yang membentuknya.¹⁰³

Ide pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia diterima keberadaannya dalam amandemen ketiga UUD 45 sebagai mekanisme untuk mengontrol pelaksanaan konstitusi dalam bentuk undang-undang.¹⁰⁴ Mahkamah Konstitusi hadir sebagai konsekuensi dianutnya demokrasi dan demokrasi. Kenyataan menunjukkan bahwa suatu keputusan yang dicapai dengan demokratis tidak selalu sesuai dengan ketentuan Undang-Undang Dasar yang berlaku sebagai hukum tertinggi. Oleh sebab itu, prinsip supremasi parlemen harus pula diimbangi dengan supremasi konstitusi. Dianutnya ajaran

102 Setjen MK, Buku Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi: Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2009, Sekretariat Jendral MK RI, Jakarta. 2009, hlm 14.

103 Uraian lengkap mengenai MK di 78 negara dapat dibaca dalam Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri, Mahkamah Konstitusi, Kompilasi Ketentuan Konstitusi, Undang-Undang dan Peraturan di 78 Negara, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara Indonesia.

104 Sejarah yang panjang tersebut dimulai dari gagasan Yamin dalam sidang BPUPKI, pengaturannya dalam Konstitusi RI (hanya mencakup UU Daerah Bagian), penuangan dalam UU No. 14 Tahun 1970 (hanya mencakup PP ke bawah), sampai pada penerimaan gagasan pembentukannya dalam Amandemen ketiga UUD 45 Tahun 2001.

check and balances system dalam UUD 1945 perubahan juga menjadi salah satu latar belakang dianutnya sistem pengujian konstiusional dalam ketatanegaraan Republik Indonesia.¹⁰⁵

Pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia merupakan pengadopsian model pengujian konstiusional yang tersentralisasi sebagaimana dikenalkan oleh Hans Kelsen. Keberadaan “*Verfassungsgerichtshof*” atau Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) sebagai sebuah lembaga yang berdiri sendiri baru diperkenalkan oleh pakar hukum kenamaan asal Austria, Prof. Hans Kelsen, guru besar dari Universitas Wina (1881-1973). Menurut Hans Kelsen, bahwa pelaksanaan aturan konstiusional tentang legislasi dapat secara efektif dijamin hanya jika suatu organ selain badan legislatif diberikan tugas untuk menguji apakah suatu produk hukum itu konstiusional atau tidak, dan juga tidak memberlakukannya jika menurut organ ini produk badan legislatif tersebut tidak konstiusional.¹⁰⁶ Untuk kepentingan tersebut, dapat diadakan organ khusus seperti pengadilan khusus yang disebut Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*). Dalam kedudukan ini Mahkamah Konstitusi dikonstruksikan oleh Hans Kelsen sebagai negative legislator, sehingga memiliki kewenangan untuk menyatakan ketidakberlakuan suatu norma dalam undang-undang. Demikian pula Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia adalah sebagai negative legislator.¹⁰⁷ Pemikiran Hans Kelsen mengenai judicial review ini tidak terlepas dari pelaksanaan teori hukum murni (*The pure theory of law*) dan teori hieraki norma (*stufen theory*) yang dikemukakannya, dimana konstitusi ditempatkan sebagai norma hukum yang superior dari undang-undang biasa. Hans Kelsen¹⁰⁸ menyatakan, *the annulment of a law is legislative function, an-ac-so to speak-of negative legislation. A court wich is competent to abolish laws-individually or generally- function as a negative legislator.*

Namun demikian, dalam perkembangannya peran Mahkamah Konstitusi menunjukkan tidak hanya sebatas sebagai negative legislator. Cristopher Wolf¹⁰⁹

105 Jimly Assidqie, Sengketa Kewenangan antar Lembaga Negara, Kompas, Jakarta, 2006, hlm 89.

106 Setjen MK, Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi: Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2009, Sekretariat Jendral MK RI, Jakarta, 2009, hlm 16.

107 Lihat Pasal 56 dan Pasal 57 Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

108 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, New York: Russell & Russell, 1961, hlm. 268.

109 Maruarar Siahaan, UUD 1945 Konstitusi yang Hidup, Setjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2008, hlm 70.

memandang, jika dulu Hans Kelsen menganggap bahwa constitutional review yang dilakukan oleh Constitutional Court sebagai negative legislator, maka setelah 1937 telah terjadi pergeseran menjadi positive legislator melalui apa yang disebut sebagai judge made law di bidang konstitusi, dan telah diterima di Amerika Serikat. Meskipun juga pandangan Wolf tersebut banyak mendapat pertentangan dan menginginkan agar para hakim lebih membatasi diri dalam sikap atau tafsiran (judicial restraint). Sikap-sikap aktivisme yudisial dianggap terang-terangan menentang mayoritas (anti majoritarian) sebagai prinsip dasar pemerintahan Amerika Serikat.¹¹⁰ Penerimaan aktivisme yudisial sebagai bagian dari sistem peradilan tata negara sesungguhnya akan menguatkan posisi yudikatif sehingga bisa dikatakan sebagai judicative heavy.

Perkembangan kewenangan Mahkamah Konstitusi RI dalam pengujian Undang-Undang yang tidak hanya sebagai negative legislator, sejak tahun 2009 telah tampak beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang dalam putusannya mengatur (positive legislature). Putusan-putusan tersebut seperti yang telah dijelaskan pada bagian depan, yaitu Putusan No. 4/PUU-VII/2009, Putusan No. 102/PUU-VII/2009, dan Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009.

Laica Marzuki melihat bahwa tindakan Mahkamah Konstitusi dalam mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur adalah bentuk dari judicial activism. Mantan Hakim Konstitusi yang pernah menjabat Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi ini menyatakan, “Biarkan saja tindakan Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang bernuansa positive legislature berkembang sesuai dengan dinamika perkembangan dalam masyarakat.¹¹¹ Kecenderungan judicial activism memang berkembang di berbagai negara, tidak hanya berkembang di negara-negara yang bertradisikan common law yang memang bersendikan judge made law, akan tetapi juga merambah pada praktik pengujian konstitusional di negara-negara yang bertradisi civil law. Akil Mochtar, Hakim Konstitusi yang juga mantan anggota DPR RI dari Partai Golkar dalam hal ini menegaskan bahwa tindakan Mahkamah Konstitusi mengeluarkan vonis yang bersifat mengatur salah satunya adalah hasil comparative studi di luar negeri, seperti sistem pengujian konstitusional di

110 Ibid. hlm. 71

111 Wawancara dengan Laica Marzukhi, mantan hakim Mahkamah Konstitusi pada tanggal 31 Juli 2010.

negara-negara Amerika Latin, Mahkamah Konstitusi Jerman dan Mahkamah Konstitusi Korea Selatan. Pada negara-negara tersebut Mahkamah Konstitusi biasa membuat putusan yang bersifat mengatur dengan pertimbangan demi keadilan dan kemanfaatan. Untuk hal ini, maka Mahkamah Konstitusi membuat bentuk putusan dengan syarat tertentu yang disebut dengan putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) dan tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*).¹¹²

Pada kenyataannya memang hakim-hakim konstitusi dalam mengadili perkara dengan mandat konstitusi tidak hanya terpaku kepada bunyi Undang-Undang yang terkadang justru bertentangan dan mengabaikan kepastian hukum dan keadilan. Dalam perkara-perkara yang dihadapinya, Mahkamah Konstitusi diharuskan mencari keadilan substantif yang oleh UUD 1945, undang-undang, prinsip-prinsip umum konstitusi dan peradilan diakui keberadaannya. UU No 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sendiri juga menegaskan, "Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan UUD 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim." Bukti dan keyakinan hakim menjadi dasar putusan untuk menegakkan keadilan substantif. Upaya tidak terpaku kepada bunyi Undang-Undang, bahkan cenderung *contra legem*, maka dikenal antara lain jenis putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*), putusan sela dalam pengujian Undang-Undang, putusan yang berlaku surut dan lain sebagainya. Jenis-jenis putusan ini tentu tidak dikenal dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi.

Maruarar Siahaan menyatakan bahwa praktik di Mahkamah Konstitusi, yang dalam kiprahnya selama hampir delapan tahun, dengan *judicial activism* yang cukup rasional, tampaknya telah berusaha mengisi kekosongan dan kebutuhan yang ada, sehingga dapat memberikan keadilan konstitusi (*constitutional justice*) yang diharapkan banyak orang.¹¹³ Lebih lanjut Maruarar Siahaan menegaskan, bahwa pendekatan yang progresif harus dilakukan, karena kebutuhan dan jaminan konstitusionalisme menjadi paradigma

112 Wawancara dengan Akil Mochtar, Hakim Mahkamah Konstitusi pada tanggal 31 Juli 2010

113 Maruarar Siahaan, *Mengawal Konstitusionalitas Peraturan Perundang-Undangan Indonesia: Masalah Dan Tantangan Dalam Sistem Hukum Kita*, Makalah, Jakarta Mei 2010. hlm 11.

yang dianut, baik melalui judge-made constitutional law, maupun melalui interpretasi Pembuat Undang-Undang dalam revisi Undang-Undang yang tidak bertentangan dengan UUD 1945.

Pada semua negara demokrasi, Mahkamah Konstitusi memiliki peran yang relatif sama dalam menafsirkan dan menerapkan konstitusi dalam rangka mempertahankan supremasinya. Dalam banyak hal, pengadilan konstitusi tidak jarang mengeluarkan putusan-putusan yang bertentangan dengan prinsip supremasi parlemen, bahkan cenderung dikatakan sebagai anti mayoritas. Namun, dengan alasan dalam rangka menjamin tetap tegaknya prinsip-prinsip demokrasi dan jaminan atas hak-hak dasar penduduk, Mahkamah Konstitusi di beberapa negara, bahkan punya peran untuk mengadaptasikan konstitusi sesuai dengan kondisi dan kebutuhan perubahan. Dalam hal ini Allan R. Brewer-Carías¹¹⁴, Wakil Presiden Akademi Internasional Hukum Perbandingan, menyatakan: *“Constitutional Courts have the same role of interpreting and applying the Constitution, and in order to assure the prevalence of the democratic principle and of fundamental rights they even have the role of adapting the Constitution when changes and time imposes such task”*.

Dewasa ini, perjalanan peradilan konstitusi di berbagai negara telah mendapat tempat yang terhormat dalam memainkan peranan yang besar dan tidak bisa dianggap remeh dengan menjadi pelindung konstitusi yang sesungguhnya. Dalam rangka mewujudkan peran tersebut, pengadilan konstitusi bergerak dalam wajah yang baru memasuki wilayah yang dalam tradisi common law dikenal dengan judicial activism, ialah suatu pemikiran hakim dalam putusan yang kadang-kadang terlihat liberal-progresif dalam pertimbangan hukum/putusan. Selama dekade terakhir ini peran peradilan konstitusi telah berubah secara dramatis, karena perannya tidak terbatas pada menyatakan ketidak-konstitusionalan suatu undang-undang dan menyatakan batalnya suatu undang-undang tersebut, tetapi juga membuat norma. Dalam pada itu Allan R. Brewer menegaskan bahwa, dalam semua sistem, berbagai pendekatan baru telah dikembangkan oleh Mahkamah

¹¹⁴ Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts As Positive Legislators In Comparative Law*, Presentation of the General Report on XVIII International Congress of Comparative Law of the International Academy of Comparative Law, at the George Washington University Law School, Washington, July 27, 2010. hlm 8.

Konstitusi, misalnya yang didasarkan pada prinsip konservasi undang-undang, praduga konstiusionalitas, pemberdayaan Mahkamah Konstitusi untuk tidak membatalkan atau menyatakan inkonstitusionalnya (walaupun bertentangan dengan UUD), tetapi menafsirkannya sesuai atau selaras dengan UUD. Hal ini memungkinkan Mahkamah Konstitusi untuk menghindari kevakuman hukum dan dalam beberapa kasus, untuk mengisi secara permanen atau sementara kevakuman hukum tersebut akibat dari putusannya.

Dalam kerangka pemikiran separation of power dan check and balances memang peradilan konstitusi dalam bidang constitutional review sebagaimana dikatakan Hans Kelsen harus selalu berada dalam ranah negative legislator. Dalam semua sistem ketatanegaraan, prinsip dasar yang dapat diidentifikasi adalah Mahkamah Konstitusi ketika mencapai perannya harus selalu tersubordinasikan pada Undang-Undang Dasar, tidak diperbolehkan untuk mencampuri bidang kekuasaan legislatif. Pelanggaran terhadap prinsip tersebut tentu dapat mengembangkan sebuah “supremasi yudisial atau sebagaimana dikatakan Sandra Morelli¹¹⁵, tindakan Mahkamah Konstitusi bahkan dapat mengembangkan yudisial totalitarianism yang tidak bertanggung jawab”.

Namun, sebagaimana dikatakan Christoper Wolfe, jika dahulu peradilan konstitusi dikonstruksikan oleh Hans Kelsen sebagai negative legislator, maka sekarang telah berubah dan memasuki ranah positive legislator melalui apa yang dimaksud dengan judge made law dalam bidang konstitusi. Wolf¹¹⁶ menyatakan:

“post 1937 constitutional interpretation and judicial review were very different in an important regard, however. They reflected the victory of distinctly modern understanding of judicial power as fundamentally legislative character”... The result was nearly total victory within the legal profession of the view that judge-including the Supreme Court justices exercising the power of judicial review – are in vity legislator.

Pendapat yang demikian itu terlahir dari sikap aktivisme hakim dalam penafsiran konstitusi (judicial activism) yang berhadapan dengan sikap

115 Ibid. hlm 9.

116 Christoper Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review, from constitutional interpretation to Judge made law*, Basic Books, Inc., Publisher/New York, hlm 6-7.

yang lebih mengharapkan hakim membatasi diri dalam sikap atau tafsiran (judicial restraint).¹¹⁷ Black's Law Dictionary mendefinisikan *judicial activism* sebagai “*philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions*”. Aktivisme yudisial merupakan proses pengambilan putusan pengadilan melalui pendekatan berbeda. Pendekatan ini menurut Satyabrata melebihi filsafat hukum lama, karena dianggap lebih modern dan dekat dengan kehidupan riil masyarakat. Aktivisme yudisial juga dipahami sebagai dinamisme para hakim yang memegang kekuasaan kehakiman ketika membuat putusan tanpa melampaui batas-batas konstitusi.¹¹⁸

Gagasan aktivisme yudisial memang saat ini berkembang cepat hampir seluruh negara di dunia. Gagasan yang dahulunya lahir dalam praktik atau tradisi common law, saat ini juga merambah di negara-negara yang bertradisi civil law system. Namun demikian, diskursus mengenai aktivisme tersebut turut pula melahirkan pro-kontra di kalangan para elit, akademisi, praktisi, hingga hakim sekalipun. Menurut Upendra Baxi,¹¹⁹ bahwa pada negara-negara pasca-sosialis atau transisi, seperti misalnya Rusia, Polandia, dan Hungaria, mereka telah berhasil membumikan ruh konstitusinya melalui aktivisme yudisial (judicial activism). Aktivisme demikian terinspirasi dari makna filosofis penafsiran konstitusi yang memandang konstitusi bukan sekedar katalog peraturan hukum, namun lebih sebagai pernyataan prinsip-prinsip pemerintahan konstitusional yang wajib dijalankan. Akibatnya, hingga akhir 1990-an telah terfragmentasi tiga arus kelompok utama, yaitu: pertama, kelompok yang berusaha membatasi ruang gerak yudisial (*judicial restraint*). Kedua, kelompok yang memandang aktivisme yudisial sebagai sine qua non dari pengadilan yang merdeka dan independen; dan ketiga, kelompok moderat yang berkehendak agar aktivisme yudisial hanya terbatas untuk kasus-kasus selektif dan eksklusif, khususnya yang menyangkut perlindungan terhadap kaum lemah atau minoritas.

John Marshall pihak yang dianggap pertama kali mengintrodusir dan

117 Allan R. Brewer-Carías, *opcit*, hlm 4.

118 Pan Mohamad Faiz, *Konstitusi Dan Aktivisme Yudisial*, Sumber, Kolom Opini Jurnal Nasional - Selasa, 25 Agustus 2009. hlm 5.

119 *Ibid.* hlm 7.

mempraktikkan aktivisme yudisial ketika memperkenalkan mekanisme judicial review pada tahun 1803 dalam kasus *Marbury vs. Madison*. Aktivisme ini kemudian terus bergulir setelah adanya pendapat Hamilton dan Jefferson dalam *The Federalist* (1837). Hingga kini, praktik judicial review yang kerap mendapat sentuhan aktivisme yudisial marak terjadi di manca negara, tidak hanya pada negara-negara penganut common law system seperti di Amerika, Australia, India, tetapi juga berlaku pada negara penganut civil law system, semisal Jerman dan Austria.

Sebagai contoh Mahkamah Agung di Amerika Serikat, dalam kasus *Brown v. Board of Education* (tahun 1954 dan 1955), Mahkamah Agung Amerika telah mengubah total haluan dua putusannya yang terdahulu pada kasus *Dred Scott* (1857) dan *Plessy v. Ferguson* (1896) dengan menyatakan bahwa segregasi rasial dalam dunia pendidikan menjadi inkonstitusional. Dalam menjalankan fungsinya, hakim tersebut menyesuaikan alam pemikirannya dengan terjadinya perubahan sosial kemasyarakatan yang terus berkembang, sehingga kadangkala diperlukan penyampingan formalisme hukum dan lebih mempertimbangkan “requirement of constitutionalism”.¹²⁰

Di Jerman, praktik aktivisme yudisial dalam kualitasnya sebagai pengganti undang-undang tampak jelas, misalnya dalam putusan Mahkamah Konstitusi Federal mengenai blokade duduk dan terutama mengenai pajak kekayaan serta pengenaan pajak kepada keluarga. Dalam kasus ini Mahkamah Konstitusi Federal telah membuat putusan mengenai hukum pajak berdasarkan asas, misalnya berkenaan dengan janji dari perlindungan Undang-Undang Dasar bagi perkawinan dan keluarga (Pasal 6 ayat (1) UUD Jerman). Mahkamah Konstitusi Federal telah menyerobot rincian pembuatan undang-undang sepenuhnya ke dalam pengaturan dari Mahkamah Konstitusi Federal sendiri.¹²¹

Mahkamah Konstitusi Federal Jerman juga kadangkala bertindak sebagai legislator sementara. Dalam suatu kasus dikriminalisasi aborsi pada tahun 1975, setelah Mahkamah Konstitusi Federal mengumumkan inkonstitusionalitas atas permohonan dalam kitab undang-undang hukum pidana, majelis menganggap

120 Pan Mohamad Faiz, op cit, hlm 9-10.

121 Rupert Scholz, dkk, Mahkamah Konstitusi Jerman: Pencapaian dan Tantangan, Friedrich-Nauman-Stiftung Indonesia, Jakarta, 2007, hlm. 13.

bahwa “demi kepentingan kejelasan hukum”, maka majelis hakim menganggap lebih tepat diganti dengan “peraturan bersyarat (conditionally)”. Hal tersebut sangatlah rancu hingga perundangan baru dibuat oleh legislator. Mereka memproses perundangan tersebut secara mendetail dengan memakan waktu hampir 15 tahun sampai perundangan tersebut dapat diaplikasikan pada tahun 1992.¹²²

Di Swiss, Mahkamah Agung dalam berbagai kasus tertentu juga menyediakan peraturan dalam rangka untuk mengisi kekosongan dari perundangan mengenai pelaksanaan hak konstitusi, seperti yang telah terjadi pada penahanan terhadap orang-orang asing, hak dari para pencari suaka, dan peraturan tentang pengambilalihan. Begitu juga di India, Mahkamah Agung telah merancang peraturan sementara untuk pihak legislatif. Tindakan ini diambil karena adanya kekosongan hukum terhadap hak-hak konstitusional warga negara.

Dengan cara yang sama, sebagai bentuk pembuat undang-undang positif, di Afrika Selatan, Mahkamah Konstitusi telah meluaskan ketetapannya kepada pasangan seks sejenis dalam kondisi stabil, beberapa hak diberikan kepada pasangan yang sudah menikah. Begitu juga yang terjadi pada Pengadilan Tinggi Ontario, Kanada, di mana dalam putusannya membatalkan definisi perkawinan sebagai persatuan seorang pria dan seorang wanita. Pengadilan menggantinya dengan konsep gender netral akan persatuan antara orang. Hal ini diterapkan dalam rangka untuk memungkinkan pernikahan sesama jenis. Keputusan ini, sebagaimana ditegaskan oleh reporter nasional Kanada, Kent Roach, “jumlah untuk amandemen yudisial atau penambahan undang-undang”.¹²³

Dalam pendekatan yang berbeda, Mahkamah Konstitusi Korea Selatan membuat penundaan keberlakuan suatu putusan. Dalam kasus putusan pengujian ketentuan larangan tentang pernikahan antara anggota marga yang sama (tahun 1997) dinyatakan dikabulkan, tetapi untuk sementara UU yang telah ada tetap dipertahankan. Dalam pengujian peraturan Hoju-je (sistem

122 Lihat dalam Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts As Positive Legislators In Comparative Law*, Presentation of the General Report on XVIII International Congress of Comparative Law of the International Academy of Comparative Law, at the George Washington University Law School, Washington, July 27, 2010, hlm. 17.

123 Ibid, hlm 11.

pendaftaran keluarga) dan aturan tentang anak yang harus mengikuti nama marga ayah mereka (tahun 2005), Mahkamah Konstitusi Korea Selatan sekali lagi mengabulkan permohonan, akan tetapi untuk sementara UU yang telah ada tetap dipertahankan. Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan itu karena UU tersebut melanggar Undang-Undang Dasar, akan tetapi untuk sementara UU yang telah ada tetap berlaku supaya kekacauan dalam masyarakat akibat perubahan UU itu dapat dicegah.¹²⁴

Disadari atau tidak, sesungguhnya peran dan praktik aktivisme yudisial juga berlaku di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Praktik aktivisme yudisial dalam berbagai bentuknya telah digunakan oleh hakim konstitusi tatkala mempertahankan prinsip-prinsip dan hak dasar dalam konstitusi. Di samping beberapa perkara yang telah diuraikan pada sub bab sebelumnya, sesungguhnya praktik tersebut pertama kali terjadi ketika diajukan pengujian Undang-Undang Sumber Daya Air, dimana dalam putusannya Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Undang-Undang Sumber Daya Air konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*).

Kecenderungan peran peradilan konstitusi sebagai positive legislator memang merupakan fenomena global, tidak hanya menggejala pada negara-negara yang pada awalnya mengembangkan prinsip judge made law, tetapi juga pada negara-negara penganut *civil law* yang umumnya lebih menempatkan pada superioritas hukum undang-undang.

Dalam rangka Kongres Internasional Hukum Perbandingan XVIII, Allan R. Brewer-Carías, Vice President of the International Academy of Comparative Law, menyusun laporan perihal kecenderungan peran Mahkamah Konstitusi di berbagai negara sebagai positive legislator. Berdasarkan pada hasil 36 Laporan Nasional dari 31 negara¹²⁵, Allan R. Brewer mengidentifikasi empat kecenderungan utama Mahkamah Konstitusi yang dapat dianggap sebagai ekspresi kegiatan positive legislator. Keempat hal tersebut adalah berikut.

¹²⁴ Mahkamah Konstitusi, di unduh dari laman KBS World Radio, www.kbs.com, tanggal 31 Januari 2010. hlm 3.

¹²⁵ Diantaranya 19 negara Eropa (termasuk 6 dari Eropa Timur), 10 negara dari Benua Amerika (3 dari Amerika Utara, 5 dari Amerika Selatan, dan 2 dari Amerika Tengah); satu dari Asia, dan satu dari Australia.

First, the role of Constitutional Courts interfering with the Constituent Power, enacting constitutional rules and even mutating the Constitution; (Pertama, peran peradilan konstitusi dalam mencampuri wewenang badan konstituante, memberlakukan aturan konstitusi dan bahkan memutasikan Konstitusi); *Second, the role of Constitutional Courts interfering with existing legislation, assuming the task of being assistants to the Legislator, complementing statutes, adding to them new provisions, and also determining the temporal effects of legislation;* (Kedua, peran peradilan konstitusi dalam mencampuri adanya undang-undang, bertugas menjadi asisten/membantu lembaga legislatif melengkapi undang-undang, menambahkan ketentuan-ketentuan baru, dan juga menentukan efek temporal dari undang-undang); *Third, the role of Constitutional Courts interfering with the absence of Legislation due to absolute and relative legislative omissions, acting in some cases as Provisional Legislators;* and. (Ketiga, peran peradilan konstitusi dalam mencampuri legislasi karena kelalaian mutlak atau relatif lembaga legislatif, bertindak dalam beberapa kasus sebagai legislator sementara); and *Forth, the role of Constitutional Courts as Legislators on matters of judicial review. (Keempat, peran peradilan konstitusi sebagai legislator pada masalah-masalah judicial review).*¹²⁶

Kondisi dan kecenderungan di atas juga disadari betul oleh para pembuat undang-undang Mahkamah Konstitusi Federal Jerman. A. Ardnt misalnya pada tahun 1950. Ia menyebutkan bahwa “para hakim Mahkamah Konstitusi tidak akan dan tidak boleh membuat politik, tetapi mereka harus memahami dengan jelas mana pertimbangan politis yang mendasari Undang-Undang Dasar maupun tindakan-tindakan yang akan harus diputuskan oleh organ pembuat undang-undang, ataupun akibat politik apa yang akan dihasilkan oleh keputusan-keputusan politik mereka.”¹²⁷

Terhadap masalah ini Rupert Scholz¹²⁸ berpandangan bahwa Mahkamah Konstitusi tetap saja harus selalu mentaati batas-batas politik konstitusi dan politik pembuatan undang-undang yang mandiri. Tarik-menarik antara yudikasi dan politik haruslah selalu dijaga, hakim harus selalu hati-hati dan membatasi

126 Allan R. Brewer-Carías, loc cit. hlm 10.

127 Rupert Scholz, dkk, Mahkamah Konstitusi Jerman:Pencapaian dan Tantangan, Friedrich-Nauman-Stiftung Indonesia, Jakarta, 2007, hlm. 6.

128 Ibid. hlm. 12-15.

diri secara ketat. Ia terang-terangan tidak tampik bahwa Mahkamah Konstitusi Federal dalam beberapa waktu telah melanggar batas politik konstitusional dengan menjadi pengganti pembuat undang-undang yang mandiri. Namun demikian, Ia menyatakan bahwa betapa dalam perjalanan waktu tersebut, Mahkamah Konstitusi Federal Jerman dalam beberapa dasawarsa terakhir telah memainkan peranan yang besar dan tidak dapat diabaikan secara konstitusional, bahwa Mahkamah Konstitusi Federal telah menjadi pelindung konstitusi yang sesungguhnya.

Akhirnya, dapatlah diibaratkan sebagai sebuah pintu darurat, sikap aktivisme yudisial semisal dengan membuat putusan positive legislature dapat menjadi salah satu jalan dalam mempertahankan sistem demokrasi konstitusional. Sebaliknya, jika digunakan bukan dalam kondisi kasus yang tepat justru berpotensi mengakibatkan kontra-produktif. Di sinilah letak kekhawatiran sebagian kalangan yang melihat aktivisme yudisial dapat bermetamorfosa sewaktu-waktu menjadi sekedar petualangan yudisial (judicial adventurism) ataupun ekspansi yudisial (judicial expansionism).¹²⁹ Antusiasme yang berlebihan justru dapat menyebabkan iklim yang tidak sehat bagi pertumbuhan demokrasi itu sendiri. Untuk menjaganya, maka aktivisme yudisial perlu selalu dikawal dengan kritisasi akademik yang konstruktif, sehingga pengadilan tidak akan kehilangan legitimasinya.

B. Restriksi Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang

Perkembangan kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dalam membuat putusan yang mengatur (positive legislature) telah terjadi sejak tahun 2004. Dalam pandangan para hakim Mahkamah Konstitusi, bahwa putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur (positive legislature) tidak perlu diatur secara formal dalam undang-undang. Akil Muchtar misalnya, berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang bersifat mengatur tidak perlu diatur secara formal, dalam bentuk Undang-Undang.

129 Pan Mohamad Faiz, *Konstitusi Dan Aktivisme Yudisial* Sumber, Kolom Opini Jurnal Nasional - Selasa, 25 Agustus 2009, hlm 34.

Artinya bahwa perluasan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang tidak sekedar membatalkan atau menghapus norma (Pasal UU) karena bertentangan dengan UUD RI 1945 tidak perlu diatur secara formal dalam undang-undang, karena peraturan yang bersifat mengatur selalu akan mengisi kalau terjadi kekosongan, sepanjang ada aturan tidak mungkin Mahkamah Konstitusi mengatur. Jadi tidak perlu diatur sebagai suatu rekonstruksi Undang-Undang, karena hakim tidak bisa memprediksi peristiwa yang akan terjadi, sehingga biar saja mengalir sebagai suatu dinamika perkembangan hukum, oleh sebab itu syarat hakim Mahkamah Konstitusi harus negarawan, karena fungsi Mahkamah Konstitusi adalah sebagai pengawal dan sebagai interpreter konstitusi.¹³⁰ Pendapat tersebut dipertegas oleh Laica Marzuki, mantan hakim Mahkamah Konstitusi, bahwa putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur tidak perlu diatur secara formal dalam Undang-Undang, biar saja berkembang sesuai dengan dinamika perkembangan dalam masyarakat. Ini yang disebut *Judicial Activism*.¹³¹ Demikian pula Ahmad Fadlil¹³², berpendapat bahwa putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur tidak perlu diatur biar saja mengalir mencari keadilan sesuai tuntutan masyarakat.

Mahkamah Konstitusi secara normatif tugasnya adalah membatalkan norma. Namun dalam perkembangan sekarang ini Mahkamah Konstitusi bisa membuat putusan yang bersifat mengatur. Agar hakim Mahkamah Konstitusi tidak sebebas-bebasnya membuat putusan yang bersifat mengatur, maka perlu diatur asal tidak menimbulkan masalah dan dibatasi supaya tidak keluar dari konteks perkara yang sedang dibahas.¹³³

Sebenarnya hakim Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang dalam putusannya mengatur itu memang sudah tugas hakim, karena tugas hakim ada tiga. Yang pertama menjalankan peraturan, kedua menafsirkan peraturan kalau peraturannya belum jelas, dan ketiga membuat hukum kalau belum ada aturannya. Namun hakim Mahkamah Konstitusi perlu dibatasi supaya tidak sewenang-wenang dalam membuat putusan dalam arti tetap dalam koridor

130 Wawancara dengan Akil Mochtar, hakim Mahkamah Konstitusi tanggal 12 Agustus 2010.

131 Wawancara dengan Laica Marzuki, mantan hakim Mahkamah Konstitusi tanggal 12 Agustus 2010.

132 Wawancara dengan Ahmad Fadlil, hakim Mahkamah Konstitusi tanggal 12 Agustus 2010.

133 Wawancara dengan Yance Aryona, Mahasiswa Pasca Sarjana UI dan aktivis LSM jaringan pembaharuan hukum Indonesia, Peneliti di bidang hukum di Epistema Insititut Jakarta, tanggal 30 Mei 2011.

perkara yang akan diputuskan.¹³⁴

Dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang mengatur adalah keadilan substantif masyarakat. Kalau dilihat dari kacamata legal formal memang putusan Mahkamah Konstitusi yang isinya mengatur memang melanggar hukum. Namun kalau dilihat dari kacamata keadilan substantif, maka putusan yang bersifat mengatur sangat berpeluang besar untuk dilakukan atau dengan kata lain tidak melanggar hukum. Supaya putusan Mahkamah Konstitusi itu ada dasar hukumnya dan tidak dipertanyakan lagi oleh para pihak, maka putusan Mahkamah Konstitusi tersebut perlu diatur dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi.¹³⁵

Ketika Mahkamah Konstitusi membatalkan Pasal atau ayat dalam Undang-Undang maka segera Undang-Undang tersebut harus diperbaiki sesuai spirit dari Mahkamah Konstitusi. Kalau tidak diperbaiki maka akan terjadi kekosongan hukum. Untuk mengatasi kekosongan hukum ini, maka dalam kondisi normal dapat dilakukan hal-hal berikut.

- (1) Segera dibuatkan Undang-Undang sebagai penggantinya.
- (2) Kalau kemudian segera dibuat Undang-Undang tetapi yang dibuat hampir sama dengan norma yang dibatalkan maka tidak ada sanksinya.
- (3) Dalam hal terjadi kekosongan hukum, kalau Mahkamah Konstitusi mengisinya dengan positive legislature maka yang berlaku adalah putusan Mahkamah Konstitusi, sebaliknya jika Mahkamah Konstitusi hanya mengisi dengan negative legislator maka akan terjadi kekosongan hukum.
- (4) Kalau lembaga legislatif lamban membuat peraturan penggantinya maka Presiden harus segera membuat Undang-Undang darurat yang disebut Perppu.

Kecenderungan untuk mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur disadari benar oleh DPR, sehingga kemudian dilarang sebagaimana tercantum dalam Undang-Undang No. 8 tahun 2011 tentang Perubahan atas UU No.

134 Wawancara dengan Siti Mari Rahman Herawati, Direktur Lembaga Bantuan Hukum Kota Semarang 30 Mei 2011.

135 Wawancara dengan Rahmat Bowo, anggota Asosiasi Pengajar HTN-HAN Jawa Tengah dan Dewan Etik LSM Patirol (Pusat Telaah Informasi Regional) Kota Semarang bergerak di bidang Kebijakan Publik dan Transparansitanggal 31 Juli 2010

24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.¹³⁶ Menurut mantan Ketua Bales FX Soekarno, pengaturan mengenai putusan Mahkamah Konstitusi adalah dalam rangka memperjelas hukum acara dan kewenangan Mahkamah Konstitusi agar tidak ada lagi pandangan Mahkamah Konstitusi seolah-olah lembaga superboddy.¹³⁷

Putusan positive legislature seharusnya tidak dilarang. Jika pembuatan putusan yang bermuatan positive legislature dilarang, maka Mahkamah Konstitusi akan menjadi sangat positivistik dan legalistik, yang bisa saja malahan menimbulkan kerugian kepentingan banyak pihak, sebab bisa saja dengan kekerasan teks amar putusan malah menjadi kontra produktif bagi pelaksanaan suatu aturan hukum. Tugas Mahkamah Konstitusi adalah menguji norma-norma yang sifatnya umum, bukan sengketa antara individu yang satu dengan lainnya, dan bukan perkara yang sifatnya legalistik saja, melainkan norma konstitusi. Karenanya praktik judicial activism semacam putusan positive legislature dibutuhkan untuk menjaga tetap berdiri tegaknya norma-norma konstitusi, dan tidak dilanggarnya kepentingan dan hak konstitusional warganegara. Kekerasan teks yang melarang Mahkamah Konstitusi untuk melembagakan praktik judicial activism seperti putusan yang bersifat mengatur, atau arahan/perintah kepada pihak legislatif bisa jadi malah menjadikan ketidakbermanfaatan putusan dalam hal-hal yang memang sangat mendesak dan pengaturan demi menghindari kekosongan hukum.

Namun demikian, perlu mendapatkan perhatian di sini, apakah dengan memberikan kebebasan seluas-luasnya bagi hakim konstitusi dalam melaksanakan tugas dan fungsinya mengawal konstitusi adalah produktif. Pemberian kebebasan hakim sebagaimana praktik judicial activism bisa saja bermakna positif dalam hal dapat menghadirkan keadilan yang hakiki, namun demikian dapat terjadi judicative heavy, dapat saja menjadi negatif dan destruktif manakala digunakan untuk memelihara konservatisme lembaga peradilan atau memuluskan preferensi subjektif para elit maupun para hakim sendiri.

¹³⁶ Pasal 45 A Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 menyatakan: "Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon atau melebihi Permohonan pemohon, kecuali terhadap hal itu tertentu yang terkait dengan pokok Permohonan."

¹³⁷ FX Soekarno, Jangan Sampai MK Merasa Sebagai Lembaga Tertinggi Negara: Revisi UU MK, Artikel, www.hukumonline.com, diunduh tanggal 22/11/07. hlm 4.

Singkatnya dapat disimpulkan, bahwa membatasi secara restriktif terhadap larangan pembuatan putusan yang bersifat mengatur bagi hakim konstitusi adalah bentuk gagasan konservatif, akan tetapi memberikan kebebasan yang seluas-luasnya tanpa batasan yang rasional juga dapat memberikan kecenderungan terbentuknya lembaga peradilan yang otoriter (judicial authority) yang pada akhirnya juga dapat menciderai prinsip check and balances dan rasa keadilan itu sendiri. Dengan demikian, judicial activism dan judicial self-restraint sebaiknya tidak perlu ditempatkan sebagai dogma yang saling bertentangan, sebab keduanya merupakan komponen yang krusial dalam fungsi kekuasaan kehakiman.¹³⁸ Adanya perpaduan aliran pemikiran hukum yang beragam, seperti aliran positivis yang konservatif ataupun progresif, patut dipertahankan karena memiliki nilai lebih masing-masing dalam nuansa “pertarungan” pertimbangan hukum pada saat merancang suatu putusan pengadilan.

Dalam perspektif hukum progresif sesungguhnya perubahan terhadap Undang-Undang Mahkamah Konstitusi bukanlah sesuatu keharusan yang mutlak. Hukum progresif menekankan proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum dalam konteksnya, dalam berbagai kasus yang ditangani. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada tanpa menunggu perubahan peraturan.¹³⁹ Sebaliknya, ajaran hukum progresif juga tidak menafikkan sama sekali perihal pentingnya revisi suatu peraturan manakala memang terbukti tidak mendukung upaya penegakan hukum yang adil. Berkaca pada realita penegakan hukum di atas, maka dapat pula ditawarkan gagasan pembatasan kekuasaan Mahkamah Konstitusi melalui perubahan progresif Undang-Undang Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu alternatif pembenahan sistem peradilan tata negara di Indonesia.

Memang berkebalikan dengan pendapat yang selama ini ada, penulis lebih menganggap pentingnya atau restriksi kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang, khususnya dalam putusan yang mengatur (positive legislature).

138 Pan Mohamad Faiz, loc cit. hlm 37.

139 Bernard L. Tanya, dkk., Teori Hukum. Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi, CV. Kita, Surabaya, 2006, hlm 213.

Dalam konteks penegakan hukum, setidaknya terdapat empat alasan mengapa diperlukan perubahan Undang-Undang Mahkamah Konstitusi yang memberikan kewenangan bagi hakim konstitusi untuk membuat putusan *positive legislature*. Pertama, demi menghindarkan perdebatan berkepanjangan terkait dengan tindakan *positive legislature* yang selama ini ditempuh. Dengan dilegalkannya *positive legislature*, maka diharapkan akan lebih menjadikan persamaan persepsi (terutama pihak legislator) terhadap pelaksanaan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang mengandung norma pengaturan ataupun petunjuk perubahan. Kedua, tradisi hukum yang dianut di Indonesia masih dipengaruhi oleh *civil law system*, yang lebih melihat peraturan perundang-undangan sebagai sumber hukum utama. Ketiga, dengan dilegalkannya putusan yang bersifat mengatur, maka sudah seharusnya pula ditentukan batas-batas yang rasional bagi hakim Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang mengatur (*positive legislature*). Hal ini penting untuk dilakukan mengingat kedudukan Mahkamah Konstitusi jelas tidak boleh menjadi pembuat undang-undang yang mandiri. Artinya, Mahkamah Konstitusi dapat membantu badan legislatif dalam memenuhi fungsinya, tetapi mereka tidak dapat menggantikan Legislator dan memberlakukan undang-undang, dan tidak juga memiliki kebijaksanaan berbasis politik dalam rangka menciptakan norma-norma hukum atau ketentuan yang tidak dapat dimanifestasikan dari Konstitusi itu sendiri.¹⁴⁰ Batas-batas pemisahan kekuasaan dan *check and balances* tetaplah harus ditegaskan. Keempat, dengan menghadirkan aturan yang progresif, maka diharapkan bisa lebih mendorong terwujudnya penegakan hukum yang progresif.

Spirit hukum progresif¹⁴¹ sangat relevan untuk melakukan rekonstruksi kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang. Spirit pembebasan yang terkait dengan fokus penelitian adalah spirit pembebasan

140 Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts As Positive Legislators In Comparative Law*, Presentation of the General Report on XVIII International Congress of Comparative Law of the International Academy of Comparative Law, at the George Washington University Law School, Washington, July 27, 2010, hlm 11.

141 Spirit hukum progresif mencakup: pertama, pembebasan terhadap tipe, cara berpikir, asas dan teori yang selama ini dipakai; kedua, pembebasan dari kultur penegakan hukum (*administration of justice*) yang selama ini berkuasa dan menghambat usaha hukum untuk menyelesaikan persoalan. Lihat, Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif*, Buku Kompas, Jakarta, 2007, hlm 15-16

dari kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam undang-undang yang hanya sebagai negative legislator yang tercermin pada tipe, cara berpikir, asas dan teori yang selama ini dipakai. Terkait dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi yang dalam putusannya mengatur maka pembebasan telah dilakukan terhadap tipe, cara berpikir, asas, dan teori mengenai dasar, subjek, tujuan, dan substansi putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur tersebut dari penggunaan konsep yang selama ini dipakai.

Pengutamaan kesejahteraan kepada rakyat dan keadilan merupakan realisasi dari hukum progresif, oleh karena itu pemakaian teori hukum progresif sangat relevan untuk melakukan rekonstruksi terhadap kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang yang dalam putusannya mengatur (positive legislature). Rekonstruksi terhadap kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang yang tidak hanya sebagai negative legislator, tetapi juga positive legislature existing yang berbasis keadilan substantif.

Konstruksi kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang yang dalam putusannya mengatur (positive legislature) yang telah berkembang sejak tahun 2004 belum memiliki dasar hukum dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi. Namun demikian putusan tersebut menjadi pengisi kekosongan hukum dan mencegah terjadinya chaos dalam masyarakat serta dilaksanakan oleh jaringan sosial dan masyarakat.

Dalam kenyataan seperti diuraikan di atas, hukum responsif¹⁴² sangat relevan pula untuk melakukan rekonstruksi kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang. Hukum yang responsif adalah hukum yang siap mengadopsi paradigam baru dan meninggalkan paradigma lama. Artinya hukum tidak lagi dilihat sebagai entitas yang berdiri sendiri, melainkan dia harus mampu berinteraksi dengan entitas lain dengan tujuan pokok, untuk mengadopsi kepentingan-kepentingan yang ada di masyarakat. Atas dasar tersebut tidaklah heran jika hukum bisa berinteraksi dengan politik, dan hukum yang demikian akan lebih mampu memahami atau menginterpretasi

¹⁴² Hukum responsif menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi publik. Sesuai dengan sifatnya yang terbuka, maka tipe hukum ini mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial demi mencapai keadilan dan amansipasi publik. Lihat Philipe Nonet dan Philipe Selznick, loc cit. hlm. 97.

ketidaktaatan dan ketidakteraturan yang terjadi di masyarakat. Dengan demikian dalam hukum yang responsif tidak lagi selalu mendasarkan pada pertimbangan yuridis, melainkan mencoba melihat sebuah persoalan dari berbagai perspektif dalam rangka mengejar apa yang disebut “keadilan substantif”.

Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang telah mengeluarkan produk-produk putusan yang dalam putusannya mengatur¹⁴³ yang sesuai dengan kepentingan-kepentingan masyarakat berbasis keadilan substantif. Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi tersebut sebenarnya dilarang oleh Undang-Undang namun tetap dilaksanakan oleh masyarakat.

Dengan menggunakan kerangka teori hukum progresif dan hukum responsif, maka dapat diilustrasikan pembentukan konstruksi baru kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang harus dilakukan pada tataran dasar, subjek, tujuan, substansi, dan konsekuensi. Potret konstruksi tersebut sebagai berikut.

Tabel 5. Konstruksi Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang Konstruksi Baru

Komponen	Konstruksi Baru
Dasar	Kebutuhan masyarakat akan keadilan substantif.
Subjek	Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang, sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 dan Pasal 57 UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dan Pasal 5 ayat (1) UU No. 48/2009 yang menyatakan bahwa “Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat”.
Tujuan	Agar Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang bersifat positive legislature mempunyai dasar hukum dan tidak dipertanyakan oleh masyarakat.

¹⁴³ Putusan yang sebenarnya dilarang. Lihat Revisi Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, 2011.

Substansi	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang tidak hanya sebagai negative legislator, tetapi juga diberi peluang untuk membuat putusan yang mengatur (positive legislature) sebagai bagian dari ultra petita. 2. Dalam hal Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang mengatur, dapat diatur dalam Hukum Acara Mahkamah Konstitusi atau Peraturan Mahkamah Konstitusi, dengan syarat: (1) Waktunya mendesak dan tidak mungkin lembaga pembuat undang-undang membuatnya; (2) Kalau tidak dibuat putusan yang mengatur akan terjadi kekosongan hukum (<i>reicht vacuum</i>) yang memungkinkan terjadi chaos dalam masyarakat. 3. Supaya Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang bersifat mengatur mempunyai dasar hukum, sehingga tidak dipertanyakan lagi oleh masyarakat.
Konsekuensi	<p>Putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang yang dalam putusannya mengatur, bersifat final dan mengikat masyarakat umum. Hakim Mahkamah Konstitusi dapat membuat putusan yang bersifat positive legislature berbasis keadilan substantif, dengan syarat kondisi mendesak untuk dilaksanakan, dan kalau tidak ditindaklanjuti dengan pengaturan akan terjadi (<i>reicht vacuum</i>), serta sangat dimungkinkan akan terjadi chaos dalam masyarakat. Putusan hakim tidak tergantung dari otonomi hukum yang tertulis tetapi didasarkan pada keadilan substantif.</p>

Penjelasan tersebut di atas memperkuat argumentasi bahwa meskipun secara tegas UUD 1945 memberi kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi, namun batasan atau larangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi tidak dicantumkan secara limitatif dalam konstitusi tersebut. Tentu saja, atas dasar kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara pengujian

undang-undang yang dalam putusannya mengatur, bersifat final dan mengikat masyarakat umum (positive legislature), harus mengacu pada keadilan substantif bersandar pada tafsir konstitusi sesuai dengan original intent yang dibuat melalui perdebatan oleh lembaga yang berwenang menetapkannya.¹⁴⁴ Syarat kondisional yang mendesak dalam masyarakat serta mengantisipasi adanya potensi *recht vacuum* merupakan ruh dari putusan hakim yang otonom didasarkan pada keadilan substantive.

144 Moh Mahfud MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Hukum*, (Jakarta: Rajawali Press, 2009), hlm. 280.

BAB VII

HUKUM ACARA PENGUJIAN UNDANG-UNDANG TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR 1945

A. Pengujian Formil Dan Materiil

1. Pengujian Formil (Formele Toetsingsrecht)

Pasal 51 ayat (3) huruf a UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK mengatur mengenai pengujian formil, di mana dalam ketentuan tersebut diatur bahwa Pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa pembentukan UU tidak memenuhi ketentuan berdasarkan UUD 1945.⁹⁰ Dalam Pasal 1 angka 3 UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (P3) diatur bahwa: “UU adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden.”⁹¹

Sri Soemantri dan Harun Alrasid mendefinisikan pengujian formil sebagaimana yang dikemukakan dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK. Sri Soemantri menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan hak menguji formal adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti UU misalnya, terjelma melalui cara-cara (procedure) sebagaimana telah ditentukan/ diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atautidak,⁹² sedangkan Harun Alrasid mengemukakan bahwa hak menguji formal ialah mengenai prosedur pembuatan UU.⁹³ Akan tetapi apa yang dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie merupakan pendapat yang mencakup berbagai aspek

90 Lihat Republik Indonesia, UU tentang MK, UU No. 24 Tahun 2003, LN No.98 Tahun 2003, TLN No. 4316, Pasal 51 ayat (3) huruf a.

91 RI, UU tentang P3, op.cit., Pasal 1 angka 3.

92 Ph. Kleintjes, sebagaimana dikutip Sri Soemantri, op.cit., hal. 28.

93 Harun Alrasid, Masalah “Judicial review”, makalah disampaikan dalam Rapat Dengar Pendapat tentang “Judicial review” di Departemen Kehakiman dan HAM, Jakarta: 2003, hal. 2.

mengenai pengujian formal. Jimly Asshiddiqie mengemukakan bahwa secara umum, yang dapat disebut sebagai pengujian formil (*formele toetsing*) tidak hanya mencakup proses pembentukan UU dalam arti sempit, tetapi juga mencakup pengujian mengenai aspek bentuk UU, dan pemberlakuan UU.⁹⁴ Juga dijelaskan bahwa pengujian formal biasanya terkait dengan soal-soal prosedural dan berkenaan dengan legalitas kompetensi institusi yang membuatnya.⁹⁵

Pengujian formil mengenai pembentukan UU tidak memenuhi ketentuan berdasarkan UUD 1945 telah diputus dalam Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009 perkara pengujian formil UU No. 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas UU No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 tentang MA, terhadap UUD 1945.⁹⁶ Alasan permohonan oleh para Pemohon adalah bahwa pengambilan keputusan DPR tidak memenuhi syarat kuorum, pengambilan keputusan Ketua DPR tidak memenuhi syarat pengambilan keputusan, dan pembahasan UU No. 3 Tahun 2009 melanggar; prinsip keterbukaan.⁹⁷

Terdapat beberapa hal dalam putusan tersebut terkait pengujian formal, yaitu:

- a. Dalam uji formil UU terhadap UUD 1945, yang menjadi ukuran adalah formalitas pembentukan UU, yang meliputi:⁹⁸
 - (1) institusi atau lembaga yang mengusulkan dan membentuk UU;
 - (2) prosedur persiapan sampai dengan pengesahan UU yang meliputi rencana dalam prolegnas, amanat Presiden, tahap-tahap yang ditentukan dalam Tata Tertib DPR, serta kuorum DPR; dan
 - (3) pengambilan keputusan, yaitu menyetujui secara aklamasi atau voting, atau tidak disetujui sama sekali.

94 Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara...*, op.cit., hal. 62-63.

95 Jimly Asshiddiqie, "Menelaah Putusan Mahkamah Agung tentang 'Judicial review' atas PP No. 19/2000 yang bertentangan dengan UU No. 31 Tahun 1999," (tanpa tempat, tanpa tahun), hal. 1.

96 Lihat MK RI, Pengujian UU No. 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas UU Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU Nomor 14 Tahun 1985 tentang MA Terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, Nomor 27/PUU-VII/2009 tertanggal 16 Juni 2010. Dalam putusan tersebut, terdapat hakim yang mengemukakan alasan berbeda (*concurring opinion*) yaitu M. Arsyad Sanusi, dan dua orang hakim memiliki pendapat berbeda (*dissenting opinion*), yaitu Achmad Sodiki dan Muhammad Alim.

97 Lihat *Ibid.*, hal. 14-23.

98 *Ibid.*, hal. 60.

- b. Pengujian formil mempunyai karakteristik yang berbeda dengan pengujian materiil, oleh karenanya persyaratan legal standing yang telah diterapkan oleh MK dalam pengujian materiil tidak dapat diterapkan begitu saja untuk pengujian formil.⁹⁹ Syarat legal standing dalam pengujian formil UU, yaitu bahwa Pemohon mempunyai hubungan pertautan langsung dengan UU yang dimohonkan.¹⁰⁰ Adapun syarat adanya hubungan pertautan langsung dalam pengujian formil tidaklah sampai sekuat dengan syarat adanya kepentingan dalam pengujian materiil sebagaimana telah diterapkan MK, karena akan menyebabkan sama sekali tertutup kemungkinannya bagi anggota masyarakat atau subjek hukum yang disebut dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK untuk mengajukan pengujian secara formil.¹⁰¹
- c. Dalam hal terdapat cacat prosedural dalam pembentukan UU yang diajukan permohonan pengujian, namun demi asas kemanfaatan hukum, UU yang dimohonkan tersebut tetap berlaku.¹⁰²

Perkembangan pengujian formil dalam praktik, menyebabkan kategori pengujian formil tidak hanya mencakup pengujian atas proses pembentukan UU. Dalam Pasal 5 UU No. 10 Tahun 2004 tentang P3, diatur asas-asas yang merupakan asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, sehingga merupakan alat untuk melakukan pengujian formal, yaitu kejelasan tujuan, kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat, kesesuaian antara jenis dan materi muatan, dapat dilaksanakan, kedayagunaan dan kehasilgunaan, kejelasan rumusan, dan keterbukaan.¹⁰³ Perkembangan pengujian formal

⁹⁹ Ibid., hal. 65.

¹⁰⁰ Ibid., hal. 68.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid., hal. 93-94. Dalam putusan tersebut, dikemukakan pertimbangan hukum terkait dengan UU yang diuji: "bahwa apabila UU a quo yang cacat prosedural tersebut dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat maka akan mengakibatkan keadaan yang tidak lebih baik karena: (i) dalam UU a quo justru terdapat substansi pengaturan yang isinya lebih baik dan UU yang diubah; (ii) sudah diterapkan dan menimbulkan akibat hukum dalam sistem kelembagaan yang diatur dalam UU a quo dan yang berkaitan dengan berbagai UU, antara lain UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, UU No. 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum, dan lembaga lain seperti hubungan antara Komisi Yudisial dengan Mahkamah Agung yang sekarang telah berjalan berdasarkan UU No. 3 Tahun 2009; Atas pertimbangan tersebut dan demi asas manfaat untuk tercapainya tujuan hukum, Mahkamah berpendapat bahwa UU yang dimohonkan pengujian tersebut tidak perlu dinyatakan sebagai UU yang tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat; artinya UU a quo tetap mempunyai kekuatan hukum berlaku."

¹⁰³ Lihat Republik Indonesia, UU tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, op.cit., Pasal 5.

mencakup pula pengujian atas hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil.¹⁰⁴ Hal itu diatur dalam Pasal 4 ayat (3) Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) Nomor 06/PMK/2005, yang mengatur sebagai berikut: “Pengujian formil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan proses pembentukan UU dan hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil sebagaimana dimaksud pada ayat (2)”.¹⁰⁵ Saldi Isra mengemukakan bahwa proses pembentukan UU merupakan masalah yang masih sering diperdebatkan dan sering diabaikan dan/atau dilanggar aturan proses pembentukan UU, yaitu dalam hal hubungan antara DPR dan DPD, partisipasi publik dalam pembentukan UU, kehadiran anggota DPR dalam proses pengambilan keputusan di Rapat Paripurna DPR, dan dalam hal terkuaknya praktik moral hazard berupa suap dan/atau korupsi dalam proses pembentukan UU.¹⁰⁶

Dalam praktiknya, pengujian formil terkait dengan pemberlakuan UU terjadi dalam pengujian UU No. 45 Tahun 1999 tentang Pemekaran Provinsi Irian Jaya. Berkaitan dengan perkara tersebut, pendapat yang menyatakan bahwa pengujian secara formil sebaiknya tidak dapat diajukan oleh perorangan atau kelompok WNI, sebab pengujian UU secara formil sebenarnya tidak memperlakukan pelanggaran hak konstitusional perorangan warga masyarakat Indonesia melainkan menguji apakah suatu UU dilahirkan melalui cara yang benar menurut UUD 1945¹⁰⁷ menjadi kurang tepat. Sebab sebagaimana diatur dalam PMK dan yang terjadi dalam praktik, pengujian formil tidak hanya mencakup prosedur pembentukan, tetapi juga hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil, sebagaimana Perkara Nomor 018/

104 Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara...*, op.cit., hal. 66. Kategori pertama menurut Jimly Asshiddiqie mencakup: (i) pengujian atas pelaksanaan tata cara atau prosedur pembentukan UU, baik dalam pembahasan maupun dalam pengambilan keputusan atas rancangan suatu UU menjadi UU; (ii) pengujian atas bentuk, format, atau struktur UU; (iii) pengujian yang berkenaan dengan keberwenangan lembaga yang mengambil keputusan dalam proses pembentukan UU.

105 RI, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara PUU, PMK No. 06/PMK/2005, Pasal 4 ayat (3).

106 Lihat Saldi Isra, “Purifikasi Proses Legislasi Melalui Pengujian Undang-Undang”, Pidato Pengukuhan sebagai Guru Besar Tetap dalam Bidang Ilmu Hukum Tata Negara pada Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 11 Februari 2010, hal. 12-18.

107 Bahwa pengujian secara formil sebaiknya Walk dapat diajukan oleh perorangan atau kelompok WNI, sebab pengujian UU secara formil sebenarnya tidak memperlakukan pelanggaran hak konstitusional perorangan warga masyarakat Indonesia melainkan menguji apakah suatu UU dilahirkan melalui cara yang benar menurut UUD 1945 tersebut dikemukakan antara lain oleh Ahmad Syahrizal, dalam Ahmad Syahrwal, *Peradilan Konstitusi Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, cet.1, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2006), hal. 313.

PUU-I/2003 Pengujian UU No. 45 Tahun 1999 yang telah diubah dengan UU No. 5 Tahun 2000 tentang Pemekaran Provinsi Papua terhadap UUD 1945, di mana UU No. 45 Tahun 1999 tentang Pemekaran Provinsi bertentangan dengan UUD 1945 dalam hal pemberlakuannya setelah berlakunya UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Papua.¹⁰⁸

Dalam praktiknya, luasnya istilah pengujian formal juga dapat ditemui dalam hal adanya tindak pidana dalam pembentukan UU. Dalam Pasal 10 ayat (1) PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU diatur bahwa dalam hal pemohon mendalilkan adanya dugaan perbuatan pidana dalam pembentukan UU yang dimohonkan pengujiannya, Mahkamah dapat menghentikan sementara pemeriksaan permohonan atau menunda putusan.¹⁰⁹ Tidak adanya tindak pidana dalam proses pembentukan UU adalah prinsip dan prosedur pembentukan UU yang sudah lazim dalam doktrin ilmu hukum dan praktik legislasi, serta sesuai dengan ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum: adanya tindak pidana penyuapan atau korupsi dalam pembentukan suatu UU juga bertentangan dengan asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik yang diatur dalam UU No. 10 Tahun 2004, khususnya asas keterbukaan.¹¹⁰

Permohonan pengujian formil dapat diajukan bersamaan dengan pengujian materiil. Contoh perkara yang mengajukan permohonan pengujian formal dan pengujian materiil sekaligus, dan dalam pengujian formalnya selain karena proses pembentukannya, juga karena UU yang diajukan permohonan mengandung cacat hukum karena dalam pembentukannya diduga telah terjadi tindak pidana penyuapan (walaupun kemudian dalam perbaikan permohonannya, Pemohon menarik dalil tersebut), adalah Putusan Perkara Nomor 009-014/PUU-III/2005 perihal Pengujian UU No. 30 Tahun 2004

108 Lihat MK RI, Pengujian UU No. 45 Tahun 1999 yang telah diubah dengan UU No. 5 Tahun 2000 tentang Pemekaran Provinsi Papua Terhadap UUD 1945, Nomor 018/PUU-I/2003 tertanggal 11 November 2004, hal. 134-135.

109 Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, *op.cit.*, Pasal. 16 ayat (1).

110 Lihat Safaat, "Konstitusionalitas UU yang Pembentukannya terdapat Tindak Pidana", (tanpa tahun, tanpa tempat), hal. 2.

tentang Jabatan Notaris terhadap UUD 1945.¹¹¹ Dalam bagian Menimbang, mengenai dugaan terjadi tindak pidana, MK mengemukakan sebagai berikut:

“Menimbang bahwa sesuai dengan Pasal 10 MK, Mahkamah tidak berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus perkara tindak pidana dalam proses pembentukan UU. Pasal 16 ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara PUU (PMK Nomor 06/PMK/2005), seandainya Pemohon dapat menunjukkan adanya bukti-bukti yang cukup mengenai telah terjadinya tindak pidana korupsi dalam pembentukan suatu UU, Mahkamah dapat menghentikan sementara pemeriksaan permohonan atau menunda putusan dan memberitahukan kepada pejabat yang berwenang untuk menindaklanjuti adanya sangkaan tindak pidana dimaksud. Lagi pula Pemerintah dalam keterangan tertulisnya yang diterima di Kepaniteraan MK pada tanggal 14 Juni 2005 menyatakan KPK telah memberikan klarifikasi tidak terdapatnya tindak pidana korupsi dalam pembahasan UU JN. Hal mana dalam persidangan ternyata tidak dibantah oleh para Pemohon sebagaimana mestinya, sehingga tidak terdapat cukup alasan bagi Mahkamah untuk mempertimbangkan penerapan Pasal 16 ayat (2) PMK tersebut di atas”.¹¹²

2. Pengujian Materiil (*Materiels Toetsingsrecht*)

Pasal 51 ayat (3) huruf b UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK mengatur mengenai pengujian materiil, di mana dalam ketentuan tersebut diatur bahwa Pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian UU dianggap bertentangan dengan UUD 1945.¹¹³ Mengenai hal tersebut diatur lebih lanjut dalam Pasal 4 ayat (2) PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, mengatur mengenai pengujian materiil sebagai berikut: “Pengujian

111 Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Pengujian UU Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris terhadap UUD 1945, Nomor 009-014/PUU-III/2005 tertanggal 13 September 2005, hal. 113-117.

112 Ibid., hal. 116-117.

113 Lihat Republik Indonesia, UU tentang Mahkamah Konstitusi, ..., op.cit., Pasal 51 ayat (3) huruf b.

materiil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian UU dianggap bertentangan dengan UUD 1945.”¹¹⁴

Harun Alrasid mengemukakan bahwa hak menguji material ialah mengenai kewenangan pembuat UU dan apakah isinya bertentangan atau tidak dengan peraturan yang lebih tinggi.¹¹⁵ Jimly Asshiddie berpendapat bahwa pengujian materiil berkaitan dengan kemungkinan pertentangan materi suatu peraturan dengan peraturan lain yang lebih tinggi ataupun menyangkut kekhususan-kekhususan yang dimiliki suatu aturan dibandingkan dengan norma-norma yang berlaku umum.¹¹⁶ Beliau menjelaskan lebih lanjut: “Misalnya, berdasarkan prinsip *‘lex specialis derogate leg generalis’*, maka suatu peraturan yang bersifat khusus dapat dinyatakan tetap berlaku oleh hakim, meskipun isinya bertentangan dengan materi peraturan yang bersifat umum. Sebaliknya, suatu peraturan dapat pula dinyatakan tidak berlaku jikalau materi yang terdapat di dalamnya dinilai oleh hakim nyata-nyata bertentangan dengan norma aturan yang lebih tinggi sesuai dengan prinsip *‘lex superiori derogat leg inferiori’*.”¹¹⁷

Maruarar Siahaan menjelaskan bahwa pengujian UU terhadap UUD tidak dapat hanya dilakukan terhadap pasal tertentu saja akan tetapi UUD harus dilihat sebagai satu kesatuan utuh yang terdiri dari Pembukaan dan Batang Tubuh.¹¹⁸ Dalam Pasal 51 ayat (3) huruf b UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK diatur mengenai pengujian materiil pada ayat, pasal, dan/atau bagian UU, dan dalam Pasal 57 UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK juga diatur bahwa putusan MK menyatakan tentang ayat, pasal, dan/atau bagian UU, akan tetapi dalam hal salah satu pasal atau pasal-pasal tertentu tersebut menyebabkan UU secara keseluruhan tidak dapat dilaksanakan karenanya, maka tidak hanya pada ayat, pasal, dan/atau bagian UU yang dinyatakan bertentangan dengan UUD, akan tetapi keseluruhan UU tersebut yang dinyatakan bertentangan dengan UUD. Contoh putusan berkaitan dengan hal

114 RI, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian UU,..... op.cit., Pasal 4 ayat (2).

115 Harun Alrasid, loc cit., hal. 2.

116 Jimly Asshiddiqie, loc cit., hal. 1.

117 Ibid.

118 Maruarar Siahaan, Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, cet. 1., (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hal. 29.

tersebut adalah dalam Putusan Nomor 11/PUU-VII/2009 perihal Pengujian UU No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional, dan UU No. 9 Tahun 2009 tentang Badan Hukum Pendidikan serta pada Putusan Perkara Nomor 01-021-022/PUU-I/2003 perihal Pengujian UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan terhadap UUD 1945. Dalam pertimbangan Putusan Perkara Nomor 01-021-022/PUU-I/2003 perihal Pengujian UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan terhadap UUD 1945, MK menyatakan sebagai berikut:

“...meskipun ketentuan yang dipandang bertentangan dengan konstitusi pada dasarnya adalah Pasal 16, Pasal 17 ayat (3), serta Pasal 68, khususnya yang menyangkut “unbundling” dan kompetisi, akan tetapi karena pasal-pasal tersebut merupakan jantung dari UU No. 20 Tahun 2002 padahal seluruh paradigma yang mendasari UU Ketenagalistrikan adalah kompetisi atau persaingan dalam pengelolaan dengan sistem “unbundling” dalam ketenagalistrikan. Hal tersebut tidak sesuai dengan jiwa dan semangat Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 yang merupakan norma dasar perekonomian nasional Indonesia”.¹¹⁹

Bahwa dalam hal salah satu pasal atau pasal-pasal tertentu yang diajukan permohonan untuk diuji terhadap UUD menyebabkan UU secara keseluruhan tidak dapat dilaksanakan karenanya, maka tidak hanya pada ayat, pasal, dan/ atau bagian UU yang dinyatakan bertentangan dengan UUD, akan tetapi keseluruhan UU tersebut yang dinyatakan bertentangan dengan UUD, juga dikenal pada Constitutional Court di Korea Selatan. Dalam Article 5 *the Constitutional Court Act*, diatur bahwa: “*The Constitutional Court shall decide only whether or not the requested statute or any provision of the statute are unable to enforce due to a decision of unconstitutionality of the requested provision, a decision of unconstitutionality may be made oil the whole statute*”.¹²⁰

119 MK RI, Pengujian UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, Nomor 01-021-022/PUU-I/2003, 15 Desember 2004.

120 Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri, Mahkamah Konstitusi: Kompilasi Ketentuan Konstitusi, Undang-Undang dan Peraturan di 78 Negara, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia-Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara Indonesia, t.t.), hal. 383-384.

B. Pendaftaran Permohonan dan Penjadwalan Sidang

1. Permohonan Perkara pengujian Undang-Undang

Sebagai lembaga peradilan, MK menjalankan wewenang yang dimiliki berdasarkan permohonan yang diterima. Istilah yang digunakan dalam UU Nomor 24 Tahun 2003 adalah “permohonan” bukan “gugatan” seperti dalam hukum acara perdata.¹²¹ Istilah “permohonan” memang seolah-olah menunjukkan bahwa perkara yang diajukan bersifat satu pihak (*ex parte* atau *voluntair*), padahal dalam kelima wewenang yang dimiliki MK dapat dikatakan empat diantaranya terdapat pihak termohon.

Istilah “permohonan” digunakan, menurut Maruarar Siahaan, adalah karena nuansa kepentingan umum yang dominan dalam setiap perkara yang ditangani MK.¹²² Walaupun suatu perkara diajukan oleh individu warga negara, namun putusannya berlaku umum dan mempengaruhi Hukum dan ketatanegaraan.

Pada saat wewenang MK masih dijalankan oleh MA, yaitu sebelum terbentuknya UU No. 24 Tahun 2003 setelah perubahan keempat UUD 1945,¹²³ digunakan dua istilah yang berbeda, yaitu permohonan dan gugatan. Peraturan Mahkamah Agung (Perma) Nomor 2 Tahun 2002 tentang Tata Cara Penyelenggaraan Wewenang Mahkamah Konstitusi Oleh Mahkamah Agung menggunakan istilah permohonan untuk perkara (1) pengujian undang-undang; (2) sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar; dan (3) memutus pendapat DPR tentang dugaan Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum atau perbuatan tercela dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana diatur dalam UUD 1945. Istilah gugatan digunakan dalam perkara (1) perselisihan hasil pemilihan umum; dan (2) pembubaran partai politik. Namun dengan adanya UU No. 24 Tahun 2003 istilah yang digunakan untuk semua perkara adalah permohonan.

121 Dalam hukum acara perdata terdapat penggugat dan tergugat karena sifat perkara hukum yang mengadili antar pihak yang saling berhadapan (*contentieus rechtspraak*). Di dalam peradilan pengujian UU hukum acara yang diatur dalam UU MK menunjukkan tidak adanya pihak yang saling berhadapan. Keberadaan pembentukan UU (Presiden dan DPR) dalam persidangan tersebut adalah sebagai pihak terkait yang dapat diminta keterangan, bukan sebagai termohon yang berhadapan dengan pemohon.

122 Maruarar Siahaan, *op. cit.*, hal. 89.

123 Pasal III Aturan Peralihan UUD 1945 menyatakan “MK dibentuk selambat-lambatnya pada 17 Agustus 2003 dan sebelum dibentuk segala kewenangannya dilakukan oleh MA “.

Permohonan diajukan secara tertulis dalam bahasa Indonesia oleh pemohon atau kuasanya kepada Mahkamah Konstitusi.¹²⁴ Dengan demikian setiap permohonan harus ditandatangani oleh pemohon atau kuasanya, serta dibuat 12 rangkap.¹²⁵ Di dalam permohonan harus diuraikan secara jelas perkara yang dimohonkan terkait dengan salah satu wewenang MK. Permohonan harus disertai dengan alat bukti yang mendukung permohonan dimaksud, walaupun tidak menutup kemungkinan pemohon atau pihak terkait mengajukan bukti tambahan dalam proses persidangan. Selain itu, Pasal 31 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 menentukan bahwa permohonan sekurang-kurangnya harus memuat:

1. Nama dan alamat pemohon;
2. uraian mengenai perihal yang menjadi dasar permohonan sesuai dengan perkara yang dimohonkan;
3. hal-hal yang diminta untuk diputus.

Permohonan yang diajukan kepada MK diterima oleh petugas penerima permohonan untuk disampaikan kepada Panitia MK yang akan melakukan pemeriksaan kelengkapan permohonan. Selain berkas permohonan perkara (hard copy) dalam praktik pemohon juga diminta untuk menyerahkan permohonan dalam bentuk soft copy atau file. Pemeriksaan yang dilakukan oleh panitia ini bersifat kelengkapan administratif, bukan terhadap substansi permohonan. Pemeriksaan administrasi ini misalnya meliputi j - umlah rangkap permohonan, Surat kuasa, kejelasan identitas, serta daftar alat bukti sebagaimana disyaratkan dalam Pasal 31 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 24 Tahun 2003.

Permohonan yang dinyatakan belum lengkap belum dapat dicatat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi (BRPK). Pemohon wajib melengkapi dalam jangka waktu paling lambat 7 (tujuh) hari kerja sejak pemberitahuan kekuranglengkapan tersebut diterima pemohon. Hanya permohonan yang

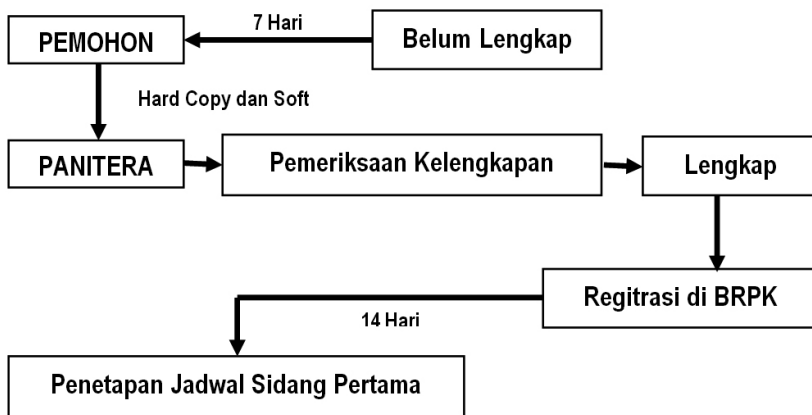
¹²⁴ Pasal 29 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003.

¹²⁵ Pasal 29 ayat (2) UU No. 24 Tahun 2003. 12 rangkap permohonan akan didistribusikan kepada seluruh hakim konstitusi, termohon (jika ada), dan pihak-pihak terkait. Untuk perkara pengujian undang-undang misalnya, permohonan akan disampaikan kepada DPR, Presiden, dan MA. Pemberitahuan kepada MA dimaksudkan agar MA menghentikan untuk sementara pengujian peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang yang sedang ditangani jika terkait dengan UU yang sedang diuji oleh MK. Lihat, Maruarar Siahaan, op. cit., hal. 89.

telah dinyatakan lengkap yang dicatat dalam BRPK yang memuat antara lain catatan tentang kelengkapan administrasi disertai dengan pencantuman nomor perkara, tanggal penerimaan berkas permohonan, nama pemohon, dan pokok perkara.¹²⁶

Setelah permohonan dinyatakan lengkap dan diregistrasi dalam BRPK, MK akan menetapkan hari sidang pertama dalam jangka waktu paling lambat 14 (empat belas) hari kerja. Artinya, penetapan jadwal sidang pertama dimaksud adalah paling lambat 14 (empat belas) hari kerja sejak diregistrasi, sedangkan sidang pertama itu sendiri dapat dilakukan lebih dari 14 (empat belas) hari kerja.¹²⁷ Penetapan jadwal sidang pertama ini harus diberitahukan kepada para pihak dan diumumkan kepada masyarakat. Pengumuman ini dilakukan dengan cara menempelkan salinan pemberitahuan di papan pengumuman MK yang khusus disediakan untuk itu.¹²⁸ Dalam praktik, pengumuman jadwal sidang juga dilakukan dengan memuat di dalam laman MK, yaitu, www.mahkamahkonstitusi.go.id. Alur pengajuan permohonan dapat dilihat pada ragaan di bawah ini.

Gambar 6. Alur Pengajuan Permohonan



126 Pasal 32 Pasal 33 UU No. 24 Tahun 2003.

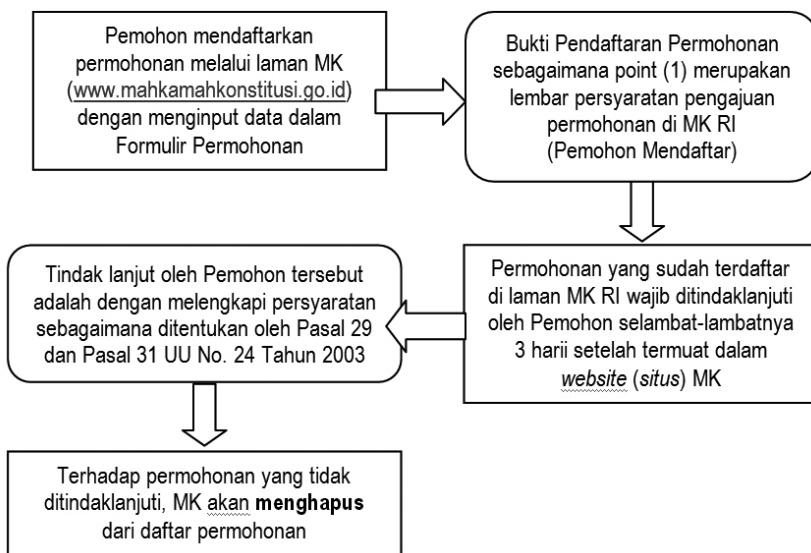
127 Penetapan jadwal sidang pertama dapat dibuat oleh panel hakim atau oleh pleno hakim.

128 Pasal 34 UU No. 24 Tahun 2003.

Setiap Permohonan yang diajukan kepada MK dapat ditarik kembali, baik sebelum maupun selama siding pemeriksaan oleh MK. Pada saat suatu permohonan ditarik kembali, pemohon dimaksud tidak dapat mengajukan kembali permohonan dimaksud, kecuali dengan alasan konstitusional yang berbeda.¹²⁹

Di samping permohonan yang disampaikan secara fisik ke kantor MK permohonan juga dapat dilakukan secara online melalui sistem informasi yang dikembangkan dan menjadi satu dengan Laman MK. Namun demikian, pengiriman perkara secara online harus tetap diikuti dengan penyampaian bukti perkara secara fisik. Secara garis besar, alur permohonan online disajikan dalam ragaan di bawah ini.

Gambar 7. Alur Permohonan On-line



Permohonan perkara online diatur dalam PMK Nomor 18 Tahun 2009 tentang Pedoman Pengajuan Permohonan Elektronik (Electronic Filing) dan pemeriksaan persidangan jarak Jauh (Video Conerence). Untuk mengajukan permohonan secara online, pemohon harus melakukan registrasi, baik secara

¹²⁹ Pasal 35 UU No. 24 Tahun 2003.

Online maupun offline, guna mendapatkan nama identifikasi (user name) dan kode akses (password) untuk dapat mengakses program Sistem Informasi Manajemen Permohonan Elektronik (SIMPEL). Melalui SIMPEL, dapat diajukan permohonan, alat bukti, penambahan dokumen, Serta daftar saksi dan ahli yang diajukan. User name dan password tersebut juga akan berfungsi sebagai tanda tangan elektronik (*electronic signature*) dalam proses perkara di MK.

Permohonan dianggap diterima apabila permohonan dimaksud sudah masuk dalam jaringan komputer Kepaniteraan MK. Apabila permohonan dimaksud telah masuk, Kepaniteraan MK menyampaikan konfirmasi kepada pemohon dan/atau kuasanya dalam waktu 1 (satu) hari setelah dokumen permohonan masuk dalam SIMPEL. Pemohon atau kuasanya harus menjawab konfirmasi itu secara tertulis kepada kepaniteraan MK dalam waktu selambat-lambatnya 3 (tiga) hari sejak permintaan konfirmasi disampaikan oleh Kepaniteraan MK. Jawaban atas konfirmasi tersebut disertai dengan penyerahan 12 (dua belas) rangkap dokumen asli (hard copy) permohonan. Proses pemeriksaan kelengkapan permohonan dan pemberitahuan dilakukan melalui e-mail Permohonan online yang telah memenuhi syarat didokumentasikan dan disimpan oleh Panitera disertai dengan penomoran perkara. Panitera mengirimkan Akta Registrasi Perkara kepada pemohon melalui e-mail dalam waktu 7 (tujuh) hari sejak diregistra

2. Legal Standing¹³⁰ dan Kerugian Konstitusional

Pengertian kedudukan hukum (*legal standing*) dikemukakan oleh Harjono sebagai berikut: “*Legal standing* adalah keadaan di mana seseorang atau suatu hak ditentukan memenuhi syarat dan oleh karena itu mempunyai hak untuk mengajukan permohonan penyelesaian perselisihan atau sengketa atau perkara di depan MK.¹³¹ Pemohon yang tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) akan menerima putusan MK yang menyatakan permohonannya tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).¹³²”

130 Dalam bahasa latin adalah *persona standi in iudicio*. Istilah ini dapat dilihat antara lain dalam MK RI, Pengujian UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah Terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, Nomor 006/PUU-III/2005, hal. 17.

131 Harjono, *Konstitusi sebagai Rumah Bangsa; Pemikiran Hukum Dr Harjono, SH, M.C.L, Wakil Ketua MK*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK, 2008), hal. 176.

132 *Ibid*.

Kedudukan hukum (*legal standing*) mencakup syarat formil sebagaimana ditentukan dalam UU, dan syarat materiil yaitu kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional dengan berlakunya UU yang dimohonkan pengujiannya, sebagaimana diatur dalam Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Pemohon adalah pihak yang nienganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya UU, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia;
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) yang diatur dalam UU;
- c. badan hukum publik atau prwat; atau
- d. lembaga negara.¹³³

Pada umumnya penentuan mengenai ada tidaknya *legal standing* pemohon dilakukan sebelum majelis hakim MK memutuskan akan meneruskan ke tahap pemeriksaan terhadap pokok perkara atau tidak. Walaupun demikian, pembuktian mengenai *legal standing* khususnya berkaitan dengan bukti kerugian bukanlah hal yang muda, sehingga pembuktian *legal standing* seringkali harus dilakukan bersamaan dengan pemeriksaan pokok perkara.¹³⁴ Hal itu menyebabkan di dalam praktik beracara, sambil memeriksa pokok perkara, majelis hakim tetap memperkenalkan para pihak mempersoalkan *legal standing* pemohon, yang berakibat walaupun telah memeriksa pokok perkara, amar putusan MK dapat saja berupa mengabulkan, menerima ataupun menyatakan tidak dapat menerima permohonan pemohon.¹³⁵

MK sejak Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 perihal Pengujian UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap UUD Negara RI Tahun 1945,¹³⁶ dan pada putusan-putusan selanjutnya telah berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi harus memenuhi 5 syarat, yaitu:¹³⁷

133 Lihat Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi,..., *op.cit.*, Pasal 51 ayat (1).

134 Jimly Aashiddiqie, *Hukum Acara...*, *op.cit.*, hal. 73.

135 *Ibid.*

136 Lihat MK RI, Pengujian UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah Terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, Nomor 006/PUU-III/2005, hal. 16.

137 Lihat MK RI, Pengujian UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah Terhadap UUD

- a. Adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan UUD 1945.
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya UU yang dimohonkan pengujian.
- c. Kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi.
- d. Adanya hubungan sebab-akibat (causal verband) antara kerugian dimaksud dan berlakunya UU yang dimohonkan Pengujian.
- e. Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

3. Penggabungan Perkara

Terhadap beberapa permohonan perkara yang diterima, MK dapat menetapkan penggabungan perkara, baik dalam pemeriksaan persidangan maupun dalam putusan. Penggabungan perkara dilakukan melalui Ketetapan Mahkamah Konstitusi apabila terdapat dua perkara atau lebih yang memiliki objek atau substansi permohonan yang sama. Penggabungan perkara biasanya dilakukan untuk perkara sejenis walaupun ada kemungkinan terdapat dua perkara yang masuk dalam dua wewenang yang berbeda yang memiliki isu hukum atau pokok perkara yang sama.

Penggabungan juga dapat dilakukan apabila ditengah proses persidangan terdapat perkara baru yang mengajukan pengujian ketentuan yang sama atau memiliki isu konstitusional yang sama. Perkara baru ini akan digabungkan pemeriksaan dan putusannya dengan perkara yang sedang diperiksa.

Penggabungan perkara untuk perkara pengujian UU diatur dalam PM IK No. 6/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara PUU. Pasal 11 ayat (6) PMK No. 6/PMK/2005 dinyatakan bahwa penggabungan perkara dapat dilakukan berdasarkan usulan panel hakim terhadap perkara

yang (a) memiliki kesamaan pokok permohonan.(b) memiliki keterkaitan materi permohonan; atau (c) pertimbangan atas permintaan pemohon.

Penggabungan perkara dalam perkara pengujian undang-undang dilakukan terhadap dua atau lebih permohonan yang meminta pengujian ketentuan pasal-pasal yang sama atau Saling terkait dalam satu undang-undang. Penggabungan perkara dan putusan pertama kali dilakukan terhadap perkara Nomor 011/PUU-I/2003 dan Perkara Nomor 017/PUU-I/2003 yang keduanya diputus dalam satu Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 pada Selasa, 24 Februari 2004. Kedua permohonan itu terkait dengan ketentuan Pasal 60 huruf g UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilu DPR, DPD, dan DPRD yang memuat ketentuan persyaratan calon anggota DPR, DPD, dan DPRD salah satunya adalah “bukan bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia (PKI), termasuk organisasi massanya, atau bukan orang, yang terlibat langsung ataupun tidak langsung dalam G.30.S.PKI, atau organisasi terlarang lainnya”.

Contoh penggabungan perkara pengujian undang-undang yang lain adalah pada Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, yang menggabungkan Perkara Nomor 001/PUU-I/2003, Nomor 021/PUU-I/2003, dan Nomor 022/PUU-I/2003, karena ketiganya mengajukan pengujian UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan.

Penggabungan perkara dilakukan tidak hanya terhadap permohonan yang mengajukan ketentuan pasal yang sama dari suatu UU. Terhadap permohonan pengujian pasal yang berbeda dalam satu undang-undang dapat dilakukan penggabungan apabila memiliki keterkaitan isu hukum. Hal ini misalnya dapat dilihat pada Putusan Nomor 072-073/ PUU-II/2004 mengenai pengujian UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, Serta Putusan Nomor 012-016-019/ PUU-IV/2006 mengenai pengujian UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

4. Persidangan Jarak Jauh

Penyelenggaraan persidangan untuk pemeriksaan pendahuluan dan pemeriksaan persidangan telah dapat dilakukan melalui persidangan jarak jauh

(video conference). Mekanisme persidangan jarak jauh diatur dalam PMK Nomor 18 Tahun 2009 tentang Pedoman Pengajuan Permohonan Elektronik (Electronic Filing) dan Pemeriksaan Persidangan jarak jauh (Video Conference). Pelaksanaan persidangan jarak jauh dilakukan berdasarkan permohonan pemohon dan/atau termohon atau kuasanya yang diajukan kepada ketua MK melalui Kepaniteraan MK. Permohonan persidangan jarak jauh dimaksud berisi informasi rinci mengenai:¹³⁸

1. identitas yang hendak diperiksa dan didengar keterangannya,
2. pokok-pokok keterangan yang hendak diberikan
3. alokasi waktu pemeriksaan,
4. petugas lain yang diperlukan untuk keperluan persidangan

Permohonan pelaksanaan sidang jarak jauh harus disampaikan selambat-lambatnya 5 (lima) hari kerja sebelum waktu persidangan jarak yang direncanakan. Permohonan ini dapat disampaikan, baik secara melalui surat elektronik (e-mail), faksimili, surat pos, atau media lain yang tersedia. Terhadap permohonan ini, MK memeriksa dan memutuskan apakah menerima atau menolak, atau menerima dengan perubahan jadwal persidangan. Kepaniteraan MK harus memberitahukan jadwal pelaksanaan persidangan jarak jauh yang diputuskan kepada pemohon dan/atau termohon atau kuasanya, selambat-lambatnya 2 (dua) hari kerja sebelum pelaksanaan persidangan dimaksud. Pemberitahuan ini sekaligus merupakan panggilan sidang.

Untuk pelaksanaan persidangan jarak jauh, MK telah menempatkan sarana video conference di 40 Perguruan Tinggi di seluruh Indonesia. Sarana tersebut dapat dimanfaatkan secara gratis oleh pemohon dan/atau termohon untuk pelaksanaan persidangan jarak jauh. Namun, apabila terdapat biaya-biaya lain yang timbul dalam pelaksanaan persidangan jarak jauh yang berkaitan dengan pihak ketiga, ditanggung oleh pemohon atau termohon yang meminta persidangan jarak jauh.

138 Pasal 16 ayat (4) PMK No. 18 Tahun 2009.

C. Proses Persidangan dan Pembuktian

Dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK, Alat Bukti diatur dalam Bagian Keempat pada Pasal 36 hingga Pasal 38, Pemeriksaan Pendahuluan diatur dalam Bagian Kelima Pasal 39, Pemeriksaan Persidangan diatur dalam Bagian Keenam Pasal 40 hingga Pasal 44, sedangkan RPH dan Pengucapan Putusan diatur dalam Bagian Ketujuh tentang Putusan dari Pasal 45 hingga Pasal 49. Dalam PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU, mengenai proses persidangan dan pembuktian diatur dalam BAB V tentang Pemeriksaan, di mana pemeriksaan terdiri dari Pemeriksaan Pendahuluan (Pasal 10 dan Pasal 11) dan Pemeriksaan Persidangan (Pasal 12 - Pasal 17). Pembuktian diatur dalam Bagian Ketiga dalam Pasal 18 sampai dengan Pasal 28. Rapat Permusyawaratan Hakim diatur dalam Bab VI tentang Rapat Permusyawaratan Hakim pada Pasal 29 dari Pasal 30, sedangkan Putusan diatur dalam Bab VII tentang Putusan dari Pasal 31 sampai dengan Pasal 43.

1. Proses Persidangan

Berdasarkan materi persidangan, dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK diatur bahwa sidang MK terdiri atas Pemeriksaan Pendahuluan, Pemeriksaan Persidangan dan Pengucapan Putusan, sedangkan dalam PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU, sidang MK dibagi dalam 4 jenis sidang, yaitu Pemeriksaan Pendahuluan, Pemeriksaan Persidangan, Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH), dan Pengucapan Putusan. Dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK; RPH diatur dalam Bagian Ketujuh tentang Putusan.

a. Pemeriksaan Pendahuluan

Pemeriksaan Pendahuluan dilakukan dalam sidang terbuka untuk umum oleh Panel Hakim yang sekurang-kurangnya terdiri atas 3 (tiga) orang Hakim Konstitusi.¹³⁹ Pemeriksaan dapat dilakukan dalam Sidang Pleno yang dihadiri oleh sekurang-kurangnya 7 (tujuh) orang Hakim Konstitusi.¹⁴⁰ Dalam

¹³⁹ Lihat Republik Indonesia, Peraturan MK tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, *op.cit.*, Pasal 10 ayat (1).

¹⁴⁰ Lihat *Ibid.*, Pasal 10 ayat (2).

Pemeriksaan Pendahuluan, Hakim memeriksa kelengkapan dan kejelasan materi permohonan yang meliputi: kewenangan Mahkamah Konstitusi, kedudukan hukum (legal standing) Pemohon dan pokok permohonan.¹⁴¹

Dalam pemeriksaan kelengkapan dan kejelasan materi permohonan, Hakim wajib memberi nasihat kepada Pemohon dan/atau kuasanya untuk melengkapi dan/atau memperbaiki permohonan dalam jangka waktu paling lambat (empat belas) hari, termasuk pula nasihat yang berkaitan dengan pelaksanaan tertib persidangan.¹⁴² Dalam hal Hakim berpendapat bahwa permohonan telah lengkap dan jelas, dan/atau telah diperbaiki dalam sidang panel, Panitera menyampaikan salinan permohonan dimaksud kepada Presiden, DPR, dan Mahkamah Agung.¹⁴³

Panel Hakim yang telah melakukan Pemeriksaan Pendahuluan melaporkan hasil pemeriksaan dan memberikan rekomendasi kepada Rapat Pleno Permusyawaratan Hakim untuk proses selanjutnya. Laporan tersebut termasuk pula usulan penggabungan pemeriksaan persidangan terhadap beberapa perkara dalam hal memiliki kesamaan pokok permohonan, memiliki keterkaitan materi permohonan, atau pertimbangan atas pemuntaan Pemohon.¹⁴⁴ Pemeriksaan penggabungan perkara dapat dilakukan setelah mendapat Ketetapan Ketua Mahkamah Konstitusi.¹⁴⁵

b. Pemeriksaan Persidangan

Pemeriksaan persidangan dilakukan dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum¹⁴⁶ dan dalam keadaan tertentu yang diputuskan oleh RPH, pemeriksaan persidangan dapat dilakukan oleh Panel Hakim.¹⁴⁷ Pemeriksaan persidangan mencakup:

141 Lihat Ibid., Pasal 11 ayat (1).

142 Lihat Ibid., Pasal 11 ayat (2) dan ayat (3). Dalam praktik, jika permohonan dimasukkan sebelum jangka waktu 14 hari dan masih dipedakan perbaikan, maka Pemohon masih dapat memperbaiki permohonannya tersebut.

143 Lihat Ibid., Pasal 11 ayat (4).

144 Lihat Ibid., Pasal 11 ayat (5) dan ayat (6).

145 Lihat Ibid., Pasal 11 ayat (7).

146 Lihat Ibid., Pasal 12 ayat (1).

147 Lihat Ibid., Pasal 12 ayat (2).

- (1) pemeriksaan pokok permohonan;
- (2) pemeriksaan alat-alat bukti tertulis;¹⁴⁸
- (3) mendengarkan keterangan Presiden atau Pemerintah;
- (4) mendengarkan keterangan DPR dan/atau DPD;
- (5) mendengarkan keterangan saksi;
- (6) mendengarkan keterangan ahli;
- (7) mendengarkan keterangan Pihak Terkait;
- (8) pemeriksaan rangkaian data, keterangan, perbuatan, keadaan, dan/atau
- (9) peristiwa yang bersesuaian dengan alat-alat bukti lain yang dapat dijadikan petunjuk;
- (10) pemeriksaan alat-alat bukti lain yang berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu.¹⁴⁹

Para pihak, saksi, dan ahli wajib hadir memenuhi panggilan MK dan jika saksi tidak hadir tanpa alasan yang sah meskipun sudah dipanggil secara patut menurut hukum, MK dapat meminta bantuan kepolisian untuk menghadirkan saksi secara paksa.¹⁵⁰

Dalam hal MK menentukan perlu mendengar keterangan Presiden/ Pemerintah, DPR, dan DPD, maka keterangan ahli dan/atau saksi didengar setelah keterangan Presiden/ Pemerintah, DPR, dan DPD, kecuali ditentukan lain demi kelancaran persidangan.¹⁵¹

Baik saksi maupun ahli, dapat diajukan oleh Pemohon, Presiden/ Pemerintah, DPR, DPD, Pihak Terkait atau dipanggil atas perintah Mahkamah Konstitusi.¹⁵² Pemeriksaan saksi maupun ahli dimulai dengan menanyakan

148 Dalam Pasal 20 PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian UU, diatur tentang pemeriksaan alat bukti Surat atau tulisan sebagai berikut:

“(1) Pemeriksaan alat bukti Surat atau tulisan dimulai dengan menanyakan cara perolehannya yang dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.

(2) Pemeriksaan alat bukti Surat atau tulisan yang berupa fotokopi meliputi: (a) materai; dan (b) legalisasi dan/atau pencocokan dengan Surat aslinya.”

149 Lihat *Ibid.*, Pasal 13 ayat (1).

150 Lihat Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, *op.cit.*, Pasal 38.

151 Lihat Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, *op.cit.*, Pasal 18 ayat (4).

152 Lihat *Ibid.*, Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 22 ayat (1).

identitas (nama, tempat tanggal lahir/umur, agama, pekerjaan dan alamat) dan kesediaan diambil sumpah atau janji sesuai dengan agamanya.¹⁵³ Pemeriksaan ahli dalam bidang keahlian yang sama yang diajukan oleh para pihak dilakukan dalam waktu yang bersamaan.¹⁵⁴

Atas permintaan Hakim, keterangan Presiden/Pemerintah, DPR, DPD, saksi, ahli, dan Pihak Terkait, wajib disampaikan yang bentuknya baik berupa keterangan tertulis, risalah rapat, dan/atau rekaman secara elektronik, dalam jangka waktu selambat-lambatnya 7 (tujuh) kerja sejak diterimanya permintaan dimaksud.¹⁵⁵

Pemeriksaan yang dilakukan terhadap pihak terkait, dilakukan dengan mendengar keterangan yang berkaitan dengan pokok permohonan.¹⁵⁶ Pihak terkait yang mempunyai kepentingan langsung diberi kesempatan untuk memberika keterangan (lisan dan/atau tertulis), mengajukan pertanyaan kepada ahli dan/atau saksi, mengajukan ahli-ahli dan/atau saksi yang belum terwakili dalam persidangan sebelumnya, dan menyampaikan kesimpulan akhir (secara lisan dan/atau tertulis).¹⁵⁷

Pemeriksaan persidangan dapat dilakukan dengan persidangan jarak jauh (teleconference).¹⁵⁸ Apabila dipandang perlu, pemeriksaan persidangan dapat diikuti dengan pemeriksaan setempat yang dilakukan oleh Hakim Konstitusi yang ditunjuk dengan didampingi oleh Panitera dari/atau Panitera Pengganti, serta dapat pula disertai Pemohon, Presiden/Pemerintah, DPR, DPD, dan Pihak Terkait yang hasilnya disampaikan dalam persidangan.¹⁵⁹

Dalam hal Pemohon mendalilkan adanya dugaan perbuatan pidana dalam pembentukan UU yang dimohonkan pengujiannya, MK dapat menghentikan sementara pemeriksaan permohonan atau menunda putusan. Penghentian proses pemeriksaan permohonan atau penundaan putusan ditetapkan dengan Ketetapan MK yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum.¹⁶⁰

153 Lihat Ibid., Pasal 21 ayat (2) dan Pasal 22 ayat (3).

154 Lihat Ibid., Pasal 22 ayat (5).

155 Lihat Ibid., Pasal 13 ayat (2).

156 Lihat Ibid., Pasal 23 ayat (1).

157 Lihat Ibid., Pasal 23 ayat (2).

158 Lihat Ibid., Pasal 13 ayat (3).

159 Lihat Ibid., Pasal 15 ayat (1).

160 Lihat Ibid., Pasal 16.

Dalam hal Pemohon mengajukan permohonan penarikan kembali, Rapat Pleno Permusyawaratan Hakim atau Panel Hakim memberikan rekomendasi kepada MK untuk menerbitkan Ketetapan Ketua MK, yaitu Ketetapan penarikan Kembali, yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum.¹⁶¹

Setelah pemeriksaan persidangan dinyatakan selesai, para pihak diberi kesempatan menyampaikan kesimpulan akhir secara lisan dan/atau tertulis selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari kerja sejak hari persidangan terakhir, kecuali ditentukan lain dalam persidangan.¹⁶²

c. Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH)

RPH dilakukan secara tertutup dan rahasia yang dipimpin oleh Ketua MK, dan dalam hal Ketua berhalangan maka Rapat Pleno dipimpin oleh Wakil Ketua MK.¹⁶³ Dalam hal Ketua dan Wakil Ketua MK berhalangan dalam waktu bersamaan, maka Rapat Pleno dipilih oleh Ketua Sementara yang dipilih dari dan oleh anggota MK.¹⁶⁴

Kuorum RPH untuk mengambil keputusan adalah sekurang-kurangnya 7 (tujuh) orang Hakim Konstitusi, dibantu Panitera, dan petugas lain yang disumpah, sedangkan RPH yang dilaksanakan tidak dalam rangka mengambil keputusan tidak terikat ketentuan kuorum sekurang-kurangnya 7 (tujuh) orang Hakim Konstitusi.¹⁶⁵

RPH mendengar, membahas, dan/atau mengambil keputusan mengenai:¹⁶⁶

- (1) laporan panel tentang pemeriksaan pendahuluan;
- (2) laporan panel tentang pemeriksaan persidangan;
- (3) rekomendasi panel tentang tindak lanjut hasil pemeriksaan permohonan, dapat berupa:
 - a. pembahasan mengenai rancangan putusan yang akan diambil menyangkut kewenangan Mahkamah dan kedudukan hukum (legal

¹⁶¹ Lihat Ibid., Pasal 17.

¹⁶² Lihat Ibid., Pasal 13 ayat (4).

¹⁶³ Lihat Ibid., Pasal 29 ayat (1) dan (2).

¹⁶⁴ Lihat Ibid., Pasal 29 ayat (3).

¹⁶⁵ Lihat Ibid., Pasal 29 ayat (4) dan ayat (5).

¹⁶⁶ Lihat Ibid., Pasal 30 ayat (1) dan ayat (2).

- standing) Pemohon;
- b. perlu tidaknya dilakukan pemeriksaan lanjutan atau dapat segera diambil putusan;
 - c. pelaksanaan pemeriksaan lanjutan dilakukan oleh pleno atau panel.
- (4) pendapat hukum (legal opinion) para Hakim Konstitusi;
 - (5) hasil pemeriksaan persidangan pleno dan pendapat hukum para Hakim Konstitusi;
 - (6) Hakim Konstitusi yang menyusun rancangan putusan;
 - (7) rancangan putusan akhir;
 - (8) penunjukan Hakim Konstitusi yang bertugas sebagai pembaca terakhir rancangan putusan;
 - (9) pembagian tugas pembacaan putusan dalam sidang pleno.

Dalam rangka mengambil putusan, setiap Hakim Konstitusi wajib menyampaikan pertimbangan atau pendapat tertulis terhadap permohonan.¹⁶⁷ Putusan diambil dalam RPH yang dihadiri sekurang-kurangnya 7 (tujuh) orang Hakim Konstitusi.¹⁶⁸ Putusan sedapat mungkin diambil secara musyawarah untuk mufakat, apabila tidak tercapai mufakat bulat, rapat ditimda sampai rapat pemiusyawaratan berikutnya dan setelah diusahakan dengan sungguh-sungguh ternyata tidak dapat dicapai mufakat bulat, putusan diambil dengan suara terbanyak.¹⁶⁹ Dalam hal RPH tidak dapat mengambil putusan dengan suara terbanyak, maka suara terakhir Ketua RPH menentukan.¹⁷⁰ Pendapat Hakim Konstitusi yang berbeda terhadap Putusan dimuat dalam putusan.¹⁷¹

167 Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, op.cit., Pasal 45 ayat (5) jo. Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian UU, op.cit., Pasal 32 ayat (1).

168 Ibid., Pasal 31.

169 Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, op.cit., Pasal 45 ayat (4), (6), dan (7) jo. Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian UU,.... op.cit., Pasal 32 ayat (2) sampai dengan ayat (4).

170 Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, op.cit., Pasal 45 ayat (8) jo. Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian UU,.... op.cit., Pasal 32 ayat (5).

171 Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, op.cit., Pasal 45 ayat (10) jo. Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian UU,....op.cit., Pasal 32 ayat (6). Dalam PMK terdapat kalimat tambahan yaitu "kecuali hakim yang bersangkutan tidak menghendaki."

d. Pengucapan Putusan

MK memutus perkara berdasarkan UUD 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim.¹⁷² Putusan MK yang mengabulkan permohonan harus didasarkan sekurang-kurangnya 2 (dua) alat bukti.¹⁷³ putusan Mahkamah Konstitusi dapat dliatulkan pada hari itu juga Liga atau ditunda pada hari yang lain dengan keharusan memberitahu kepada para pihak.¹⁷⁴ Putusan diambil dalam RPH yang dihadiri sekurang-kurangnya 7 (tujuh) orang Hakim Konstitusi dan dibaca/diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum yang dihadiri sekurang-kurangnya 7 (tujuh) orang Hakim Konstitusi.¹⁷⁵

2. Pembuktian

Dalam Pasal 36 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK diatur tentang alat bukti. Alat bukti ialah: (i) surat atau tulisan; (ii) keterangan saksi; (iii) keterangan ahli; (iv) keterangan para pihak; (v) petunjuk; dan (vi) bukti lain berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu.¹⁷⁶

Dijelaskan dalam ayat-ayat selanjutnya bahwa alat bukti tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan perolehannya secara hukum, agar dapat dijadikan alat bukti yang sah; dan penentuan sah tidaknya alat bukti dalam persidangan oleh MK.¹⁷⁷

Dalam PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU, dijelaskan lebih lanjut mengenai alat bukti yang dikemukakan sebelumnya, yaitu:

- a. Surat atau tulisan yang dijadikan alat bukti harus dapat dipertanggungjawabkan perolehannya secara hukum.¹⁷⁸ Alat bukti surat atau tulisan yang berupa kutipan, salinan atau fotokopi peraturan

172 Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, Ibid., Pasal 45 ayat (1).

173 Ibid., Pasal 45 ayat (2).

174 Ibid., Pasal 45 ayat (9).

175 Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang..... op.cit., Pasal 31.

176 Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi. op.cit., Pasal 36 ayat (1).

177 Ibid., Pasal 36 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4).

178 Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang op.cit., Pasal 19 ayat (1) huruf a.

perundang-undangan, keputusan tata usaha negara, dan/atau putusan pengadilan, maka naskah aslinya harus diperoleh dari lembaga resmi pengadilan yang menerbitkannya. 179

- b. Keterangan saksi di bawah sumpah mengenai fakta yang dilihatnya, didengarnya, dan dialaminya sendiri.¹⁸⁰ Saksi dapat diajukan oleh Pemohon, Presiden/Pemerintah, DPR, DPD, Pihak Terkait atau dipanggil atas perintah MK.¹⁸¹
- c. Keterangan ahli di bawah sumpah sesuai dengan keahliannya.¹⁸² Keterangan ahli yang dapat dipertimbangkan oleh MK adalah jika keterangan diberikan oleh seseorang yang tidak memiliki kepentingan yang bersifat pribadi (conflict of interest) dengan subjek dan/atau objek perkara yang diperiksa.¹⁸³ Ahli, dapat diajukan oleh Pemohon, Presiden/Pemerintah, DPR, DPD, Pihak Terkait atas perintah Mahkamah Konstitusi.¹⁸⁴
- d. Keterangan Pemohon, Presiden/Pemerintah, DPR, dan/atau DPD, serta keterangan pihak terkait langsung.¹⁸⁵ Keterangan Presiden/Pemerintah, DPR, dan keterangan pihak terkait langsung merupakan keterangan secara lisan maupun tertulis.¹⁸⁶
- e. Petunjuk yang diperoleh dari rangkaian data, keterangan, perbuatan, keadaan, dan/atau peristiwa yang bersesuaian dengan alat-alat bukti lain.¹⁸⁷
- f. Alat bukti lain berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu.¹⁸⁸

Pada dasarnya pembuktian dibebankan kepada Pemohon, akan tetapi apabila dipandang perlu Hakim dapat pula membebankan pembuktian kepada

179 Ibid., Pasal 19 ayat (2).

180 Ibid., Pasal 19 ayat (1) huruf b.

181 Lihat Ibid., Pasal 21 ayat (1).

182 Ibid., Pasal 19 ayat (1) huruf c.

183 Ibid., Pasal 22 ayat (2).

184 Lihat Ibid., Pasal 22 ayat (1).

185 Ibid., Pasal 19 ayat (1) huruf d.

186 Lihat Ibid., Pasal 23 ayat (1), Pasal 25 ayat (1), dan Pasal 26 ayat (1).

187 Ibid., Pasal 19 ayat (1) huruf e.

188 Ibid., Pasal 19 ayat (1) huruf f.

Presiden/Pemerintah, DPR, DPD, dan/atau Pihak Terkait, di mana Presiden/Pemerintah, DPR, DPD, dan/atau Pihak Terkait tersebut dapat mengajukan bukti sebaliknya (tegen-bew

D. Putusan

1. Jenis Putusan

Dalam Pasal 31 PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU hanya diatur bahwa putusan diambil dalam RPH yang dihadiri sekurang-kurangnya 7 (tujuh) Hakim Konstitusi yang dibaca/ diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum yang dihadiri sekurang-kurangnya 7 (tujuh) Hakim Konstitusi. Dalam praktik, putusan yang dimaksud tersebut diberi istilah putusan akhir. Perkembangan dalam praktik adalah adanya jenis putusan sela dalam Putusan MK selain putusan akhir.

Walaupun dalam PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU tidak diatur tentang putusan sela (provisi), akan tetapi pengaturan mengenai putusan sela dapat dilihat dalam penanganan perkara sengketa kewenangan lembaga negara dan perselisihan hasil Pemilu. Putusan sela diatur dalam Bagian Kesembilan tentang Sengketa Kewenangan Lembaga Negara yang Kewenangannya diberikan oleh UUD dalam Pasal 63 UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK, yaitu: “Mahkamah Konstitusi dapat mengeluarkan penetapan yang memerintahkan pada pemohon dan/atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan MK.” Sedangkan dalam Pasal 1 angka 19 PMK Nomor 16 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD diatur bahwa: “Putusan Sela adalah putusan yang dijatuhkan oleh hakim sebelum Putusan akhir berupa putusan untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang berkaitan dengan objek yang dipersengketakan yang hasilnya akan dipertimbangkan dalam putusan akhir.”¹⁸⁹ Pada perkara perdata. Putusan sela yang dimintakan tidak boleh menyangkut pokok sengketa, sedangkan dalam sengketa kewenangan

189 Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perselisihan Hasil Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD, PMK Nomor 16 Tahun 2009, Pasal 1 angka 19.

antarlembaga negara, justru objek putusan sela tersebut merupakan pokok sengketanya.¹⁹⁰

2. Isi Putusan

Dalam Pasal 48 UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK diatur mengenai substansi putusan sebagai berikut:

- (1) MK memberi putusan Demi Keadilan Berdasarkan Ketullawn Yang Maha Esa.
- (2) Setiap putusan Mahkamah Konstitusi harus memuat:
 - a. kepala putusan berbunyi “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA”,
 - b. identitas pihak;
 - c. ringkasan permohonan;
 - d. pertimbangan terhadap fakta yang terungkap di dalam persidangan;
 - e. pertimbangan hukum yang menjadi dasar putusan;
 - f. amar Putusan; dan
 - g. hari dan tanggal putusan, nama hakim konstitusi, dan panitera.¹⁹¹

Pengaturan tentang putusan tersebut ditambahkan dalam Pasal 33 PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU, di mana dalam Pasal 33 ditambahkan mengenai “pendapat berbeda dari Hakim Konstitusi.”¹⁹² Hal tersebut sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 45 ayat (10) UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK bahwa dalam hal putusan tidak tercapai mufakat bulat maka pendapat anggota Majelis Hakim yang berbeda dimuat dalam putusan.¹⁹³

Dalam Bab II Pasal 2 angka I huruf f PMK Nomor 13 Tahun 2008 tentang Pedoman Penulisan Putusan Mahkamah Konstitusi diatur bahwa identitas pemohon berisi uraian mengenai: (i) nama; (ii) tempat tanggal lahir/

190 Maruarar Siahaan, *op.cit.*, hal. 196.

191 Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, *op.cit.*, Pasal 48.

192 Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang...*op.cit.*, Pasal 33.

193 Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, *op.cit.*, Pasal 45 ayat (10).

umur; (iii) kewarganegaraan; (iv) pekerjaan; (v) agama; (vi) alamat pemohon; serta nama kuasa hukum; (vii) pekerjaan; (viii) alamat; (ix) nomor dan tanggal surat kuasa khusus sebagai penerima kuasa, dan (x) penyebutan sebagai pihak pemohon.¹⁹⁴

Pada berbagai putusan MK, identitas pemohon yang merupakan perorangan, mencakup nama, tempat/tanggal lahir, agama, pekerjaan, kewarganegaraan, alamat lengkap, dan dalam putusan tertentu mencantumkan nomor telpon dan alamat e-mail, selain data mengenai penerima kuasa.¹⁹⁵ Pemohon yang merupakan badan hukum, mencantumkan identitas pemohon berupa nama badan hukum, yang mewakili badan hukum tersebut dalam persidangan, jabatan wakil dalam badan hukum yang menjadi pemohon, dan alamat badan hukum.¹⁹⁶

Pertimbangan terhadap fakta yang terungkap dalam persidangan meliputi ringkasan:

- a. pendirian Pemohon terhadap permohonannya dan keterangan tambahan yang disampaikan di persidangan;
- b. keterangan Presiden/Pemerintah, DPR, dan/atau DPD;
- c. keterangan Pihak Terkait; dan
- d. hasil pemeriksaan alas-alas bukti;¹⁹⁷

Sedangkan pertimbangan hukum yang menjadi dasar putusan meliputi:

- a. maksud dan tujuan permohonan;
- b. kewenangan Mahkamah sebagaimana dimaksud Pasal 24C UUD 1945, Pasal 10 ayat (1) huruf a UU No. 24 Tahun 2003;
- c. kedudukan hukum (legal standing) sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 24 Tahun 2003;

194 Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Penulisan Putusan Mahkamah Konstitusi, PMK Nomor 13 Tahun 2008, Pasal 2 angka 1 huruf f.

195 Pencantuman alamat e-mail pada identitas Pemohon dapat dilihat pada putusan Perkara Nomor 015/PUU-IV/2006 perihal Pengujian UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, hal. 1.

196 Lihat MK RI, Pengujian UU Nomor 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, Nomor 031/PUU-IV/2006, hal. 1. Dalam perkara tersebut, pemohon adalah Komisi Penyiaran Indonesia yang diwakili oleh 8 (delapan) anggotanya.

197 Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang ... op.cit., Pasal 34.

- d. alasan dalam pokok permohonan sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (3) huruf a dan/atau huruf b UU No. 24 Tahun 2003; dan
- e. Kesimpulan mengenai semua hal yang telah dipertimbangkan.¹⁹⁸

Selain bagian-bagian di atas, Pasal 45 ayat (10) UU No. 24 Tahun 2003 mengamanatkan bahwa pendapat anggota Majelis Hakim yang berbeda dimuat dalam putusan. Pendapat berbeda memang mungkin, dan dalam praktik Sering terjadi, karena putusan dapat diambil dengan- suara terbanyak musyawarah tidak dapat mencapai mufakat. Pendapat berbeda dapat dibedakan menjadi dua jenis, yaitu (1) dissenting opinion; dan (2) concurent opinion atau consenting opinion. Dissenting opinion adalah pendapat berbeda dari sisi substansi yang memengaruhi perbedaan amar putusan. Sedangkan concurent opinion adalah pendapat berbeda yang tidak memengaruhi amar putusan. Perbedaan dalam concurent opinion adalah perbedaan pertimbangan hukum yang mendasari amar putusan yang sama.¹⁹⁹ Concurent opinion karena isinya berupa pertimbangan yang berbeda dengan amar yang sama tidak selalu harus ditempatkan secara terpisah dari hakim mayoritas, tetapi dapat saja dijadikan satu dalam pertimbangan hukum yang memperkuat amar putusan.

Sedangkan dissenting opinion, sebagai pendapat berbeda yang memengaruhi amar putusan harus dituangkan dalam putusan. Dissenting opinion merupakan salah satu bentuk pertanggungjawaban moral hakim konstitusi yang berbeda pendapat Serta wujud transparansi agar masyarakat mengetahui seluruh pertimbangan hukum putusan MK. Adanya dissenting opinion tidak memengaruhi kekuatan hukum putusan MK. Putusan MK yang diambil secara mufakat oleh 9 hakim konstitusi tanpa perbedaan pendapat memiliki kekuatan yang sama, tidak kurang dan tidak lebih, dengan putusan MK yang diambil dengan suara terbanyak dengan komposisi 5 berbanding 4.

Dalam praktik putusan MK, penempatan dissenting opinion mengalami beberapa perubahan. Pertama kali dissenting ditempatkan pada bagian pertimbangan hukum Mahkamah setelah pertimbangan hukum mayoritas, baru diikuti dengan amar putusan.²⁰⁰ Pada perkembangannya, penempatan

198 Ibid., Pasal 35.

199 Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, op. cit., hal. 289-291.

200 Model ini pernah digunakan untuk satu putusan, yaitu pada putusan MK yang pertama, Putusan

demikian dipandang akan membingungkan masyarakat yang membaca putusan karena setelah membaca dissenting baru membaca amar putusan yang tentu saja bertolak belakang. Terlebih lagi apabila dissenting tersebut cukup banyak sebanding dengan pertimbangan hukum hakim mayoritas. Oleh karena itu penempatan dissenting tersebut kembali diubah setelah amar putusan tetapi sebelum bagian penutup dan tanda tangan hakim konstitusi serta panitera pengganti.²⁰¹ Saat ini, dissenting ditempatkan setelah penutup dan tanda tangan hakim konstitusi namun sebelum nama dan tanda tangan panitera pengganti.²⁰²

3. Amar Putusan

Pasal 56 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi mengatur tiga jenis amar putusan, yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak.²⁰³ Berdasarkan data dalam Daftar Perkara Pengujian UU oleh MK sejak tahun 2003 sampai dengan tahun 2010 (30 Juni 2010), maka dapat dibuat tabel mengenai amar putusan sebagai berikut:

Selain itu, terhadap perkara yang diajukan, selain kemungkinan diputus dengan amar putusan permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak, terdapat pula kemungkinan lainnya yaitu perkara tersebut ditarik kembali dan Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa dirinya tidak berwenang. Dalam hal perkara tersebut ditarik kembali, maka sebagaimana diatur dalam Pasal 17 PMK Nomor 06/PMK 2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU, maka Ketua Mahkamah Konstitusi menerbitkan Ketetapan Penarikan Kembali yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum. Contoh Surat Ketetapan tersebut adalah Ketetapan Ketua Mahkamah Konstitusi Nomor 59/TAP.MK/2008, tanggal 6 Mei 2008, yang menetapkan sebagai berikut:

Nomor 004/PUU-I/2003.

201 Model ini diterapkan mulai pada Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 yang diucapkan pada hari Selasa 24 Februari 2004.

202 Model ini diterapkan sejak Putusan Nomor 019-020/PUU-III/2005 diucapkan pada hari Selasa, Tanggal 28 Maret 2006.

203 Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, ..., op.cit., Pasal 56.

- a. Mengabulkan penarikan kembali permohonan para Pemohon;
- b. Menyatakan Perkara Nomor 91/PUU-VI/2008 Perihal Pengujian UU No. 45 Tahun 2007 tentang APBN Tahun 2008 terhadap UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, ditarik kembali;
- c. Menyatakan para Pemohon tidak dapat mengajukan kembali permohonan Pengujian UU No. 45 Tahun 2007 tentang APBN Tahun 2008 terhadap UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dalam perkara a quo;
- d. Memerintahkan kepada Panitera untuk mencatat penarikan kembali Perkara Nomor 91/PUU-VI/2008 a quo dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi (BRPK).²⁰⁴

Sedangkan amar putusan bahwa MK tidak berwenang, hanya pada 2 perkara yang diajukan pada tahun 2003, yaitu Perkara Nomor 015/PUU-I/2003 tentang Verifikasi Partai Persatuan Nasional Indonesia (PPNI) dan Perkara Nomor 016/PUU-I/2003 tentang Permohonan Pembatalan Perkara judicial review.²⁰⁵

- a. Ditolak; Pasal 56 ayat (5) UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK diatur tentang amar putusan yang menyatakan permohonan ditolak, yaitu: “Dalam hal UU dimaksud tidak bertentangan dengan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, baik mengenai pembentukan maupun materinya sebagian atau keseluruhan, amar putusan menyatakan permohonan ditolak.”²⁰⁶
- b. Tidak Dapat Diterima (Niet Ontvankelijk Verklaard); Pasal 56 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK diatur tentang amar putusan yang menyatakan permohonan tidak dapat diterima, yaitu: “Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 dan Pasal 51, amar putusan menyatakan permohonan tidak dapat diterima.”²⁰⁷

²⁰⁴ MK RI, Ketetapan Ketua Mahkamah Konstitusi Nomor 59/TAPMK/2008, tanggal 6 Mei 2008, bagian menetapkan.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, ..., op.cit., Pasal 56 ayat (5).

²⁰⁷ Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, ..., op.cit., Pasal 56 ayat (1).

- c. Dikabulkan; Pasal 56 ayat (2) UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK diatur tentang amar putusan yang menyatakan permohonan dikabulkan, yaitu: “Dalam hal MK berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan.”²⁰⁸ Contoh putusan dalam hal MK berpendapat bahwa permohonan dikabulkan adalah Putusan Nomor 11/PUU-VIII/2010 perihal Pengujian UU No. 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, tanggal 18 Maret 2010 di mana pemohonnya adalah Badan Pengawas Pemilu.

Dalam perkembangannya, terdapat pula amar putusan lainnya dalam praktik di Mahkamah Konstitusi, yaitu:

- a. Konstitusional Bersyarat (Conditionally Constitutional); Putusan ini muncul saat permohonan pengujian UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.²⁰⁹ Dalam Pasal 56 UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK diatur tiga jenis amar putusan, yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak.²¹⁰ Jika hanya berdasarkan pada ketiga jenis putusan tersebut akan sulit untuk menguji UU di mana sebuah UU seringkali mempunyai sifat yang dirumuskan secara umum, padahal dalam rumusan yang sangat umum itu belum diketahui apakah dalam pelaksanaannya akan bertentangan dengan UUD atau tidak.²¹¹ Contoh putusan konstitusional bersyarat (conditionally constitutional) antara lain pada Putusan Nomor 10/PUU-VI/2008 tanggal 1 Juli 2008 perihal Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap UUD Negara R.I. Tahun 1945. Dalam konklusi putusan dinyatakan bahwa: “Pasal 12 dan Pasal 67 UU No. 10 Tahun 2008 “konstitusional bersyarat” (conditionally constitutional), maka pasal-pasal a quo harus dibaca/ditafsirkan sepanjang memasukkan syarat domisili di provinsi yang diwakilinya bagi calon anggota DPD.”²¹²

208 Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, ..., op.cit., Pasal 56 ayat (2).

209 Harjono, op.cit., hal. 178.

210 Lihat Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, ... op.cit., Pasal 56.

211 Harjono, op.cit., hal. 179.

212 MK RI, Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap UUD Negara R.I. Tahun 1945, Nomor 10/PUU-VI/2008 tanggal 1 Juli 2008, hal.

- b. Tidak Konstitusional Bersyarat (Conditionally Unconstitutional); putusan tidak konstitusional bersyarat (conditionally unconstitutional) juga disebabkan karena jika hanya berdasarkan pada amar putusan yang diatur dalam Pasal 56 UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK, yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak,²¹³ maka akan sulit untuk menguji UU di mana sebuah UU seringkali mempunyai sifat yang dirumuskan secara umum, padahal dalam rumusan yang sangat umum itu belum diketahui apakah dalam pelaksanaannya akan bertentangan dengan UUD atau tidak. Contoh putusan tidak konstitusional bersyarat (conditionally unconstitutional) adalah pada Putusan Nomor 101/PUU-VII/2009 perihal Pengujian UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat terhadap UUD Negara RI Tahun 1945. Dalam konklusi putusan, dinyatakan bahwa: “Pasal 4 ayat (1) UU Advokat adalah tidak konstitusional bersyarat (conditionally unconstitutional) sepanjang tidak dipenuhi syarat-syarat sebagaimana disebutkan dalam Amar Putusan ini.”²¹⁴
- c. Penundaan Keberlakuan Putusan; Contoh putusan MK yang merupakan penundaan keberlakuan putusan adalah dalam Putusan Perkara Nomor 016/PUU-IV/2006 perihal Pengujian UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap UUD Negara RI Tahun 1945. Dalam pertimbangan hukumnya, MK mengemukakan sebagai berikut: “ Menimbang bahwa untuk menyelesaikan kedua hal tersebut, beserta penataan kelembagaannya, Mahkamah berpendapat diperlukan jangka waktu paling lama tiga tahun. Apabila dalam jangka waktu tiga tahun tidak dapat dipenuhi oleh pembuat UU, maka ketentuan Pasal 53 UU KPK dengan sendirinya, demi hukum (van rechtswege), tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat lagi. Sebelum terbentuknya DPR dan Pemerintahan baru hasil Pemilu 2009, perbaikan UU dimaksud sudah harus diselesaikan dengan sebaik-baiknya guna memperkuat basis konstitusional upaya pemberantasan tindak pidana korupsi.

215.

213 Lihat Republik Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, ..., op.cit., Pasal 56.

214 MK RI, Pengujian UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, Nomor 101/PUU-VII/2009, hal. 36.

Apabila pada saat jatuh tempo tiga tahun sejak putusan ini diucapkan tidak dilakukan penyesuaian UU KPK terhadap UUD 1945 khususnya tentang pembentukan Pengadilan Tipikor dengan UU tersendiri, maka seluruh penanganan perkara tindak pidana korupsi menjadi kewenangan pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.²¹⁵

- d. Perumusan Norma dalam Putusan; Salah satu contoh putusan MK, yang merupakan perumusan norma dalam putusan adalah dalam Putusan Perkara Nomor 072-073/PUU-II/2004 perihal Pengujian UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap UUD 1945. Dalam bagian Mengadili dalam putusan tersebut, MK menyatakan bagian tertentu dalam pasal-pasal yang diajukan permohonan sebagai bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.²¹⁶ Akibat dari penghapusan bagian tertentu tersebut, maka pasal-pasal tersebut menjadi sebuah norma baru yang berbeda dengan norma sebelumnya.

Putusan MK memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum.²¹⁷ Hal ini merupakan konsekuensi dari sifat putusan MK yang ditentukan oleh UUD 1945 sebagai final. Dengan demikian MK merupakan peradilan pertama dan terakhir yang terhadap putusannya tidak dapat dilakukan upaya hukum. Setelah putusan dibacakan, MK wajib mengirimkan salinan putusan kepada para pihak dalam jangka waktu paling lambat 7 hari kerja sejak putusan diucapkan.²¹⁸

215 MK RI, Pengujian UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, Nomor 016/PUU-IV/2006, 19 Desember 2006, hal. 289.

216 MK RI, Pengujian UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap UUD 1945, Nomor 072-073/PUU-II/2004, 22 Maret 2005, bagian mengadili, hal. 115-116. "Menyatakan: Pasal 57 ayat (1) sepanjang anak kalimat "...yang bertanggung jawab kepada DPRD"; Pasal 66 ayat (3) huruf e "meminta pertanggungjawaban pelaksanaan tugas KPUD"; Pasal 67 ayat (1) huruf e sepanjang anak kalimat "...kepada DPRD"; Pasal 82 ayat (2) sepanjang anak kalimat "...oleh DPRD." UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara RI Tahun 2004 Nomor 125, Tambahan Lembaran Negara RI Nomor 4437) bertentangan dengan UUD Negara RI Tahun 1945. Menyatakan:

Pasal 57 ayat (1) sepanjang anak kalimat "...yang bertanggung jawab kepada DPRD";

Pasal 66 ayat (3) huruf e "meminta pertanggungjawaban pelaksanaan tugas KPUD";

Pasal 67 ayat (1) huruf e sepanjang anak kalimat "...kepada DPRD";

Pasal 82 ayat (2) sepanjang anak kalimat "...oleh DPRD";

UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara RI Tahun 2004 Nomor 125, Tambahan Lembaran Negara RI Nomor 4437) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat."

217 Pasal 47 UU, No. 24 Tahun 2003.

218 Pasal 49 U6 No. 24 Tahun 2003.

4. Sifat Putusan dan Ultra Petitem

Dilihat dari amar dan akibat hukumnya, putusan dapat dibedakan menjadi tiga yaitu *declaratoir*, *constitutief*, dan *condemnatoir* putusan *declaratoir* adalah putusan hakim yang menyatakan apa yang menjadi hukum. Misalnya pada saat hakim memutuskan pihak yang memiliki hak atas suatu atau menyatakan suatu perbuatan sebagai perbuatan melawan hukum. Putusan *constitutief* adalah putusan yang meniadakan suatu keadaan hukum dan atau menciptakan suatu keadaan hukum baru. Sedangkan putusan *condemnatoir* adalah putusan yang berisi penghukuman tergugat atau termohon untuk melakukan suatu prestasi. misalnya, putusan yang menghukum tergugat membayar sejumlah uang ganti rugi.

Secara umum putusan MK bersifat *declaratoir* dan *constitutief*. Putusan MK berisi pernyataan apa yang menjadi hukumnya dan sekaligus dapat meniadakan keadaan hukum dan menciptakan keadaan hukum baru. Dalam perkara PUU, putusan yang mengabulkan bersifat *declaratoir* karena menyatakan apa yang menjadi hukum dari suatu norma UU, yaitu bertentangan dengan UUD 1945. Pada saat yang bersamaan, putusan tersebut meniadakan keadaan hukum berdasarkan norma yang dibatalkan dan menciptakan keadaan hukum baru. Demikian pula dalam putusan perselisihan hasil Pemilu, putusan MK menyatakan hukum dari penetapan KPU tentang hasil Pemilu apakah benar atau tidak. Apabila permohonan dikabulkan, MK membatalkan penetapan KPU itu yang berarti meniadakan keadaan hukum dan menciptakan keadaan hukum baru.

Menurut Maruarar Siahaan, putusan MK yang mungkin memiliki sifat *condemnatoir* adalah dalam perkara sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara, yaitu memberi hukuman kepada pihak termohon untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Pasal 64 ayat (3) UU MK menyatakan bahwa dalam hal permohonan dikabulkan untuk perkara sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara, MK menyatakan dengan tegas bahwa termohon tidak mempunyai kewenangan melaksanakan kewenangan yang dipersengketakan.²¹⁹

219 Maruarar Siahaan, *op. cit.*, hal. 240.

Di dalam hukum acara, khususnya dalam hukum acara perdata terdapat pandangan yang oleh beberapa ahli telah dianggap sebagai salah satu prinsip hukum acara, yaitu hakim dilarang memutus melebihi apa yang dimohonkan (ultra petitum). Ketentuan tersebut berdasarkan Pasal 178 ayat (2) dan ayat (3) HIR Serta Pasal 189 ayat (2) dan ayat (3) RBg.

Karena adanya pandangan tersebut, pada saat MK memutuskan membatalkan seluruh UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan²²⁰ dan membatalkan seluruh UU No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (UU KKR)²²¹ banyak muncul tanggapan bahwa MK telah melanggar prinsip larangan ultra petita.

Namun demikian berdasarkan karakteristik perkara yang menjadi wewenang MK, tidaklah dapat dikatakan bahwa larangan ultra petita tersebut dapat diterapkan untuk peradilan di MK. Kewenangan PUU yang dimiliki oleh MK pada prinsipnya bersifat publik walaupun pengajuannya dapat dilakukan oleh individu tertentu yang hak konstitusionalnya dirugikan oleh ketentuan UU. Hal itu sesuai dengan objek pengujiannya yaitu ketentuan UU sebagai norma yang bersifat abstrak dan mengikat secara umum. Dalam hal pengujian UU misalnya, jelas bahwa perkara ini menyangkut kepentingan umum yang akibat hukumnya mengikat semua orang (erga omnes). Larangan ultra petita berlaku dalam lapangan hukum perdata karena inisiatif untuk mempertahankan atau tidak satu hak yang bersifat privat yang dimiliki individu tertentu terletak pada kehendak atau pertimbangan individu itu sendiri dan akibat hukumnya hanya mengikat pada individu tersebut, tidak kepada individu yang lain.

Bahkan, perkembangan dan kebutuhan pemenuhan tuntutan keadilan telah menyebabkan larangan tersebut tidak lagi diberlakukan secara mutlak. Dalam pertimbangan hukum putusan tentang UU KKR, MK menyebutkan, adanya putusan Mahkamah Agung yang menegaskan bahwa Pasal 178 ayat (2) dan ayat (3) HIR Serta Pasal 189 ayat (2) dan ayat (3) RBg tentang larangan ultra petita tidak berlaku secara mutlak karena adanya kewajiban hakim bersikap aktif dan harus berusaha memberikan putusan yang benar-benar menyelesaikan perkara. Selain itu, dalam setiap gugatan, dakwaan, ataupun

220 Lihat Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003.

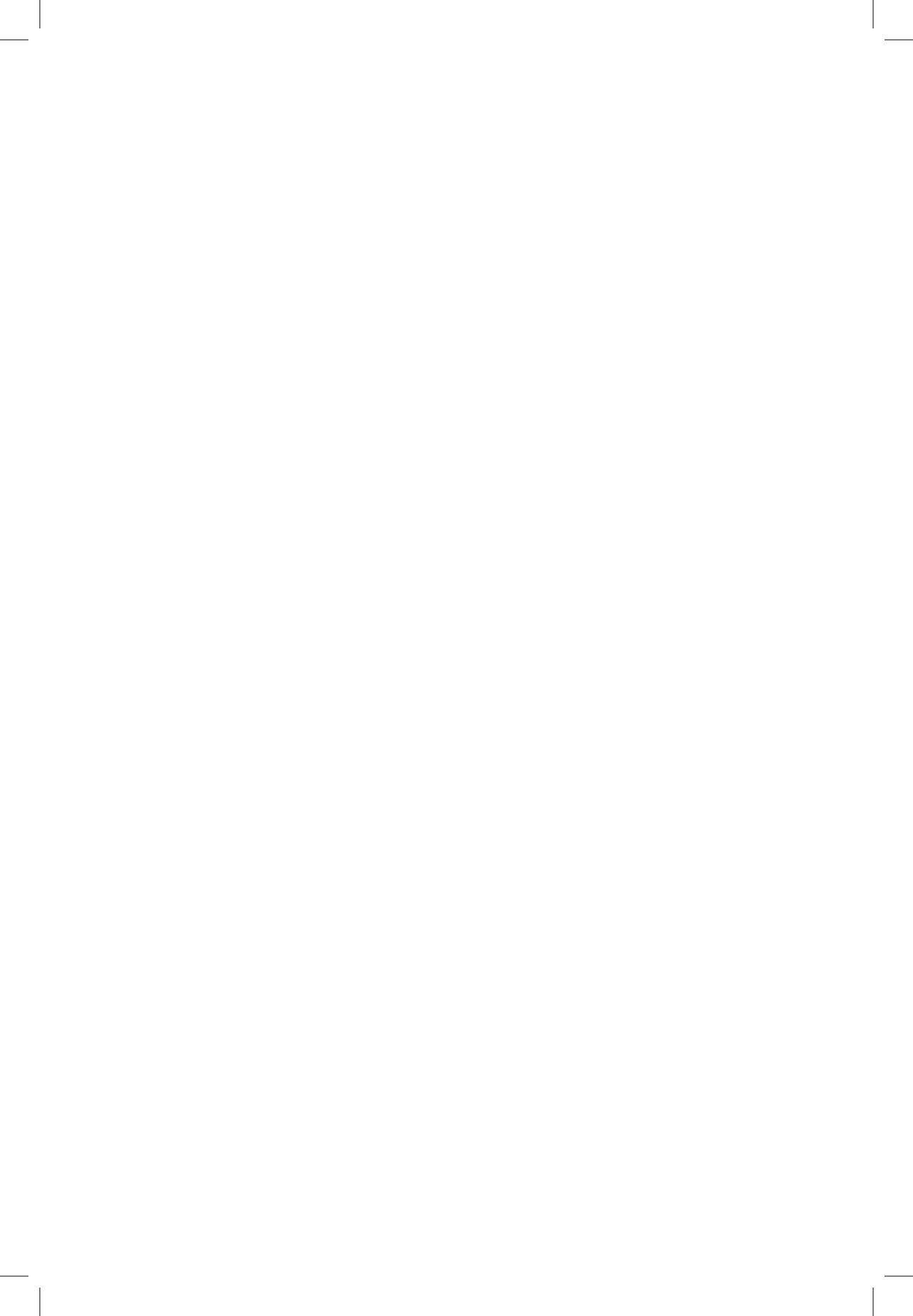
221 Lihat Putusan Nomor 006/PUU-W/2006.

permohonan biasanya selalu dicantumkan permohonan kepada hakim untuk menjatuhkan putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*) sehingga hakim memiliki keleluasaan untuk menjatuhkan putusan lebih dari petitum.

MK telah beberapa kali menjatuhkan putusan yang membatalkan suatu UU secara keseluruhan, antara lain UU Ketenagalistrikan dan UU KKR. Dalam putusan pembatalan UU Ketenagalistrikan disebutkan bahwa walaupun hanya Pasal 16, Pasal 17 ayat (3), dan Pasal 68 UU Ketenagalistrikan yang dipandang bertentangan dengan UUD 1945, tetapi karena ketentuan yang mengatur masalah unbundling dan kompetisi tersebut merupakan jantung dan paradigma dari UU Ketenagalistrikan yang tidak sesuai dengan semangat Pasal 33 ayat (2) UUD 1945, maka keseluruhan UU Ketenagalistrikan tersebut juga bertentangan dengan UUD 1945.

Sedangkan dalam putusan tentang UU KKR dinyatakan bahwa semua operasionalisasi UU KKR bergantung dan bermuara pada Pasal 27. Dengan dinyatakannya Pasal 27 UU KKR tersebut bertentangan dengan UUD 1945, maka seluruh ketentuan dalam UU KKR menjadi tidak mungkin dilaksanakan. Disebutkan bahwa keberadaan Pasal 27 berkaitan erat dengan Pasal 1 angka 9, Pasal 6 huruf c, Pasal 7 ayat (1) huruf g, Pasal 25'ayat (1) huruf b, Pasal 25 ayat (4), ayat (57,' ayat (6), Pasal 26, Pasal 28 ayat (1), dan Pasal 29 UU KKR. Pasal 27 dan pasal-pasal yang terkait dengan Pasal 27 UU KKR itu merupakan pasal-pasal yang sangat menentukan bekerja atau tidaknya keseluruhan ketentuan dalam UU KKR.

Tentu hakim konstitusi dapat memutus pasal tertentu saja dari UU tersebut yang dibatalkan. Namun, jika pasal tersebut merupakan “jantung” atau menentukan operasionalisasi keseluruhan UU, pembatalan pasal tertentu saja akan menimbulkan ketidakpastian hukum. Misalnya, bagaimana implikasi putusan tersebut terhadap pasal-pasal lain yang bersumber dari pasal yang dibatalkan? Akibatnya, pelaksanaan UU tersebut menjadi sangat rawan bertentangan dengan UUD 1945.



DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdullah. 2008. *Pertimbangan Hukum Putusan Pengadilan*. Surabaya: PT Bina Ilmu Offset.
- Abraham, Henry J. 1975, *The Judicial Process – An Introductory of the Court of the United States, England, and France, Third Edition Revised and Enlarged*. London: Oxford University Press.
- Agusyanto, Ruddy. 2007. *Jaringan Sosial dalam Organisasi*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada.
- Apeldoorn, L.J. Van. 1968. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Pradnya Paramita.
- Adler, John dan English, Peter. 1989, *Judicial review of the Executive, dalam Constitutional and Administrative Law*, London: Macmillan Professional Masters.
- Ali, Achmad. 1996, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Jakarta: Chandra Pratama
- Arifin, Firmansyah. dkk. 2005. *Lembaga Negara dan Sengketa Antar Lembaga Negara*, Jakarta: KRHN bekerjasama dengan Mahkamah Konstitusi, didukung oleh The Asia Foundation dan USAID.
- Arifin, Zaenal Hoesein. 2009, *Judicial review di Mahkamah Agung RI Tiga Dekade Pengujian Peraturan perundang-undangan*, Jakarta: Rajawali Press.
- Asshiddiqie, Jimly. 2004, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: MKRI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI.
- 2005. *Model-Model Konstitusional di Berbagai Negara*. Jakarta: Konstituional Press.
- 2006, *Sengketa Kewenangan antar Lembaga Negara*, Jakarta: Konpress.

- Azhary, M. Tahir. 1995, Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-Unsurnya, Jakarta: UI Pres.
- Badriyah, Siti Malikhatun. 2010, Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro.
- Budiardjo, Miriam. 1993. Dasar-Dasar Ilmu Politik, cetakan ke XIII. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Budiarti, Rita Triana. 2010, on the Record Mahfud MD di Balik Putusan Mahkamah Konstitusi, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada dan Konspress.
- Brewer–Carias, Allan R. 1989. Judicial review in Comparative Law, Cambridge: University Press.
- Bellah, Robert N. 1992. Religi Tokugawa: Akar-akar Budaya Jepang. Edisi Bahasa Indonesia, oleh W. Hafidz. Jakarta: Karti Sarana & Gramedia.
- Benda, Ernest. 2000. Pelaksanaan Keputusan Mahkamah Konstitusi di Negara-Negara Transformasi dengan Contoh Indonesia, Jakarta: Konrad Adenauer Stiftung.
- Black, Donald. 1976. The Behaviour of Law. New York: Academic Press.
- Campbell, Bonita J. 1979, Understanding Information System, Foundation of Control, New Delhi: Prentice-hall of India.
- Capra, Fritjof. 2007. The Turning Point. diterjemahkan oleh M. Toyiyibi. Cetakan ke-7. Yogyakarta: Jejak.
- Chand, Hari. 2005, Modern Jurisprudence, Kuala Lumpur: United Print Process Sdn. Bhd.
- Cipto, Hestu B. 2003. Hukum Tata Negara, Kewarganegaraan dan Hak Asasi Manusia. Yogyakarta: Penerbitan Universitas Atmajaya.
- Cotterrell, Roger. 1992. The Politics of Jurisprudence, A Critical Introduction to Legal Philosophy, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- Darmaputera, Eka. 1988. Pancasila Identitas dan Modernitas: Tinjauan Etis dan Budaya. Jakarta: BPK Gunung Mulia.
- De Scondat, Charles and Baron, De Montesquieu. 1914, The Spirit of Laws, translated by Thomas Nugent, revised J.V. Prichard, London: G. Bell & Son.

- Fachrudin, Irfan. 2004. Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah. Bandung: Alumni.
- Fadjar, Abdul Mukthie. 2003. Reformasi Konstitusi dalam Masa Transisi Paradikmatik. Malang: In-TRANS.
- Fauzan, Ahmad. 2004. Himpunan Undang-Undang Lengkap tentang Badan Peradilan. Jakarta: Yrama Widya.
- 2006. Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi, Jakarta: Konstitusi Press. Citra Media.
- Friedman, Lawrence M, 1975. The Legal System, A Social Science Perspective, New York, Russel Sage Foundation. diterjemahkan oleh, Khozim, M. 2009. Sistem Hukum: Perspektif Ilmu Sosial, Bandung: Nusamedia.
- Friedrich, Carl J. 1967. Constitutional Government and Democracy, Theory and Practice in Europe and America. Waltham. Mass Blaidell Publishing Company.
- Fukuyama, Francis. 1995, Trust: Social Virtues and Creation of Prosperity. NY, Free Press.
- 2002. The Great Disruption . Yogyakarta: CV Kalam.
- Guba, Egon G. dan Lincoln, Y.Vonna S. 1994. Handbook of Qualitative Research. London: Sage Publication.
- Gultom, Lodewijk, 2007, Eksistensi Mahkamah Konstitusi dalam Struktur Ketatanegaraan di Indonesia (Suatu Kajian dari Aspek Tugas dan Wewenangnya), Bandung ; CV Utomo.
- Hamzah, Andi. 1997. Kamus Hukum. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Harahap, Zairin.1997, Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada.
- Hadjon, PM. 1985, Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia, Surabaya: Bina Ilmu.
- 1993, Pengantar Hukum Administrasi Negara, Yogyakarta: UGM University Press.
- Hartono, Sunaryati. 1991, Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional, Bandung: Alumni Cetakan Pertama.

- \Hasbullah, Jousairi. 2006. Social Capital Menuju Keunggulan Budaya Manusia Indonesia. Jakarta: MR-United Press.
- Hidayat, Arief. 2009. Kebebasan Berserikat di Indonesia: Suatu Analisis terhadap Perubahan Sistem Politik Terhadap Penafsiran Hukum. Semarang: Badan Penerbit Undip.
- Husen, La Ode. 2005. Hubungan Fungsi Pengawasan DPR dengan BPK dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia. Bandung: CV Utama.
- Ibrahim, Johnny. 2006, Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif, Jakarta: Banyumedia Publishing.
- Jennings, Ivor. 1956, The Law and the Constitution, London.
- Jain MP, 2004, Indian Constitutional Law Wadhwa Nagpur, Fift Edition, Reprint.
- Kelsen, Hans. 1975. General Theory of Law and State, New York, Russel and Russel.
- 2007. Teori Hukum Murni: Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif, Bandung: Nusamedia dan Nuansa.
- Kusnardi, Moh. dan Saragih, Bintang, 1994, Susunan Pembagian Kekuasaan Menurut Sistem UUD1945, Cet ke tujuh, Jakarta: Gramedia.
- Kusuma RM AB, 2004, Lahirnya UUD 1945, Jakarta: Badan Penerbit FH Universitas Indonesia.
- Kusumah, Mulyana W. 1982, Perspektif, Teori dan Kebijaksanaan Hukum, Jakarta: Rajawali.
- Levy, Leonard W. 2005. Judicial Review. Bandung: Nusamedia dan Nuansa.
- Le Sueur AP dan JW Herberg, 1995, Introduction to the Grounds of Judicial Review, dalam 'Constitutional and Administrative Law'. London: British Library Cataloguing in Publication Data.
- Lotulung, Paulus Effendi. 1986, Beberapa Sistem tentang Kontrol segi Hukum terhadap Pemerintah, Jakarta: PT Buana Ilmu Populer.
- Mahfud MD, Moh. 1999. Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia. Yogyakarta: Gama Media.

- 1999, Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi, Jakarta: LP3ES.
- 1999, Hukum dan Pilar-Pilar Demokrasi, Yogyakarta: Gama Media.
- 2000. Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia. Jakarta: Rhineka Cipta.
- 2006. Politik Hukum di Indonesia. Jakarta: LP3ES.
- 2007, Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen, Jakarta: LP3ES,
- 2009, Konstitusi dan Hukum Dalam Kontroversi Isu, Jakarta: Rajawali Press,
- Magnis-Suseno, Franz. 1991, Etika Dasar Masalah-Masalah Filsafat Moral, Yogyakarta: Kanisius.
- Marzuki, M. Laica. 2005, Berjalan-jalan di Ranah Hukum, Jakarta: Konstitusi Press.
- Martosoewignjo, Sri Soemantri. 1986, Hak Menguji Materiil di Indonesia, Bandung: Alumni.
- , 1993, Ketatanegaraan Indonesia dalam Kehidupan Politik Indonesia, 30 tahun Kembali ke UUD 1945, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- Marshall, Geoffrey. 1971. Constituion Theory. London: Oxford University Press.
- Merryman, John Henry. 1985. The civil law Tradition An Introduction to The Legal System Western Eurpe and Latin America, Second Edition, California: Stanford University Press.
- Mertokusumo, Sudikno. 1984, Bunga Rampai Ilmu Hukum, Dihimpun oleh Kuncoro Basuki Retno Supartinah, Edisi Pertama, Cetakan Pertama, Yogyakarta: Liberty.
- Meuwissen, 2008, Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum, dialihbahasakan oleh Sidharta, Bandung: B. Arief PT Rafika Aditama.

- Miles, Mathew B. dan Huberman, A, Michael. 1992. *Análisis Data Kualitatif*. Terjemahan Tjetjep Rohandi Rosidi. Jakarta: UI Press.
- Moelyatno, 1980, *Asas-asas Hukum Pidana*, Semarang: (tanpa penerbit).
- Muttaqien, Raisul. 2006. *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Cetakan I, Nusamedia dan Nuansa. Bandung. Terjemahan dari Kelsen, Hans. 1961. *General Theoy of Law and Staat*. New York: Russell & Russell.
- Muqoddas, MB dkk. 1992, *Politik Pembangunan Hukum Nasional*, Yogyakarta: UII Press.
- Mertokusuma, Sudikno. 2001, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Liberty.
- Nonet, Philip dan Selznick, Philip. 1978. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper and Row. Terjemahan Mutaqien, Raisul. 2008. *Hukum Responsif*. Bandung: Nusamedia.
- Nurhadi, 2009, *Teori Sosiologi: Dari Teori Sosiologi Klasik Sampai Perkembangan Mutakhir Teori Sosial Postmodern*, Yogyakarta: Kreasi Wacana.
- Orucu, Esin. 2004, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers. Review.
- Peters, A.A.G. dan Koesriani S. 1990. *Hukum dan Perkembangan Sosial*. Buku III, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- Pontier, J.A. 2008, *Penemuan Hukum*, dialihbahasakan oleh Sidharta, B. Arief. Bandung: Jendela Mas Pustaka.
- Purbopranoto, Kuntjoro. 1983, *Hak-Hak Azasi Manusia dalam Pancasila*, Jakarta: Pradnya Paramita.
- Putnam, Robert D. 1993. *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton University Press. Princeton.
- Rahardjo, Satjipto. 1980. *Hukum dan Masyarakat*. Bandung: Angkasa.
- , 1991. *Ilmu Hukum*. Bandung: Alumni.
- 2007. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Buku Kompas.

- 2007, Mendudukan Undang-Undang Dasar (Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum), Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro.
- . 2009. Lapisan – Lapisan dalam Studi Hukum. Malang: Banyumedia Publishing.
- Rapar JH, 1993, Filsafat Politik Plato, Seri Filsafat Politik No. 1, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada.
- 1993, Filsafat Politik Aristoteles, Seri Filsafat Politik No. 2, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada.
- Ritzer, George dan Goodman, Dauglas J. 2004. Sociological Theory, Macgraw-Hill, New York, 2004, diterjemahkan oleh Nurhadi, 2009, Teori Sosiologi; Dari Teori Sosiologi Klasik Sampai Perkembangan Mutakhir Teori Sosial Postmodern, Yogyakarta: Kreasi Wacana.
- Rohidi, Tjejep Rohendi. 2003. Analisis Data Kualitatif. Universitas Indonesia. Jakarta. Terjemahan dari buku karangan Miles, Mathew B. dan Huberman, A, Michael. 1992. Qualitative Data Analisis.
- Rehnquist, William H. 1989, The Supreme Court, How It is, New York, William Morrow.
- Safa'at, Muchamad Ali. 2011, Pembubaran Partai Politik Pengaturan dan Praktik Pembubaran Partai Politik dalam Pergulatan Republik, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada.
- Schmid, J.J. Von. 1988, Ahli-ahli Pikir Besar tentang Negara dan Hukum, Jakarta: PT. Pembangunan cetakan ke-6.
- Seidman, Robert B. & Chambliss, William J. Law, Order, and Power, Printed in United States of America, Pubhlished Stimulant Costly in Canada Library of Congress Catalog Card No. 78-111948.
- Sekretariat Jenderal MK, 2008, Buku Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi: Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2009, Jakarta: Setjen Mahkamah Konstitusi.
- 2010, Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MK.

- Seno Adji, Oemar. 1980, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Jakarta: Erlangga.
- Siahaan, Maruarar. 2005, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Cet.1, Jakarta: Konstitusi Press.
- , 2008. *UUD 1945 sebagai Konstitusi yang Hidup*. Jakarta: Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi.
- Smith, Eivind (editor), *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, London-Boston: Kluwer Law International.
- Soeroro, R. 2007. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Soedirjo, 1987, *Mahkamah Agung- Uraian Singkat Tentang Kedudukan, Susunan Kekuasaannya Menurut Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985*, Jakarta: Media Sarana Press.
- Soekanto, Soerjono,dkk. 1988. *Pendekatan Sosilogi terhadap Hukum*, Jakarta: PT Bina Akasara.
- Steeman, Theodore M. 1973. "Religious Pluralism and National Integration", Dissertation. Harvard University.
- Strong, C.F. 1963. *Political Constitution*. London: Sidgwick and Jackson Ltd.
- Sueur, A.P. Le dan Herberg, JW, 1995, *Introduction to the Grounds of Judicial Review*, dalam 'Constitutional and Administrative Law'. London, British Library Cataloguing in Publication Data.
- Sunny, Ismail. 1982, *Mencari Keadilan*, Jakarta: Ghalia Indonesia.
- , 1982, *Pembagian Kekuasaan Negara*, Jakarta: Aksara Baru.
- Susanto, Anton Freddy. 2005, *Semiotika Hukum dan Demokrasi Teks Menuju Progresifitas Makna*, Bandung: PT Refika Aditama.
- Sutiyoso, Bambang. 2006, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- 2005, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta.
- Supperstone QC M, & Gaudie QC J, 1992, *Judicial Review*, London From a Different Perspective.
- Tamanaha, Brian Z. 2006. *A General Jurisprudence of Law and Society*. New York: Oxford University Press.

- Tan, Tay Keong . 2001, Modal Sosial dan Lembaga-Lembaga Legislatif, dalam Panduan Parlemen Indonesia. Jakarta: Yayasan Api.
- Tanya, Bernard L. 2000, Hukum Politik dan KKN, Surabaya: Srikandi.
- 2006. Teori Hukum. Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi, Surabaya: CV. Kita.
- Turner, Jonathan. 1986. The Structure of Sociological Theory. Chicago. ILL: The Dorsey Press.
- Tanenhuis, Joseph. 1968, Judicial Review, dalam An International Encyclopedia of the Social Sciences . MacMillan.
- Warassih, Esmi. 2005. Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis. Semarang: PT Suyyandaru Utama.
- Wiener, Norbert. 1950. The Human Use of Human Beings, Cybernetic and Society, Doubleday & Company, Inc, New York. dalam Rasjidi, Lili. 1993. Hukum Sebagai Suatu Sistem. Bandung: Remaja Rosda Karya.
- Whitehead, Alfret Nort. 1967. Science and The Modern World, New York: The Free Press, Macmillan Co.
- Wignyosoebroto, Soetandyo. 2002. Hukum Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya. Bandung: HUMA.
- Williams, Jerre S. 1979, Constitutional Analysis in a Nutshell, St. Paul Minn: Weat Publishing co.
- Wolfe, Chritopher. 1986, The Rise of Modern Judicial Review, - From Constitutional Intepretation to Judge – Made Law, New York: Basic Books. Inc.
- Yamin, Mohammad. 1982, Proklamasi dan Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Zainuddin, A Rahman. 1992, Kekuasaan dan Negara, Pemikiran Politik Ibnu Khaldun, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Pertama.

Makalah dan Hasil Penelitian

- Asshiddiqie, Jimly. Gagasan Dasar Tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi, Makalah, diunduh dari www.jimli.com/makalah. tanggal 3 September 2009.
- . 2008. Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan RI, Makalah Bahan ceramah pada Pendidikan Sespati dan Sespim Polri, Bandung, 19 April 2008.
- Attamimi A. Hamid, 1990, Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara Suatu Studi Analisis mengenai Keputusan Presiden yang berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I-IV, Disertasi, Universitas Indonesia, Jakarta.
- Attanasio, John, 2007, Southern Methodist University (SMU) Dallas Texas, AS, disampaikan dalam ceramah di MK RI 2007.
- Hadisuprpto, Paulus. 2009. Bahan Kuliah Metodologi Penelitian Hukum pada Program Magister Ilmu Hukum UNDIP. Semarang.
- Heryani, Wiwie. 2004, Hakikat dan Kedudukan Hukum Dissenting Opinion bagi Kemandirian Hakim di Indonesia, Universitas Hasanuddin, Makasar, Disertasi.
- Kommers, Donald P,1970, Cross-National Comparations of Constitutional Court Toward a Theory of Judicial Review, Paper-presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Los Angeles, Calif, September 11, 1970.
- Mahfud MD, Moh. 2006. Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional, Makalah disampaikan pada Seminar "Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen, yang diselenggarakan oleh BPHN Dephuk HAM RI, di Jakarta, pada tanggal 29-31 Mei 2006.
- . 2008. Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi. Makalah disampaikan di depan Komisi III DPR-RI pada saat fit and proper test untuk menjadi hakim konstitusi tanggal 12 maret 2008.

- 2000, Akuntabilitas Lembaga Peradilan dan Restipulasi Fungsi Mahkamah Agung dalam Ketatanegaraan Indonesia, makalah dalam diskusi terbatas yang diselenggarakan oleh PPHIM, Jakarta 4 Februari 2000.
- 2008. Kekuasaan Kehakiman Pasca Amandemen UUD 1945. Makalah pada diskusi publik tentang Wacana Amandemen Konstitusi yang diselenggarakan oleh Komisi Hukum Nasional (KHN) di Jakarta Tanggal 12 Juni 2008.
- Manan, Bagir. 1994, Peraturan Kebijakan, makalah disampaikan pada Penataran Dosen Fakultas Hukum Seluruh Sumatra yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 5 April.
- Rahardjo, Satjipto. 2004. Menuju Produk Hukum Progresif. Makalah Diskusi Terbatas pada Fakultas Hukum UNDIP. Semarang, tanggal 24 Juni 2004.
- 2004. Hukum Progresif (Penjelajahan Suatu Gagasan). Makalah disampaikan pada jumpa alumni Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang, tanggal 4 september 2004.
- Siahaan, Maruarar. 2007. Aspek Teoritis dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi pada Perkara Pengujian Undang-Undang, Makalah disampaikan pada Rapat Koordinasi Pusat Kajian Konstitusi Se-Indonesia. Jakarta.
- 2010, Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Tentang Mekanisme Checks and Balances di Indonesia), Disertasi, Universitas Diponegoro Semarang.
- Suharto, Rahmat Bowo. 2007, Implikasi Putusan MK No. 003/PUU-IV/2006 mengenai Pembatalan Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1), UU RI No 31 tahun 2009 dalam Perkara Tindak Pidana Korupsi di Jawa Tengah, UNISULA, Semarang, Hasil Penelitian Kejasama Mahkamah Konstitusi dengan Pusat Studi Hukum dan Konstitusi UNISULA.
- Suteki. 2008. Rekonstruksi Politik Hukum tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial (Studi Privatisasi Pengelolaan Sumber Daya Air). Disertasi. Undip Semarang.

- . The non Enforcement of Law: Strategi Menembus Kebuntuan Legalitas Formal Melalui Partial dan Sporadic Enforcement. Makalah. Universitas Diponegoro. Semarang.
- 2010, Kebijakan Tidak Menegakkan Hukum (Non Enforcement of Law) demi Pemuliaan Keadilan Substantif, Pidato Pengukuhan disampaikan pada UpacaraPenerimaan jabatan Guru Besar dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.
- Utama, Yos Johan. 2009, Membangun Peradilan Tata Usaha Negara Yang Berwibawa, Pidato Pengukuhan Guru Besar Dalam Bidang Ilmu Hukum pada FH Undip Semarang.
- Wahyono, Padmo. 1988, Konsep Yuridis Negara Hukum Indonesia, Makalah, September.
- Wignyosoebroto, Soetandyo. 2003. Perubahan Paradigma dalam Ilmu Hukum Pada Masa Peralihan Milenium (dari abad 20 ke abad 21), Makalah Bahan Kuliah Program Doktor Ilmu Hukum.
- Majalah, Surat Kabar, dan Internet
- Asshiddiqie, Jimly. 2008, Sejarah MKRI Bagian Kedua, diunduh dari www.jimly.com, pada tanggal 20-06-2008.
- Dinas Komunikasi dan Informatika Prov. Jatim, 2009. KPU: Pemilih gunakan KTP segera daftarkan diri, tanggal 7 Juli 2009, diunduh dari www.kanalpemilu.com, tanggal 3 September 2009.
- Fukuyama, Francis. 2004. Social Capital and Civil Society, Paper, Prepared for Delivery at the IMF Conference on Second Generation Reforms, The Institute of Public Policy George Mason University <http://www.imf.org/external/pubsft/seminar/1999/reforms/fukuyama.htm>, disadur 18 mei 2004.
- Indarty, Erlyn. 2002. Selayang Pandang Critical Theory dan Critical Legal Studies. dalam Majalah Masala-Masalah Hukum Fakultas Hukum Undip. Vol.XXXI No.3 Juli 2002. Semarang.

- Insetyonoto. 2009. Tingkat Partisipasi Pemilih Pakai KTP di Jateng. tanggal 9 Juli 2009. diunduh dari www.kanalpemilu.com, tanggal 3 September 2.
- Koesnoe, Moh. 1996, Kedudukan dan Fungsi Kekuasaan Kehakiman menurut UUD 1945, Varia Peradilan no. 129 Juni.
- Mahfud MD, Moh. 2007. Putusan Mahkamah Konstitusi Belum Tentu Benar dalam Harian Seputar Indonesia tanggal 14 Agustus 2007.
- Manullang, E. Fernando.M. 2007. Menggapai Hukum Berkeadilan (Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomy Nilai). Kompas. Jakarta.
- Martitah, 2010, Pemakzulan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam Sistem Ketatanegaraan RI, artikel dalam Jurnal Konstitusi Pusat Kajian Konstitusi Unnes, Vol.III tahun 2010.
- Rahardjo, Satjipto. 2005. Hukum Progresif. Hukum yang Membebaskan. Jurnal Hukum Progresif, Vol. 1/No. 1/April 2005, PDIH UNNDIP, Semarang.
- Smith, K. 2004. Social Capital, dalam, <http://www.infed.org/biblio/social-capital>, disadur 25 mei 2004.
- Syafaat, Muhammad Ali, 2009. Kekuatan Mengikat dan Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi. Artikel dimuat dalam <http://alisafaat.wordpress.com/.../kekuatan-mengikat-dan-pelaksanaan-putusan-mahkamah-konstitusi/>. tanggal 26 Februari 2009.
- Matutu, Mustaming Daeng. Selayang Pandang tentang Perkembangan Type-type Negara Modern, Pidato pada lustrum ke IV Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Hasanuddin di Makasar, 3 Maret 1972, Hasanuddin University Press,Ujung Pandang, cetakan ke II.
- Zoelfa, Hamdan. 2008, Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan RI, Artikel. diunduh dari laman <http://hamdanzoelva.wordpress.com/2008/04/07/mahkamah-konstitusi-dalam-sistem-ketatanegaraan-ri/> pada tanggal 31-01-2010.
- Wahyudi, Agus. 2005. Doktrin Pemisahan Kekuasaan ” Akar Filsafat dan Praktik” dalam jurnal Hukum Jentera, ”Negara dan Kekuasaan”. Edisi 8-Tahun III, Maret 2005.

Peraturan Perundang-Undangan

Buku II Teknis Peradilan Tata Usaha Negara, Mahkamah Agung RI Tahun 2009

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

Mahkamah Konstitusi. 2009. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 4/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan Pasal 58 huruf f UU 12/2008 tentang Perubahan Kedua atas UU No. 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Mahkamah Konstitusi. 2009. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 102/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008.

Mahkamah Konstitusi. 2009. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 110-111-112-113/PUU-VII/2009 tentang Penghitungan Suara pada Pemilu Legislatif 2009.

GLOSSARY

- Conditionally Constitutional : suatu muatan norma dianggap konstitusional (tidak bertentangan dengan konstitusi) bila dimaknai sesuai dengan yang ditentukan Mahkamah Konstitusi.
- Conditionally Unconstitutional : suatu muatan norma dianggap bertentangan dengan konstitusi bila tidak sesuai dengan yang ditentukan Mahkamah Konstitusi.
- Constitutional Review : pengujian UU terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi.
- Checks and Balances System : sistem saling mengontrol dan mengimbangi, yang menempatkan semua lembaga negara dalam kedudukan setara sehingga terdapat keseimbangan dalam penyelenggaraan negara.
- Dissenting Opinion : pendapat berbeda yang mendasar, yang boleh dilakukan oleh hakim Mahkamah Konstitusi; Kalau putusan itu tidak mencapai mufakat bulat karena terjadi perbedaan pandangan, maka pendapat anggota majelis hakim yang berbeda itu, dipertimbangkan sebagai dasar

	pembuatan putusan dan dimuat dalam putusan.
Hak/Kewenangan Konstitusional	: hak dan/atau kewenangan yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
Judicial Review	: Pengujian norma hukum oleh lembaga yudikatif. Judicial Review di Indonesia meliputi Constitutional Review dalam arti Judicial Review of Legislation, yaitu pengujian UU terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Judicial Review of Regulation yaitu pengujian Peraturan di bawah Undang-Undang dalam hal ini PP ke bawah oleh Mahkamah Agung.
Judicially restrained	: interpretasi hukum yang mendorong hakim untuk membatasi pelaksanaan kekuasaan mereka sendiri. Hal ini kadang-kadang dianggap sebagai kebalikan dari judicial activism.
Judicial activism	: interpretasi hukum yang mendorong hakim untuk mengambil putusan yang sesuai dengan moral hukum yang hidup dalam masyarakat.
Keadilan Substantif	: putusan yang berkeadilan substantif merupakan putusan yang berbasis pada keadilan substansial, hakiki, dan dirasakan oleh publik sebagai keadilan sesungguhnya yang diakui dan hidup di dalam masyarakat.

- Legislative Review : pengujian peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh pembuat peraturan perundang-undangan / legislator.
- Legal Standing : kedudukan hukum atau kondisi dimana seseorang atau suatu pihak ditentukan memenuhi syarat dan oleh karena itu mempunyai hak untuk mengajukan permohonan. Dengan adanya kriteria legal standing. Berarti tidak semua orang atau pihak mempunyai hak mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi. Hanya mereka yang benar-benar mempunyai kepentingan hukum saja yang boleh menjadi pemohon, sesuai dengan adagium point diinterent point diaction (ada kepentingan hukum, boleh mengajukan gugatan). Apabila permohonan yang diajukan Pemohon yang tidak mempunyai legal standing maka perkaranya akan berakhir dengan putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima (niet ontvankelijk verklaard).
- Materiele toetsing : pengujian produk perundang-undangan yang berkenaan dengan materi muatan yang berkaitan dengan bunyi dan makna dari ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945. Bentuk pengujian produk perundang-undangan yang menguji

- prosedural pembentukan disebut pengujian formil.
- Peraturan Mahkamah Konstitusi : peraturan yang dibuat oleh Mahkamah Konstitusi untuk mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya.
- Putusan Positive Legislature : putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang yang dalam putusannya mengatur. Putusan Mahkamah Konstitusi yang dalam putusannya mengatur bisa terdapat pada putusan conditionally constitutional maupun conditionally unconstitutional.
- Ratio decidendi : sebuah istilah latin yang sering diterjemahkan secara harfiah sebagai “alasan untuk keputusan”; faktor-faktor yang sejati (material fact), faktor-faktor yang esensiil yang justru mengakibatkan keputusan diambil. Atau alasan hukum yang digunakan hakim untuk sampai kepada keputusan (Kusumadi Pudjosewojo, 1976). Ratio decidendi tidak hanya penting dalam sistem dimana hakim terikat keputusan hakim yang terlebih dahulu (precedent), tetapi juga di negara bertradisi civil law system seperti Indonesia. Istilah hukum ini digunakan dalam masyarakat hukum yang merujuk prinsip hukum, moral, politik dan sosial yang digunakan pengadilan sehingga

sampai membuat keputusan. Jadi setiap kasus memiliki ratio decidendi, alasan yang menentukan atau inti-inti yang menentukan putusan. Kadang ratio decidendi jelas terlihat, tetapi terkadang pula perlu dijelaskan. Biasanya memang dalam praktik, hal-hal yang essensiil ini menjadi kepentingan para pihak dalam perkara untuk membuktikannya atau membantahnya.



DAFTAR SINGKATAN

DPR	:	Dewan Perwakilan Rakyat
DPRD	:	Dewan Perwakilan Rakyat Daerah
DPT	:	Daftar Pemilih Tetap
HAM	:	Hak Asasi Manusia
HTN-HAN	:	Hukum Tata Negara-Hukum Administrasi Negara
KPU	:	Komisi Pemilihan Umum
KPUD	:	Komisi Pemilihan Umum Daerah
LSM	:	Lembaga Swadaya Masyarakat
MK	:	Mahkamah Konstitusi
MPR	:	Majelis Permusyawaratan Rakyat
PATIRO	:	Pusat Telaah Informasi Regional
PTUN	:	Peradilan Tata Usaha Negara
UU	:	Undang-Undang
UUD	:	Undang-Undang Dasar
UUDNRI	:	Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia



I N D E X

A

A.V. Dicey, 2

Allan R. Brewer-Carías, 181, 183, 185, 186, 187, 193

Amerika Serikat, 4, 20, 22, 35, 36, 37, 38, 40, 50, 89, 93, 149, 155, 179, 184

Anglo Saxon, 19, 35, 98

Aristoteles, 1, 51, 52, 87, 220

B

Brian Z. Tamanaha, 86

C

Chambliss, 88, 93, 94, 123, 138, 169, 221

checks and balances, 20, 22, 23, 31, 44, 46, 52, 54, 55, 61, 136, 152, 153, 155,
158

Checks and Balances, 20, 226

Christoper Wolfe, 182

common law, 19, 36, 38, 77, 88, 89, 90, 92, 118, 176, 180, 182, 183, 184

conditionally constitutional, 126, 132, 135, 141, 146, 147, 154, 180, 181, 186

conditionally unconstitutional, 126, 131, 135, 143, 154, 180, 181

Constitutional Court, 9, 37, 38, 40, 43, 179, 225

cybernetics, 97

D

Donald Black, 86

DPR, 2, 13, 22, 23, 24, 25, 41, 50, 53, 54, 59, 62, 66, 70, 77, 94, 122, 126, 128, 129, 131, 132, 135, 141, 142, 145, 146, 147, 149, 153, 159, 177, 180, 189, 190, 216, 225, 230

DPRD, 53, 77, 108, 128, 129, 131, 132, 135, 141, 142, 146, 147, 230

DPT, 77, 132, 139, 140, 141, 148, 151, 170

E

Eka Darmaputera, 214

eklektis, 7, 174

elected officials, 77, 131, 143

F

final and binding, 71

Francis Fukuyama, 227

Franz Magnis Suseno, 161

G

globalisasi, 174

grundnorm, 11, 15, 16, 17, 38, 51

Gustav Radbruch, 68, 122, 124

H

hak konstitusional, 65, 130, 139, 140, 142, 146, 147, 150, 158, 170, 185, 189, 191, 195

Hans Kelsen, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 23, 24, 37, 38, 43, 51, 74, 76, 138, 155, 162, 178, 179, 182

Hans Nawiasky, 12

hermeneutik, 106

J

jaringan sosial, 95, 97, 188, 193, 194

John Henry Merryman, 80, 88, 90, 93, 151

John Rawls, 87, 88, 165, 166

judge made law, 74, 155, 157, 179, 180, 182, 186

judicial activism, 74, 76, 77, 141, 155, 157, 180, 181, 182, 183, 191

judicial review, 14, 17, 20, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 48, 50, 51, 62, 89, 90, 107, 159, 179, 183, 184, 187

K

keadilan substantif, 6, 85, 93, 95, 122, 126, 141, 147, 149, 155, 160, 163, 168, 169, 170, 171, 180, 189, 194, 195, 196, 197

Konstruksi baru, 196

KPU, 9, 97, 140, 144, 145, 148, 150, 151, 189, 227

KTP, 77, 132, 139, 140, 170, 227

L

legal standing, 65, 66, 70, 72

M

model, 5, 22, 27, 38, 39, 40, 54, 106, 111, 148, 162, 174, 178

Moh. Mahfud MD, 6, 7, 10, 13, 37, 46, 49, 50, 51, 153, 159, 160, 173, 174, 176

N

negative legislator, 38, 71, 74, 76, 138, 154, 179, 180, 182, 190, 193, 194, 195, 196

P

Pancasila, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 51, 57, 79, 104, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 173, 174, 214, 220

Pemilu, 121, 128, 129, 131, 132, 139, 141, 147, 148, 150, 170, 231
pemisahan kekuasaan, 1, 2, 8, 20, 21, 22, 23, 43, 44, 46, 51, 53, 54, 55, 61, 84,
90, 91, 92, 118, 136, 153, 158, 193
Pengujian Undang-Undang, 44, 50, 63, 64, 65, 67, 71, 121, 127, 128, 130,
136, 144, 172, 178, 188, 194, 196, 226
Philippe Nonet dan Philip Selznick, 171
positive legislature, 76, 77, 138, 141, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155,
158, 160, 163, 170, 180, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197

R

Ratio decidendi, 170
rekonstruksi, 92, 188, 192, 193, 194
Riggs, 173
Robert D. Putnam, 220
Robert N. Bellah, 214

S

Smith, K. Smith, 228
Smith, K. Smith., 228
social capital, 228
Social Capital, 227, 228
Staatsfundamentalnorm, 12
Suteki, 17, 68, 80, 226

T

Tay Keong Tan, 223
Theodore M. Steeman, 222

U

ultra petita, 74, 76, 153, 154, 159, 196