

BAB II

LANDASAN TEORI DAN PENJELASAN KONSEP

2.1 Landasan Teori

Pada bagian ini akan membahas dan menjelaskan mengenai teori yang akan digunakan pada penelitian ini sebagai suatu kerangka pemikiran ataupun pendapat dan pegangan teoritis tesis ini. Teori yang digunakan terdiri dari teori negara hukum, teori pengujian konstitusional, teori perundang-undangan dan teori tujuan hukum.

2.1.1 Teori Negara Hukum

Saat ini istilah mengenai negara hukum dikenal dengan sebutan *Rechtsstaat* (Jerman), *Etat de droit* (Prancis), *Rule of Law* (Inggris dan Amerika Serikat). Pada penelitian tesis ini menunjuk pada istilah *Rule of Law* sebagai teorinya, namun, penulis tetap akan membahas mengenai konsep-konsep negara hukum lainnya sebagai suatu bagian yang tidak terpisahkan dalam membangun konstruksi berpikir hukum. Bertolak dari itu semua, penulis pun akan mengulas sedikit mengenai teori negara hukum dalam konteks Pancasila, dalam artian, hanya untuk melihat konsep negara hukum yang berlandaskan nilai-nilai Pancasila.

Sangat tegas memang negara Indonesia menyatakan dirinya sebagai negara hukum yang tercantum dalam penjelasan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945. Penegasan tersebut yaitu: *Pertama*, Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*), implikasinya negara Indonesia memiliki sistem ketatanegaraan yang berdasarkan hukum, bukan hanya kekuasaan semata (*machstaat*). *Kedua*, sistem ketatanegaraan Indonesia dalam melaksanakan fungsi pemerintahan harus konstitusional dan tidak bersifat absolutisme (kekuasaan tidak terbatas).¹

Setelah amandemen ke 3 (tiga) dari konstitusi Indonesia maka secara eksplisit tertulis dalam isi Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa, “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Menurut Hamdan Zoelva sebagaimana dikutip oleh King Faisal Sulaiman di dalam bukunya *Teori dan Hukum Konstitusi*, secara epistemologis negara hukum diberbagai literatur tidaklah bermakna tunggal, melainkan harus di pandang sebagai *locus* dan *tempus* yang sangat bergantung dan dipengaruhi oleh ideologi dan sistem politik bangsa.² Artinya, negara hukum harus menyesuaikan diri terhadap waktu dan tempat yang

¹ King Faisal Sulaiman, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Bandung: Nusa Media, 2017, h. 63.

² *Ibid.*, h. 64.

mempengaruhinya, sehingga dapat disimpulkan bahwa tidak ada pengertian atau definisi negara hukum yang bermakna tunggal. Selanjutnya, menurut Tahir Azhary bahwa negara hukum adalah suatu *genus begrip* yang terdiri dari lima konsepsi yaitu sebagai berikut:

1. Al-Quran dan Sunnah;
2. Negara Hukum dengan konsep Eropa Kontinental (*rechtstaat*);
3. Konsep *rule of law*;
4. Konsep *Sociality legality*; dan
5. Konsep hukum negara Pancasila.³

Berdasarkan uraian tersebut diatas apabila dibenturkan konsepsi Tahir Azhary dan H. Zoelva maka dapat dilihat bahwa ada sinkronisasi yang terjadi, Hamdan Zoelva berpendapat bahwa negara hukum harus di artikan berdasarkan *locus* dan *tempus* yang meliputi pengaruh ideologi dan sistem politik bangsa, dikaitkan dengan lima konsepsi T. Azhary bahwa benar disana terdapat ideologi keislaman dan meliputi juga sistem politik hukum yaitu sistem kontinental, sistem *common law*, dan sistem di Indonesia.

Berbicara tentang negara hukum selalu sarat dengan konsep kekuasaan dari pemimpin/pemerintah yang berkuasa pada saat itu, dahulu negara hanya berorientasi pada kekuasaan yang absolut atau dengan kata lain tamak terhadap kekuasaan yang juga dikenal dengan istilah *machstaat*. Menurut Nicolo Machiavelli (Sarjana Itali) bahwa tujuan negara adalah untuk ketertiban, keamanan dan ketentraman semuanya itu hanya bisa dicapai dengan model kekuasaan yang absolut, dengan sistem pemerintahan yang tersentral melalui cara menghimpun kekuasaan sebesar-besarnya pada tangan raja.⁴ Di sisi lain Shang Yang dengan selogannya mengatakan; “supaya negara kuat, rakyat harus lemah dan bodoh”.⁵ Artinya, pada saat itu terjadi ketamakan kekuasaan secara masif, sehingga penguasa atau raja berusaha semaksimal mungkin untuk menyingkirkan nilai-nilai kebudayaan, asas-asas moral dan kesusilaan yang di nilai dapat memperlemah sistem kekuasaan mereka. Sehingga benarlah seperti apa yang dikatakan oleh Lord John Emerich Edward Dalberg Acton’s sebagaimana dikutip oleh James S. Bowman dan Jonathan P. West dalam artikelnya yang berjudul *Lord Acton and Employment Doctrines: Absolute Power and the Spread of At-Will*

³ *Ibid.*, h. 64-65.

⁴ Maleha Soemarsono, *Negara Hukum Indonesia Ditinjau Dari Sudut Teori Tujuan Negara*, Jurnal Hukum dan Pembangunan, Nomor 2, April 2007, h. 303.

⁵ *Ibid.*

*Employement: "Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely"*⁶ (Bahwa kekuasaan memiliki kecenderungan korup dan terhadap kekuasaan yang mutlak pastilah korup).

Setelah konsepsi *machstaat*, terjadi pergeseran tujuan dari kekuasaan negara yaitu adanya keinginan untuk memberi kemakmuran terhadap raja dan kelompok-kelompoknya saja. Dimana penguasa sibuk memakmurkan dirinya sementara masyarakat hanya menunggu tumpahnya kemakmuran dari piring makan penguasa atau raja (*polizie staat*). Ternyata konsepsi ini mendapat respons penuh dari kaum pengusaha/borjuis, kaum ini mengajak rakyat untuk menyuarakan kebebasan rakyat untuk memakmurkan dirinya sendiri tanpa ada intimidasi dari raja dan kaum bangsawan. Artinya, rakyat dan kaum borjuis ingin mendapat kebebasan dalam mencari kemakmuran mereka sendiri-sendiri dan juga ingin tindakan mereka dilindungi oleh hukum, sehingga membentuk negara hukum liberal dengan ciri negara penjaga malam (*nachtwachter staat*) karena negara hanya berperan seperti penjaga ronda malam yang bertugas untuk memberi keamanan dan ketertiban.⁷

Selanjutnya tujuan terakhir dari kemakmuran negara yaitu bergeser kepada negara dengan ciri *Welfare staat*, dimana tujuan utama dari kekuasaan negara adalah untuk kemakmuran rakyat dan kepentingan umum. Misalnya terjadi sebuah bencana di daerah tertentu, maka peran pemerintah adalah membantu tanpa perintah undang-undang sekalipun karena ini merupakan prinsip dari kepentingan umum atau "*salus publica supreme lex principle*"⁸ yaitu prinsip dimana kepentingan umum mengalahkan undang-undang.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, merupakan ulasan yang menggambarkan perkembangan dan perubahan konsep negara hukum dari *machstaat* kemudian menjadi *rechtsstaat* hingga bertujuan membentuk negara dengan ciri *welfare staat*. Pada uraian selanjutnya, penulis akan menguraikan tentang ketiga konsep negara sebagai mana telah disebut sebelumnya yaitu *Rechtsstaat* (Jerman), *Etat de droit* (Prancis), *Rule of Law* (Inggris dan Amerika Serikat).

Pertama, mengenai konsepsi *rechtsstaat*. Sangat sering diistilahkan dengan sebutan "*law state*", "*rule of law*" atau "*a state governed by law*", dalam gagasan ini

⁶ James S. Bowman dan Jonathan P. West, "*Lord Acton and Employment Doctrines: Absolute Power and the Spread of At-Will Employment*", *Journal of Business Ethics*, 2007, h. 119.

⁷ Maleha Soemarsono, *Negara Hukum Indonesia Ditinjau Dari Sudut Teori Tujuan Negara*, *Op.Cit.*, h. 304-305.

⁸ *Ibid.*, h. 304

memberi pengertian suatu pemerintahan berdasarkan atau menurut hukum (*a government of laws*).⁹ Tetapi perkembangan pada Abad ke-19, *rechtsstaat* memiliki pengertian sebagai “sebagai suatu negara yang di atur menurut nalar hukum” (*a state governed by the law of reason*). Konsepsi yang demikian, menunjuk pada adanya suatu kebebasan, persamaan, otonomi individu yang tetap dalam *frame* suatu tertib hukum, di atur oleh ketentuan undang-undang dan bersamaan dengan itu dikehendaki ada pengadilan yang independen.¹⁰ Menurut Carl Schmitt sebagaimana dikutip oleh I.D.G Palguna memberi batasan dan ciri-ciri dari negara hukum (*rechtsstaat*) yaitu:

- 1) Suatu negara dianggap sebagai *rechtsstaat* jika campur tangan terhadap kemerdekaan individu dilakukan semata-mata atas dasar undang-undang. Jadi disini negaralah yang diberi persyaratan dan prioritas untuk terikat oleh undang-undang;
- 2) Suatu negara dianggap sebagai *rechtsstaat* jika seluruh aktivitas sepenuhnya tercakup dalam sekumpulan kewenangan yang batas-batasnya ditentukan secara pasti. Di sini yang menjadi prinsip fundamentalnya adalah pembagian dan pemisahan kekuasaan; dan
- 3) Independensi atau kemerdekaan hakim.¹¹

Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka dapat dikatakan bahwa negara *rechtsstaat* bertujuan untuk melindungi warga negara terhadap kekuasaan negara. Lebih lagi, terdapat kesan untuk membatasi kewenangan penguasa, agar negara tidak bertindak sewenang-wenang terhadap individu warga negara.¹²

Kedua, mengenai konsepsi *Etat de droit*. Konsep negara hukum yang demikian, mengacu pada sistem hukum yang dibentuk oleh legislator. Istilah yang lebih tepat untuk digunakan di samping konsep ini yaitu *Etat Legal*, yang menghendaki legislator di pilih secara demokratis. Sehingga, dalam artian yang demikian, dapat dikatakan bahwa suatu undang-undang merupakan cerminan kehendak umum suatu kelompok masyarakat (*general will*).¹³ Namun secara singkat, gagasan *Etat Legal* menolak adanya pengujian terhadap konstitusionalitas undang-undang, hal ini bukan semata-mata karena undang-undang sebagai suatu kehendak rakyat (*general will*), lebih dari

⁹ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint)*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 80.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, h. 81.

¹² *Ibid.*, h. 82. Lihat pendapat Schmitt, atas dasar tujuan dari negara dengan konsep *rechtsstaat*, maka Schmitt merumuskan konstitusi dengan prinsip *distribusi (principle of distribution)* dan prinsip organisasional (*organizational principle*).

¹³ *Ibid.*, h. 86.

itu, secara kritis pengujian yang demikian di pandang sebagai ide yang berorientasi di lingkungan politik semata.¹⁴

Ketiga, mengenai konsepsi *Rule of Law*. Konsep ini sangat terkenal dengan seseorang yang telah mempelopornya yaitu A.V. Dicey. Melalui konsep ini dirinya membangun ide konstitusi dengan ciri-ciri berikut:

- 1) *Supremacy of Law*.
- 2) *Equality before the Law*.
- 3) *Due process of Law*.¹⁵

Supremacy of Law, menghendaki adanya suatu pengakuan normatif dan empirik terhadap supremasi hukum, dalam artian bahwa setiap problematika hukum diselesaikan berdasarkan hukum yang tertinggi. Lebih lanjut, hakikatnya, pemimpin tertinggi negara bukanlah manusia, tetapi konstitusi sebagai hukum tertinggi (*supremacy of constitution*). Jika di Indonesia, akan tampak jelas dalam urutan hierarki peraturan perundang-undangan, bahwa konstitusi (UD 1945) berada pada puncak tertinggi dalam peraturan perundang-undangan.¹⁶

Equality before the Law. Mengenai persamaan dihadapan hukum tentu diharapkan tidak terbatas ada teks aturan undang-undang semata, tetapi sebagaimana konsep ini dapat dilaksanakan secara empirik, yang manfaatnya dapat dirasakan oleh tiap-tiap warga negara. Pada hakikatnya *Equality before the Law*, menunjuk pada penolakan secara tegas terhadap berbagai macam tindakan ataupun perbuatan yang menghadirkan diskriminasi (*discrimination*).¹⁷

Due Process of Law. Mensyaratkan, bahwa setiap tindakan pemerintah atau bahkan masyarakat harus berdasarkan dan sesuai dengan koridor peraturan undang-undang yang sah dan tertulis. Namun, karena kesan yang demikian terlalu bersifat normatif, yang kemudian berdampak pada kegiatan birokrasi pemerintah yang lambat, maka dari itu diberlakukan prinsip *frijsermessen*, sehingga pejabat negara dapat secara mandiri mengatur institusinya secara independen, berdampingan dengan itu pejabat harus tetap memperhatikan standar norma, nilai, ketentuan dan asas-asas pemerintahan yang baik.¹⁸

¹⁴ *Ibid.*, h. 87.

¹⁵ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, *Op.Cit.*, h. 126.

¹⁶ *Ibid.*, h. 127.

¹⁷ *Ibid.*, h. 128.

¹⁸ *Ibid.*

Berdasarkan keseluruhan uraian tersebut di atas, dapat di lihat bahwa negara hukum tidak hanya menghendaki penyelenggaraan negara yang berdasarkan undang-undang, tetapi, adanya jaminan terhadap hak-hak asasi warga negara.¹⁹ Menunjuk pada pendapat Jimly Asshiddiqie yang merumuskan negara hukum modern sekarang ini, guna menyangga tegaknya negara hukum (*The Rule of Law* ataupun *Rechtsstaat*),²⁰ yang menurut penulis pendapat yang demikian tidak lagi memperdebatkan negara hukum dalam konteks *Rechtsstaat* ataupun *Rule of Law*, lebih dari pada itu, negara hukum harus ditegakkan dengan pilar-pilar yang ideal yaitu meliputi:

1. Supremasi Hukum (*Supremacy of Law*);
2. Persamaan dalam Hukum (*Equality before the Law*);
3. Asas Legalitas (*Due Process of Law*);
4. Pembatasan Kekuasaan;
5. Organ-organ Eksekutif Independen;
6. Peradilan Bebas dan Tidak Memihak;
7. Peradilan Tata Usaha Negara;
8. Peradilan Tata Negara (*Constitutional Court*);
9. Perlindungan Hak Asas Manusia;
10. Bersifat Demokratis (*Demokratische Rechtsstaat*);
11. Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Bernegara (*Welfare Rechtsstaat*); dan
12. Transparansi dan Kontrol Sosial.²¹

Pilar-pilar tersebut diatas tentu diharapkan bukan merupakan angan-angan semata dari berdirinya sebuah negara hukum. Selain sebagai prinsip ideal dari sebuah negara hukum, untuk memaksimalkan hal tersebut diatas, pilar-pilar itu seharusnya dapat diwujudkan pada kondisi yang riil. Sehingga, dalam praktik dan empirik, penyelenggaraan pemerintahan yang berdasarkan negara hukum dapat benar-benar dirasakan manfaatnya oleh masyarakat.

Berdasarkan uraian teori-teori tersebut di atas, maka penelitian tesis ini memilih teori yang dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie, karena teorinya menghendaki adanya perlindungan Hak Asasi Manusia dan pembatasan kekuasaan. Sehingga, sejalan dengan permasalahan pelembagaan *constitutional question* yang menghendaki

¹⁹ Nurul Qamar, *Hak Asasi Manusia dalam Negara Hukum Demokrasi*, Jakarta: Sinar Grafika, 2014, h. 50.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, h. 127-134.

adanya penghormatan terhadap perlindungan Hak Asasi Manusia yang secara mendasar dilindungi dalam UUD NRI 1945, di sisi lain, juga diperlukan pembatasan kekuasaan terhadap institusi yang mengemban tugas dan kewajiban tersebut.

2.1.2 Teori Pengujian Konstitusional (*Constitutional Review Theory*)

Penelitian ini menunjuk pada teori pengujian konstitusional. Untuk memahami teori pengujian konstitusional tidak terlepas dari pemahaman tentang *judicial review*. Salah satu keberadaan yang sangat fenomenal mengenai *judicial review* terdapat dalam kasus “Marbury versus Madison” pada tahun 1803. Pada saat itu *Supreme Court* Amerika yang diketuai oleh *Chief Justice* John Marshall melakukan *judicial review* terhadap *Judiciary Act 1789* (Undang-undang tentang Kekuasaan Kehakiman), hasilnya, *Supreme Court* membatalkan undang-undang tersebut karena di nilai bertentangan dengan *Article III Section 2* Konstitusi AS. Padahal pada saat itu Konstitusi Amerika tidak mengatur dan memberikan *Supreme Court* kewenangan untuk melakukan *judicial review*.²²

Secara teoritis, mengenai *judicial review*, terdapat dua model pengujian yang berbeda. *Pertama*, model *decentralized judicial review*. Dalam konteks kewenangan (*authority*), model ini menunjuk pada kewenangan pengujian konstitusional yang dilakukan oleh Mahkamah Agung dan lingkungan peradilan dibawahnya. Model ini dapat dikenali dengan cirinya yang sangat spesifik, yaitu pengujian dilakukan pada tataran konkret, biasanya pengujiannya dilakukan oleh hakim pengadilan yang sedang menangani kasus yang diperhadapkan kepadanya. Dengan demikian, dapat diketahui bahwa pengujian konstitusional jalan berdampingan dengan penyelesaian kasus konkritnya. Dan salah satu pengusung model *decentralized judicial review* adalah negara Amerika Serikat.²³

Kedua, model *centralized judicial review*. Model ini menunjuk pada pengujian yang terpusat pada satu institusi saja, pengujiannya terpusat pada pengujian yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Salah satu negara yang mempelopori model ini yaitu Austria sebagaimana dalam uraian-uraian sebelumnya desain Mahkamah Konstitusi Austria dikembangkan oleh Hans Kelsen, di Austria pengujiannya dilakukan tersendiri oleh Mahkamah Konstitusi di luar Mahkamah Agung. Walaupun model ini datang belakangan dari model *decentralized judicial review*, namun, model

²² Arief Ainul Yaqin, *Constitutional Question, Op.Cit.*, h. 11.

²³ *Ibid.*

centralized judicial review menjadi gagasan yang paling banyak digunakan di beberapa negara lainnya, termasuk Indonesia.²⁴

Mengenai norma pengujian konstitusional di Indonesia dipandang masih menjadi pertanyaan yang sangat mendasar, karena walaupun secara praktik Mahkamah Konstitusi Indonesia sangat jelas wewenangnya hanya menguji pada tataran *abstract review*, namun bukan berarti tidak ada warga negara yang mengajukan permohonan pengujian konstitusional pada tataran *concrete review*, misalnya dalam pengujian Nomor Perkara 013-022/PUU-IV/2006 Eggi Sudjana selaku advokat dan Pandapotan Lubis sebagai pemohon.²⁵

Bertolak dari hal tersebut, sejatinya Hans Kelsen telah membayangkan gagasan Mahkamah Konstitusi Austria untuk dapat menguji pada tataran *abstract review*, namun tidak terbatas pada pengujian yang dilakukan terhadap *concrete review*. Hal yang demikian dapat ditelusuri pada pendapatnya dalam bukunya yang berjudul “*General Theory of Law and State*” mengatakan:

“The power to examine the laws as to their constitutionality and to invalidate unconstitutional laws may be conferred, as a more or less exclusive function, on a special constitutional court, while the other court have only the right to make applications to the constitutional court for examination and annulment of laws which they have to apply, but which they consider to be unconstitutional” (Artinya, Kekuasaan untuk menguji konstitusionalitas suatu undang-undang dan membatalkannya apabila undang-undang tersebut bertentangan dengan konstitusi dapat diberikan kepada Mahkamah Konstitusi sebagai fungsi yang eksklusif yang hanya dimiliki organ tersebut, sementara pengadilan biasa (pengadilan di luar MK) hanya memiliki kewenangan untuk mengajukan permohonan pengujian dan pembatalan kepada MK atas suatu undang-undang yang akan mereka terapkan namun mereka merasa bahwa undang-undang tersebut inkonstitusional).²⁶

Mengenai hal yang serupa pula dikemukakan oleh Victor Ferreres Comella, dirinya menyatakan: “*there are basically two avenues of constitutional review of legislation: abstract review and concrete review*”.²⁷ Artinya, pada dasarnya terdapat dua jalan untuk melakukan pengujian konstitusional terhadap undang-undang: yaitu pengujian norma abstrak dan pengujian norma konkret.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka harus diakui dan tak terbantahkan bahwa secara historis, teoritis dan empirik gagasan *constitutional review* dengan dua

²⁴ *Ibid.*, h. 12.

²⁵ Lihat. Putusan Mahkamah Konstitusi No 013-022/PUU-IV/2016.

²⁶ Arief Ainul Yaqin, *Constitutional Question, Op.Cit.*, h. 13.

²⁷ *Ibid.*

variannya yaitu *abstract review* dan *concrete review* adalah metode pengujian konstitusional yang dapat digunakan untuk menguji tingkat konstitusionalitas suatu peraturan undang-undang. Sebagaimana dikemukakan oleh Tom Ginsburg dalam artikelnya yang berjudul “*Why do Countries Adopt Constitutional Review*” menurutnya: “*constitutional review, ..., has spread around the world in recent decades. By our account, some 38% of all constitutional system had constitutional review in 1951; by 2011, 83% of the world’s constitutions had given courts the power to supervise implementation of the constitution and to set aside legislation for constitutional incompatibility*”.²⁸ (Artinya, Pengujian konstitusional,, telah menyebar keseluruh dunia dalam beberapa decade. Menurut perhitungannya, sekitar 38% dari sistem konstitusional memiliki pengujian konstitusional tepatnya pada tahun 1951, tahun 2011, 83% dari konstitusi dunia telah memberi pengadilan kekuasaan untuk mengawasi pelaksanaan konstitusi dan untuk mengesampingkan undang-undang terhadap ketidakcocokan konstitusional).

Berdasarkan teori tersebut di atas, maka akan digunakan *centralized judicial review* yang dipelopori oleh Hans Kelsen. *Centralized judicial review* merupakan pengujian konstitusional yang terpusat pada Mahkamah Konstitusi negara tertentu, sebagaimana di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia bahwa pengujian konstitusional undang-undang terhadap UUD NRI 1945 hanya dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Sehingga, karena *constitutional question* merupakan bagian dari ciri pengujian konstitusional, maka sangat relevan apabila nantinya dijadikan kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

2.1.3 Teori Perundang-Undangan

Menurut Maria Farida Indrati Soeprapto, teori perundang-undangan berorientasi pada mencari kejelasan dan kejernihan makna atau pengertian-pengertian dan bersifat kognitif.²⁹ Berdampingan dengan itu dirinya membedakan antara teori perundang-undangan terhadap ilmu perundang-undangan, menurutnya, ilmu perundang-undangan berorientasi pada melakukan perbuatan dalam hal pembentukan peraturan perundang-undangan yang bersifat normatif.³⁰

²⁸ Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *Why Do Countries Adopt Constitutional Review*, 30 *Journal of Law, Economics and Organization* 587, 2014, h. 2.

²⁹ Ahmad Redi, *Hukum Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2018, h. 8.

³⁰ *Ibid.*

Menurut Ann Seideman teori perundang-undangan mengidentifikasi: Kategori untuk membantu seorang dalam pembuatan rancangan undang-undang memformulasikan suatu hipotesis penyebab yang terperinci untuk merancang undang-undang yang efektif.³¹

Menurut Afione Ade Rosika teori perundang-undangan menekankan bukan pada proses pembentukan peraturan perundang-undangan, namun menekankan pada bagaimana membentuk materi peraturan perundang-undangan.³² Lebih lanjut, menurutnya dasar-dasar materi tersebut dapat ditemui pada Undang-Undang No 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang yang diantaranya meliputi: Asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan; Kewenangan pembentukan peraturan perundang-undangan; Jenis dan Hierarki peraturan perundang-undangan; dan Materi muatan peraturan perundang-undangan.³³

Pembahasan mengenai perundang-undangan niscaya tidak terlepas dari teori *stufenbau das recht* atau *the hierarchy of law*. Menurut Hans Kelsen bahwa norma hukum/undang-undang merupakan suatu susunan berjenjang dan setiap norma hukum yang lebih rendah bersumber dari norma yang lebih tinggi.³⁴ Di Indonesia dalam hierarki perundang-undangan menempatkan UUD NRI 1945 pada posisi teratas dari peraturan lainnya, sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 7 Ayat (1) Undang-Undang No. 15 Tahun 2019 perubahan atas Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang.

Teori perundang-undangan tidak terlepas dari pada asas-asas pembentukan perundang-undangan. Menurut A. Hamid S. Attamimi bahwa asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan meliputi: Cita hukum Indonesia; Asas negara berdasar atas hukum dan asas pemerintahan berdasar sistem konstitusi. Lebih lanjut, menurutnya mengenai Cita hukum Indonesia tidak lain adalah Pancasila yang berlaku sebagai bintang pemandu.³⁵

³¹ H. Salim HS dan Erlies Septiana Nurbaini, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi, Loc.Cit.*, h. 35.

³² Afione Ade Rosika, *Tinjauan Teori Perundang-Undang Terhadap Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak*, Jurnal Ilmiah Ilmu Hukum QISTIE, Vol 12, No. 1, 2019, h. 24.

³³ *Ibid.*, h. 25-26.

³⁴ Abdul Rasyid Thalib, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia, Op.Cit.*, h. 367.

³⁵ Maria Farida Indrati S, *Ilmu Perundang-Undang: Proses dan Teknik Pembentukannya*, Yogyakarta: PT. Kanisius, 2007, h. 228-229.

Menurut I.C Van Der Vlies asas-asas pembentukan peraturan terbagi menjadi 2 (2) bagian yaitu formal dan material. Asas-asas formal meliputi: asas tujuan yang jelas; asas organ; asas perlunya pengaturan; asas dapat dilaksanakan; dan asas konsensus. Asas-asas material meliputi: asas tentang terminologi; asas tentang dapat dikenali; asas kepastian hukum; asas pelaksanaan hukum.³⁶

Berdasarkan penjelasan Pasal 6 Ayat (1) Undang-Undang No. 15 Tahun 2019 perubahan atas Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, materi muatan peraturan perundang-undangan sekurang-kurangnya meliputi asas-asas sebagai berikut:

1. Asas Pengayoman: adalah bahwa setiap perumusan muatan peraturan perundang-undangan harus memiliki fungsi sebagai pemberi perlindungan untuk menciptakan ketentraman masyarakat.
2. Asas Kemanusiaan: adalah bahwa setiap perumusan muatan peraturan perundang-undangan harus mencerminkan perlindungan dan penghormatan hak asasi manusia serta harkat dan martabat warga negara dan penduduk Indonesia secara proporsional.
3. Asas Kebangsaan: adalah bahwa perumusan muatan peraturan perundang-undangan harus mencerminkan sifat dan watak bangsa Indonesia yang majemuk namun tetap menjaga prinsip kesatuan Republik Indonesia.
4. Asas Kekeluargaan: adalah bahwa setiap perumusan muatan peraturan perundang-undangan sejatinya harus memperhatikan kepentingan seluruh wilayah Indonesia dan peraturan yang dibuat di daerah adalah bagian dari sistem hukum nasional berdasarkan Pancasila dan UUD NRI 1945.
5. Asas Keadilan: adalah setiap perumusan muatan peraturan perundang-undangan harus mencerminkan keadilan secara proporsional bagi setiap warga negara.
6. Asas Kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan: bahwa setiap perumusan muatan peraturan perundang-undangan tidak boleh memuat hal yang bersifat membedakan latar belakang, agama, suku, ras, golongan, gender, atau status sosial.
7. Asas Ketertiban dan Kepastian: bahwa setiap perumusan muatan peraturan perundang-undangan harus dapat mewujudkan ketertiban dalam masyarakat melalui jaminan kepastian hukum.

Berdasarkan uraian tersebut diatas, maka teori perundang-undangan yang digunakan merujuk pada pendapat I.C Van Der Vlies, bahwa perumusan perundang-

³⁶ *Ibid.*, h. 227-228.

undangan harus menjamin kepastian hukum. Oleh karena itu, sejalan dengan kekosongan pengaturan mengenai gagasan *constitutional question* maka perlu dirumuskan secara eksplisit pada undang-undang secara jelas agar menjamin kepastian hukum.

2.1.4 Teori Tujuan Hukum

Memandang pertanyaan konstitusional (*constitutional question*) sebagai suatu bentuk urgensi yang tidak terelakkan dan menjadi salah satu objek kajian yang menarik dalam penelitian ini, misalnya dapat dilihat terjadi kekosongan hukum (*vacuum of norm*) yang mengakibatkan tidak adanya instrumen (upaya hukum) agar masyarakat ataupun institusi negara bisa mengajukan pertanyaan konstitusional terhadap peraturan undang-undang yang dianggap inkonstitusional di Mahkamah Konstitusi. Hal yang demikian, tentu bersinggungan dengan teori tujuan hukum yang menghendaki bahwa hukum sejatinya untuk mewujudkan keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum.

Menurut Achmad Ali dalam bukunya “Menguak Teori Hukum (*Legal Theory*) dan Teori Peradilan (*Judicial Prudence*)” membagi teori tujuan hukum menjadi dua bagian yaitu teori klasik dan teori modern. Teori klasik terdiri dari: a) Teori Etis yaitu tujuan hukum semata-mata untuk mewujudkan keadilan (*justice*), b) Teori Utilitis yaitu tujuan hukum semata-mata untuk mewujudkan kemanfaatan (*utility*), c) Teori Legalistik yaitu tujuan hukum semata-mata untuk mewujudkan kepastian hukum (*legal certainty*). Teori modern terdiri dari: a) Teori Prioritas Baku yaitu tujuan hukum mencakup keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, b) Teori Prioritas Kasuistik yaitu tujuan hukum mencakupi keadilan-kemanfaatan-kepastian hukum, dengan urutan prioritas, secara proporsional, sesuai dengan kasus yang dihadapi dan ingin dipecahkan.³⁷

Pemaknaan mengenai keadilan (*justice*) harus disadari terlalu abstrak, kadang objektif bahkan terkesan subjektif tergantung nilai etis yang dianut masing-masing orang atau kelompok. Definisi keadilan (*justice*) menurut Aristoteles yaitu: “*justice is a political virtue, by the rules of it, the state is regulated and these rules the criterion of what what is right*”³⁸ (Artinya, keadilan adalah kebajikan politik/negara,

³⁷ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Jakarta: Kencana, 2009, h. 171.

³⁸ *Ibid.*, h. 175.

berdasarkan aturannya, negara diatur dan aturan tersebut adalah kriteria apa yang benar/baik).

Menurut Cicero keadilan (*justice*) adalah “*The fundamental of justice are that no one shall suffer wrong, and that the public good be served*”³⁹ (Artinya, dasar dari keadilan adalah tidak ada yang akan menderita kesalahan, dan kepentingan umum dilayani). Menurut John Marshall “... *yet there are certain great principles of justice, whose authority is universally acknowledged*”⁴⁰ (Artinya, terdapat prinsip-prinsip keadilan tertentu yang otoritasnya diakui secara universal). Berdasarkan uraian tersebut di atas tampak sangat beragam pengertian mengenai keadilan itu sendiri, namun dalam konteks ber hukum tentu keadilan bukan nilai tunggal yang hendak dicapai dalam hukum, karena masih banyak nilai-nilai yang harus diprioritaskan secara proporsional.

Pemaknaan mengenai kemanfaatan (*utility*), aliran ini beranggapan bahwa tujuan hukum adalah untuk memberikan kemanfaatan dan kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya orang.⁴¹ Salah satu tokoh yang mempopularkan ajaran ini adalah Jeremy Bentham, jika mengingat namanya maka teringat pula semboyan “*the greatest happiness of the greatest number*”.⁴² Menurut Rudolf von Jhering, mengulas esensi ajaran J. Bentham dengan poin sebagai berikut:

1. Dalam ajaran Bentham, bahwa tujuan hukum dan wujud dari keadilan yaitu untuk menghasilkan “*the greatest happiness of the greatest number*”. Oleh karena itu ajaran ini mengharapkan hukum bisa memberikan rasa kebahagiaan yang besar kepada semua umat manusia; dan
2. Dalam ajaran Bentham, bahwa undang-undang harus berusaha mencapai empat tujuan yaitu untuk menyediakan penghidupan yang layak; untuk menyediakan kelimpahan, untuk menyediakan sebuah perlindungan; dan untuk mencapai persamaan.⁴³

Pemaknaan mengenai kepastian hukum, menurut Utrech E, menyatakan bahwa tujuan hukum adalah untuk menjamin adanya kepastian hukum dalam pergaulan

³⁹ *Ibid.*, h. 176.

⁴⁰ *Ibid.*, h. 177.

⁴¹ Muhammad Ridwansyah, *Mewujudkan Keadilan, Kepastian dan Kemanfaatan Hukum dalam Qanun Bendera dan Lambang Aceh*, Jurnal Konstitusi, Volume 13, Nomor 2, 2016, h. 290.

⁴² Achmad Ali, *Op.Cit.*, h. 218-219.

⁴³ Saut Parulian Manurung, *Fenomena Hukum Akibat Mekanisme Criminal Justice System dan Keadilan Restoratif dalam Perspektif Keadilan Utilitarianisme*, Jurnal Hukum Magnum Opus, Volume 3, Nomor 2, 2020, h. 188.

manusia, yakni kepastian oleh karena hukum dan kepastian dalam atau dari hukum.⁴⁴ Menurut Sudikno Mertokusumo kepastian hukum adalah sebuah jaminan bahwa hukum tersebut harus dijalankan dengan cara yang baik. Kepastian hukum menginginkan adanya pengaturan hukum dalam sebuah peraturan perundang-undangan yang bentuk oleh lembaga legislatif, dengan tujuan agar ditaati oleh masyarakat.⁴⁵

Pemaknaan mengenai kepastian (*certainty*), bersumber dari aliran atau kaum *legal positivism* yang memandang hukum sebagai wujud “teks undang-undang”. Sehingga, menurut ajaran ini tujuan hukum semata-mata untuk mencapai kepastian hukum (*legal certainty*).⁴⁶ Menurut H.L.A Hart mengemukakan esensi positivism hukum yaitu:

1. Hukum adalah perintah;
2. Tidak ada keutuhan untuk menghubungkan hukum dengan moral, hukum sebagaimana diundangkan, ditetapkan, positif, harus senantiasa dipisahkan dari hukum yang seharusnya diciptakan, yang diinginkan;
3. Analisis atau studi tentang makna konsep-konsep hukum adalah suatu studi yang penting, analisis atau studi ini harus dibedakan dari studi sejarah, studi sosiologis, dan penilaian kritis dari makna moral, tujuan-tujuan sosial dan fungsi-fungsi sosial;
4. Sistem hukum adalah sistem tertutup yang logis, yang merupakan putusan-putusan yang tepat yang dapat dideduksikan secara logis dari aturan-aturan yang sudah ada sebelumnya; dan
5. Penghukuman secara moral tidak lagi dapat ditegakkan, melainkan harus dengan jalan argument yang rasional ataupun pembuktian dengan alat bukti.⁴⁷

Oleh karena itu, aliran yang demikian, dapat dikatakan berusaha memisahkan diri dari nilai moral, fungsi sosial dan tujuan-tujuan sosial. Artinya, untuk mencapai suatu kepastian hukum maka hukum itu harus sesuai dengan teks undang-undangnya, sehingga dengan kata lain bahwa kepastian hukum adalah pencapaian atas penerapan hukum yang telah terkodifikasi. Sehingga, berdasarkan uraian tersebut di atas, jika dikaji dalam konteks *constitutional question* nantinya (dalam artian pengujian), maka sejatinya putusan pengadilan itu diharapkan menghasilkan kepastian terhadap

⁴⁴ Nurul Qamar, *Hak Asasi Manusia, Op.cit.*, h. 13.

⁴⁵ Asikin Zainal, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Rajawali Press, Jakarta, 2012, h.87

⁴⁶ Achmad Ali, *Op.cit.*, h. 228.

⁴⁷ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Ilmu Hukum & Filsafat Hukum*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011, h. 97.

norma/pasal yang digunakan hakim harus konstitusional, dan memberikan manfaat terhadap perlindungan hak konstitusional yang maksimal terhadap warga negara.

Berdasarkan uraian diatas, teori tujuan hukum yang akan digunakan yaitu merujuk pada pendapat J. Bentham dan Sudikno Mertokusumo. Sebagaimana permasalahan mengenai pelembagaan *constitutional question*, dipandang sangat dibutuhkan karena akan memberikan manfaat hukum, khususnya bagi perlindungan hak konstitusional warga negara. Lebih lanjut, mengenai pengaturan dan rumusan gagasan *constitutional question* harus diatur secara detail pada undang-undang/UUD NRI 1945 agar memberikan kepastian hukum bagi warga negara.

2.2 Penjelasan Konsep

Pada bagian ini akan diuraikan mengenai konsep-konsep yang akan digunakan dalam penelitian, diantaranya terkait dengan konstitusi, konstitusionalisme, tentang Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung, *constitutional question* dan *concrete review* dan *abstract review*.

2.2.1 Pengertian Konstitusi

Constitutio (Latin) yang memiliki pengertian *ius* atau *jus* yang berarti hukum dan prinsip. Misalnya, di negara Prancis konstitusi dibedakan menjadi 2 (dua) ciri, *Droit Constitutionnelle* dan *Loi Constitutionnelle*, ciri pertama yaitu *Droit Constitutionnelle* istilah yang mendeskripsikan konstitusi secara abstrak, ciri kedua *Loi Constitutionnelle* yaitu istilah yang digunakan untuk menunjukkan bahwa konstitusi telah dituangkan ke dalam sebuah naskah tertulis. pengertian *constitution* dalam kamus *Oxford Dictionary of Law* bahwa:

“The rule and practice that determine the composition and functions of the organs of the central and local government in a state and regulate the relationship between individual and the state” (Artinya, konstitusi sebagai aturan dan praktik yang menentukan komposisi dan fungsi dari organ-organ pemerintah pusat dan daerah pada suatu negara dan mengatur tentang hubungan antara perseorangan dan negara).⁴⁸

⁴⁸ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Rajawali Pers, 2013, h. 95-96.

Menurut Philips Hood and Jackson sebagaimana telah dikutip oleh Jimly Asshiddiqie dalam bukunya *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia* bahwa:

“a body of laws, customs and conventions that define the composition and powers of the organs of the state and that regulate the relations of the various state organs to one another and to the private citizens” (Artinya, badan hukum, adat istiadat dan konvensi yang mendefinisikan komposisi dan kekuatan organ-organ negara dan mengatur hubungan berbagai organ negara satu sama lain dan kepada warga negara).⁴⁹

Berdasarkan uraian di atas maka konstitusi senyatanya melahirkan lembaga atau organ-organ negara yang kewenangan diatur melalui konstitusi itu sendiri. Misalnya, di Indonesia Mahkamah Konstitusi lahir karena perintah konstitusi yang kemudian kewenangannya diatur lebih lanjut dalam isi Pasal 24C Undang-Undang Republik Indonesia Tahun 1945.

Menurut I Dewa Gede Palguna, bahwa secara umum, konstitusi diberi pengertian sebagai suatu sistem hukum dan prinsip-prinsip dasar yang membentuk hakikat, fungsi, dan pembatasan-pembatasan terhadap pemerintah atau lembaga lain. Menurut Wade dan Phillips pengertian konstitusi merujuk pada:

“By a constitution is normally meant a document having a special legal sanctity which sets out the framework and the principal functions of the organs of government of a state and declares the principles governing the operation of those organs”. (Artinya, konstitusi biasanya berarti dokumen yang memiliki kesucial hukum secara khusus yang menetapkan kerangka kerja dan fungsi utama organ-organ pemerintah negara dan prinsip-prinsip yang mengatur pelaksanaan organ-organ tersebut).⁵⁰

Pendapat Wade dan Philips tersebut, berpandangan bahwa konstitusi merupakan dokumen yang memiliki kesakralan tertentu, yang kemudian berfungsi untuk mengatur kerangka kerja dan fungsi-fungsi dari organ pemerintah. Namun, sangat jelas bahwa yang disebut konstitusi disana adalah konstitusi yang dimaknai sebagai dokumen yang tertulis. Pertanyaan dapat diajukan terhadap konstitusi yang tidak tertulis, bagaimana catatan penting dan konsekuensi dari hal tersebut? Konsekuensi yang ditemukan dari keadaan konstitusi tidak tertulis, bahwa tidak satupun organ

⁴⁹ Jimly Asshiddiqe, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2018 h. 17.

⁵⁰ I.D.G. Palguna, *Mahkamah Konstitusi: Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan dengan Negara Lain*, Jakarta: Konstitusi Press, 2018, h. 13.

pemerintah ataupun fungsi-fungsinya dapat terlindungi dari perubahan hukum melalui persyaratan-persyaratan yang dikehendaki oleh konstitusi tersebut.⁵¹ Namun, dalam hal yang demikian, terhadap perubahan hukum ataupun amandemen konstitusi, maka eksekutif dan parlemen tidak terikat pada formalitas yang berbelit-belit, lebih lagi misalnya terjadi hal-hal yang genting dan mendesak.

Catatan pentingnya yaitu, tidak perlu kemudian seseorang terjebak dalam pembahasan atas “konstitusi tertulis” atau “konstitusi tidak tertulis”. Menurut Hilaire Barnett sebagaimana dikutip oleh I.D.G Palguna menurutnya, hal yang demikian, “terlalu sempit sebab tidak menjelaskan keseluruhan cerita tentang konstitusi dan juga tidak menjadikan konstitusi lebih mudah dipahami oleh mereka yang bermaksud memahaminya”.⁵² Menurut penulis, bahwa konstitusi tertulis berisikan ketentuan-ketentuan dasar dan seluruh nilai yang mendeskripsikan konstitusi tersebut, namun, terhadap kejadian praktik dan empirik, menghendaki konstitusi dipahami dengan metode penafsiran yang relevan untuk menjawab kenyataan yang selalu dinamis. Sehingga, secara singkat, pilihan ditujukan pada pemilihan terhadap konstitusi tertulis, karena hal yang demikian akan mengedepankan prinsip kepastian hukum (*legal certainty*).

Menurut Richard S. Kay sebagaimana dikutip oleh I.D.G Palguna bahwa konstitusi harus selalu kembali kepada tujuannya yaitu untuk selalu menjaga pemerintahan agar tetap tertib (*to keep a government in order*).⁵³ Berdasarkan uraian tersebut di atas, menunjukkan bahwa kekuasaan negara harus dibatasi, dalam artian bahwa kekuasaan tidak boleh hanya terpusat pada individu atau golongan tertentu saja. Penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia harus selalu didahulukan, mengingat tujuan konstitusi adalah untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara. Urgensi pembatasan kekuasaan ini yaitu, karena mengingat bahwa negara adalah organisasi kekuasaan yang memiliki kecenderungan untuk melakukan tindakan kesewenang-wenangan dengan instrument kekuasaan yang ada. Kondisi yang demikian menjadi logis mengingat pendapat Lord Acton menyatakan: “*power tends to corrupt, absolute power corrupt absolutely*”.⁵⁴

⁵¹ *Ibid.*, h. 14.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, h.17.

⁵⁴ Muhammad Bahrul Ulum, *Mekanisme Pemakzulan Presiden dan/atau Wakil Presiden Menurut UUD 1945 (Antara Realitas Politik dan Penegakan Konstitusi)*, Jurnal Konstitusi, Volume 7, Nomor 4, 2010. h. 139.

Menurut Djokosoetanto sebagaimana di kutip oleh M. Laica Marzuki, dirinya memberikan perhatian yang lebih terhadap pemahaman konstitusi secara kontekstual yaitu sebagai berikut:

1. Konstitusi dalam makna materil (*constitutie in materiele zin*), berpaut dengan *gekwalficeerde naar de inhoud*, yaitu dititikberatkan pada isi konstitusi yang memuat dasar (*grondslagen*) dari struktur (*inrichting*) dan fungsi (*administratie*) negara.
2. Konstitusi dalam makna formal (*constitutie in formele zin*), berpaut dengan *gekwalficeerde naar de maker*, yaitu dititikbertkan pada cara dan prosedur tertentu dari pembuatannya.
3. Konstitusi dalam makna UUD (*grondwet*) selaku pembuktian (*constitutie als bewijsbaar*, agar menciptakan stabilitas (*voor stabiliteit*) perlu dinaskahkan dalam wujud UUD atau *Grondwet*.⁵⁵

Tujuan pemahaman ini tentunya memberikan sinyal agar ketiga hal tersebut di atas, tidak di campur-adukkan, misalnya, tidak logis jika membaurkan konstitusi dalam arti formal dengan konstitusi dalam bentuk dokumen atau naskah konstitusi (UUD 1945).

2.2.2 Pengertian Konstitusionalisme

Pemaknaan konstitusionalisme sejatinya tentu merupakan pecahan arus pemikiran tentang konstitusi itu sendiri. Pengertian konstitusionalisme yaitu:

“Constitutionalism implements the rule of laws; it brings about predictability and security in the relations of individuals and the government by defining in the power and limit of that government” (Artinya, konstitusionalisme mengatur penyelenggaraan *“rule of law”* (dalam artian bentuk negara); konstitusionalisme menghadirkan kemampuan untuk memprediksi dan rasa aman dalam hubungan individu dengan pemerintah, karena terdapat pembatasan kekuasaan dalam penyelenggaraan pemerintahan).⁵⁶

Pengertian yang demikian, secara nyata mengandung unsur pembatasan kekuasaan negara (*the limited state authority*), sehingga, *constitutionalism* atau

⁵⁵ M. Laica Marzuki, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, Jurnal Konstitusi, Volume 7, Nomor 4, 2010, h. 3.

⁵⁶ *Ibid.*, h. 4.

konstitusionalisme menghendaki adanya pembatasan kekuasaan dari organ-organ negara agar tidak sewenang-wenang dalam penyelenggaraan pemerintahan.

Menurut pendapat M. Laica Marzuki pemberlakuan paham konstitusionalisme dalam konstitusi (UD 1945) tidak terlepas dan terbatas pada:

1. Sistem *separation of power* atau *distribution of Power* yang disertai *checks and balances*;
2. Sistem Kekuasaan Peradilan yang merdeka dan mandiri, utamanya lebih memberdayakan peradilan administrasi;
3. Pengakuan hak-hak sipil dan politik warga, utamanya yang berkaitan dengan pemilihan umum dan pemilukada;
4. Pembatasan masa jabatan-jabatan publik dalam negara; dan
5. Memberikan kewenangan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) bagi Mahkamah Konstitusi.⁵⁷

Menurut H. Hamilton sebagaimana dikutip oleh Jimly Asshiddiqie pada tahun 1930 menyatakan bahwa “*constitutionalism is the name given to the trust which men repose in the power of words engrossed on parchment to keep a government in order*”⁵⁸ (Artinya, konstitusionalisme adalah nama yang diberikan untuk kepercayaan yang diletakkan orang pada kekuatan kata-kata yang terukir di perkamen (kertas kulit) untuk menjaga ketertiban pemerintah). Pengertian ini hampir serupa dengan uraian-uraian sebelumnya, namun yang menarik terletak pada kalimat *in power of word*, dalam artian konstitusionalisme merupakan kata-kata atau kalimat yang tidak biasa, karena memiliki kekuatan yang sedemikian rupa untuk mengatur dinamika kekuasaan pemerintah dalam menjalankan fungsinya di suatu negara.

Menurut C.J. Friedrich konstitusionalisme yaitu “*constitutionalism is an institutionalized system of effective, regularized restraints upon governmental action*”⁵⁹ (Artinya, konstitusionalisme adalah sistem kelembagaan yang efektif, diatur untuk membatasi tindakan pemerintah). Berdasarkan uraian tersebut di atas, niscaya konstitusionalisme tidak hanya sekedar pemahaman yang ingin membatasi tindakan pemerintahan/penguasa, tetapi menghendaki pemahaman tersebut menjadi lembaga yang mampu melindungi hak warga negara dan membatasi fungsi pemerintah dalam penyelenggaraan negara. Di era modern ini, kelembagaan konstitusionalisme, menghadirkan lembaga atau institusi yang tugas pokok dan fungsinya adalah untuk

⁵⁷ *Ibid.*, h. 5-6.

⁵⁸ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme, Op.Cit.*, h. 19.

⁵⁹ *Ibid.*, h. 20.

menegakkan hukum konstitusi itu sendiri, yaitu Mahkamah Konstitusi (*constitutional court*).

Menjamin tegaknya hukum dan konstitusi tentunya merupakan tujuan politik yang dikehendaki oleh setiap umat manusia, sehingga dalam mewujudkan cita-cita negara yang diidealkan oleh masyarakat politik berbasis pada kesepakatan bersama (*consensus; general agreement*). Menurut Jimly Asshiddiqie dalam bukunya yang berjudul “Konstitusi & Konstitusionalisme” berpendapat, bahwa kesepakatan atau konsensus untuk menjamin tegaknya konstitusionalisme di zaman modern didasarkan pada 3 (tiga) indikator yang mendasar yaitu:

1. Kesepakatan tentang tujuan atau cita-cita bersama (*general goals of society or general acceptance of the same philosophy of government*);
2. Kesepakatan tentang *the rule of law* sebagai landasan pemerintahan atau penyelenggaraan negara (*the basis of government*); dan
3. Kesepakatan tentang bentuk institusi dan prosedur ketatanegaraan (*the form of institutions and procedures*).⁶⁰

Berdasarkan tiga elemen dasar tersebut di atas, konsensus *pertama*, menjelaskan hal-hal yang berkenaan dengan cita-cita yang disepakati oleh masyarakat ataupun negara untuk menegakkan konstitusi dan konstitusionalisme tersebut. Berdampingan dengan cita-cita tersebut di atas, ada bagian yang tidak terpisahkan dari tujuan/cita bersama bangsa ini yaitu Pancasila. Pancasila sebagai *filosofishe gronslag*, tidak terbatas sebagai prinsip abstrak semata, namun dikehendaki menghasilkan daya kerja yang berfungsi untuk memaksimalkan pelaksanaan negara dan sistem-sistemnya.

Menurut Roeslan Saleh fungsi Pancasila adalah sebagai sumber segala sumber hukum, dan Pancasila berkedudukan sebagai:

1. Ideologi Hukum Indonesia;
2. Kumpulan nilai-nilai yang harus berada di belakang keseluruhan hukum Indonesia;
3. Asas-asas yang harus diikuti sebagai petunjuk dalam mengadakan pilihan hukum di Indonesia; dan
4. Sebagai suatu pernyataan dari nilai kejiwaan dan keinginan bangsa Indonesia, juga dalam hukumnya.⁶¹

⁶⁰ *Ibid.*, h. 21.

⁶¹ Fais Yonas Bo'a, *Pancasila sebagai Sumber Hukum dalam Sistem Hukum Nasional*, Jurnal Konstitusi, Volume 15, Nomor 1, 2018, h. 34-35.

Konsensus *kedua*, yaitu *the rule of law*, asas ini juga tidak kalah pentingnya dalam memahami konstusionalisme. Karena prinsip yang demikian, niscaya sebagai aturan main dalam konteks penyelenggaraan negara dan menjadi kesepakatan bersama bahwa hukumlah yang memerintah manusia. Istilah yang biasa digunakan untuk menggambarkan prinsip ini disebut *the rule of law*, prinsip ini di pelopori oleh A.V. Dicey, bahkan di negara Amerika Serikat hal ini dikembangkan menjadi jargon yang disebut “*The Rule of Law, and not of Man*”, memberi pemahaman bahwa hukumlah yang sebenarnya memimpin suatu negara bukan manusia.⁶²

Kesepakatan *ketiga*, yaitu menunjuk pada kesepakatan bersama terkait dengan lembaga atau institusi pemerintahan dalam menata suatu negara, yang aturannya meliputi: mengatur tentang wewenang tiap-tiap organ pemerintah; hubungan antara organ negara satu dengan organ negara lainnya; dan hubungan organ-organ negara dengan warga negaranya. Konsep ini ingin mewujudkan keinginan suatu negara dalam berkonstitusi (*constitutional state*), bagaimana kemudian membangun sistem dan mekanisme dalam suatu negara yang disepakati bersama dalam suatu konstitusi, sehingga hal ini harus dianggap suci/sakral keberadaannya dan harus berlaku untuk jangka waktu yang sangat lama. Kedudukan dari konstitusi itu sendiri tentu tidak setara dengan undang-undang lain yang dapat saja berubah-ubah sewaktu-waktu. Walaupun demikian, kesakralan konstitusi tentu tidak diartikan dalam pengertian bahwa konstitusi itu sama sekali tidak boleh diubah-ubah, hemat penulis, karena sifat konstitusi lahir dari kesepakatan (*consensus*), maka konsekuensi logisnya, konstitusi dapat juga di amandemen karena kesepakatan bersama pula, dengan mengikuti ketentuan dan syarat mengenai tata cara amandemen itu sendiri.

Berdasarkan uraian-uraian tersebut di atas, maka dapat ditemukan bahwa ketiga kesepakatan-kesepakatan tersebut, pada intinya menghendaki adanya pengaturan dan pembatasan kekuasaan. Sehingga, konstusionalisme modern pada pokoknya adalah untuk mengajarkan dan memahami mengenai pembatasan kekuasaan pemerintah (*limited government*).

Menurut William G. Andrews “*Under constitutionalism, two types of limitations impinge on government. Power proscribe and procedures prescribed*”⁶³ (Artinya, mengenai konstusionalisme, terdapat dua tipe mengenai pembatasan pemerintah. Batasan kekuasaan dan prosedur yang telah ditentukan). Dengan demikian, dapat di tarik suatu kesimpulan bahwa, konstusionalisme itu, setidak-tidaknya berisikan tentang pengaturan (*regularized*) dan pembatasan (*limitation*) suatu kekuasaan. Oleh

⁶² Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstusionalisme*, *Loc.cit*, h.22.

⁶³ *Ibid.*, h. 24.

karena itu, untuk menilai konstitusional atau inkonstitusional suatu tindakan pemerintah/penguasa dalam pelaksanaan penyelenggaraan negara yaitu berdasarkan:

1. Bahwa pelaksanaan kekuasaan harus dalam batas-batas ketentuan undang-undang yang diberikan oleh parlemen terhadap mereka yang diberi kekuasaan itu – konsep *intra vires* – dan mereka yang melaksanakan kekuasaan itu bertanggung jawab kepada hukum;
2. Pelaksanaan kekuasaan – terlepas dari kewenangan hukum – harus sesuai dengan gagasan penghormatan terhadap individu dan hak-hak perorangan warga negara;
3. Bahwa kekuasaan yang diberikan kepada lembaga-lembaga dalam suatu negara – apakah lembaga legislatif, eksekutif, maupun yudisial – harus disebar dengan tepat di antara berbagai macam lembaga negara tersebut guna menghindari terjadinya penyalahgunaan kekuasaan; dan
4. Bahwa pemerintah, dalam merumuskan kebijakan, dan badan legislatif, dalam mengesahkan kebijakan tersebut, bertanggung jawab kepada pemilih yang memberi mereka kepercayaan untuk memegang kekuasaan itu.⁶⁴

Berdasarkan keempat syarat tersebut di atas, sebenarnya ditujukan untuk memberikan perlindungan yang maksimal terhadap hak-hak konstitusional warga negara yang dilindungi oleh konstitusi itu sendiri. Di lain sisi, batasan-batasan terhadap kekuasaan yang dimiliki oleh organ-organ negara yang diberi oleh konstitusi yaitu semata-mata untuk mewujudkan penyelenggaraan negara yang baik (*good governance*) dan suatu *check and balances*.

Memandang bahwa konstitusi dan konstitusionalisme merupakan dua hal yang tidak terpisahkan untuk memahaminya, sebagaimana telah di uraikan pada bab-bab sebelumnya, oleh karena itu, dianggap perlu untuk mengetahui: Apakah sebenarnya fungsi dari konstitusi itu sendiri, Menurut Jimly Asshiddiqie bahwa fungsi-fungsi konstitusi itu meliputi:

1. Fungsi penentu dan pembatas kekuasaan organ negara;
2. Fungsi penguatur hubungan kekuasaan antara organ negara;
3. Fungsi pengatur hubungan kekuasaan antar organ negara dengan warga negara;
4. Fungsi pemberi atau sumber legitimasi terhadap kekuasaan negara ataupun kegiatan penyelenggaraan kekuasaan negara;

⁶⁴ I.D.G. Palguna, *Loc.cit*, h. 20.

5. Fungsi penyalur atau pengalih kewenangan dari sumber kekuasaan yang asli (yang dalam sistem demokrasi adalah rakyat) kepada organ negara;
6. Fungsi simbolik sebagai pemersatu (*symbol of unity*);
7. Fungsi simbolik sebagai rujukan identitas dan keagungan kebangsaan (*identity of nation*);
8. Fungsi simbolik sebagai pusat upacara (*center of ceremony*);
9. Fungsi sebagai sarana pengendalian masyarakat (*social control*), baik dalam arti sempit hanya di bidang politik maupun dalam arti luas mencakup bidang sosial dan ekonomi; dan
10. Fungsi sebagai sarana perekayasa dan pembaharuan masyarakat (*social engineering* atau *social reform*), baik dalam arti sempit maupun dalam arti luas.⁶⁵

2.2.3 Mahkamah Agung

Mahkamah Agung adalah wadah bagi warga negara untuk mencari keadilan hukum, sehingga pada hakikatnya Mahkamah Agung memberikan keadilan disebabkan adanya tuntutan warga negara terhadap klaim atas hak mereka. Mahkamah Agung terdiri dari beberapa lingkungan peradilan lainnya, sebagaimana termaktub dalam isi Pasal 24 Ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 berbunyi: "... *Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara...*".

Menurut Abdul Rasyid Thalib, sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman Mahkamah Agung memiliki fungsi-fungsi yang melekat padanya, fungsi itu meliputi:

- a) Fungsi (pokok) mengadili (*recthtsprekende functie*) meliputi:
 - 1) Fungsi peradilan kasasi;
 - 2) Fungsi peradilan untuk sengketa kewenangan mengadili dan sengketa perampasan kapa lasing;
 - 3) Fungsi peninjauan kembali (PK); dan
 - 4) Fungsi hak menguji material (*materieel toetsingrecht*).
- b) Fungsi administratif meliputi: organisasi, administrasi, dan keuangan yang terdiri dari:
 - 1) Fungsi pengawasan (*toeziende functie*) mencakup bidang:
 - a. masalah teknis peradilan;

⁶⁵ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme, Loc.Cit.*, h. 28.

- b. terhadap perbuatan hukum dan perilaku para hakim serta pejabat kepaniteraan; dan
 - c. terhadap administrasi peradilan.
- 2) Fungsi pengaturan (*regelende funtie rule making power*).
- c) Fungsi yang bersifat ketatanegaraan meliputi:
 - 1) Fungsi penasihat (*advieserende functie*);
 - 2) Fungsi pengawasan partai politik;
 - 3) Fungsi pengawasan pemilu;
 - 4) Fungsi penyelesaian perselisihan antar daerah.⁶⁶

Mengenai kewenangan untuk melakukan *judicial review*, Mahkamah Agung berdasarkan Pasal 24A Ayat (1) UUD NRI 1945 berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.

Pasal 31A Ayat (1) UU No. 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung menyatakan, bahwa permohonan mengenai pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dapat diajukan langsung oleh pemohon atau kuasanya pada Mahkamah Agung. Sedangkan mengenai pemohon yang memiliki *legal standing* undang mengajukan permohonan lebih lanjut diatur dalam ketentuan Pasal 31A Ayat (2).

Pasal 31A Ayat (3) huruf a, b, dan c UU No. 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung mengatur tentang perihal yang menjadi dasar permohonan pengujian harus diuraikan secara jelas oleh pemohon, yang sekurang-kurangnya meliputi: *Pertama*, menguraikan identitas pemohon. *Kedua*, pemohon menguraikan materi muatan ayat, pasal atau bagian dari peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi; dan/atau pembentuk peraturan perundang-undangan tidak memenuhi ketentuan yang berlaku. *Ketiga*, menguraikan terkait hal-hal yang dimintakan untuk diputus.

Perlu diketahui, bahwa terdapat titik singgung antara Mahkamah Agung dengan Mahkamah Konstitusi ketika sedang melangsungkan *judicial review*. Persinggungan yang dimaksud adalah, terjadinya keadaan dimana Ketika Mahkamah Agung menguji peraturan perundang-undangan terhadap undang-undang, peraturan perundang-undangan yang sama pula sedang di *judicial review* di Mahkamah Konstitusi. Secara normatif hal tersebut telah terjawab merujuk pada Pasal 55 Undang-Undang No. 7 Tahun 2020 Perubahan Ketiga Atas Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang

⁶⁶ Abdul Rasyid Thalib, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006, h. 183.

Mahkamah Konstitusi berbunyi: “Pengujian peraturan perundang-undangan di bawah Undang-undang yang sedang dilakukan oleh Mahkamah Agung wajib dihentikan apabila Undang-Undang yang menjadi dasar pengujian peraturan tersebut sedang dalam proses pengujian Mahkamah Konstitusi sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi”.⁶⁷ Dengan hal yang demikian, secara prinsip, kedua lembaga tersebut memiliki tujuan yang sama dalam penyelenggaraan peradilan di Indonesia yaitu untuk menegakkan hukum dan keadilan. Sehingga dalam konteks mencapai tujuan tersebut, kedua lembaga ini seperti dua mata koin yang tidak terpisahkan satu dengan lainnya, Mahkamah Konstitusi sebagai *court of law*, sedangkan Mahkamah Agung sebagai *court of justice*.⁶⁸

Karena nantinya akan disinggung juga mengenai *Supreme Court* Amerika Serikat, maka secara singkat akan dijelaskan juga mengenai Mahkamah Agung Amerika Serikat pada bagian ini. *Supreme Court AS* memiliki keunikan tersendiri dalam pengujian konstitusional disamping sebagai pengemban kewajiban penegakan hukum. Pengujian konstitusional yang paling fenomenal yaitu pada kasus *Marbury versus Madison* (1803), dimana *Supreme Court* Amerika Serikat melakukan *judicial review* walaupun disadari tidak terdapat landasan atau aturan yang jelas mengenai pengaturan kewenangannya. Di sisi lain, sebagai informasi, *judicial review* di Amerika Serikat menggunakan model pengujian terdesentralisasi atau pengujian tersebar (*a decentralized or diffuse or dispersed review*). Ciri utama dari model ini adalah, pengujian konstitusional hanya dapat dilakukan apabila terkait dengan kasus konkret di pengadilan dan pengujiannya pun dilakukan oleh hakim yang sedang menangani kasus konkretnya itu sendiri.⁶⁹

2.2.4 Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi sejatinya merupakan ujung tombak penegakan hukum dan konstitusi, karena di lembaga inilah setiap warga negara dapat mempertahankan hak-hak konstitusionalnya. Kehadiran lembaga Mahkamah Konstitusi sangatlah fenomenal, karena selain menjadi lembaga kekuasaan kehakiman yang baru, namun juga sebagai pelaksana prinsip demokrasi dan negara hukum.

⁶⁷ Saldi Isra, *Titik Singgung Wewenang Mahkamah Agung dengan Mahkamah Konstitusi*, Jurnal Hukum dan Peradilan, Volume 4, Nomor 1, 2015. h. 24.

⁶⁸ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme*, *Loc.cit.* h. 199.

⁶⁹ Arief Ainul Yaqin, *Op.Cit.*, h. 11.

Terlepas dari perkembangan penemuan dan penelitian hadirnya gagasan dan pelembagaan Mahkamah Konstitusi, bahkan terdapat ahli yang menarik sejarah *constitutional review* hingga masa Yunani kuno dan pemikiran abad ke-19. Arus utama untuk memahami kehadiran konstitusi adalah dengan mengingat putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam kasus Marbury versus Madison pada tahun 1803.⁷⁰ Secara singkat, kasus ini adalah soal pengangkatan sejumlah *justice of peace*, Adams menjelang akhir jabatannya sebagai presiden mengangkat 42 *justice of peace* dengan surat keputusan pengangkatan, pada saat itu surat-surat tersebut belum tersampaikan kepada orang-orang yang bersangkutan, karena Thomas Jefferson (presiden yang baru) memerintahkan James Madison untuk menahan surat keputusan itu, salah satunya yang surat keputusannya di tahan yaitu William Marbury. Sehingga Marbury dan kawan-kawan mengajukan permohonan kepada Mahkamah Agung Amerika Serikat agar mengeluarkan keputusan *writ of mandamus*, yang bertujuan untuk memerintahkan James Madison untuk menyerahkan surat keputusan pengangkatan Marbury dan kawan-kawannya.⁷¹

John Marshall dalam argumennya pada perkara Marbury Versus Madison menyatakan:

“It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is...” the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is the very essence of judicial duty. (Artinya, ini adalah tanggung jawab dan tugas departemen peradilan untuk mengatakan apa hukumnya...” pengadilan harus memutuskan aturan yang mana yang bertentangan yang mengatur kasus ini. Ini adalah inti dari tugas peradilan).⁷²

Berdasarkan argumentasi ini, Marshall menolak permohonan Marbury dan kawan-kawannya yang meminta agar Mahkamah Agung Amerika Serikat untuk mengeluarkan *mandamus*, karena permohonan tersebut didasarkan pada *Judiciary Act 1789* yang ternyata bertentangan dengan konstitusi.

Pertentangan yang demikian, menggiring Marshall yang pada opininya mengatakan: *“an act of the legislature, repugnant to the Constitution, is void”*⁷³ (Artinya, setiap peraturan dari legislatif, yang bertentangan dengan konstitusi, tidak berlaku). Oleh karena itu, perkembangan putusan MA Amerika Serikat tersebut

⁷⁰ *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, Loc.cit.* h. 1.

⁷¹ I.D.G Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Loc.cit.* h. 57.

⁷² *Ibid.*, h. 61-62.

⁷³ Titon Slamet Kurnia, *Peradilan Konstitusional oleh Mahkamah Agung melalui Mekanisme Pengujian Konkret*, Jurnal Konstitusi, Volume 16, Nomor 1, 2019, h. 71.

mendorong adanya gagasan *judicial review*, gagasan ini berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung, seperti yang dikemukakan oleh Hans Kelsen pada pembaharuan konstitusi Austria 1920, didalamnya di bentuk lembaga Mahkamah Konstitusi (*Verfassungsgerichtshof*).⁷⁴

Gagasan *judicial review* di Indonesia sendiri, dimulai sejak awal perdebatan Soepomo dan M. Yamin dalam pembahasan mengenai rancangan Konstitusi Indonesia.⁷⁵ Sejarah melembaganya Mahkamah Konstitusi bermula diadopsinya ide Mahkamah Konstitusi dalam amandemen ke-tiga yang dilakukan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) pada tahun 2001, ide tersebut merupakan perkembangan dan terobosan yang baru dalam ketatanegaraan di Indonesia saat itu. Secara normatif, kewenangan Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24C UUD NRI Tahun 1945 yaitu berwenang untuk:

- a. Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- b. Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- c. Memutus pembubaran partai politik.
- d. Memutus perselisihan hasil pemilihan umum.⁷⁶
- e. Berkewajiban memberikan 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 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.⁷⁷

Melihat kewenangan tersebut di atas, serta kehadiran gagasan *judicial review* di Mahkamah Konstitusi, hal ini disambut baik oleh pencari dan penggiat keadilan hukum karena warga negara dapat mengajukan uji materiil terhadap undang-undang tertentu yang diduga melanggar hak konstitusional warga negara. Uji materiil di Mahkamah Konstitusi tidak lain adalah untuk melindungi hak asasi manusia yang oleh

⁷⁴ *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, Loc.cit*, h. 3.

⁷⁵ Bambang Sutiyoso, *Pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai Pelaku Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Jurnal Konstitusi, Volume 7, Nomor 6, 2020, h, 27

⁷⁶ *Ibid.*, h. 30.

⁷⁷ R. Abdoel Djamali, *Pengantar Hukum Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, 2014, h. 211.

UUD NRI 1945 dilindungi. Dengan demikian, maka fungsi dari Mahkamah Konstitusi yaitu:

1. Mahkamah Konstitusi sebagai ujung tombak dari konstitusi, yaitu sebagai pengawal dari konstitusi itu sendiri atau disebut dengan istilah *the guardian of the constitution*;
2. Mahkamah Konstitusi sebagai penafsir final atau penafsir tunggal, dalam artian, untuk menghindari multitafsir atau tafsir ganda dikalangan masyarakat ataupun pemerintah, yang disebut dengan istilah *the final interpreter of the constitution*;
3. Mahkamah Konstitusi sebagai pelindung dari setiap hak asasi warga negara Indonesia yang telah dilindungi, diberi legalitas dan legitimasi dari undang-undang dasar atau yang disebut dengan istilah *the protector of the human rights*;
4. Mahkamah Konstitusi memiliki fungsi sebagai pelindung hak konstitusional setiap warga negara atau disebut dengan istilah *the protector of the citizens*; dan
5. Mahkamah Konstitusi sebagai pelindung dari kebebasan demokrasi setiap masyarakat Indonesia atau yang disebut dengan istilah *the protector of the democracy*.⁷⁸

Berdasarkan fungsi-fungsi tersebut diatas, Mahkamah Konstitusi berdasarkan kewenangannya yang diatur pada Pasal 24C UUD NRI 1945, khususnya mengenai pengujian undang-undang terhadap UUD, diharapkan memaksimalkan fungsi-fungsinya dalam mengawal hak-hak konstitusional warga negara.

Karena nantinya akan disinggung mengenai Mahkamah Konstitusi Jerman dan Austria, maka hemat penulis, gambaran mengenai kewenangan, pengaturan, dan praktik pengujian konstitusional (khususnya mengenai *constitutional question*) pada negara Jerman dan Austria akan dibahas secara menyeluruh pada bab pembahasan.

2.2.5 Pengertian *Constitutional Question*

Menurut Moh. Mahfud M.D dalam bukunya yang berjudul “Constitutional Question, istilah *constitutional question* (pertanyaan konstitusional) terkandung dua pemaknaan didalamnya, pada artian yang umum, *constitutional question* adalah istilah

⁷⁸ Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, Op.Cit.*, h. 10.

yang merujuk pada setiap persoalan yang berkaitan dengan konstitusi (dan yang lazimnya merupakan kewenangan mahkamah konstitusi untuk memutusnya). Pada artian yang khusus, *constitutional question* merupakan suatu upaya pengajuan konstitusional untuk menguji undang-undang tertentu yang dimohonkan oleh hakim pengadilan umum (*regular court*), karena merasa ragu-ragu terhadap konstitusionalitas undang-undang yang akan diterapkan terhadap perkara tersebut, sehingga diajukanlah “pertanyaan konstitusional” di Mahkamah Konstitusi.⁷⁹

Menurut Pan Mohamad Faiz pertanyaan konstitusional (*constitutional question*) yaitu:

*“It is a mechanism that allows ordinary judges to review the constitutionality of laws or regulations being used to decide cases in ordinary court. If judges are unsure of doubtful about the constitutionality of laws or regulations being used for examining their cases, they may delay the examination and question the Constitutional Court”*⁸⁰ (Artinya, Hal ini adalah mekanisme yang memperbolehkan hakim pengadilan umum untuk menguji/meninjau kembali konstitusionalitas undang-undang atau peraturan yang digunakan dalam memutus perkara di pengadilan biasa).

Hal yang demikian terjadi apabila, hakim tidak yakin dan meragukan konstitusionalitas dari undang-undang atau peraturan yang digunakan untuk memeriksa perkara, sehingga hakim dapat menunda pemeriksaan dan bertanya kepada Mahkamah Konstitusi.

Constitutional question idealnya merupakan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menyelenggarakannya, kewenangan tersebut di desain terpisah dari organ negara lainnya, karena Mahkamah Konstitusi dikhususkan untuk menguji konstitusional norma undang-undang terhadap UUD NRI 1945. Hal ini sejalan dengan pendapat dari Hans Kelsen bahwa:

“The application of the constitutional rules concerning legislation can effectively guaranteed only if an organ other than legislative body is entrusted with the task of testing whether a law is constitutional, and of annulling it if- according to the opinion of this organ- is’s unconstitutional. There many be a special organ

⁷⁹ Moh. Mahfud MD, et.al, *Constitutional Question; Alternatif Baru Mencari Keadilan Konstitusional*, Malang: UB Press, 2010, h. 27.

⁸⁰ Pan Mohamad Faiz, *A Prospect and Challenges for Adopting Constitutional Complaint and Constitutional Question in the Indonesian Constitutional Court*, *Jurnal Constitutional Review*, 2016, Volume 2, Number 1, 2016, h. 116.

established for this purpose, for instance a special court, a so called constitutional court”

Artinya:

“Penerapan aturan-aturan konstitusional di bidang perundang-undangan (hierarki perundang-undangan) hanya dapat secara efektif di jamin apabila ada organ di luar badan legislatif yang dipercayakan untuk menguji apakah suatu undang-undang bersifat konstitusional, dan membatalkannya jika menurut pendapat organ ini undang-undang tersebut inkonstitusional. Untuk tujuan itu maka mungkin perlu dianggap perlu untuk membentuk kelembagaan khusus semacam pengadilan khusus, yang disebut Mahkamah Konstitusi”.⁸¹

Adapun negara-negara yang telah menambahkan mekanisme *constitutional question* pada kewenangan Mahkamah Konstitusi di negaranya, karena memang harus diakui pengujian konstitusional tidak hanya pada tataran abstrak saja namun pada tataran konkret (yang diajukan oleh pengadilan biasa ke Mahkamah Konstitusi), misalnya negara Jerman, Austria, Spanyol, Rusia, Korea Selatan, Kroasia, dan Thailand.

Menurut Martin Borowski mendefinisikan *constitutional question* sebagai berikut: “*In concrete review (konkrete normenkontrolle), where a court of ordinary jurisdiction (any court other than the Constitutional Court), deciding a case, is convinced that the applicable law is unconstitutional, it must refer the constitutional question to the Constitutional Court*” (Artinya: “Dalam mekanisme pengujian norma konkret, manakala hakim dari peradilan biasa sedang memutus sebuah kasus dan dia meyakini bahwa undang-undang yang akan diterapkan dalam kasus tersebut bertentangan dengan konstitusi, maka ia harus mengajukan pertanyaan konstitusional *constitutional question* kepada Mahkamah Konstitusi.”).⁸²

Berdasarkan uraian tersebut maka dapat di lihat bahwa *constitutional question* memiliki beberapa klasifikasi yaitu *pertama* diajukan oleh pengadilan biasa ke Mahkamah Konstitusi, *kedua* adanya keraguan hakim terhadap konstitusional undang-undang yang akan diterapkan dan yang *ketiga* bahwa pertanyaan konstitusional ini berada pada tataran konkret. Tentu timbul pertanyaan jika hal ini dilakukan pada kasus konkret maka akan di bawa kemana kasus tersebut nantinya.

⁸¹ Arief Ainul Yaqin, *Constitutional Question: Kewenangan Yang Terlupakan Dan Gagasan Untuk Melembagakannya Di Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sinar Grafika, 2018, h. 2.

⁸² *Ibid.*, h. 3.

Dengan pertanyaan yang demikian, tidak dalam artian menunda keadilan hukum atau dengan istilah “*justice delayed justice denied*”, sehingga pemikiran yang demikian tidak dibenarkan. Hanya saja, keadaan yang demikian, akan menambah waktu dalam proses penyelesaian perkara di pengadilan.

Tujuan dari diadopsinya *constitutional question* sebagai wewenang Mahkamah Konstitusi yaitu untuk memberikan perhatian (*respect*) dan perlindungan (*protect*) yang sangat maksimal terhadap hak-hak konstitusional setiap masyarakat yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, sehingga konstitusi tidak hanya menjadi dokumen yang berisi angan-angan yang tidak pernah terpenuhi dan dilaksanakan. Hadirnya Mahkamah Konstitusi yang berwenang untuk mengadili masalah-masalah konstitusi merupakan peran yang sangat penting dalam sistem hukum negara, karena Mahkamah Konstitusi merupakan “*The guardian of constitution*”. Sehingga, benarlah apa yang dikatakan oleh Donald Horowitz sebagaimana dikutip oleh Moh. Mahhfud MD dalam bukunya *Constitutional Question; Alternatif Baru Mencari Keadilan Konstitusional* yang menyatakan bahwa “melalui kewenangan untuk mengadili masalah-masalah yang berkaitan dengan konstitusi, sekaligus kewenangan untuk “memaksakan” penataan terhadap konstitusi, Mahkamah Konstitusi telah menjadikan konstitusi benar-benar sebagai dokumen yang hidup (*a living document*).⁸³

2.2.6 Pengertian *Concrete Review* dan *Abstract Review*

Pengertian pengujian konstitusional (*constitutional review*) secara garis besar terdiri dari dua mekanisme pengujian, yaitu pengujian norma abstrak (*abstract review*) dan pengujian norma konkret (*concrete review*). Pengujian norma konkret (*concrete review*) itulah kemudian yang selalu diistilahkan dengan sebutan *constitutional question*.⁸⁴

Menurut Arief Ainul Yaqin dalam bukunya yang berjudul “*constitutional question*” pengertian pengujian norma abstrak (*abstract review*) adalah pengujian terhadap undang-undang secara abstrak, dalam artian undang-undang yang diuji itu tidak terkait dengan suatu kasus konkret apapun di pengadilan. Sedangkan pengertian pengujian norma konkret (*concrete review*) adalah pengujian terhadap suatu undang-undang dalam kaitannya dengan suatu kasus konkret yang sedang berjalan di

⁸³ *Ibid.*, h. 30.

⁸⁴ Arief Ainul Yaqin, *Constitutional Question, Op.Cit.*, h. 39.

pengadilan.⁸⁵ Atau dengan kata lain, bahwa pengujian norma konkret selalu berangkat dari adanya suatu kasus di pengadilan, yang mana dalam proses peradilan tersebut ditemukan persoalan konstiusionalitas dari sebuah norma hukum yang digunakan sebagai dasar untuk memutus perkara itu.

Pengujian norma abstrak menurut teori dan praktik di berbagai negara, terbagi menjadi dua varian model, yaitu:

1. *a priori abstract review/preventif review/constitutional challenge*; dan
2. *posteriori abstract review*.⁸⁶

Pengertian *a priori abstract review* adalah pengujian terhadap suatu rancangan undang-undang (RUU) yang telah mendapat persetujuan dari parlemen namun belum disahkan dan diundangkan. Terhadap pengertian yang demikian, juga erat kaitannya dengan istilah *constitutional challenge*, yaitu mekanisme yang memberikan kepada pihak oposisi untuk mengajukan keberatan atas RUU yang menurutnya inkonstitusional namun telah diterima oleh suara mayoritas di parlemen. Sedangkan pengertian *posteriori abstract review*, yaitu model pengujian yang baru bisa dilakukan manakala undang-undang yang akan diuji itu telah resmi disahkan dan diundangkan.⁸⁷

Pengertian lain yang masih berkaitan istilah pengujian konstiusional yaitu pengujian formil dan pengujian materiil. Menurut Sri Soemantri definisi pengujian formil adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang misalnya, terjelma melalui cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah diatur dalam peraturan perundang-undangan atau tidak.⁸⁸

Menurut Harun Alrasid hak menguji formil adalah terkait dengan prosedur pembentukan undang-undang. Pada sisi lain, menurut Jimly Asshiddiqie pengujian formil tidak hanya terkait pada aspek pengujian proses pembentukan undang-undang, tetapi mencakup aspek bentuk undang-undang dan pemberlakuan undang-undang.⁸⁹

Pengertian pengujian materiil menurut Jimly Asshiddiqie, berkaitan dengan pertentangan materi suatu peraturan undang-undang dengan peraturan lainnya yang lebih tinggi. Lebih lanjut Maruarar Siahaan menjelaskan bahwa pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 tidak dapat hanya dilakukan terhadap pasal tertentu saja

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*, h. 40.

⁸⁸ *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, Op.Cit.*, h. 92.

⁸⁹ *Ibid.*

akan tetapi UUD 1945 harus dilihat sebagai satu kesatuan utuh terdiri dari pembukaan dan batang tubuh.⁹⁰

⁹⁰ *Ibid.*, h. 96-97.