

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

NANIK PRASETYONINGSIH

Lahir tahun 1974 di Yogyakarta. Sekolah Dasar ditempuh di SD Negeri Mejing I Gamping Sleman, Sekolah Menengah Pertama (SMP) di SMP Negeri 4 Yogyakarta, Sekolah Menengah Atas di SMA Negeri 7 Yogyakarta. Gelar Sarjana diperoleh di Jurusan Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, selanjutnya menyelesaikan gelar Master Hukum di Program Pascasarjana Universitas Padjadjaran Bandung, dan sekarang sedang menempuh Pendidikan Program Doktor di Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro. Penulis aktif meneliti dan menulis tentang isu-isu hukum. Beberapa judul penelitian yang pernah dikaji adalah: Tafsir "Aliran Kepercayaan" Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 97/PUU-XVI/2016: Kajian Dari Sudut Pandang Syariat Islam dan UUD 1945 (2018), Penguatan Sistem Presidensiil Melalui Sistem Pemilu Serentak

Dengan Sistem Multi Partai (2018), Kedudukan Gubernur Daerah Istimewa Yogyakarta Dalam Perspektif Konstitusi Dan Pugeran Keraton Daerah Istimewa Yogyakarta (2018), Penerapan Prinsip *Siyasah Syar'iyah* Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013 Tentang Pemilihan Umum Serentak Tahun 2019 (2016), dan masih banyak judul lainnya. Beberapa judul buku yang pernah dipublikasikan adalah: Politik Ketatanegaraan Indonesia (2013). Penulis aktif di beberapa organisasi di antaranya: sebagai anggota aktif di Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara, Asosiasi Pengajar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, dan Asosiasi Dosen Perbandingan Hukum. Saat ini penulis aktif mengajar sebagai dosen tetap di Jurusan Ilmu Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.

Konsep
Pengujian
Konstitusional
& Praktiknya
di Mahkamah
Konstitusi

NANIK PRASETYONINGSIH
LP3M UMY 2019

KONSEP PENGUJIAN
KONSTITUSIONAL &
PRAKTIKNYA DI MAHKAMAH
KONSTITUSI

Penulis Nanik Prasetyoningsih
Desain LP3M UMY

Cetakan I Januari 2019
Penerbit LP3M, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta
Jalan Lingkar Selatan Bantul Yogyakarta.
Telp : 0274-387656 pesawat 159

Perpustakaan Nasional RI: Katalog Dalam Terbitan (KDT)
16,5 x 24 cm, XII + 112 hlm
Yogyakarta, LP3-UMY 2018

Hak Cipta dilindungi oleh Undang-undang
Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau
Seluruh isi buku ini tanpa izin tertulis dari penerbit.

Konsep Pengujian Konstitusional & Praktiknya Di Mahkamah Konstitusi

NANIK PRASETYONINGSIH



Pengantar Penulis

Pengujian konstitusional merupakan salah satu dari sekian kewenangan Mahkamah Konstitusi yang diamanatkan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

Semenjak tahun 2003 sd tahun 2018, tercatat sebanyak 1140 perkara pengujian undang-undang teregister, dan yang telah diputuskan sebanyak 1098 perkara (<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.RekapPUU-&menu>). Di Indonesia, pengujian konstitusional juga menjadi bagian dari fungsi Mahkamah Konstitusi, dimaknai sebagai kewenangan untuk melakukan pengujian baik secara materil maupun formil suatu undang-undang terhadap undang-undang dasar, serta kewenangan untuk memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD NRI 1945.

Fokus utama buku ini adalah mengkaji pengujian konstitusional yang telah dilakukan Mahkamah Konstitusi, terutama dalam kaitannya jenis-jenis putusan Mahkamah Konstitusi dalam memutuskan perkara pengujian undang-undang. Kajian buku ini juga diperkaya dengan komparasi dengan beberapa negara dalam hal pengujian undang-undang.

Buku ini hadir untuk menambah referensi bagi pembaca yang tertarik mengkaji isu-isu konstitusional yang terjadi dan berkembang di Indonesia dan negara lain. Buku ini menjadi pegangan bagi mahasiswa yang sedang menempuh Mata kuliah Hukum Konstitusi dan Hukum Acara Mahka-

mah Konstitusi. Kajian pengujian konstitusional menjadi salah satu kajian dalam dua mata kuliah tersebut, dengan sudut pandang yang berbeda, yakni Mata Kuliah Hukum Konstitusi memandang konstitusi dari sudut pandang material, sedangkan Mata Kuliah Hukum Acara Mahkamah Konstitusi memandang isu konstitusional dari sudut pandang formal.

Kehadiran buku ini tidak luput dari budi baik beberapa pihak, antara lain Prof. Dr. Arief Hidayat, MS., dan Prof. Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum., yang memberikan masukan yang penting untuk memperkaya substansi buku ini. Penulis haturkan terima kasih yang tak terhingga untuk kedua Guru Besar tersebut. Tak lupa terima kasih yang setulus-tulusnya kepada teman-teman Dosen Hukum Tata Negara Fakultas Hukum UMY, yakni Bapak Iwan Satriawan, S.H, MCL., Ph.D., Ibu Septi Nurwijayanti, S.H., M.H., dan Mas Tanto Lailam, S.H., LL.M. Terimakasih untuk bapak dan ibu, atas dukungan dan motivasinya kepada Penulis. Terima kasih yang sebesar-besarnya kepada LP3M UMY, Dekan Fakultas Hukum, dan Ketua Program Studi Ilmu Hukum yang telah dengan sangat baik memfasilitasi Penulis dalam penulisan buku ini.

Buku ini hadir juga tidak terlepas dari setiap untaian doa Ibunda Sunarti di dalam setiap sujudnya, dan dukungan dari suami, Ir. Fathul Qadir dan Ananda M. Fitriano Aufa Ashary. Terima kasih atas pengertian, kesabaran, pengorbanan, dan dukungan kepada Penulis. Akhirnya, hanya kepada Allah SWT Penulis haturkan kembali segala kemuliaan, keikhlasan, kelembutan, dan kebaikan hati para Guru Penulis, Keluarga Penulis, Sahabat Penulis dan Murid-murid Penulis. Semoga Allah selalu melimpahkan kesehatan, kebahagiaan, keselamatan, dan keberkahan, serta meninggikan derajatnya. Akhirnya Penulis berharap, Ya Allah, jadikanlah karya ini berkah bagi penulis, dan bagi siapapun yang memanfaatkannya. Amin.

Yogyakarta, Januari 2018.
NANIK PRASETYONINGSIH

Sambutan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Pengujian konstitusional merupakan salah satu aspek fungsi *checks and balances*. Legitimasi pengujian konstitusional (*constitutional review*) tergantung pada apresiasi yang tepat atas peran pengadilan dan legislatif dalam pemerintahan (Dimitrios Kyritsis). Legislatif merupakan nilai representasi demokratis, dengan tugas untuk menetapkan undang-undang. Dengan independensi kekuasaan kehakiman, pengadilan diperlengkapi dengan baik untuk memeriksa undang-undang yang telah dibuat oleh legislatif, sementara pada saat yang sama, menghormati kontribusi penting legislatif.

Pasca pemerintahan otoriter selama puluhan tahun, Asia Timur telah mengalami gelombang demokratisasi sejak pertengahan 1980an. Transisi menuju struktur politik yang lebih terbuka telah dilakukan di Korea Selatan, Taiwan, Thailand, Mongolia dan Indonesia (Tom Ginsburg). Transisi politik ini disertai oleh fenomena penting, yakni dengan munculnya pengadilan konstitusional (Mahkamah Konstitusi) yang kuat di wilayah ini. Setidaknya di empat negara, Indonesia, Thailand, Korea Selatan dan Mongolia,

pengadilan konstitusional yang dibuat selama transisi demokrasi telah muncul sebagai hambatan nyata pada otoritas politik otoriter (Tom Ginsburg). Pengadilan konstitusi menjadi preseden sebagai pengadilan aktif yang melindungi hak atau campur tangan terhadap tindakan negara (M. Jacobsen).

Pengujian konstitusional memberikan hakim kemampuan untuk menjaga konstitusi, dalam beberapa dekade terakhir telah menyebar ke seluruh dunia. Sekitar 38% dari semua sistem konstitusional pada tahun 1951 telah menetapkan pengujian konstitusional, dan pada tahun 2011 meningkat menjadi 83% konstitusi dunia telah memberi pengadilan wewenang untuk mengawasi pelaksanaan konstitusi dan untuk membatalkan undang-undang yang tidak sesuai dengan konstitusi (*constitutional incompatibility*) (Tom Ginsburg dan Mila Versteeg).

Pengujian konstitusional di negara yang baru didemokratisasikan di Asia Timur tersebut menunjukkan kinerja aktual, bahwa selama dua dekade terakhir, pengadilan konstitusional telah memainkan peran politik yang semakin penting di Korea Selatan, Taiwan dan Indonesia. Pengadilan konstitusional di ketiga negara ini lebih aktif dalam mengimbangi kekuasaan eksekutif dan legislatif daripada sebelumnya (Aurel Croissant). Pengembangan pengujian konstitusional dalam hukum konstitusional modern bertujuan untuk pengendalian konstitusionalitas, dalam arti sebagai sarana untuk mengawasi dan menjamin pelaksanaan ketentuan konstitusi yang efektif (Mauro Cappelletti). Menurut Cappelletti (1971) terdapat perbedaan antara pengendalian politik dan pengendalian yudisial atas konstitusionalitas. Pengendalian politik dilakukan oleh organ politik atau non-peradilan negara. Pengendalian yudisial atas konstitusionalitas, atau *Verfassungsgerichtsbarkeit* di Jerman, dilakukan oleh pengadilan. Sedangkan pengendalian yudisial atas konstitusionalitas dilakukan dengan pengujian konstitusionalitas undang-undang yang ditetapkan oleh Parlemen (Mauro Cappelletti). Pengujian konstitusional menjadi mekanisme yang dapat dibenarkan untuk menjamin hak-hak minoritas yang tercantum dalam Konstitusi melawan kehendak mayoritas dan perubahan proses legislatif (Christopher F. Zurn).

Menurut John Austin penegakan norma konstitusi berbeda dengan penegakan hukum biasa. Dalam penegakan hukum biasa proses pengadilan yang diikuti oleh putusan pengadilan dianggap sebagai sarana utama penegakannya saat terjadi perselisihan atau kejahatan. Sedangkan dalam

penegakan norma konstitusi dimaksudkan untuk mengikat organ politik negara, mengingat terkadang tidak ada sanksi yang jelas yang tersedia bahkan jika pemerintah bertindak melanggar norma konstitusional (Albert H.Y. Chen).

Demokrasi adalah idealisme politik yang kuat. Hal ini secara luas dianggap sebagai unsur penting untuk legitimasi politik. Maka tidak mengherankan bila hal itu menarik perhatian begitu besar dalam kasus praktik pengujian konstitusional terhadap keputusan legislatif untuk menguji kompatibilitasnya dengan hak-hak fundamental. Dalam kebanyakan sistem politik yang memiliki praktik pengujian konstitusional seperti itu, legislatif adalah lokus utama legitimasi demokratis. Jadi, bagi banyak orang, fakta bahwa pengujian konstitusional mengurangi kekuatan legislatif dan memberikannya kepada hakim yang tidak terpilih adalah alasan untuk menolaknya, padahal sebenarnya pengujian konstitusional lebih baik dalam melindungi hak-hak fundamental warga (Dimitrios Kyritsis), seperti yang terjadi di Perancis (Donald W Jacson). Praktik pengujian abstrak mau tidak mau menyuntikkan pengadilan konstitusional ke dalam proses legislatif (Alec Sweet Stone). Pengujian konstitusional mengarah pada yuridisisasi proses pembuatan kebijakan (*policymaking process*). Dengan demikian, pengadilan konstitusional berfungsi sebagai fungsi "ruang legislatif ketiga (*the third chamber of legislature*)" - sebuah hasil yang menurutnya berpotensi lebih mendestabilisasi (Alec Sweet Stone).

Jakarta, Mei 2018

PROF. DR. ARIEF HIDAYAT, SH.

Daftar Isi

Halaman Judul -- I
Pengantar Penulis -- IV
Kata Sambutan Hakim Mahkamah Konstitusi -- VI
Daftar Isi -- VIII

BAB I. PENDAHULUAN -- 1

- A. Istilah Pengujian Konstitusional -- 1
- B. Objek Pengujian Konstitusional -- 5
- C. Jenis Pengujian Konstitusional -- 7
- D. Model Pengujian Konstitusional -- 8
- E. Elemen Penting Pengujian Konstitusional -- 14
- F. *Legal Standing* Pengujian Konstitusional -- 15
- G. Fungsi Pengujian Konstitusional -- 20
- H. Evaluasi -- 22

BAB II. PERKEMBANGAN PENGUJIAN KONSTITUSIONAL -- 23

- A. Perkembangan Pengujian Konstitusional -- 23
- B. Kelembagaan Pengujian Konstitusional -- 28
 - 1. Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) -- 32
 - 2. Pengadilan Tinggi (*High Court*) atau Kamar Khusus (*Special Chamber*) -- 33
 - 3. Dewan Konstitusional (*The Constitutional Council*) -- 33
- C. Yurisdiksi Pengadilan Konstitusional -- 36
 - 1. Pengujian Norma Abstrak -- 36
 - 2. Pengujian Norma Konkret -- 38
 - 3. Pengaduan Konstitusional (*Constitutional Complaint*) -- 41
 - a. Pemahaman Pengaduan Konstitusional -- 41
 - b. Dasar-Dasar Pengaduan Konstitusional -- 44
- D. Evaluasi -- 47

BAB III. PERKEMBANGAN PERADILAN KONSTITUSIONAL -- 48

- A. Perkembangan Sistem Pengujian Konstitusional -- 48
 - 1. Perkembangan sampai dengan Perang Dunia I -- 49
 - 2. Perkembangan diantara dua Perang (Perang Duni I dan Perang Dunia II) -- 51
 - 3. Perkembangan setelah Perang Dunia II -- 51
 - 4. Perkembangan Baru pada Periode Tahun 70-an -- 53
 - 5. Perkembangan di Negara-Negara Demokrasi Baru -- 53

- B. Tiga Gelombang Perbedaan Pengujian Konstitusional Setelah Perang Eropa -- 54
 - 1. Gelombang Pertama -- 56
 - 2. Gelombang Kedua -- 57
 - 3. Gelombang Ketiga -- 60
- C. Perkembangan Model Pengujian Konstitusional di Dunia -- 62
 - 1. Model *Judicial Review* Amerika -- 63
 - 2. Model Persemakmuran New England (Inggris) -- 64
 - 3. Model Austrian -- 65
- D. Perkembangan Model Pengujian Konstitusional Berdasarkan Relasi Antar Pengadilan dengan Parlemen -- 66
 - 1. *Strong Constitutional Review* -- 66
 - 2. *Weak Constitutional Review* -- 67
- E. Evaluasi -- 68

BAB IV. KELEMBAGAAN MAHKAMAH KONSTITUSI -- 69

- A. Latar Belakang Pentingnya Mahkamah Konstitusi -- 69
- B. Karakteristik Pengujian Konstitusional Mahkamah Konstitusi -- 73
 - 1. Pengujian Materiil -- 76
 - 2. Pengujian Formil -- 76
- C. Pembatasan Kewenangan Pengujian Undang-Undang Mahkamah Konstitusi -- 83
- D. Evaluasi -- 85

BAB V. PUTUSAN PENGUJIAN KONSTITUSIONAL -- 86

- A. Putusan Mahkamah Konstitusi -- 86
- B. Jenis-Jenis Putusan Mahkamah Konstitusi -- 88
- C. Model Putusan Mahkamah Konstitusi -- 90
 - 1. Putusan yang secara Hukum Membatalkan dan Menyatakan Tidak Berlaku (*legally Null and Void*) -- 92
 - 2. Model Putusan Konstitusional Bersyarat (*Conditionally Constitutional*) -- 94
 - 3. Model Putusan Inkonstitusional Bersyarat (*Conditionally Unconstitutional*) -- 95
 - 4. Model Putusan Yang Pemberlakuannya Ditunda (*limited constitutional*) -- 97
 - 5. Model Putusan Yang Merumuskan Norma Baru (*Positive legislature*) -- 100
- D. Evaluasi -- 102

Daftar Pustaka -- 103

Indeks -- 110

Pendahuluan

A. ISTILAH PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

Istilah dalam Bahasa Indonesia diterjemahkan menjadi “pengujian konstitusional”. Tom Ginsburg menyatakan bahwa *Constitutional review* pertama kali ada muncul dari pengalaman Amerika, dan akhirnya menyebar ke seluruh dunia menjadi lembaga standar dalam demokrasi (*the standard institutional of democracy*) (Tom Ginsburg, tt). Seperti diketahui pada tahun 1803, Supreme Court (Mahkamah Agung) Amerika Serikat di bawah Chief Justice John Marshall menerapkan *judicial review* atas undang-undang melalui perkara *Marbury vs Madison*. Chief Justice John Marshall membatalkan Judiciary Act 1789 dengan menyatakan bahwa Judiciary Act 1789 bertentangan dengan Article III Section 2 Konstitusi Amerika Serikat (Jimly asshiddiqie, 2006).

Istilah *Constitutional review* sebenarnya berbeda maknanya dengan *judicial review* dan hak menguji (*toetsingsrecht*). Konsepsi *contstitutional review* dalam kerangka objek yang lebih sempit dibandingkan dengan konsep *judicial review*. *Constitutional review* hanya sebatas pengujian konstitusional suatu aturan hukum terhadap konstitusi (UUD), sedangkan *judi-*

cial review memiliki objek pengujian yang lebih luas, bisa menyangkut legalitas peraturan di bawah UU terhadap UU, tidak hanya sekedar UU terhadap UUD. Akan tetapi, pada segi subjek pengujinya, makna *judicial review* lebih sempit, sebab *judicial review* hanya dapat dilakukan melalui mekanisme peradilan (*judiciary*), yang dilaksanakan oleh para hakim di lembaga peradilan. Sedangkan *constitutional review* subjek pengujinya dapat dilaksanakan oleh lembaga pengadilan (*judicial review*), lembaga legislatif (*legislative review*), lembaga eksekutif (*executive review*), atau lembaga lainnya yang ditunjuk untuk melaksanakan fungsi tersebut, pemberian hak uji inilah yang menjadi pengertian dari *toetsingsrecht*. *Judicial review* hanya berlaku jika pengujian dilakukan terhadap norma hukum yang bersifat abstrak dan umum (*general and abstract norms*) secara "*a posteriori*," artinya norma hukum tersebut telah diundangkan oleh pembentuk UU (Jimly Asshiddiqie, 2005).

Sebagian pakar lagi membedakan mengenai penggunaan istilah '*review*', yaitu antara *judicial review*, *toetsingrecht* dan dengan *constitutional review*. Istilah *toetsingrecht* arti harfiahnya adalah hak uji, digunakan untuk pengujian perundang-undangan secara umum. Sehingga istilah *toetsingrecht* dapat digunakan dalam proses uji perundang-undangan oleh lembaga legislatif (*legislative review*), eksekutif (*executive review*) maupun oleh lembaga yudikatif (*judicial review*). Istilah *toetsingrecht* juga dapat digunakan terhadap istilah *constitutional review* maupun *judicial constitutional review*. Dalam arti lain istilah *toetsingrecht* berlaku umum (Saldi Isra, dkk, 2010).

Untuk memahami arti *constitutional review*, maka dapat dilacak dari beberapa pengertian yang disampaikan oleh para ahli Hukum Tata Negara, antara lain:

1. Georg Vanberg

Constitutional review didefinisikan sebagai "*the power of judicial bodies to set aside ordinary legislative or administrative acts if judges conclude that they conflict with the constitution*". (Georg Vanberg: tt).

2. Toms Ginsburg

Mendefinisikan *Constitutional review* sebagai "*...the power to examine statutes and government actions for conformity with the constitution*" (Tom Ginsburg, tt).

3. Tom Ginsburg dan Mila Versteeg

Constitutional review, didefinisikan sebagai "*...the formal power of a local*

court or court-like body to set aside or strike legislation for incompatibility with the national constitution, has spread rapidly around the world in recent decades". (Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, 2013).

4. Robert Alexy
Constitutional review adalah "...an expression of the priority or superiority of constitutional rights over and against parliamentary legislation. Its logical basis is the concept of contradiction". (Robert Alexy: 2005).
5. Craig R. Ducat
Constitutional review adalah "...the doctrine according to which courts are entitled to pass the constitutionality of an action taken by a coordinate branch of the government" (Craig R. Ducat, 2009).
6. Jimly Asshiddiqie
Penguji konstitusionalitas undang-undang adalah pengujian mengenai nilai konstitusionalitas undang-undang, baik dari segi formil ataupun materil (Jimly Asshiddiqie, 2006).
7. Moh. Mahfud MD.
Penguji konstitusional adalah pengujian oleh Lembaga yudisial khusus untuk konsistensi undang-undang terhadap UUD (Moh. Mahfud MD., 2012).

Berdasarkan beberapa definisi tersebut, dapat diketahui bahwa *constitutional review* terkait dengan perihal konstitusionalitas suatu undang-undang terhadap konstitusi. Dalam perkembangan *constitutional review* di Eropa, misalnya di Italia, sebagaimana disampaikan oleh Paolo Passagliaa bahwa perubahan yang terjadi di Italia sangat dipengaruhi oleh cita-cita Revolusi Prancis dan teori kontrak (*contractarian theories*) setidaknya sejak kampanye Napoleon. Selama *the European Restoration*, mengacu pada konstitusionalisme yang merupakan elemen kunci dalam perjuangan untuk mencapai pemerintahan yang terbatas (*a limited government*), sebuah perjuangan yang menghasilkan perjuangan politik kompromi antara sudut pandang tradisional dan konstitusional (Paolo Passagliaa, 2013).

Hamdan Zoelva menyatakan bahwa mekanisme pengujian konstitusional menjadi suatu hal yang diperlukan keberadaannya bagi negara yang menganut prinsip konstitusionalisme. Prinsipnya mekanisme ini sengaja diadakan untuk menjaga agar undang-undang atau peraturan perundangan

yang dibuat oleh Lembaga-lembaga politik tidak melanggar ataupun menyimpang dari konstitusi sebagai puncak hukum tertinggi dalam suatu negara (Hamdan Zoelva, 2016). Perkembangan selanjutnya adalah bahwa pengujian konstitusional tidak hanya terbatas pada pengujian konstitusionalitas norma undang-undang yang bertentangan dengan UUD, melainkan juga menyangkut implementasi norma undang-undang yang sebagian besar mengarah pada perkara pertanyaan konstitusional dan pengaduan konstitusional (Hamdan Zoelva, 2016).

Robert Alexy menyatakan bahwa pernyataan bahwa suatu undang-undang inkonstitusional menyiratkan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan setidaknya satu norma konstitusi. Pertentangan atau kontradiksi ini terletak pada tingkat norma disertai dengan pertentangan pada tingkat penilaian norma (Robert Alexy: 2005). Lebih lanjut Robert Alexy menyatakan bahwa pengadilan konstitusional atau Mahkamah Konstitusi tidak hanya mengatakan sesuatu tapi juga melakukan sesuatu. Putusan pengadilan konstitusional biasanya memiliki kekuatan untuk membatalkan tindakan parlemen yang tidak konstitusional. Partisipasi semacam ini dalam undang-undang berarti bahwa kegiatan pengadilan konstitusional tidak hanya bersifat proposisional atau bersifat diskursif tetapi juga bersifat institusional atau otoritatif (Robert Alexy: 2005).

Pengujian konstitusional atau *constitutional review*, merupakan kekuasaan pengadilan untuk membatalkan undang-undang dan tindakan administratif yang tidak sesuai. Hal ini merupakan inovasi tatanan konstitusional di Amerika dan pengujian konstitusional telah menjadi norma dalam konstitusi. Pada masa sebelum Perang Dunia II, hanya sebagian kecil konstitusi yang memuat ketentuan untuk pengujian konstitusional. Akan tetapi saat ini telah ada 158 dari 191 sistem konstitusional telah menetapkan pengujian konstitusional sebagai ketentuan formal (Tom Ginsburg, 2008).

Beberapa sistem politik, seperti Amerika Serikat, telah berkembang pengujian konstitusional yang kuat bahkan tanpa mandat teks eksplisit. Penyebaran pengujian konstitusional memiliki landasan ideasional dan institusional. Pengujian konstitusional terkait erat dengan pemikiran populer dengan apa yang telah dicirikan sebagai gagasan terpenting abad ke-20, gagasan tentang hak asasi manusia (Henkin 1990). Menurut Gustavo

Fernandes de Andrade, pengujian konstitusional adalah alat yang luar biasa untuk pelestarian sebuah konstitusi. Karena hanya kekuasaan yang bisa mengecek kekuasaan yang lain, keputusan apakah mempercayakan kekuasaan pengujian kembali ke pengadilan atau ke cabang pemerintahan lainnya bergantung pada tradisi hukum masing-masing negara. Di negara-negara di mana pengadilan dianggap sebagai cabang paling tidak berbahaya bagi hak politik konstitusi, pengujian konstitusional atas suatu undang-undang adalah hasil alami dari sistem pemerintahan. Sebaliknya, di Eropa, di mana untuk pengadilan dalam waktu yang lama dipandang dengan sangat curiga, maka pembuatan pengadilan terpisah untuk meninjau undang-undang sangat penting untuk mengimbangi masalah legitimasi pengadilan (Gustavo Fernandes de Andrade, 2001).

Melalui pengujian konstitusional maka hakim memiliki kemampuan untuk mengawasi konstitusi. Fenomena pengujian konstitusional telah menyebar ke seluruh dunia dalam beberapa dekade terakhir. Dari hasil penelitian Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, sekitar 38% dari semua sistem konstitusional menetapkan pengujian konstitusional pada tahun 1951; dan pada tahun 2011, 83% konstitusi dunia telah memberi pengadilan wewenang untuk mengawasi pelaksanaan konstitusi dan untuk menyatakan suatu undang-undang inkonstitusional (*constitutional incompatibility*) (Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, 2013).

B. OBJEK PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

Objek pengujian konstitusional, dalam praktek dikenal tiga macam norma hukum yang bisa diuji. Pertama, keputusan normative yang berisi dan bersifat pengaturan (*regeling*); Kedua, keputusan normative yang berisi dan bersifat penetapan administrative (*beschikking*); Ketiga, keputusan normatif yang berisi dan bersifat penghakiman (*judgement/vonnis*). Ketiga norma hukum tersebut ada yang merupakan *individual and concrete norms* (*beschikking* dan *vonnis*), dan ada yang berwatak *generale and abstract norms* (*regeling*) (Jimly Asshiddiqie, 2006).

Objek pengujian konstitusional di Mahkamah Konstitusi Indonesia lokusnya hanya sebatas pada *generale and abstract norms* (*regeling*), dalam implementasi pengujian konstitusionalitas Undang-Undang (UU) terhadap Undang-Undang Dasar (UUD). Pengujian konstitusionalitas berhubungan

dengan kadar kekonstitusionalan UU, baik secara materil maupun formil. Dalam tradisi Indonesia sekarang pengujian konstitusionalitas menjadi bagian dari fungsi Mahkamah Konstitusi, sedangkan Mahkamah Agung menjalankan fungsi pengujian legalitas. Artinya, Mahkamah Konstitusi menguji *the constitutionality of legislative law or legislation* (Produk-produk legislatif/UU), sedangkan Mahkamah Agung menjalankan uji *the legality of regulation* (peraturan hukum di bawah UU) (Jimly Asshiddiqie, 2006).

Oleh karenanya objek pengujian undang-undang juga terbagi dua, yaitu pertama, objek yang berupa isi (bunyi pasal-pasal) dari sebuah peraturan perundang-undangan (*materiel law*) dan kedua, objek yang berupa prosedur pembentukan peraturan perundang-undangan (*formal law*). Menurut Sri Soemantri, jika sebuah permohonan pengujian memohonkan uji terhadap dua objek tersebut, objek materil maupun objek formil, maka yang harus dibuktikan oleh hakim semestinya adalah objek formilnya terlebih dahulu. Hal itu dikarenakan secara logika hukumnya, jika objek formilnya atau prosedur pembentukan sebuah peraturan perundang-undangan telah bertentangan dengan aturan yang lebih tinggi maka otomatis seluruh ketentuan peraturan perundang-undangan (termasuk objek materil) tersebut dianggap telah bertentangan dengan peraturan hukum yang lebih tinggi (Sri Soemantri, 1986).

Menurut Mauro Capelletti, secara substantif mengartikan pengujian konstitusional sebagai sebuah proses penerjemahan nilai-nilai yang ditentukan oleh konstitusi melalui sebuah metode tertentu untuk menjadi suatu keputusan tertentu (Mauro Capelletti, 1989). Proses penerjemahan tersebut terkait dengan pertanyaan *questio juris* yang juga harus dijalankan oleh para hakim dalam sebuah lembaga kehakiman, hakim tidak hanya memeriksa fakta-fakta (*judex factie*), tetapi juga mencari, menemukan dan menginterpretasikan hukumnya (*judex juris*). Artinya, penekanan pada proses interpretasinya ini (proses *review*) mengakibatkan pengujian konstitusional menjadi isu yang punya kaitan erat dengan struktur ketatanegaraan suatu negara bahkan hingga ke proses politik pada suatu negara. Konsep ini memiliki hubungan erat dengan struktur tatanegara suatu negara yang menempatkan dan menentukan lembaga mana sebagai pelaksana kekuasaan tersebut. Bahkan lebih jauh, bagaimana proses politik nasional memaknai pelaksanaan pemegang kekuasaan pengujian konstitusional tersebut.

Menurut Robert Alexy, pengujian konstitusional merupakan pelaksanaan kewenangan negara. Dalam negara demokrasi, dimana semua otoritas negara berasal dari rakyat, pengujian konstitusional hanya dapat sah jika kompatibel dengan demokrasi. Pelaksanaan kewenangan negara oleh parlemen adalah sah, karena parlemen mewakili rakyat. Representasi ini demokratis, agar anggota parlemen dipilih dan dikendalikan oleh pemilihan umum yang bebas dan terbuka. Akan tetapi, dalam hal pengujian konstitusional, para hakim pengadilan konstitusional, pada dasarnya, tidak memiliki legitimasi demokratis langsung, dan rakyat memiliki, biasanya, tidak ada kemungkinan kontrol dengan menolak pemilihan ulang tersebut. Apakah ini sesuai dengan demokrasi? Satu-satunya cara untuk merekonsiliasi pengujian konstitusional dengan demokrasi adalah dengan menganggap para hakim pengadilan konstitusional sebagai representasi masyarakat (Robert Alexy, 2005).

Menurut Gustavo Fernandes de Andrade, ada tiga bentuk penentuan konstitusionalitas undang-undang yang disahkan. *Pertama*, ada tinjauan politik kapan pun sebuah badan politik menentukan keabsahan salah satu undang-undangnya sendiri. Sistem ini berlaku di Eropa sampai abad ini, dan tetap menjadi aturan di Inggris dan Belanda, di mana ada supremasi legislatif absolut (supremasi parlemen). *Kedua*, ada yurisdiksi pengujian konstitusional (*constitutional review*), yakni bila ada pengadilan yang diberi wewenang untuk mengesampingkan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi. *Ketiga*, ada sistem peninjauan ulang setiap kali pengadilan menguji satu jenis undang-undang dan organ politik memeriksa jenis undang-undang lain (Gustavo Fernandes de Andrade, 2001).

C. JENIS PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

Jimly Asshiddiqie membagi dua jenis pengujian konstitusional (*constitutional review*), yaitu; (1) pengujian terhadap norma konkret (*concreate norm review*) dan (2) pengujian terhadap norma abstrak (*abstact norm review*). *Concrete norm review* tersebut dapat berupa; (a) pengujian terhadap norma konkret terhadap keputusan-keputusan yang bersifat administrative (*beschikking*), seperti dalam PTUN (peradilan tata usaha negara); (b) pengujian terhadap norma konkret dalam jenjang peradilan biasa, seperti pengujian putusan peradilan tingkat pertama oleh peradilan banding, pengujian putusan peradilan banding oleh peradilan kasasi serta pengujian putusan

peradilan kasasi oleh Mahkamah Agung (Jimly Asshiddiqie, 2007).

Jenis pengujian juga dapat dibedakan berdasarkan objek yang diuji. Pembagian objek pengujian ini tidak jauh berbeda dengan pembagian pengujian produk hukum secara umum (*toetsingrecht*), yaitu (a) hak menguji formil (*formele toetsingrecht*) dan (b) hak menguji materiil (*materiele toetsingrecht*). Hal tersebut dikarenakan kaidah hukum juga terbagi antara kaidah formil dan materiil yang menurut Jimly Asshiddiqie paralel dengan perbedaan antara hukum materiil dan hukum formil. Hukum materiil atau *substantif law* mengatur mengenai substansi normanya, sedangkan hukum formil atau *procedural law* mengatur mengenai prosedur penegakkan norma hukum materiil itu (Jimly Asshiddiqie, 2007).

Sri Soemantri menjelaskan mengenai perbedaan uji materiil dan formil tersebut. Menurut Sri Soemantri, hak menguji formil adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang misalnya terjelma melalui cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah ditentukan diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atautidak. Jadi dalam bahasa yang lebih ringkas, pengujian (*review*) terhadap formalitas suatu produk perundang-undangan adalah pengujian prosedur pembentukan produk perundang-undangan (Sri Soemantri, 1986).

D. MODEL PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

Tom Ginsberg dan Mila Versteeg, menemukan ada 2 model pengujian konstitusional, yaitu model pengujian desentralisasi (*'decentralised' review/ the decentralized of constitutional review system*) atau disebut dengan model Amerika dan model pengujian sentralisasi (*'centralised' review/ the centralized of constitutional review system*) atau disebut dengan Model Hans Kelsen (Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, 2013; Albert H.Y. Chen, 2013; Jimly Asshiddiqie, 2004).

Dalam sistem pengujian konstitusional yang terdesentralisasi (*decentralized system*) yang dipraktikkan dalam tradisi Anglo-Amerika, pengadilan manapun bebas (dapat ditinjau oleh pengadilan yang lebih tinggi, tentu saja) untuk mengatur tindakan eksekutif dan legislatif berdasarkan teks konstitusional (Cappelletti, 1989; Vanberg, 2005). Model Amerika ditandai dengan pengujian konstitusional terdesentralisasi (*the decentralized of constitutional review system*) yang dilakukan di setiap tingkat peradilan, dengan

Mahkamah Agung di atas. Fitur penting dari model ini adalah bahwa pengujian hanya terjadi dalam perselisihan yang konkret, atau kasus atau kontroversi. Beberapa negara Amerika Latin mengadopsi sebuah bentuk pengujian konstitusional serupa di abad ke-19. Ini menjadi bentuk konstitusional yang dominan. Ditinjau pada awal abad ke-20, dan tetap menjadi model pengkajian konstitusional yang umum saat ini (Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, 2013).

Sebaliknya, model pengujian konstitusional di Eropa menerapkan *the centralized of constitutional review system*, berdasarkan karya ahli hukum Austria Hans Kelsen, mengkonsentrasikan kekuatan ini pada sebuah pengadilan khusus (*specialized constitutional courts*), yaitu pengadilan yang berada di luar hirarki peradilan biasa. Hanya pengadilan konstitusional (juga dikenal sebagai pengadilan Kelsen) yang dapat melakukan pengujian konstitusional, semua pengujian konstitusional merujuk ke pengadilan ini (Cappelletti, 1989; Vanberg, 2005).

Menurut Albert H.Y. Chen di dalam sejarah modern konstitusionalisme selain terdapat dua model pengujian konstitusional yang terjadi, yaitu pertama, model Amerika untuk pengujian 'terdesentralisasi' (*'decentralised' review*) oleh pengadilan biasa, dan kedua, model Eropa Kontinental untuk pengujian 'terpusat' (*'centralised' review*) oleh pengadilan konstitusional khusus. Selain itu muncul model yang ketiga yakni model campuran atau hibrida (*mixed or hybrid systems*) yang mengandung fitur model Amerika dan Eropa (Albert H.Y. Chen, 2013).

Berbeda dengan model Amerika ini, semakin banyak negara saat ini menentukan kewenangan pengujian konstitusional yang terpusat di pengadilan konstitusional khusus (*specialized constitutional courts*). Model pengujian konstitusional yang terpusat ini berawal dari karya Hans Kelsen, yang menggunakannya dalam rancangannya untuk Konstitusi 1920 Republik Pertama Austria. Hakim biasa, menurut Kelsen, adalah pelayan hukum, dan tugas mereka terbatas untuk menerapkannya, Hakim biasa tidak boleh diberdayakan untuk menguji undang-undang, dan juga tidak dapat menentukan konstitusionalitas undang-undang dengan tepat (Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, 2013). Hal yang sama disampaikan oleh Maruo Cappelletti bahwa: Model pengujian konstitusional Eropa oleh pengadilan konstitusional dapat ditelusuri kembali ke konstitusi Austria tahun 1920, di bawah pengaruh

yurisprudensi Hans Kelsen, membentuk sebuah pengadilan konstitusional (Maruo Cappelletti, 1971).

Menurut Teori Hirarki Norma Hukum (*Kelsen's theory of the hierarchy of legal norms*) menyatakan bahwa: "Konstitusi berada pada tingkat dasar, dan keabsahan semua norma hukum dalam sebuah negara pada akhirnya berasal dari konstitusi. Kelsen mengusulkan pembentukan pengadilan konstitusional yang berbeda dengan pengadilan biasa yang memiliki yurisdiksi untuk menentukan apakah ada norma hukum yang sesuai dengan konstitusi. Menurut Hans Kelsen, pengadilan konstitusional adalah pelengkap legislatif; akan melakukan fungsi politik dan legislatif – yakni sebagai *negative legislation*, atau pembatalan norma inkonstitusional (*nullification of an unconstitutional norm*). Dalam Teori Hans Kelsen, *constitutional review* tersebut terbatas untuk menangani inkonsistensi logis, di satu sisi, antara norma-norma konstitusional - terutama norma-norma yang mengatur pembagian kekuasaan antara berbagai organ negara - dan, di sisi lain, norma-norma hukum tingkat rendah lainnya; dan ini tidak berkaitan dengan perlindungan hak asasi manusia (Hans Kelsen, 1961).

Model pengujian konstitusional Kelsenian telah diadopsi di beberapa negara-negara Eropa, seperti Ceko (Const. Art 54,13 (1920)), Liechtenstein (Const. Art 104 (1921)), dan Irak (Konst. 83 (1925)), serta Jerman. Jerman mengembangkan pengujian konstitusional model Austria. Kalau model Austria hanya menyediakan yurisdiksi terbatas untuk perselisihan tertentu, model Jerman memperkenalkan perangkat pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*), di mana setiap individu dapat mengajukan komplain tentang konstitusionalitas undang-undang atau tindakan pemerintah, bahkan tanpa kasus atau kontroversi tertentu. Mekanisme baru ini memainkan peran penting dalam mendemokratisasikan akses ke pengadilan konstitusional, dan mengaitkan institusi tersebut dengan perlindungan hak. Pengaturan institusional yang serupa, tapi satu tanpa keluhan konstitusional langsung, ditemukan di Italia. Pengadilan konstitusional tipe Kelsenian diadopsi di seluruh Eropa selama gelombang ketiga demokrasi (misalnya di Portugal 1976, Spanyol 1978, dan bekas blok Soviet setelah perang dingin) (Maruo Cappelletti, 1971).

Model lain dari *the centralized of constitutional review system* adalah yang diterapkan di Perancis berdasarkan Konstitusi Perancis 1958, dan disebarakan

ke banyak koloni Perancis yang memperoleh kemerdekaan segera sesudahnya. Model Perancis membentuk *Constitutionel Conseil* sebagai badan yang ditunjuk khusus yang melakukan pengujian terhadap undang-undang sebelum undang-undang tersebut diumumkan (*Constitutional preview*). Namun, seiring berjalannya waktu, bagaimanapun, model Perancis telah berkembang, dan amandemen konstitusi pada tahun 2008 memperluas wilayah hukum untuk memasukkan *post-promulgation* dan *pre-promulgation review*. Singkatnya, *constitutional review* versi Perancis telah berkembang menjadi lebih dekat dengan varian Jerman (Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, 2013).

John E. Ferejohn menyoroti fakta bahwa tradisi pengujian konstitusional pertama kali terjadi di Amerika, akantetapi model yang mendunia bukan model Amerika, melainkan Model Hans Kelsenian atau Model Eropa (John E. Ferejohn, 2002). Menurut John E. Ferejohn jawaban atas pertanyaan tersebut terkait dengan keadaan yang menimbulkan konstitusional adjudikasi (*constitutional adjudication*). Terdapat tiga gelombang pengadilan konstitusional di Eropa pasca Perang Dunia II. Yang pertama terjadi tepat setelah Perang Dunia II di Jerman dan Italia. Gelombang kedua terjadi setelah runtuhnya pemerintah otoriter Spanyol dan Portugis, dan kediktatoran Yunani sekitar seperempat abad yang lalu. Dan, gelombang ketiga mengikuti jatuhnya Uni Soviet sekitar sepuluh tahun yang lalu.

Dalam setiap kasus, negara-negara mengadopsi model yang sama. Pilihannya adalah pada model Kelsenian: pengadilan konstitusional khusus (*specialized constitutional courts*) (John E. Ferejohn, 2002). Tidak banyak negara yang mengadopsi praktik *constitutional review* Amerika, dan dalam banyak kasus penolakan terhadap model Amerika tersebut eksplisit dan tegas. Pasca sistem otoriter, negara-negara tersebut mengadopsi sebuah konstitusi baru dan menyediakan pengujian konstitusional untuk menegakkan ketentuan konstitusional. Seperti yang terjadi di Jerman dan Italia, Spanyol, Portugal, Yunani, dan negara-negara yang sebelumnya merupakan bagian dari kerajaan Soviet. Ini semua disebabkan oleh kegagalan sistem otoriter tanpa demokrasi dan kebebasan (*liberty*). Sebaliknya, di negara-negara demokrasi tua yang stabil dan sukses, seperti Negara Inggris, Selandia Baru, Belanda, Swedia, tidak ada langkah untuk menciptakan konstitusi baru. Dan, tentu saja, tanpa sebuah Konstitusi tertulis, maka kebutuhan akan pengadilan konstitusional

kecil (John E. Ferejohn, 2002).

Dari pengalaman Amerika, pengujian konstitusional telah menyebar ke seluruh dunia dan menjadi bagian dari arsitektur kelembagaan standar demokrasi. Beberapa sistem (seperti di Amerika Serikat atau Pakistan) memberikan fungsi pengujian konstitusional ke pengadilan biasa pada tingkat tertentu; ada yang memberikannya ke Mahkamah Agung tapi tidak ke pengadilan yang lebih rendah; beberapa negara dalam tradisi konstitusional Perancis telah menunjuk *Constitutionel Conseil* dengan otoritas peninjauan yang lebih terbatas. Tren terbesar dalam dua dekade terakhir adalah menciptakan badan khusus yang disebut pengadilan konstitusional atau Mahkamah Konstitusi untuk melaksanakan fungsi pengujian konstitusional. Ini adalah model Jerman, yang diadopsi secara luas di negara-negara demokrasi baru termasuk Indonesia. Motif untuk mengadopsi pendirian pengadilan konstitusional berbeda-beda, dan pengadilan yang memiliki kekuatan interpretasi konstitusi dalam perkembangannya juga melakukan banyak pekerjaan (kewenangan) lain juga, seperti: memeriksa perkara *impeachment* presiden; perkara sengketa pemilihan umum; dengan yurisdiksi khusus untuk menyelesaikan perselisihan antar cabang politik; mungkin juga mengatur konstitusionalitas partai politik. Banyak dari fungsi ini sangat politis, dan dapat menempatkan pengadilan menjadi kontroversi publik (Tom Ginsburg, tt).

Dalam model *centralized review* dan *decentralized review* menurut Tom Ginsburg dan Mila Versteeg pengadilan konstitusional selain menyelesaikan pengujian abstrak (*abstract review disputes*), juga menyelesaikan pengujian konkret (*review concrete disputes*), seperti pertanyaan konstitusional (*constitutional question*) yang diajukan oleh pengadilan dalam proses pengadilan biasa. Proses pengadilan biasa ditangguhkan sampai pengadilan konstitusional memutuskan konstitusionalitas undang-undang tersebut. Setelah pengadilan konstitusional memutuskan, keputusannya akan menjadi dasar keputusan pengadilan pengarah (misalnya, Austria Konst. 89 (1920)) (Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, 2013).

Praktek di negara-negara Eropa, misalnya, di Negara Italia, pengadilan sipil, pengadilan administratif, dan pengadilan komersial dapat mengajukan masalah konstitusional mengenai keabsahan undang-undang ke pengadilan konstitusional. Di Jerman, pengadilan biasa juga tidak menguji legislasi.

Pengadilan Konstitusional Federal Jerman memiliki yurisdiksi eksklusif untuk menguji undang-undang dan hanya dapat menolak sebuah undang-undang asalkan pemerintah federal, pemerintah negara bagian, atau sepertiga dari *Bundestag* membawa tuntutan. Selain itu, setiap orang yang mengklaim bahwa hak dasar dilanggar dapat mengajukan keluhan konstitusional (*constitutional complaint*) di hadapan panel tiga hakim, yang menentukan apakah klaim konstitusional memiliki alasan untuk didengar oleh pengadilan konstitusional. Di Perancis, tidak ada ulasan mengenai undang-undang yang disahkan sama sekali. Dewan Konstitusi (*Constitutional Council*) Perancis dapat memeriksa konstitusionalitas sebuah undang-undang yang diusulkan hanya sebelum menjadi undang-undang (*constitutional review*). Dengan demikian, pengadilan biasa di Eropa tidak memiliki yurisdiksi untuk menguji undang-undang. Di Eropa, model pengujian konstitusional menggunakan model terpusat (*centralized review*), dimana pengadilan konstitusional memiliki monopoli dalam pengujian konstitusional (Gustavo Femandes de Andrade, 2001).

Sebenarnya ada beberapa alasan mengenai pemberian kekuasaan pengujian konstitusional kepada suatu pengadilan khusus (*specialized constitutional courts*) di negara-negara Eropa, seperti diungkapkan oleh Gustavo Femandes de Andrade (Gustavo Femandes de Andrade, 2001) dan Yasushi Hazama (Yasushi Hazama, 2009), yaitu:

1. Dalam sistem hukum perdata tidak memiliki prinsip *stare decisis*, gagasan untuk memberikan yurisdiksi eksklusif ke pengadilan konstitusional untuk menguji undang-undang menjadi penting. Jika kekuatan untuk mengendalikan konstitusionalitas undang-undang diberikan secara tidak pandang bulu kepada semua hakim, keputusan yang bertentangan mengenai keabsahan undang-undang akan merusak sistem.
2. Pendidikan hukum hakim profesional dalam sistem hukum perdata tampaknya memainkan peran yang sangat penting dalam cara pengujian konstitusional dilakukan di Eropa. Para hakim harus menerima pendidikan yang lebih spesifik yang ditawarkan oleh institusi resmi sebelum melakukan pengujian. Dalam sistem ini, penunjukan hakim bukanlah tindakan politis melainkan pemilihan teknis seorang ahli hukum yang paling berkualifikasi untuk menjalankan fungsi peradilan.
3. Lebih jauh lagi, telah menjadi tradisi hukum Romawi untuk mencoba

mengisolasi sistem hukum dari politik, agama, ekonomi, dan segala sesuatu yang bukan murni hukum. Oleh karena itu, hakim biasa tidak seharusnya memainkan peran penting dalam menentukan isu kebijakan. Tugas hakim adalah melakukan kegiatan profesional dan teknis yang menggunakan perangkat hukum yang hanya mereka miliki. Akibatnya, mempercayakan kekuatan pengujian konstitusional di pengadilan yang terpisah dipandang sebagai satu-satunya alternatif yang ada. Pengujian konstitusional memerlukan pendekatan yang unik untuk memutuskan isu-isu kebijakan konstitusional umum, dan hakim sipil biasa tidak dianggap memiliki kualifikasi yang berbeda ini. Penciptaan sebuah pengadilan konstitusional di luar sistem peradilan kemudian merupakan cara untuk memanggil keterampilan dan bakat yang berbeda.

4. Alasan lain untuk menciptakan pengadilan yang berbeda untuk meninjau undang-undang menetapkan kenyataan bahwa tidak mungkin lagi untuk berbicara mengenai pemisahan kekuasaan tradisional atau konvensional. Banyak negara di Eropa mengadopsi sistem pemerintahan parlementer sebagai hasil supremasi legislatif. Dalam sistem ini, bagian penting dan penting dari kekuatan eksekutif ditempatkan di tangan perdana menteri, yang biasanya anggota cabang legislatif. Oleh karena itu, dalam sistem parlementer Eropa tidak ada pemisahan kekuasaan yang tegas karena beberapa kekuatan eksekutif dan legislatif bergabung di tangan perdana menteri. Untuk melawan jumlah besar kekuasaan yang berada di mayoritas legislatif, sebuah cabang keempat pemerintah perlu didirikan sebagai cek pada mayoritas itu. Tanpa cabang pemerintahan yang "terpisah", minoritas dalam sistem parlemen akan tidak dilindungi karena departemen peradilan biasa tidak memiliki kuasa untuk memeriksa tindakan cabang legislatif dan untuk melindungi hak dan kebebasan individu.

E. ELEMEN PENTING PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

G. Harutunyan, dan A. Mavcic (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999) dalam penelitiannya menemukan beberapa elemen penting pengujian konstitusional adalah sebagai berikut:

1. Waktu pengujian, dapat berupa: (1) *preventative/a priori*, yakni pengujian konstitusional suatu undang-undang yang dilakukan sebelum

- diundangkan atau pengujian rancangan undang-undang; dan (2) *repressive/a posteriori*, yakni pengujian konstitusional suatu undang-undang sesudah diundangkan atau pengujian undang-undang.
2. Sifat pengujian, dapat berupa: (1) pengujian abstrak (*abstract reviews*), (2) pengujian konkret (*concrete reviews*), atas permintaan pengadilan biasa (*ordinary courts*) yang biasa disebut dengan pertanyaan konstitusi (*constitutional question*), dan (3) pengujian berdasarkan pada permintaan individu (*reviews based on an individual's petition*) atau disebut dengan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*).
 3. Objek pengujian, dapat berupa: (1) hukum positif (*positive acts*), (2) kelalaian (*omissions*), (3) perselisihan yurisdiksi (*jurisdictional disputes*), (4) partai politik (*political parties*), (5) referendum, (6) pemilihan umum (*elections*), (6) pengaduan konstitusional (*constitutional complaints*), (7) kapasitas lembaga negara (*capacity for offices*), (8) pemakzulan (*impeachment proceedings*), (9) kewenangan khusus (*powers of a special character*), dan (10) tugas lainnya.

F. LEGAL STANDING PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

Sistem pengujian konstitusional sangat berbeda mengenai pertanyaan siapa yang diizinkan mengajukan klaim, sebuah konsep yang dikenal sebagai *legal standing*. Seseorang dapat memasukkan akses ke pengadilan dengan spektrum dari akses yang sangat terbatas ke akses yang sangat luas (Tom Ginsburg, 2011). Tidak semua orang boleh mengajukan permohonan ke Pengadilan Konstitusional. Adanya kepentingan hukum saja belum cukup untuk mengajukan permohonan pengujian konstitusional, melainkan juga harus memiliki kepentingan nyata dan secara hukum dilindungi (Maruarar Siahaan, 2012).

Legal standing yang dimaksud disini adalah *standing* atau *personae standi in iudicio* adalah hak atau kedudukan hukum untuk mengajukan gugatan atau permohonan di depan pengadilan (*standing to sue*) (Maruarar Siahaan, 2012). Di Amerika, doktrin *standing to sue* diartikan bahwa suatu pihak mempunyai kepentingan yang cukup dalam perselisihan yang dapat dituntut untuk mendapatkan putusan pengadilan atas perselisihan tersebut (Maruarar Siahaan, 2012). *Standing* adalah satu konsep yang digunakan untuk menentukan apakah satu pihak terkena dampak secara cukup sehingga satu

perselisihan dapat diajukan ke pengadilan (Maruarar Siahaan, 2012). Beberapa konstitusi memperlakukan pengujian konstiusional secara hakiki bersifat hukum, jadi pertanyaan utamanya adalah apakah seseorang dapat mengajukan tuntutan hukum. Dalam model Amerika Serikat, siapa pun yang memenuhi persyaratan *legal standing* umum untuk proses pengadilan dapat mengajukan masalah konstiusional (*constitutional question*) di pengadilan (Tom Ginsburg, 2011).

Dalam yurisprudensi Amerika ada tiga persyaratan yang harus dipenuhi untuk mempunyai *standing to sue*, yaitu sebagai berikut:

1. Adanya kerugian yang timbul karena adanya pelanggaran kepentingan pemohon yang dilindungi secara hukum yang bersifat spesifik atau khusus dan aktual dalam suatu kontroversi dan bukan hanya bersifat potensial.
2. Adanya hubungan sebab akibat atau hubungan kausalitas antara kerugian dengan berlakunya satu undang-undang.
3. Kemungkinan dengan diberikannya keputusan yang diharapkan kerugian akan dihindarkan atau dipulihkan (Maruarar Siahaan, 2012).

Studi terhadap banyak konstitusi negara menunjukkan, bahwa terdapat pihak-pihak yang memiliki kompetensi untuk mengajukan permohonan pengujian konstiusional secara langsung, sampai tingkat tertentu. Subjek pengujian konstiusional antara lain:

1. orang-orang (saat mengadopsi sebuah Konstitusi melalui referendum atau membuat amandemennya);
2. Presiden negara (di kebanyakan negara teks sumpah Presiden menyatakan tanggung jawab untuk melindungi Konstitusi);
3. Parlemen;
4. badan khusus kajian konstiusional;
5. peradilan biasa;
6. lembaga perlindungan hukum;
7. setiap lembaga negara atau organisasi publik yang memastikan penerapan keputusan dan tindakannya sesuai dengan Konstitusi;
8. lembaga ombudsman (G. Harutunyan dan A. Mavcic, 1999).

Secara spesifik G. Harutunyan dan A. Mavcic menjabarkan hasil penelitiannya mengenai subjek pengujian konstiusional ke dalam 3 kategori

yaitu: (1) Lembaga Publik; (2) Asosiasi orang perseorangan; dan (3) Orang perseorangan (G. Harutunyan dan A. Mavcic, 1999).

1. Badan-badan otoritas publik, antara lain:
 - a. badan otoritas negara atau sub-unit strukturalnya atau bagian dari komposisi mereka yang memiliki hak otonom;
 - b. Presiden atau Kepala Negara, mengawasi ketaatan Konstitusi melalui hak veto, mengajukan banding ke Mahkamah Konstitusi, pemecatan pejabat yang bersalah dalam pelanggaran Konstitusi, dan lain-lain;
 - c. Parlemen atau sejumlah anggotanya yang ditetapkan oleh undang-undang - sebagai subyek pengaduan ke Mahkamah Konstitusi;
 - d. Pengadilan Konstitusional sendiri, jika mereka memiliki hak untuk memeriksa kasus berdasarkan inisiatif mereka sendiri;
 - e. Pemerintah;
 - f. Pengadilan yurisdiksi umum sebagai subyek pengaduan ke pengadilan konstitusional;
 - g. Subjek negara;
 - h. Ombudsman (pembela hak asasi manusia) atau jaksa;
 - i. Badan pemerintahan daerah setempat;
2. Asosiasi orang perseorangan sebagai subyek hak pengaduan ke Mahkamah Konstitusi:
 - a. partai politik;
 - b. organisasi non pemerintah.
3. Orang perseorangan sebagai subyek pengaduan ke Mahkamah Konstitusi:
 - a. warga negara;
 - b. warga negara asing;
 - c. orang tanpa kewarganegaraan.

Sistem otoritas negara selaras dengan sistem nilai-nilai pembatas dan penyeimbang yang terdaftar di konstitusional dan dijamin dengan aplikasinya. Studi Konstitusi di negara Federal, banyak negara bagian juga menunjukkan bahwa di banyak bagian, Konstitusi yang menentukan pengecualian dan pembatasan, yakni menentukan badan yang memiliki kewenangan pengujian konstitusional yaitu Pengadilan Konstitusi. Di dalam Konstitusi ada suatu bagian atau bab yang menentukan sistem pengujian konstitusional, dalam arti memang Konstitusi memiliki bagian individual atau sebuah bab yang didedikasikan untuk Pengadilan Konstitusional. Perlu dicatat bahwa

penempatan Mahkamah Konstitusi dalam sistem otoritas negara dianggap memiliki kepentingan khusus, yaitu melakukan pengujian konstitusional, yang terlepas dari sistem kewenangan parlementer atau presidens (Tom Ginsburg, tt).

Di India, Konstitusi menjamin akses langsung ke Mahkamah Agung atas pertanyaan hak-hak dasar (*question of fundamental rights*). Hal ini dilakukan sebagian untuk memastikan bahwa pengadilan yang lebih rendah tidak menghalangi perlindungan hak dengan tidak melakukan pengujian aktif. Ini membuat sistem India sedikit lebih terbuka daripada Amerika untuk melakukan litigasi hak karena individu yang mengklaim hak mereka telah terluka (*constitutional injury*) dapat segera pergi ke pengadilan tertinggi, daripada harus mengajukan perkara di peradilan tingkat bawah dan membayar biaya banding. Mahkamah Agung India telah menjadi badan yang sangat aktif. Sistem litigasi konstitusionalnya yang paling terbuka memungkinkan sebuah petisi (permohonan) langsung ke pengadilan konstitusional. Sama dengan Mahkamah Konstitusi Indonesia, di India tidak hanya badan politik tapi individu dapat menikmati akses langsung melalui petisi konstitusional. Di India hakim biasa juga bisa mengajukan pertanyaan konstitusional (*constitutional question*) kepada Mahkamah Agung. Di Italia, tidak ada petisi langsung ke Mahkamah Konstitusi namun penggugat dapat meminta pengadilan biasa untuk mengajukan pertanyaan kepadanya (Tom Ginsburg, tt).

Di sisi lain, beberapa sistem pengujian konstitusional juga memungkinkan akses individu ke Mahkamah Konstitusi (mengajukan pengujian abstrak dan konkret, keluhan konstitusional (*constitutional complaint*), atau atas pengaduan individu (*actio popularis*) atau bentuk pengaduan konstitusional lainnya. Hak yang melibatkan apa yang disebut pengujian konstitusional subjektif, pelanggaran terhadap hak individu dan perlindungan hak individu terhadap Negara (khususnya terhadap legislatif). Di negara-negara dengan pengujian konstitusional terdesentralisasi dan di beberapa negara dengan pengujian konstitusional tersentralisasi, warga negara individu ditawarkan kemungkinan mengajukan permohonan pengujian undang-undang, tindakan administratif atau keputusan konstitusional dalam persidangan khusus (Tom Ginsburg, tt).

Di Indonesia, pihak yang boleh mengajukan pengujian konstitusional

telah diatur dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa: "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

Selanjutnya melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 010/PUU-III/2005, dirumuskan secara lebih ketat adanya persyaratan *legal standing* berdasarkan hak konstitusional pemohon, yaitu:

- a. Adanya hak konstitusional pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. Hak konstitusional pemohon tersebut dianggap oleh pemohon telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji;
- c. Kerugian yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. Adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji; dan
- e. Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional yang didalilkan akan atau tidak lagi terjadi.

Posisi individu sebagai pemohon di hadapan Mahkamah Konstitusi telah dipengaruhi oleh interpretasi ekstensif mengenai ketentuan yang berkaitan dengan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*), serta interpretasi ketentuan perumusan yang lebih luas dalam pengujian konkret. Di beberapa sistem, akses individu ke pengadilan konstitusional telah begitu luas sehingga telah mengancam kapasitas fungsional Mahkamah Konstitusi. Oleh karena itu, badan legislatif mencoba menemukan jalan bagi pengadilan konstitusional untuk menghilangkan proses yang kurang penting atau tanpa harapan (misalnya pembatasan ulasan abstrak dengan persyaratan tetap).

Semua proses ini mempertimbangkan kondisi bahwa pelapor harus terpengaruh oleh tindakan tertentu yang diambil oleh otoritas publik. Dengan bertambahnya jumlah keluhan, efisiensi menurun. Meskipun demikian, warga negara harus memiliki banyak kesempatan untuk mengajukan perlindungan hak-hak konstitusional mereka (Tom Ginsburg, tt).

G. FUNGSI PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

Di berbagai negara, badan khusus yang melaksanakan pengujian konstitusional, Konstitusi dan undang-undang dihadapkan pada berbagai tujuan, yang secara alami mengikuti fungsi spesifik dari badan tersebut. Fungsi spesifik pengadilan konstitusi antara lain: (1) mengawal konstitusi, agar dilaksanakan dan dihormati; dan (2) pelindung konstitusi, dalam arti melindungi hak dasar manusia (hak-hak fundamental). Tujuan pengujian konstitusional pada dasarnya tidak bisa lepas dari fungsi pengadilan konstitusional. Adapun tujuan pengujian konstitusional adalah sebagai berikut:

1. mempertahankan keseimbangan pemisahan kekuasaan, mencegah penyalahgunaan kekuasaan, penerapan alat penghambat dan mengimbangi peninjauan kembali kegiatannya;
2. memfasilitasi kegiatan pembuatan undang-undang;
3. perlindungan nilai-nilai yang diakui secara umum, promosi perkembangan evolusioner mereka, pencegahan revolusi;
4. memastikan supremasi hukum, menjamin sebuah negara yang diatur oleh *Rule of Law* (G. Harutunyan dan A. Mavcic, 1999).

Tugas pengadilan konstitusi adalah menyelesaikan sengketa antar norma hukum (sengketa konstitusional) tidak dapat dipisahkan dari ciri utama hukum. Hukum mengatur pembentukannya sendiri, norma hukum menetapkan cara untuk membuat suatu norma yang lain dan sampai derajat tertentu hukum menentukan isi norma lainnya (Ahmad Syahrizal, 2006). Penentuan norma hukum secara hirarkis atau vertikal berpotensi norma yang derajatnya lebih rendah harus sesuai dengan nilai-nilai tertinggi konstitusi. Dengan kata lain legitimasi konstitusional akan terpenuhi apabila produk hukum sesuai dengan norma dasar (konstitusionalitas). Dengan demikian, penyelesaian sengketa konstitusional yang timbul akibat

ketidakselarasan system norma hukum menjadi valid apabila diselesaikan berdasarkan norma hukum tertinggi, yaitu konstitusi (Ahmad Syahrizal, 2006).

Untuk mencapai tujuan tersebut, Pengadilan Konstitusional diberi wewenang antara lain:

1. menentukan konstitusionalitas undang-undang dan peraturan lainnya;
2. menentukan konstitusionalitas perjanjian internasional;
3. menafsirkan Konstitusi dan tindakan peraturan lainnya;
4. menyelesaikan perselisihan antara badan otoritas negara yang berbeda;
5. melindungi hak asasi manusia dan kebebasan konstitusional;
6. Melindungi kebebasan politik dan proses demokrasi di masyarakat, khususnya: pemilihan, rujukan, meninjau konstitusionalitas kegiatan partai;
7. meninjau konstitusionalitas tindakan hukum badan peradilan yang lebih tinggi dan kantor kejaksaan, seperti di Azerbaijan, Belarus, Moidavia, Tajikistan. Di Kirgizstan, Mahkamah Konstitusi menjatuhkan sanksi kepada hakim pengadilan setempat untuk menjawab tuntutan tindak pidana; dan
8. kekuatan lain yang diberikan oleh Konstitusi dan undang-undang (G. Harutunyan dan A. Mavcic, 1999).

Sebenarnya penyelesaian sengketa norma hukum menurut Hans Kelsen adalah sinonim dengan pembatasan kekuasaan negara. Dan ini dapat dilakukan melalui pengujian hukum oleh pengadilan konstitusi. Bahwa konstitusi telah menetapkan suatu cara tertentu yang harus ditaati di dalam pembuatan undang-undang atau peraturan perundang-undangan dan konstitusi juga menetapkan ketentuan-ketentuan tertentu berkaitan dengan substansinya, maka konstitusi telah memprediksi suatu saat akan menunjuk organ yang harus memutuskan apakah ketentuan yang mengatur fungsi legislative telah ditaati (Hans kelsen, 1961; Ahmad Syahrizal, 2006).

Dalam konteks Indonesia, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia diikhtiarkan sebagai sebuah lembaga yang berfungsi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) dan merupakan penafsir konstitusi tertinggi (*the sole interpreter of the constitution*) (Abdul Mukthie Fadjar, 2006). Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24C UUD Negara RI Tahun 1945 juncto Pasal 10 Undang-undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah

Konstitusi, mempunyai 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban sebagai fungsi untuk mengawal konstitusi, antara lain: (1) menguji undang-undang terhadap UUD (*judicial review*), (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD (*disputes regarding state institution's authority*), (3) memutus pembubaran partai politik (*political party's dissolution*), dan (4) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum (*disputes regarding General Election's result*); dan wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden (pemakzulan atau *impeachment*).

Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan fungsi peradilan memutus perselisihan hasil pemilu, dapat disebut juga sebagai pengawal proses demokratisasi dengan cara menyediakan sarana dan jalan hukum untuk menyelesaikan perbedaan pendapat diantara penyelenggara pemilu dengan peserta pemilu (Jimly Asshiddiqie, 2006). Dengan adanya penyelesaian sengketa pemilu di Mahkamah Konstitusi, maka potensi konflik politik dan konflik social dapat diselesaikan secara prosedural menurut hukum yang telah ditetapkan. Jimly Asshiddiqie secara tegas menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi di samping memiliki fungsi sebagai pengawal konstitusi dan penafsir konstitusi, juga berfungsi sebagai pengawal demokrasi (*the guardian of the democratization process*) (Jimly Asshiddiqie, 2006).

H. EVALUASI

1. Buatlah perbandingan model-model pengujian konstitusional yang dipraktekkan di beberapa negara!
2. Jelaskan fungsi pengujian konstitusional di negara demokrasi!
3. Jelaskan siapa saja yang memiliki *legal standing* sebagai pemohon pengujian konstitusional!
4. Jelaskan apa saja yang dapat menjadi objek pengujian konstitusional!

Perkembangan Pengujian Konstitusional

A. PERKEMBANGAN PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

Pengujian konstitusional (*Constitutional review*) telah ada dalam beberapa bentuk sepanjang sejarah umat manusia. Salah satu fitur paling mengesankan di abad ke-20 adalah munculnya lembaga khusus untuk pengujian konstitusional di lebih dari seratus lima puluh negara (*Constitutional review has been in existence in some form throughout the history of mankind. One of the most impressive features of the 20th century has been the emergence of specialized institutes for judicial/constitutional review in more than one hundred-fifty countries*) (G. Harutunyan dan A. Mavcic, 1999).

Seperti diketahui pada tahun 1803, *Supreme Court* (Mahkamah Agung) Amerika Serikat di bawah Chief Justice John Marshall menerapkan *judicial review* atas undang-undang melalui perkara *Marbury vs Madison*. Chief Justice John Marshall membatalkan *Judiciary Act 1789* dengan menyatakan bahwa *Judiciary Act 1789* bertentangan dengan Article III Section 2 Konstitusi Amerika Serikat (Jimly asshiddiqie, 2006). Dari sinilah kemudian berkembang pengertian bahwa Mahkamah Agung pada pokoknya merupakan lembaga pengawal

konstitusi, yang bertanggung jawab menjamin agar norma dasar yang terkandung dalam konstitusi ditaati dan dilaksanakan. Dengan sendirinya segala undang-undang buatan Kongres, apabila bertentangan dengan konstitusi sebagai *supreme law of land* harus dinyatakan *null and void* (Jimly asshiddiqie, 2006).

Pengujian konstitusional sebagai mekanisme yang paling banyak diterapkan dalam sejarah dan di dunia kontemporer, untuk melakukan pembatalan undang-undang yang dibentuk oleh Parlemen oleh pengadilan (seperti pengadilan tertinggi dalam sistem pengujian konstitusional yang terdesentralisasi atau Mahkamah Konstitusi) dengan alasan bahwa undang-undang tersebut tidak konstitusional (*unconstitutional*). Pengadilan terdiri dari hakim yang tidak terpilih dan elitis, sedangkan Parlemen terdiri dari wakil rakyat terpilih, lembaga pengujian konstitusional tampaknya tidak demokratis atau kontra-mayoritas, dan legitimasinya telah dipertanyakan dari waktu ke waktu (Albert H.Y. Chen, 2013). Beberapa ahli hukum mempertahankannya dengan menjelaskan bahwa hal itu memungkinkan nilai-nilai dalam hukum kodrat (sebagai hukum yang lebih tinggi daripada hukum positif) harus direalisasikan dalam sistem hukum yang sebagian besar bersifat positif. Dengan demikian keadilan konstitusional melalui pengujian konstitusional memberikan kontribusi terhadap realisasi keadilan, martabat manusia dan hak asasi manusia (Albert H.Y. Chen, 2013).

Point lain pengujian konstitusional diperlukan untuk pemeliharaan institusi dasar, proses dan kondisi sebuah pemerintahan yang demokratis, karena demokrasi atau peraturan mayoritas tidak menjamin pemeliharaan tersebut. Selanjutnya, hak-hak minoritas perlu dijaga oleh keadilan konstitusional, karena peraturan mayoritas dapat menyebabkan hak-hak semacam itu terancam (Albert H.Y. Chen, 2013).

Beberapa ilmuwan politik menunjukkan bahwa dalam rancangan sistem konstitusional, rasional bagi aktor untuk memilih dan membentuk sebuah sistem Keadilan konstitusional (*constitutional justice*), sehingga mereka dapat memanfaatkannya jika kalah dalam pemilihan dan menjadi minoritas, atau bahkan absen dalam lembaga eksekutif dan legislatif (Tom Ginsburg, 2003).

Akantetapi Koopmans berpendapat lain, dengan menyatakan bahwa sebenarnya banyak negara dalam dunia kontemporer, konsepsi tradisional tentang pemisahan kekuasaan untuk tujuan *check and balances* telah

kehilangan keampuhannya, karena baik eksekutif maupun legislatif, sebagai hasil dari pemilu, berada di bawah kendali partai politik atau kekuatan politik yang sama. Dalam skenario ini, tersedianya pengujian konstitusional dan eksistensi pengadilan independen yang mengelola keadilan konstitusional, sebagai kontrol atas kekuasaan yang berkuasa yang mendominasi baik di eksekutif maupun legislatif menjadi semakin penting dan berharga (Tim Koopmans, 2003). Pengujian konstitusional pada dasarnya sebagai wujud untuk menegakkan mekanisme *check and balances* dalam praktik demokrasi konstitusional. Pengujian konstitusional menggantikan supremasi parlemen menjadi supremasi konstitusi (Munafrizal Manan, 2012). Dengan pengujian konstitusional, maka undang-undang yang dinilai bertentangan dengan konstitusi dapat dibatalkan kekuatan hukumnya (Munafrizal Manan, 2012). Pengujian konstitusional dimaksudkan untuk memastikan bahwa konstitusi sungguh-sungguh dijalankan atau ditegakkan dalam penyelenggaraan negara. Dalam arti pengujian konstitusional adalah sarana untuk menjaga agar konstitusi sebagai hukum dasar dipatuhi dan terjelma dalam praktik negara (Hamdan Zoelva, 2016).

Tom Ginsburg dan Mila Versteeg melakukan penelitian mengapa negara-negara di dunia mengadopsi pengujian konstitusional. Kesimpulan hasil penelitiannya ditemukan alasan yang berbeda dari setiap negara. Dengan meneliti beberapa jenis teori yang berbeda untuk menjelaskan alasan beberapa negara mengadopsi pengujian konstitusional, hasilnya adalah sebagai berikut: (1) teori ideasional yang memandang adopsi pengujian konstitusional sebagai produk dari kesadaran yang tumbuh dari peraturan perundang-undangan dan perlindungan kebebasan individu; (2) teori koordinasi dan komitmen yang memanfaatkan logika politik fungsional federalisme dan pertumbuhan ekonomi; (3) teori pasar elektoral yang berpendapat bahwa pengujian konstitusional diadopsi ketika pembuat konstitusi membayangkan diri mereka tidak berkuasa setelah diadopsinya konstitusi; dan (4) teori difusi yang memberi kesan bahwa pengujian konstitusional diadopsi sebagai tanggapan terhadap khalayak internasional dan perkembangan konstitusional di negara-negara asing (Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, 2013).

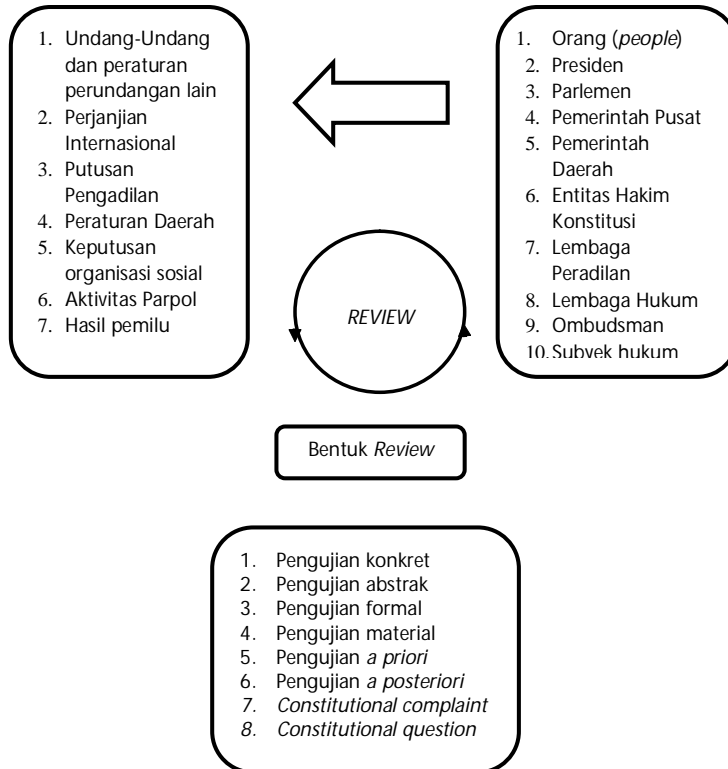
Secara umum, menurut John F. Ferejohn, jawaban untuk negara-negara yang telah mengadopsi pengujian konstitusional yang dikembangkan setelah

Perang Dunia I oleh Hans Kelsen, patut mendapat penghargaan karena menemukan model adjudikasi konstitusional yang telah menjadi populer dalam beberapa dekade terakhir. Hans Kelsen menciptakan sebuah institusi baru, yaitu sebuah pengadilan konstitusional, yang memiliki kekuatan untuk mengendalikan undang-undang biasa (Hans Kelsen, 1942). Hans Kelsen mengakui perlunya institusi yang memiliki kekuasaan untuk mengendalikan atau mengatur undang-undang. Dalam kasus pasca Perang Dunia I Austria, perhatian sebagian besar adalah untuk mempertahankan pengaturan federal, yaitu mengatur hubungan antara pemerintah nasional dan provinsi. Hans Kelsen mengakui bahwa kontrol konstitusional pada dasarnya melibatkan aktivitas legislatif. Dengan kata lain, bahwa adjudikasi konstitusi melibatkan legislasi dan penilaian. Proses yang dilakukan oleh para hakim konstitusional membuat atau menyatakan peraturan umum berbeda dengan peraturan yang berlaku di badan legislatif biasa (John E. Ferejohn, 2002).

Lebih lanjut John F. Ferejohn menyatakan bahwa model pengujian konstitusional di Eropa, berdasarkan cita-cita abad ke 18 dan 19 dan berbeda secara signifikan dari pola dasar Amerika, karena pengujian konstitusional model Eropa berasal dari Pengadilan Konstitusional Austria (*the Austrian Constitutional Court*) yang didirikan oleh Konstitusi Austria 1920 (*the 1920 Austrian Constitution*). Kelsen mengembangkan dasar teoritis yurisdiksi konstitusional sebagai pilihan konstitusional dan membela hal itu terhadap kritik hukum konstitusional Jerman pada khususnya. Sebagai ahli hukum konstitusional, Kelsen merumuskan bagian utama Konstitusi keenam, yang mencakup organisasi dan prosedur Mahkamah Konstitusi. Austria dengan demikian memperkenalkan yurisdiksi konstitusional khusus dan fungsional untuk pertama kalinya dalam sejarah hukum (John E. Ferejohn, 2002). G. Harutunyan dan A. Mavcic menyatakan bahwa secara global klasifikasi bentuk dasar pengujian konstitusional telah dikembangkan, sebuah analisis kompleks telah dilakukan mengenai fitur pengujian konstitusional antara lain fitur preventif, *ex post facto*, konkret, abstrak, selektif, dan wajib. Dari hasil penelitian telah dibuktikan bahwa telah terjadi kombinasi optimal pengujian konstitusional dari bentuk-bentuk yang disebutkan di atas (G. Harutunyan dan A. Mavcic, 1999).

Kehadiran pengujian konstitusional yang terus berkembang dalam praktik di berbagai negara demokrasi (Jimly ashiddiqie, 2006). Pada umumnya

GAMBAR 1.
PENGUJIAN KONSTITUSIONAL: SISTEM DAN PENGEMBANGAN



Sumber: G. Harutunyan, A. Mavcic.¹⁹⁹

mekanisme pengujian konstitusional diterima sebagai cara negara modern mengendalikan dan mengimbangi (*check and balances*) kecenderungan kekuasaan dilaksanakan dengan sewenang-wenang. Pengujian konstitusional menurut G. Harutunyan dan A. Mavcic adalah sebuah sistem yang berbeda dengan sistem peradilan *judicial review*. Dua hal yang perlu dicatat disini adalah: *pertama*, pengujian konstitusional tidak hanya dibatasi oleh kerangka *judicial review* (G. Harutunyan dan A. Mavcic, 1999; Jimly ashiddiqie, 2006). Yang juga perlu diperhatikan adalah peran fungsional otoritas legislatif dan eksekutif, serta tatanan dan tradisi untuk mempertahankan nilai moral, nasional dan spiritual. *Kedua*, pengujian konstitusional, yang diambil sebagai sebuah sistem, sebagai keseluruhan kesatuan kompleks dan harmonis yang memiliki kekuatan yang berbeda, dapat berfungsi secara efisien hanya

dengan prasyarat tertentu, yang menonjol meliputi: penyesuaian konstitusional hubungan masyarakat, pembentukan prinsip-prinsip demokrasi dalam pembangunan masyarakat, independensi pengujian konstitusional, karakter universal, aksesibilitas kepada anggota masyarakat, keterbukaan kajian konstitusional, dll (G. Harutunyan, A. Mavcic¹⁹⁹⁹).

Pengujian konstitusional sebagai bentuk asuransi politik (*political insurance*), dimana pembuat konstitusi melindungi kepentingan politik masa depan. Para pembuat konstitusi memberikan kewenangan pengujian konstitusional kepada peradilan, mengingat peradilan akan dapat melindungi nilai-nilai substantive yang tidak dapat dipastikan oleh para perancang konstitusi melalui proses politik (G. Harutunyan, A. Mavcic¹⁹⁹⁹). Sistem pengujian konstitusional dapat dilihat pada Gambar 1.

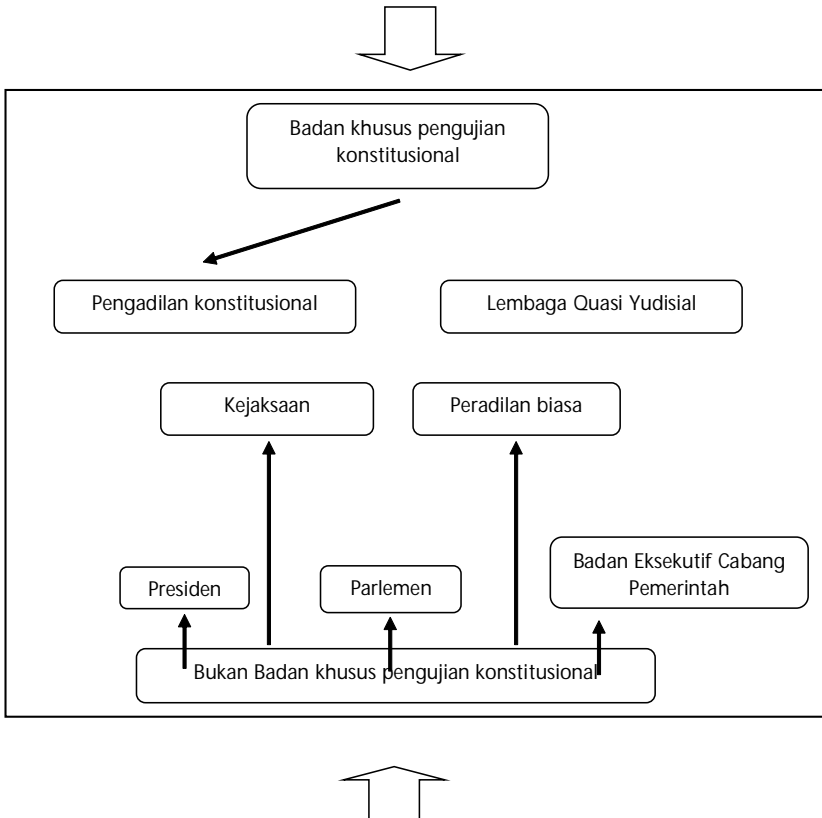
B. KELEMBAGAAN PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

Saat ini lebih dari 80% konstitusi di seluruh dunia memiliki pengaturan pengujian konstitusional (Tom Ginsburg, 2008). Pengujian konstitusional bertujuan untuk memperbaiki pelanggaran konstitusional tersebut oleh mayoritas di parlemen. Konstitusi diyakini dapat memastikan mekanisme penegakan untuk menghalangi tirani mayoritas dengan mewujudkan kriteria yang jelas mengenai pelanggaran konsensus sosial (Yasushi Hazama, 2009).

Tom Ginsburg mengemukakan ada 4 sistem pelebagaan pengujian konstitusional di beberapa negara, yaitu:

1. Pengujian konstitusional diberikan kepada pengadilan biasa pada tingkat tertentu, seperti di Amerika Serikat atau Pakistan;
2. Pengujian konstitusional diberikan kepada Mahkamah Agung tapi tidak ke pengadilan yang lebih rendah;
3. Pengujian konstitusional diberikan diberikan kepada Lembaga tertentu dengan kewenangan terbatas, seperti model Perancis. Dalam tradisi konstitusional Perancis menunjuk Dewan Konstitusional (*Constitutional Council*) dengan kewenangan peninjauan yang lebih terbatas; dan
4. Pengujian konstitusional diberikan kepada pengadilan khusus yaitu Mahkamah Konstitusi. Model ini dikenal dengan model Jerman yang menjadi tren terbesar dalam dua dekade terakhir adalah menciptakan badan khusus yang disebut Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Courts*) untuk melaksanakan fungsi pengujian konstitusional. Model Jerman telah

GAMBAR 2.
SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL



Sumber: G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999.

diadopsi secara luas di negara-negara demokrasi baru termasuk Indonesia (Tom Ginsburg, tt).

Sebenarnya sistem pengujian konstitusional melibatkan cukup banyak Lembaga-lembaga negara seperti tampak dalam Gambar 2, antara lain lembaga sebagai berikut: (G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999)

- 1) Badan khusus pengujian konstitusional, seperti: pengadilan konstitusional dan lembaga kuasi-yudisial;

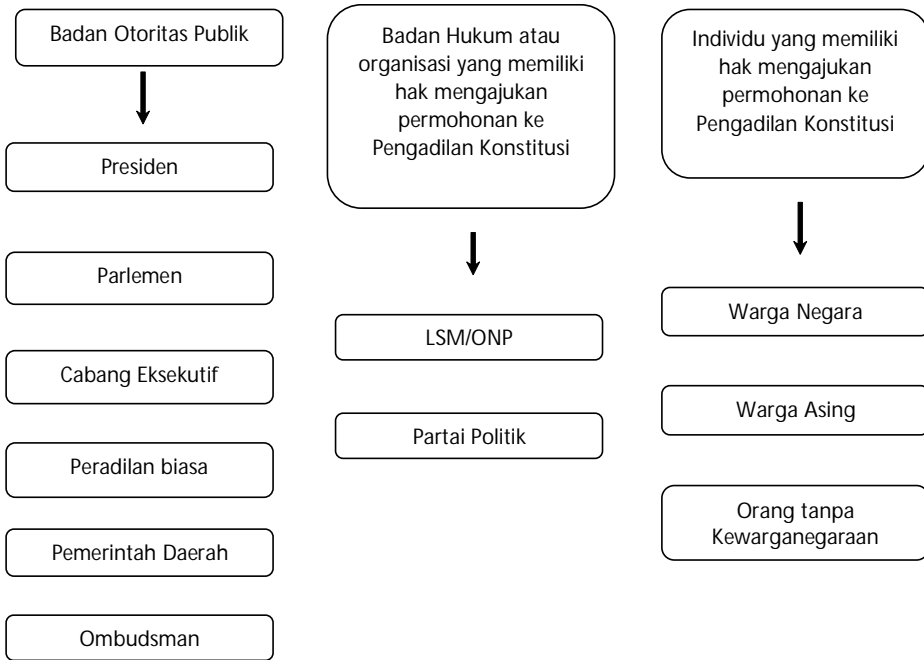
- 2) Bukan Badan khusus penguji konstitusional, seperti: (a) kepala negara; (b) Parlemen - sebagai suatu peraturan, berkenaan dengan tindakan legislatif yang diadopsi oleh Parlemen; (c) pemerintah - sebagai suatu peraturan, berkenaan dengan tindakan yang diadopsi oleh pemerintah dan tindakan administratif yang diadopsi oleh badan eksekutif cabang pemerintah; (d) pengadilan yurisdiksi umum; dan (e) di beberapa negara juga melibatkan kantor kejaksaan.

Untuk mengungkap fitur dari badan khusus pengujian konstitusional, kebanyakan dalam bentuk Pengadilan Konstitusional, maka studi harus dilakukan terhadap model pengujian konstitusional Eropa, baik terhadap *the decentralized constitutional system* ataupun *the centralized constitutional system*. Penelusuran dilakukan pada model pengujian konstitusional Eropa, karena fakta bahwa model pengujian konstitusional Amerika, pengadilan biasa tidak secara institusional atau fungsional disisihkan sebagai bagian dari sistem pengujian konstitusional yang khusus.

Dengan demikian, karakter asli dari badan khusus pengujian konstitusional (*specialized constitutional courts*) diwujudkan sebagai berikut:

1. Di kebanyakan negara, pemilih badan eksekutif dan legislatif tidak memiliki hubungan langsung dengan perekrutan badan-badan khusus pengujian konstitusional. Dasar legitimasinya adalah kehendak dari setidaknya dua cabang kekuasaan yaitu legislatif dan eksekutif. Hal ini terkait dengan sistem rekrutmen para hakim pengadilan konstitusi, yang tidak langsung dipilih oleh negara, melainkan dipilih oleh Lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif, seperti praktek di Korea dan Indonesia.
2. Mengakui keanggotaan dalam badan-badan ini tidak hanya hakim profesional, melainkan juga orang-orang yang bukan hakim, seperti akademisi, pengacara dan tokoh politik;
3. Badan khusus pengujian konstitusional, walaupun masuk ke dalam sistem peradilan, bagaimanapun, menempati posisi otonom;
4. Dalam statusnya, badan pengujian konstitusional khusus adalah salah satu badan konstitusional tertinggi: dasar organisasi dan kegiatannya diatur oleh Konstitusi dan hukum konstitusional atau peraturan organik;
5. Fungsi dasar badan-badan pengujian konstitusional khusus adalah

GAMBAR 3.
SISTEM PENGAWASAN KONSTITUSIONAL



Sumber: G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999

- pengujian konstitusional;
6. Bentuk dasar kegiatannya adalah persidangan;
 7. Badan-badan pengujian konstitusional khusus memiliki otonomi yang besar dalam masalah prosedural (Mahkamah Konstitusi dianggap oleh beberapa ahli hukum sebagai "*host proses*"). Otonomi ini, peran prosedural yang kuat dari Pengadilan tidak melekat pada Pengadilan Konstitusional dalam model Amerika, atau ke pengadilan yurisdiksi umum dalam sistem pengujian konstitusional Eropa;
 8. Yurisdiksi badan-badan ini diperluas ke lembaga-lembaga legislatif, eksekutif, dan seringkali juga kekuasaan kehakiman;
 9. Secara eksklusif memiliki hak prerogatif untuk mengambil keputusan akhir, terutama di bidang pengujian konstitusionalitas hukum positif atau undang-undang;

10. Putusan badan-badan khusus pengujian konstitusional memiliki perangkat pembuktian yang berbobot yang akan mengkompensasi kelemahan legitimasinya, sementara itu, terlepas dari apakah dasar putusannya bersifat wajib atau tidak, pengadilan yurisdiksi umum akan mengikuti saat membangun argumentasi di pengadilan konstitusi;
11. Putusan badan khusus pengujian konstitusional di kebanyakan negara bersifat final dan mengikat untuk semua. Efek hukumnya sama dengan efek hukum dari Konstitusi itu sendiri.

Dengan demikian, badan-badan khusus Pengadilan Konstitusional (*specialized constitutional courts*) di kebanyakan negara adalah lembaga utama yang berwenang melakukan pengujian konstitusional. Berbeda dengan badan-badan non-khusus, seperti Mahkamah Agung di Amerika, pengujian konstitusional merupakan fungsi sampingan yang mengikuti kegiatan dasar mereka. Realisasi pengujian konstitusional oleh badan-badan non-khusus bersifat opsional dan bersifat episodik (kecuali kasus-kasus ketika tanggung jawab ini diberikan secara khusus kepada mereka oleh badan-badan khusus itu sendiri). Selain itu, beberapa badan pengujian konstitusional non-khusus bertindak sebagai badan pengawasan konstitusional, sehingga menjadi badan pendukung pengujian konstitusi. Ilustrasi dapat dilihat pada Gambar 3.

Dalam perkembangan pengujian konstitusional, pelakunya tidak hanya Mahkamah Konstitusi, melainkan ada badan-badan selain Mahkamah Konstitusi yang dapat melakukan pengujian konstitusional. Berikut ini adalah uraian badan yang melakukan pengujian konstitusional antara lain sebagai berikut: (G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999)

1. MAHKAMAH KONSTITUSI (*CONSTITUTIONAL COURT*).

Negara-negara yang memberikan kewenangan pengujian konstitusional kepada Mahkamah Konstitusi, adalah sebagai berikut:

- a. Di Eropa: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Austria, Belarus, Federasi Bosnia dan Herzegovina (dengan Pengadilan Konstitusi dari badan federal Bosnia dan Herzegovina dan Republik Serbia Bosnia), Bulgaria, Kroasia, Republik Cheska, FRY (dengan Pengadilan Konstitusional republik penyusun Serbia dan Montenegro), Georgia, Jerman (dengan Pengadilan Konstitusional regional: *Baden-Wuerttemberg*,

Bavaria, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt), Hungaria, Italia, Latvia, Lituania, Luksemburg, Makedonia, Malta, Moldova, Polandia, Rumania, Federasi Rusia (dengan unit federal Pengadilan Konstitusional: Adigea, Altai, Bashkiria, Buryatia, Chechnia, Chuvashia, Dagestan, Lngushia, Oblast Irkutskaya, Republik Kabardino-Balkar, Khakassia, Republik Karachaewo-Cherkez, Karelia, Kalmikia, Komy, Marii-El, Ossetia Utara, Tatarstan, Tuva, Udmurtia, Yakutia (Sakha), Slovaki A, Slovenia, Spanyol, Turki, Ukraina.

- b. Di Afrika: Angola, Benin, Republik Afrika Tengah, Mesir, Guinea Khatulistiwa, Gabon, Madagaskar, Mali, Rwanda, Afrika Selatan, Togo.
- c. Di Timur Tengah: Siprus, bekas Irak, Palestina, Suriah.
- d. Di Asia: Kyrgyzstan, Mongolia, Korea Selatan, Sri Lanka, Tajikistan, Thailand, Indonesia, Uzbekistan (dengan Komite Konstitusional regional Republik Karakalpakstan).
- e. Di Amerika Tengah dan Selatan: Cile, Suriname, Provinsi Tucuman (Argentina) dengan Konstitusi Tucuman pada tanggal 28 April 1990.

2. PENGADILAN TINGGI (*HIGH COURT*) ATAU KAMAR KHUSUS (*SPECIAL CHAMBER*)

Negara-negara yang memberikan kewenangan pengujian konstitusional kepada Pengadilan Tinggi atau kamar Khusus, adalah sebagai berikut:

- a. Di Eropa: Belgia (Pengadilan Arbitrase/*The Arbitration Court*), Islandia, Liechtenstein, Monaco.
- b. Di Timur Tengah: Yemen.
- c. Di Afrika: Burkina Faso, Burundi, Kamerun, Chad, Eritrea, Niger, Sudan, Uganda (1995), Zaire, Zambia.
- d. Di Asia: Filipina.
- e. Di Amerika Tengah dan Selatan: Kosta Rika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Uruguay.

3. DEWAN KONSTITUSIONAL (*THE CONSTITUTIONAL COUNSEIL*)

Negara-negara yang memberikan kewenangan pengujian konstitusional kepada Dewan Konstitusional (*The Constitutional Counseil*), adalah sebagai

berikut:

- a. Di Timur Tengah: Lebanon.
- b. Di Afrika: Mauritania, Senegal.
- c. Di Asia: Kamboja, Kazakhstan.

Lembaga-lembaga peradilan berdasarkan model pengujian konstitusional Eropa memiliki karakteristik umum sebagai berikut ini: (G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999)

- a. pengujian konstitusional diperkenalkan dalam situasi yang berbeda, tergantung pada sistem nasional tertentu;
- b. struktur pengujian konstitusional yang independen secara institusional (*independent structures*) dan berada di luar cabang yudisial;
- c. dalam persidangan setelah masalah pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) dibuat oleh pemisahan pengujian konstitusional dari pengadilan biasa (*ordinary courts*);
- d. status konstitusional (otonomi administratif dan keuangan/*administrative and financial autonomy*) merupakan prasyarat untuk independensi Pengadilan;
- e. monopoli pengujian konstitusional (spesialisasi dalam pengujian konstitusional), konsentrasi kekuasaan di satu institusi, paling sering dengan wewenang untuk membatalkan undang-undang (*abrogate statutes*) yang dibuat oleh Parlemen;
- f. hakim pengadilan konstitusional ditunjuk oleh badan-badan kekuasaan politik;
- g. sifat khusus yurisdiksi: keputusan bersifat hukum dan politis walaupun mungkin juga memiliki fungsi konsultasi murni;
- h. pengujian konstitusional undang-undang yang berlaku; dan
- i. umumnya pengujian konstitusional semacam itu bersifat represif, walaupun peninjauan konstitusionalnya bersifat preventif.

Akan tetapi perkembangan di beberapa negara yang tidak mengenal *constitutional review* atau *judicial review*, seperti negara Inggris (meskipun kekuasaan *House of Lords* mencakup beberapa elemen dalam pengujian konstitusional preventif) dan Belanda (mengenai sistem Belanda, ada beberapa pengecualian mengenai kewenangan Mahkamah Agung untuk

memutuskan kasus-kasus yang terkait dengan institusi Masyarakat Eropa (*European Communities institutions*) atau Eropa, dan negara Lesotho, Liberia, dan Libya (di Libya, beberapa fungsi pengujian konstitusional dapat dilakukan oleh Mahkamah Agung Libya yang juga merupakan anggota Kelompok Arab Mahkamah Konstitusi dan Dewan Konstitusional) atau Afrika. *Constitutional review* ternyata sudah menjadi fenomena dunia. Dalam perkembangannya dikenal beberapa Lembaga Yudikatif Internasional (*International Judicial Institutions*) yang memiliki fungsi *constitutional review*, seperti: (G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999)

- a. Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa (*the European Court of Human Rights*) di Strasbourg yang memiliki kewenangan untuk memeriksa *constitutional complaint* di Eropa;
- b. Pengadilan Keadilan Masyarakat Eropa (*the Court of Justice of the European Community*) di Luxemburg berwenang untuk tindakan hukum yang menyebabkan pembatalan; tindakan hukum terhadap kelalaian tindakan oleh Dewan Menteri atau Komisi Masyarakat; solusi dari isu-isu sebelumnya sebagai tinjauan konkret atas permintaan Dari pengadilan negara anggota);
- c. Pengadilan EFTA (*the Court of European free Trade Area*) di Jenewa, memiliki kewenangan untuk penyelesaian perselisihan antara negara anggota EFTA, dan melakukan pengujian konkret (*concrete review*) yang diminta oleh pengadilan negara anggota EFTA;
- d. *Comision y la Corte Interamericanas de los Derechos Humanos*;
- e. *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; La Corte Centroamericana de Justicia como Tribunal Constftucional de Centroamerica*.

Dengan mengacu pada institusi internasional semacam itu, sering timbul pertanyaan mengenai peran dan peran lembaga nasional *constitutional review/ judicial review* mengenai hubungan hukum supranasional (*supranational*) (misalnya Hukum Masyarakat Eropa/*European Community Law*) *vis-a-vis* sistem hukum nasional, berdasarkan baik pada tradisi dualis, yaitu Negara-negara berikut ini tidak mengakui supremasi hukum supranasional, namun memiliki karakter supranasional khusus seperti Denmark, Jerman, Italia, Portugal; atau pada tradisi monis, yaitu Negara-negara yang mengakui supremasi hukum supranasional atas hukum nasional, yaitu Belgia, Prancis, Luksemburg, Belanda, Spanyol.

C. YURISDIKSI PENGADILAN KONSTITUSIONAL

Pengujian konstitusional atas produk hukum berlaku di sejumlah negara biasanya diselenggarakan melalui tiga cara, yaitu (1) pengujian norma abstrak (*abstract norm review*); (2) pengujian norma konkret (*concrete norm review*), dan (3) pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) (Ahmad Syahrizal, 2006).

1. PENGUJIAN NORMA ABSTRAK

Pengujian norma hukum abstrak adalah mekanisme preventif terhadap masa depan suatu produk legislasi yang diprediksi tidak konstitusional (Ahmad Syahrizal, 2006), dalam bentuk pengujian yang bersifat *a priori review*, ataupun juga pengujian *a posteriori* (*a posteriori review*). Hans Kelsen memiliki pandangan argumentatif mengenai model pengujian *a priori*, dengan menyatakan bahwa: "...constitutional court should be able to review the constitutionality of legislation before enforcement in the realm..." (Alec Stone Sweet, 2000). Pengujian preventif atau *a priori review* mengenai konstitusionalitas undang-undang dan peraturan legislatif lainnya, peradilan konstitusional sebenarnya merupakan fungsi konsultatif, atas permohonan yang diajukan kepadanya, biasanya oleh pemerintah, terkait dengan rancangan peraturan yang belum diundangkan atau penegakannya. Pengujian *a priori* dipraktekkan di Mahkamah Konstitusi Republik Italia, Mahkamah Konstitusi atau Pengadilan Tinggi Austria, Jerman dan Cile, Portugal, Irlandia, Finlandia, Siprus, Hongaria, Rumania, Suriah, Turki, Polandia, Rusia, dan Spanyol. Di tingkat internasional, bentuk pengujian konstitusional ini mendapat banyak kritik; Khususnya dalam rangka penghapusan dekret pencegahan di Spanyol, banyak kelemahan yang ditunjukkan: bahwa legislator mengabaikan pengujian konstitusionalnya sendiri, bahwa dengan cara ini prosedur legislatif ditunda, bahwa karena persyaratan jangka pendek yang diberikan, pengujian *a priori* masih dipertanyakan pula. Juga dipraktekkan di Dewan Konstitusional Perancis, dimana model Perancis ini diikuti oleh Afrika (G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999).

Posteriori review merupakan mekanisme represif, berlaku untuk peraturan yang berlaku dan telah diadopsi oleh sebagian besar sistem. Dalam beberapa sistem pengujian konstitusional yang berkembang di dunia, terdapat praktek menggabungkan pengujian *posteriori* dengan *a priori review*, seperti di Siprus

dan Rumania. Pengujian *a posteriori* atau represif bersifat abstrak dan khusus.

Hakim Konstitusi memperhatikan masalah konstitusionalitas suatu peraturan sebagai sengketa utama, dan kemungkinan akan membatalkan atau menghentikan (*ex tunc* – Jerman) atau mencabut (*ex nuct, abrogation* - Jerman) peraturan inkonstitusional. Penghentian undang-undang berlaku setelah diadopsinya Putusan Mahkamah Konstitusi. Sebuah keputusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi memiliki efek retroaktif yang kembali diterapkan pada peraturan tersebut, seolah-olah peraturan tersebut dihapus dari sistem hukum. Pasca pembatalan undang-undang maka sebuah undang-undang inkonstitusional tidak dapat memiliki efek hukum sama sekali dan perlu untuk direvisi segala sesuatu yang telah dilakukan berdasarkan undang-undang yang tidak konstitusional (G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999).

Sebenarnya pengujian norma abstrak pada produk hukum setelah produk hukum itu berlaku (*ex post*) dengan pengujian produk hukum sebelum produk hukum itu diberlakukan (*ex ante*), keduanya memiliki akibat hukum yang sama, mengingat melalui putusan bahwa suatu produk hukum yang tidak konstitusional tidak dapat diimplementasikan secara efektif (Ahmad Syahrizal, 2006). Yang membedakan kedua model pengujian itu hanyalah soal waktu, jika pengujian dalam konstruksi “abstrak dan *a priori*” yang diuji adalah undang-undang yang belum mengalami keberlakuan, sedangkan dalam bentuk pengujian “konkret dan *posteriori*”, pengujian diarahkan terhadap produk hukum baik itu undang-undang maupun peraturan pemerintah yang telah berlaku.

Mahkamah Konstitusi Austria mempraktekkan pengujian yang bersifat *a priori* dan *a posteriori* sekaligus. Segala putusan Mahkamah Konstitusi mempunyai kekuatan *erga omnes* yang bersifat mutlak berdasarkan prinsip kewenangan mutlak yang diberikan kepadanya oleh UUD. Mahkamah Konstitusi Austria merupakan satu-satunya lembaga yang menjalankan fungsi *constitutional review*, dengan kedudukan tersendiri di luar Mahkamah Agung.

Diketahui bahwa pengujian abstrak hanya bersifat khas untuk sistem pengkajian konstitusional Eropa. Ini mengasumsikan bahwa masalah konstitusionalitas tindakan peraturan dapat diajukan oleh orang yang kompeten yang diberikan oleh undang-undang, terlepas dari kasus spesifik apa pun (G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999). Pengujian norma abstrak

lebih berfokus kepada tingkat konstitusionalitas undang-undang secara umum (Alfred Rincken, 2002).

David M. O'Brien menyatakan bahwa: pengujian abstrak suatu undang-undang diprakarsai oleh badan-badan resmi terpilih oleh pemerintah pusat maupun daerah sehubungan dengan undang-undang yang belum ditetapkan dan undang-undang yang belum diberlakukan atau telah ditangguhkan karena ada pengujian oleh pengadilan konstitusional. Singkatnya, sebelum undang-undang mulai berlaku, pengadilan konstitusional harus menyampaikan konstitusionalitasnya, dan setelah itu undang-undang tersebut dapat direvisi (David M. O'Brien, 2000).

Dalam pengujian norma abstrak, secara umum, subjek yang dapat mengajukan permohonan (yang memiliki *legal standing*) adalah badan otoritas negara. Namun, di beberapa negara warga negara bisa sebagai subjek *review* abstrak, seperti di Brasil, Malaysia. Di Brasil, misalnya, setiap warga negara dapat mengajukan permohonan ke Badan Peradilan Konstitusional jika menurut dia hukum tersebut menimbulkan kerusakan pada warisan budaya nasional, lingkungan atau martabat umum. Di beberapa negara Eropa, juga seorang warga negara memiliki hak untuk mengajukan langsung ke Mahkamah Konstitusi secara konstitusionalitas suatu undang-undang, demikian juga Spanyol, Portugal (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999). Pengujian norma abstrak berisi muatan preventif yang besar, melindungi supremasi Konstitusi di semua tahap persiapan, dan penerapan tindakan peraturan. Bentuk pengujian ini menjadi jaminan untuk mempertahankan keseimbangan konstitusional pemisahan kekuasaan dan memastikan penyelenggaraan negara yang diatur secara harmonis (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

2. PENGUJIAN NORMA KONKRET

Pengujian norma konkret merupakan konsep dasar sistem pengujian konstitusional Amerika yang mengasumsikan bahwa konstitusionalitas suatu peraturan dikaitkan dengan kasus tertentu yang menjadi subyek penyelidikan yudisial. Di banyak negara Eropa, terutama yang memiliki sistem pengaduan individual (*constitutional complaint*), pengujian konstitusional juga diimplementasikan sebagai pengujian konkret (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999). Pengujian norma konkret dapat diajukan oleh peradilan biasa

di dalam negara yang memiliki system pertanyaan konstitusional (*constitutional question*). Pengujian norma konkret tersebut dilaksanakan oleh Peradilan Konstitusi setelah adanya penyerahan (*referral*) dari peradilan biasa yang meragukan konstitusionalitas suatu undang-undang dan peraturan perundang-undangan, ataupun peraturan pemerintah serta putusan pengadilan (Ahmad Syahrizal, 2006). *Referral* adalah istilah penyampaian suatu perkara dari peradilan biasa kepada Peradilan Konstitusi disebut dengan penyerahan (*referral*) yang harus dibedakan dengan permohonan melalui petisi (David M. O'Brien, 2000).

Model pengujian ini dinamakan pengendalian norma konkret. Pengujian konstitusional konkret umumnya timbul dari proses litigasi peradilan biasa ketika hakim merasa bimbang terhadap konstitusionalitas suatu undang-undang ataupun pelaksanaan peraturan perundang-undangan yang dinilai inkonsisten dengan konstitusi (Ahmad Syahrizal, 2006). Pengujian norma konkret telah dilaksanakan di Jerman, Italia, Austria, Spanyol, dan Amerika Serikat (Ahmad Syahrizal, 2006).

Di Jerman, *Referral* itu sendiri didorong oleh adanya keraguan yang tertanam dalam pendirian hakim peradilan biasa atas makna konstitusionalitas suatu undang-undang, peraturan perundang-undangan, peraturan pemerintah, atau putusan peradilan biasa, sebagaimana diatur dalam Pasal 80 ayat (1) the Federal Constitutional Court Act (Jimly Asshiddiqie, 2006).

Dengan demikian, dalam sistem pertanyaan konstitusional, peradilan biasa hanya terlibat dalam pemeriksaan awal, dan sama sekali tidak memiliki otoritas untuk memutus final apakah produk hukum yang sedang ditanganinya itu konstitusional atau tidak. Sebab itulah dalam konstruksi pengujian norma konkret putusan akhir tetap berada di Pengadilan Konstitusional (Alec Stone Sweet, 2000). Pengujian konkret yang dilakukan oleh pengadilan di Jerman, Italia, Spanyol, dalam proses pengadilan di pengadilan umum, maka Pejabat yudisial yang berwenang dapat mengajukan pertanyaan konstitusional (*constitutional question*) atas hukum, peraturan hukum, keputusan pengadilan, atau tindakan administratif yang inkonstitusional kepada hakim konstitusi. Aturan umumnya adalah bahwa seorang hakim pengadilan umum akan ke pengadilan konstitusional jika dua syarat terpenuhi: (1) bahwa pertanyaan konstitusional merupakan materi untuk proses pengadilan konstitusional, dan (2) ada keraguan yang wajar dalam pikiran hakim tentang

konstitusionalitas undang-undang. *Referral* akan menanggukhan proses persidangan di peradilan biasa karena ada proses pengujian di pengadilan konstitusional. Putusan pengadilan konstitusional mengikat peradilan biasa (Alec Stone Sweet, 2000).

Pengujian norma konkret terutama ditandai oleh beberapa fitur berikut ini:

- a. pengujian ditetapkan dengan pemeriksaan kasus tertentu;
- b. putusan tentang konstitusionalitas suatu tindakan hukum diperluas ke subyek hukum, yang relevan dengan kasus tertentu;
- c. untuk melindungi kepentingan individu; dan
- d. hubungan fungsional antara pengadilan biasa dan badan peradilan konstitusional diatur secara jelas (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Pengujian norma konkret dapat muncul dari proses yang sedang berjalan di depan pengadilan biasa, yang tidak yakin akan konstitusionalitas suatu peraturan tertentu (seperti di Jerman), atau bahwa keraguan pengadilan tentang inkonstitusionalitas dari aturannya tidak jelas dan tidak berdasar (seperti di Italia). Pendekatan ini mempertimbangkan permohonan pengujian konstitusional oleh pengadilan biasa ke Mahkamah Konstitusi diperbolehkan. Konsekuensi dari pengujian ini adalah bahwa peraturan inkonstitusional (undang-undang) tidak diterapkan pada perselisihan tertentu (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Pengujian konstitusional sebuah undang-undang berakar pada sistem Amerika yang menyebar ke negara-negara tertentu di benua Amerika dan tempat lain. Dengan pengujian konstitusional yang spesifik, Mahkamah Konstitusi dapat mengeluarkan putusan mengenai konstitusionalitas dan legalitas tindakan hukum sebagai pertanyaan konstitusi (*constitutional question*) dan bukan tindakan individu yang diperselisihkan, seperti halnya dengan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999). Oleh sebab itu David M. O'Brien menyatakan bahwa pengujian norma konkret muncul dari proses pengadilan saat hakim pengadilan biasa tidak yakin (*uncertain; doubt*) tentang konstitusionalitas atas penerapan undang-undang atau peraturan; dalam hal ini hakim mengajukan pertanyaan konstitusional (*constitutional question*) atau pengaduan ke pengadilan konstitusional untuk penyelesaian (David M. O'Brien, 2000).

Pada prinsipnya, pada tahap awal uji konkret hakim peradilan biasa telah disertakan dalam memeriksa kadar konstiusionalitas undang-undang. Akan tetapi, hakim peradilan biasa tidak memiliki otoritas untuk menyatakan konstiusionalitas suatu undang-undang. Seperti dikatakan oleh Alec Stone Sweet, bahwa proses pengujian konkret mensyaratkan partisipasi atau keterlibatan hakim pengadilan biasa dalam konstiusionalitas suatu undang-undang (Alec Stone Sweet, 2000). Secara teknis pengujian norma konkret disebut *a posteriori control* atau *ex post control*, suatu istilah yang memperlihatkan bahwa uji konstiusionalitas terhadap undang-undang baru dapat dilakukan setelah undang-undang dimaksud berlaku (Ahmad Syahrizal, 2006).

3. PENGADUAN KONSTITUSIONAL (*CONSTITUTIONAL COMPLAINT*)

a. Pemahaman Constitutional Complaint

Sejalan dengan ide dasar pembentukan Mahkamah Konstitusi, yaitu sebagai pengawal konstitusi, sementara itu salah satu fungsi utama konstitusi adalah memberikan perlindungan terhadap hak-hak dan kebebasan-kebebasan mendasar warga negara, maka dalam perkembangan selanjutnya kepada Mahkamah Konstitusi di banyak negara juga diberikan kewenangan untuk memutus perkara-perkara pengaduan konstiusional (*constitutional complaint*), yakni pengaduan atau gugatan yang diajukan oleh perorangan warga negara ke Mahkamah Konstitusi terhadap perbuatan atau kelalaian suatu lembaga publik yang mengakibatkan terlanggarnya hak-hak atau kebebasan-kebebasan mendasar orang atau warga negara yang bersangkutan (I Gede Palguna, 2006). Pengaduan konstiusional adalah upaya hukum khusus terhadap pelanggaran hak konstiusional, terutama oleh tindakan pejabat pemerintah yang memungkinkan seseorang yakin bahwa hak-haknya telah terpengaruh oleh tindakan tersebut, dan berhak mengadukan kasusnya untuk diputuskan oleh Pengadilan yang berwenang memberikan sebuah pengujian konstiusional atas tindakan yang disengketakan (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Mekanisme pengaduan konstiusional tersedia bagi setiap orang yang ingin mempertanyakan dugaan pelanggaran hak konstiusional kepada pengadilan konstitusi. Permohonan biasanya diarahkan pada tiga hal sebagai berikut: *pertama*, permohonan yang diarahkan kepada pasal-pasal atau ayat-ayat dari

suatu undang-undang yang berlaku melanggar hak-hak konstitusional pemohon, *kedua*, permohonan ditujukan kepada tindakan pejabat publik dan *ketiga*, putusan final peradilan biasa yang terindikasi kuat melanggar hak-hak konstitusional pemohon (Ahmad Syahrizal, 2006).

Pengaduan konstitusional sangat umum terjadi dalam sistem pengujian konstitusional (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999). Pada dasarnya, pengaduan demikian baru dapat diterima oleh Mahkamah Konstitusi apabila semua jalan yang tersedia bagi penyelesaian melalui proses peradilan terhadap persoalan tersebut telah tidak ada lagi (*exhausted*). Objek pengaduan dapat ditujukan pada tindakan atau kelalaian badan-badan pemerintahan, undang-undang, atau putusan pengadilan. Yang penting untuk dicatat adalah bahwa Mahkamah Konstitusi hanya menilai atau menguji konstitusionalitasnya, termasuk dalam hal pengaduan itu ditujukan terhadap putusan-putusan pengadilan. Artinya, Mahkamah Konstitusi hanya menilai atau menguji konstitusionalitas putusan-putusan pengadilan tersebut, sedangkan masalah-masalah hukum dan fakta-fakta lainnya adalah kewenangan dari pengadilan-pengadilan lain tadi. Selama tidak ada pelanggaran terhadap hak-hak mendasar atau hak-hak konstitusional, Mahkamah Konstitusi terikat oleh putusan pengadilan-pengadilan tersebut (I Gede Palguna, 2006). Pengaduan konstitusional memberikan jaminan agar dalam proses-proses menentukan dalam penyelenggaraan negara, baik dalam pembuatan perundang-undangan, proses administrasi negara dan putusan peradilan tidak melanggar hak-hak konstitusional (Vino Devanta Anjas Krisdinar, 2010).

Pengaduan konstitusional adalah salah satu wujud pelaksanaan demokrasi konstitusional yaitu kontrol rakyat terhadap negara untuk memulihkan hak-hak konstitusional yang dijamin oleh konstitusi. Jonathan Riley menggambarkan demokrasi konstitusional sebagai sebuah permainan yang kompleks yang melibatkan dua tahap pembuatan keputusan politik (*political decision making*). Tahap pertama adalah *fase constitutional* atau *higher track* dan tahap kedua adalah *fase post-constitutional* atau *lower track* (Hamdan Zoelva, 2010). Mekanisme pengaduan konstitusional atau dalam bahasa Jerman disebut *verfassungsbeschwerde* merupakan hak yang dimiliki oleh setiap orang atau kelompok tertentu untuk melakukan pernyataan sikap tidak setuju atau menolak terhadap perlakuan pemerintah terhadapnya. Dalam hal ini orang atau kelompok tertentu tersebut merasa hak-hak konstitusionalnya

dilanggar oleh pemerintah (Vino Devanta Anjas Krisdinar, 2010).

Pengaduan konstitusional adalah pengaduan warga negara ke Mahkamah Konstitusi karena mendapat perlakuan (kebijakan atau tidak ada kebijakan) dari negara, dalam hal ini baik pemerintah; lembaga perwakilan rakyat, maupun Mahkamah Agung, yang bertentangan dengan konstitusi (UUD 1945). Pengaduan konstitusional hanya bisa diajukan setelah semua upaya hukum dilakukan melalui lembaga-lembaga negara yang lain (*exhausted*). Di banyak negara, wewenang ini merupakan salah satu wewenang Mahkamah Konstitusi. Namun, di Indonesia, UUD 1945 tidak secara tegas memberikan wewenang pengaduan warga negara kepada Mahkamah Konstitusi (Hamdan Zoelva, 2010).

Pengaduan konstitusional bukanlah lembaga yang sama sekali baru; pelopornya dapat ditemukan dalam hukum Aragon abad ke-13 sampai 16; dan di Jerman dari abad ke 15 dan seterusnya. Sementara Swiss mengajukan pengaduan konstitusional sudah diatur khusus sejak tahun 1874 dalam Konstitusi tahun 1874 dan dalam Statuta 1874 dan 1893 (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999). Salah satu Mahkamah Konstitusi yang pertama kali menerapkan dan mengembangkan wewenang pengaduan konstitusional adalah Mahkamah Konstitusi Federal Jerman (*Bundesverfassungsgerichts*) (Pan M. Faiz, 2006). Fakta menunjukkan bahwa dari semua masalah yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengadili dan memutusnya, pengaduan konstitusional menduduki urutan teratas dalam jumlah kasus. Sebagai ilustrasi, di Jerman – yang merupakan salah satu pionir dalam pemberian kewenangan mengadili perkara pengaduan konstitusional kepada Mahkamah Konstitusinya – sampai dengan 31 Desember 2002 saja, Mahkamah Konstitusi Federal Jerman telah memutus tidak kurang dari 141.000 perkara, 125.000 di antaranya merupakan kasus pengaduan konstitusional (*verfassungsbeschwerde*) – namun dari jumlah itu hanya 3.360 pengaduan yang dikabulkan (I Gede Palguna, 2006).

Selain di Eropa, beberapa sistem Asia mengenali pengaduan konstitusional seperti di negara Taiwan. Perlu juga dicatat bahwa negara-negara Arab lainnya, jika mereka benar-benar mengakui *judicial review*, pada dasarnya mengadopsi sistem pengujian konstitusional mengikuti model Dewan Konstitusional Prancis (*the French Constitutional Council*) tahun 1958, yang tidak mengakui hak individu untuk mengarahkan akses ke badan

penguji konstitusional atau badan *judicial* tertentu. Di Afrika beberapa negara mengakui pengaduan konstitusional. Contoh pengaduan konstitusional di Amerika Tengah dan Selatan, dinamakan dengan *the Brazilian mandado de injuncao*, yaitu keluhan individu (*an individual complaint*) jika terjadi kelalaian oleh legislatif (*negligence by the legislature*) di bawah yurisdiksi Mahkamah Agung Brasil (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999). Di Spanyol hak perorang untuk memohonkan pengaduan konstitusional disebut *Amparo* (Alec Stone Sweet, 2000; Ahmad Syahrizal, 2006).

Tujuan dari pengaduan konstitusional ini adalah agar setiap orang atau kelompok tertentu memiliki kebebasan dan persamaan kedudukan dalam berpartisipasi dalam sebuah negara dan untuk menegakan prinsip-prinsip demokrasi termasuk tanggung jawab mengenai perlindungan terhadap kekuatan konstitusional yang dimiliki oleh masyarakat (Vino Devanta Anjas Krisdinar, 2010).

Kegunaan sistem individu (*the individual systems*) adalah bahwa mereka mengenali akumulasi dua bentuk keluhan yaitu keluhan individu dan konstitusi (*individual and constitutional complaint*). Kedua bentuk tersebut dapat bersaing dalam fungsinya. Dasar alasan kedua bentuk tersebut adalah perlindungan hak konstitusional: keluhan individu (*the individual complaint*) atau *actio popularis* di depan umum (*in the public*) dan keluhan konstitusional (*the constitutional complaint*) untuk kepentingan pribadi (*the private interest*). Dalam kedua kasus pemohon adalah individu. Sebagai aturan, subjek yang diperselisihkan (*the subject disputed*) berbeda: keluhan individu (*the individual complaint*) atau *actio popularis* mengacu pada tindakan umum dan keluhan konstitusional mengacu pada tindakan pejabat negara (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

b. Dasar-Dasar Pengaduan Konstitusional

Berikut ini adalah unsur sistem pengaduan konstitusional yang disarikan dari G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999, antara lain:

- 1) Sistem seleksi awal yang ketat, walaupun pengaduan konstitusional adalah upaya hukum yang terbuka untuk setiap orang (*a legal remedy in principal open to everybody*), akan tetapi Mahkamah Konstitusi harus selektif dalam menerima pengaduan konstitusional. Sistem ini dibangun di Mahkamah Konstitusi Jerman, dimaksudkan agar dapat menjamin perlindungan hak

asasi manusia yang efisien dalam sistem demokrasi, sehingga Mahkamah Konstitusi akan menyempitkan pengaduan konstitusional dan menolak keluhan yang berpotensi tidak berhasil (*a frivolous complaint*).

- 2) Perlindungan melalui pengaduan konstitusional umumnya mengacu pada hak dan kebebasan konstitusional yang ditentukan oleh Konstitusi. Akan tetapi di beberapa negara seperti Slovenia, Kroasia, Montenegro, hanya hak-hak konstitusional tertentu yang dapat diajukan pemenuhannya melalui klaim pengaduan konstitusional.
- 3) Tindakan yang diperselisihkan oleh pengaduan konstitusional mengacu pada tindakan pejabat negara, dengan beberapa pengecualian;
- 4) Subjek Pemohon. Yang berhak mengajukan pengaduan konstitusional umumnya adalah individu tetapi di Austria, Jerman, Spanyol, Swiss, dan Montenegro, badan hukum secara eksplisit dapat melakukannya juga, atau oleh Ombudsman seperti di Spanyol dan Slovenia, atau oleh jaksa penuntut umum seperti di Spanyol dan Portugal.
- 5) Pemohon harus memiliki *legal standing*, dan ini merupakan elemen wajib.
- 6) Prasyarat penting yaitu *exhaustion of legal remedies*, yakni pengaduan konstitusional dapat dimohonkan ke pengadilan konstitusi setelah upaya hukum biasa selesai ditempuh, seperti di Jerman, Slovenia, Spanyol, Taiwan, dan Swiss;
- 7) Batas waktu untuk mengajukan permohonan berkisar antara 20 hari sampai 3 (tiga) bulan dengan rata-rata 1 (satu) bulan sejak diterimanya atau dikeluarkannya putusan atau putusan final peradilan biasa atau keputusan atau tindakan pemerintah;
- 8) Isi permohonan ditentukan secara rinci dalam sebagian besar sistem, misalnya ditentukan harus dalam bentuk tertulis, menggunakan bahasa baku, merincikan tindakan yang disengketakan, dan pernyataan definisi pelanggaran yang relevan terhadap hak konstitusional, dll;
- 9) Penerbitan perintah penahanan sementara (*a temporary restraining order/ injunction*) yaitu perintah untuk sementara menanggukhkan pelaksanaan tindakan yang disengketakan tersebut sampai ditetapkan putusan akhir (*a final decision*);
- 10) Sistem pembayaran biaya proses secara eksplisit dikenakan pada dalam permohonan yang tidak layak (*frivolous applications*) atau sembrono, seperti di Jerman, Austria, Portugal, Spanyol, Swiss;

11) Dampak Putusan tersebut: Mahkamah Konstitusi dibatasi untuk memutuskan masalah konstitusional, atas pelanggaran hak konstitusional. Namun, jika ditemukan pelanggaran, keputusan mungkin memiliki efek kasasi yang merupakan peraturan yang saling terkait (dan *erga omnes* dalam kasus di mana keputusan akhir dari undang-undang tersebut adalah tindakan legislatif). Mahkamah Konstitusi di sini mempertahankan posisi otoritas kehakiman tertinggi. Pengadilan ini dapat disebut sebagai "pengadilan tinggi penghentian", karena Pengadilan Konstitusional meninjau keputusan pengadilan biasa, bertindak sebagai fakta ketiga dan keempat. Meski Mahkamah Konstitusi bukan merupakan pengadilan yurisdiksi penuh, dalam kasus tertentu pengadilan satu-satunya yang berwenang untuk menilai apakah pengadilan biasa telah melanggar hak konstitusional penggugat. Ini melibatkan kajian konstitusionalitas mikro, mungkin *review* pelaksanaan undang-undang, bagaimanapun ini adalah penyimpangan dari fungsi asli Mahkamah Konstitusi. Kasus pengaduan konstitusional menimbulkan pertanyaan sensitif dalam menentukan batasan konstitusional. Bagaimanapun, Mahkamah Konstitusi dalam kegiatannya dibatasi secara ketat atas pertanyaan hukum konstitusional.

Perlindungan hak-hak dan kebebasan fundamental merupakan fungsi penting dari mayoritas pengadilan konstitusional, terlepas dari apakah mereka melakukan fungsi penghakiman konstitusional dalam pengertian negatif atau positif. Kapan pun sebuah Mahkamah Konstitusi memiliki fungsi negatif legislator ("*negative legislature*"), pengujian konstitusional paling kuat justru di bidang hak asasi. Bahkan di bidang lain (konkretisasi prinsip-prinsip konstitusional negara dan ekonomi) di mana legislatif memiliki peran utama, pada prinsipnya, pengadilan konstitusional memastikan bahwa hak-hak dasar dilindungi. Tepatnya di bidang perlindungan hak, Mahkamah Konstitusi juga memiliki fungsi pengganti "pembuat konstitusi" ("*fungsi positif*" / "*the positive function*"), yang berarti dalam kasus tertentu pengadilan konstitusional bahkan melengkapi ketentuan konstitusional.

Konsep pengaduan konstitusional biasanya terkait dengan perlindungan konstitusional atas hak-hak fundamental. Namun, dokumen internasional tertentu juga mempertimbangkan upaya hukum khusus untuk melindungi hak-hak dan kebebasan fundamental dalam bentuk pengaduan (*complaint*).

Seperti misalnya Konvensi Eropa untuk Perlindungan Hak Asasi Manusia dan Kebebasan Fundamental (*The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) pada tanggal 4 November 1950 memberi hak atas individu yang disebut pengaduan individu (*individual complaint*). Seseorang dapat mengajukan pengaduan (*individual complaint*) kepada Komisi Hak Asasi Manusia Eropa (*the European Commission for Human Rights*) setelah ada dugaan pelanggaran hak yang dijamin oleh Konvensi Eropa untuk Perlindungan Hak Asasi Manusia dan Kebebasan Fundamental. Ini adalah upaya hukum (*legal remedy*) internasional yang eksplisit yang sebanding dengan "*national constitutional complaint*". Ini memenuhi fungsi pengaduan individu (*individual complaint*) di mana hukum nasional tidak menjamin perlindungan hak-hak yang sesuai. Pengaduan individu merupakan upaya hukum tambahan (*preconditioned on the exhaustion of national legal remedies*), ini bukan pengaduan individual (*actio popularis*) dan tidak memiliki efek surut atau kasatori (*retroactive or cassatory effect*).

Posisi Konvensi Eropa untuk Perlindungan Hak Asasi Manusia dan Kebebasan Fundamental (*The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) dalam hukum nasional menentukan apakah seseorang dapat merujuk pada Konvensi atau bahkan mendasarkan suatu pengaduan konstitusional nasional di atasnya. Selanjutnya mempersempit ruang manuver Mahkamah Konstitusi sendiri dalam menafsirkan ketentuan-ketentuan Konvensi. Ini benar-benar menghubungkan Mahkamah Konstitusi nasional ke badan-badan Eropa dalam kasus-kasus di mana keputusan nasional akhir yudisial menjadi subyek pengaduan individu (*individual complaint*) ke forum Eropa.

D. EVALUASI

1. Jelaskan pelembagaan pengujian konstitusional di beberapa negara!
2. Jelaskan sistem pengujian konstitusional yang dipraktikkan di beberapa negara!
3. Jelaskan yurisdiksi Pengadilan Konstitusional!
4. Jelaskan perbedaan antara pengujian norma abstrak dengan norma konkret!

Perkembangan Peradilan Konstitusional

A. PERKEMBANGAN SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

Amerika Serikat benar-benar unik dalam melakukan *judicial review*, jika *judicial review* berarti sebuah sistem di mana hakim biasa (*ordinary judges*) dapat menguji dan membatalkan undang-undang. Negara lain yang telah mengadopsi pengujian konstitusional telah mengecualikan hakim biasa tidak memiliki peran di dalamnya. Model baru pengujian konstitusional diawali di Austria setelah Perang Dunia I, dan di Jerman dan Italia setelah Perang Dunia II (John E Ferejohn, 2002).

G. Harutunyan dan A. Mavcic menguraikan bahwa pembentukan badan peradilan konstitusional sangat terkait dengan perkembangan konstitusionalitas, khususnya di Benua Eropa. Sejarah perkembangan sistem pengujian konstitusional telah melewati 5 tahap, yaitu: (1) sampai dengan perang dunia I; (2) tahap diantara perang dunia I dan perang dunia II; (3) tahap perang dunia II; (4) tahap periode baru tahun 70-an; dan (5) tahap di era negara demokrasi baru (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

1. PERKEMBANGAN SAMPAI DENGAN PERANG DUNIA I

Permulaan pengujian konstitusional diawali pada tradisi Hukum Athena kuno yang membedakan antara *nomoi* (yang mungkin semacam UUD), dan sebuah *psephisma* (yang pada masa sekarang bisa disebut sebuah dekrit). Prinsip dasarnya diperkenalkan bahwa dekrit (*psephisma*), apapun isinya, tidak bisa bertentangan dengan *nomoi* dalam bentuk ataupun substansi. Dua konsekuensi memberlakukan inkonstitusional *psephisma*, adalah: *pertama*, anggota legislatif yang telah mengajukan keputusan ilegal menimbulkan pertanggungjawaban pidana, yang memunculkan hak publik untuk bertindak. *Kedua*, *psephismata* yang bertentangan dengan *nomoi* dianggap batal. Hakim Athena, pada prinsipnya wajib untuk memutuskan kasus berdasarkan *nomoi* dan *psephisma* (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Selanjutnya pada tahun 1180, pengujian konstitusional mengemuka di Jerman tua. Pada awalnya, badan peradilan terutama menangani yurisdiksi perselisihan antara penguasa perorangan dan sebagian menangani pelanggaran hak. Elemen-elemen pengujian konstitusional tertentu terus muncul dalam bentuk yang berbeda sepanjang sejarah hukum Jerman, sampai diperkenalkan pengujian konstitusional dalam pengertian yang sekarang oleh Konstitusi Weimar. Bentuk awal pengujian konstitusional ada di Prancis pada pertengahan abad ke-13. Portugal memperkenalkan pengujian konstitusionalnya di Philips Code pada abad ke-17. Pengujian konstitusional atau judicial review yang lebih serius muncul di Konstitusi Norwegia, Denmark dan Yunani pada abad ke-19.

Pada tahun 1867 Pengadilan Federal Austria memperoleh yurisdiksi untuk menangani perlindungan hak politik individu *vis-à-vis* pejabat administrasi. Pengadilan Negeri, di sisi lain, memeriksa, mengadili dan memutuskan perkara pengaduan konstitusional (*Staatliche Verfassungsbeschwerde*). Di Swiss, meskipun beberapa elemen awal pengkajian konstitusional dapat dilihat dalam Konstitusi Federal Swiss tahun 1848, akan tetapi Pengadilan Federal Swiss memperoleh kekuatan yang lebih luas hanya dengan modifikasi Konstitusi pada tahun 1874. Di Norwegia, pengujian konstitusional bersumber dari yurisprudensi yang berasal dari tahun 1890. Rumania memperkenalkan pengujian konstitusional sebelum Perang Dunia I mengikuti model Amerika (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Meskipun sistem hukum Inggris modern tidak mengenal pengujian

konstitusional, sejarah hukum Inggris mencakup beberapa elemen pengujian konstitusional, yaitu prinsip supremasi Konstitusi dimulai pada tahun 1610 dan sangat penting untuk pengembangan pengujian konstitusional di Inggris. Contoh lain dari kontribusi Inggris untuk perkembangan ini adalah *impeachment* yang berasal dari akhir Abad Pertengahan. Gagasan tentang supremasi Konstitusi dan hak *judicial review* menyebar dari Inggris ke Amerika Serikat. Pada akhir abad ke-18, Pengadilan menyatakan Undang-Undang Individu Inggris tidak sah dan tidak berlaku (*null and void*) di wilayah Negara Amerika Utara. Namun, menurut Konstitusi 1789 Mahkamah Agung sebagai Pengadilan Federal tertinggi tidak memiliki kekuatan konstitusional yang tegas. Perkembangan pengujian konstitusional dilakukan oleh Kasus *Marbury v Madison* yang terkenal (1803), di mana Mahkamah Agung mengesahkan kekuatan *judicial review* yang berkaitan dengan kesesuaian undang-undang dengan Konstitusi. Ini memberi dasar untuk penegakan kekuatan Mahkamah Agung Amerika untuk melakukan *judicial review* undang-undang. Meskipun kasus serupa berikutnya muncul di Pengadilan ini pada tahun 1857, jalan menuju pengujian konstitusional terhadap tindakan peraturan telah dilakukan. Hal ini memungkinkan kekuatan Mahkamah Agung Amerika untuk mengajukan terhadap undang-undang (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999). Putusan ini sebenarnya dikenal dengan *unconstitutional* yang merupakan bagian dari hukum acara yang diadopsi oleh Kongres di tahun 1789 menjadi kewenangan Mahkamah Agung (ayat 13). Chief Justice John Marshall memproduksi formulasi klasik dengan menekankan bahwa peradilan secara logis dan diperlukan kekuatan untuk membuat interpretasi hukum yang final dan mengikat (*final and binding interpretations of the law*). Hukum yang tidak sesuai (*incompatible*) dengan Konstitusi adalah tidak sah (*invalid*) (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Mahkamah Agung Amerika menciptakan dasar bagi institusi baru dalam praktek, yaitu perlindungan hukum konstitusionalitas. Sistem pengujian konstitusional Amerika semacam itu diadopsi terutama di beberapa negara Amerika Selatan tertentu. Beberapa dari mereka secara eksplisit menentukan masalah ini menurut konstitusi mereka. Di Eropa, kecuali di beberapa negara Skandinavia, sistem *judicial review* dari konstitusionalitas semacam itu tidak dapat diperkenalkan karena terlalu tingginya reputasi badan legislatifnya. Eksklusif dari sudut pandang sejarah konstitusionalisme dan khususnya

perkembangan historis pengujian konstitusional adalah Konstitusi yang ditulis oleh Hakob dan Shahamir Shahamirians dengan judul “ *The Trap of Vanity*” pada tahun 1773-1788. Karya ini berisi 521 artikel dan dipresentasikan setelah teori hukum kodrat pada dasarnya adalah, Konstitusi pertama yang menyimpan gagasan tentang pengadilan khusus tertentu, Pengadilan Tinggi (*High Court*), yang memiliki misi, dalam arti kontemporer, menerapkan pengujian konstitusional (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Orang Perancis, di sisi lain, telah berpegang teguh pada gagasan bahwa tidak ada badan peradilan yang diberi kuasa untuk meninjau kesesuaian undang-undang dengan undang-undang yang lebih tinggi. Oleh karena itu, legislatif, sebagai suara kedaulatan rakyat, dipandang sebagai penjamin terbaik hak-hak fundamental. Dari sudut pandang pengembangan pengujian konstitusional di benua Eropa, Prancis selalu menentang anggapan bahwa tindakan badan superior dan terutama Majelis Parlemen, karena perwakilan kedaulatan nasional dapat diperiksa oleh pengadilan (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

2. PERKEMBANGAN DI ANTARA DUA PERANG (PERANG DUNIA I DAN PERANG DUNIA II)

Perkembangan antara dua perang disebut sebagai “periode Austria”. Konstitusi tahun 1920 menandai fondasi Mahkamah Konstitusi Austria dengan kekuatan eksklusif untuk meninjau konstitusionalitas undang-undang (pada awalnya, bagaimanapun, hanya bersifat pencegahan), mengikuti karya ahli teori hukum Austria Adolf Merkl dan Hans Kelsen. Mengikuti contoh model Austria, sebelum tinjauan konstitusional Perang Dunia II diperkenalkan di negara-negara berikut: Cekoslowakia (1920), Liechtenstein (*Staatsgerichtshof*, 1925), Yunani (1927), Mesir (1941), Spanyol (1931) dan Irlandia (1937). Kecenderungan penuntutan konstitusional yang lebih luas telah terganggu oleh Perang dan institusi yang sudah didirikan gagal untuk menjadi aktif dalam praktik (misalnya dari tahun 1933 sampai 1945 Austria tanpa pengujian konstitusional, setelah tahun 1938 Cekoslowakia tidak melakukan pengujian konstitusional).

3. PERKEMBANGAN SETELAH PERANG DUNIA II

Pengujian konstitusional, yang diambil dari sudut pandang teoretis, dapat

berkembang hanya jika ada supremasi Konstitusi dan pengujian konstitusional dilakukan oleh badan khusus, terlepas dari kekuasaan legislatif dan eksekutif. Pendekatan semacam itu merupakan karakteristik perkembangan setelah Perang Dunia II. Di sisi lain, pengujian konstitusional juga melibatkan prinsip pemisahan kekuasaan secara vertikal. Ini muncul di negara-negara federal, di mana pengujian konstitusional seharusnya melakukan pengawasan terhadap Legislatif federal sehubungan dengan negara-negara anggota. Ini juga karena alasan historis: pengalaman menyakitkan dari Perang dan Fasisme masa lalu menyangkal bahwa pengujian konstitusional merupakan ciri khas demokrasi. Ada juga alasan institusional dan politis: pengujian konstitusional juga harus mewakili perlindungan yang efisien terhadap otoritas legislatif dan eksekutif. Langkah terakhir adalah menyediakan sarana untuk menjamin ketaatan pemerintah terhadap konstitusi, memisahkannya dari kekuatan legislatif itu sendiri dan mewujudkannya dalam kerja aktif hakim atau, dalam beberapa sistem, dari sebuah pengadilan konstitusional khusus. Pekerjaan aktif lembaga kehakiman ini membuat ketentuan konstitusional semakin jelas dan memberi mereka aplikasi praktis. Melalui karya ini, istilah-istilah kaku konstitusi menjadi hidup, menyesuaikan diri dengan kondisi kehidupan sehari-hari. Dengan cara inilah nilai-nilai yang terkandung dalam Hukum Tinggi menjadi kenyataan praktis. Dengan demikian, kerangka konstitusi dan *judicial review* modern ini mensintesis cita-cita hukum alam yang tidak efektif dan abstrak dengan ketentuan hukum positif yang konkret. Melalui konstitusionalisme modern, singkatnya, hukum alam, memakai pijakan historis dan realistik, telah menemukan tempat baru dalam pemikiran hukum (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Oleh karena itu, sebagian besar negara memperkenalkan pengujian konstitusional secara langsung setelah Perang Dunia II (sebelumnya ini merupakan spesialisasi hukum Amerika), termasuk Brasil (1946), Jepang (1947), Birma / Myanmar (1947), Italia (1948), Thailand (1949), Jerman (1949), India (1949), Prancis (1958), Luksemburg, Syria (1950) dan Uruguay (1952). Selain itu, pengujian konstitusional menyebar dengan berbagai efisiensi praktis di Asia, Amerika Tengah dan Selatan dan Afrika (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

4. PERKEMBANGAN BARU PADA PERIODE TAHUN 70-AN

Periode ini ditandai dengan perubahan politik di beberapa negara Eropa Selatan yang memperkenalkan pengujian konstitusional untuk penghapusan kediktatoran: Yunani (1968), Spanyol (1978), dan Portugal (1976). Pada periode ini, pengujian konstitusional juga diperkenalkan di negara-negara berikut: Siprus (1960), Turki (1961), Aljazair (1963), bekas Yugoslavia (1963), dan juga di Slovenia dan unit federal lainnya dari bekas Yugoslavia (1963). Sementara itu, beberapa sistem pengujian konstitusional yang ada memperkenalkan revisi sistemik (Austria, Jerman, Swedia, Prancis dan Belgia). Sebagai hasil dari perubahan politik dan sosial di tahun delapan puluhan, pengujian konstitusional mulai berubah juga di banyak negara di Amerika Tengah dan Selatan. Di bagian dunia ini, sebuah posisi khusus diberikan kepada Argentina, di mana proses transformasi demokratis di negara federal pertama kali dikembangkan di unitnya, ditandai dengan semakin lambatnya diperkenalkannya unsur-unsur pengujian konstitusional terhadap intensitas yang berbeda oleh masing-masing provinsi (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

5. PERKEMBANGAN DI NEGARA-NEGARA DEMOKRASI BARU

Perkembangan selanjutnya melibatkan pengenalan pengujian konstitusional di negara-negara Eropa Tengah dan Timur (*the Central and Eastern European Countries*) dan di Persemakmuran Negara-Negara Merdeka (*Commonwealth of Independent States/CIS*). Pengenalan pengujian konstitusional mensyaratkan menghilangkan prinsip kesatuan kekuasaan (*unity power principle*), mengingat sistem sosialis sebagai suatu peraturan tidak memiliki pengujian konstitusional. Di masa lalu, satu-satunya pengecualian adalah bekas Yugoslavia, yang pada tahun 1963 memperkenalkan pengujian konstitusional setelah model Austria atau Jerman, dan Ceko-Slowakia, di mana pengujian konstitusional diperkenalkan pada tahun 1968, namun tidak menjadi aktif dalam praktek (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Menurut Alec Stone Sweet, sebenarnya, perkembangan pengujian konstitusional (*constitutional review*) telah mengubah peran dan fungsi pengadilan hukum, sebuah perkembangan yang dikenal sebagai konstitusionalisasi tatanan hukum (*the constitutionalisation of the legal order*).

Adapun proses konstitusionalisasi tatanan hukum adalah sebagai berikut:

- a. Norma konstitusional menjadi sumber hukum (*a source of law*), yang dapat dirujuk oleh litigator dan diterapkan oleh hakim biasa untuk menyelesaikan perselisihan hukum, termasuk dalam domain hukum swasta;
- b. Pengadilan Konstitusional, melalui yurisdiksinya mengenai *referral* pengujian konkret (*concrete review referrals*) dan pengaduan individual (*individual complaints*), bertindak sebagai pengadilan tinggi untuk banding, yang melibatkan dirinya dalam tugas akhir dari pencarian fakta (*fact finding*) dan penerapan peraturan (*rule application*); dan
- c. teknik pengambilan keputusan konstitusional (*constitutional decision-making*) menjadi cara argumentasi dan pengambilan keputusan yang penting di pengadilan biasa (*the ordinary courts*) (Alec Stone Sweet, 2002).

B. TIGA GELOMBANG PENGUJIAN KONSTITUSIONAL SETELAH PERANG EROPA

Selanjutnya G. Harutunyan, dan A. Mavcic membagi tahap perkembangan pengaduan konstitusional pada 2 abad terakhir secara dramatis melalui 4 tahap, yaitu (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999):

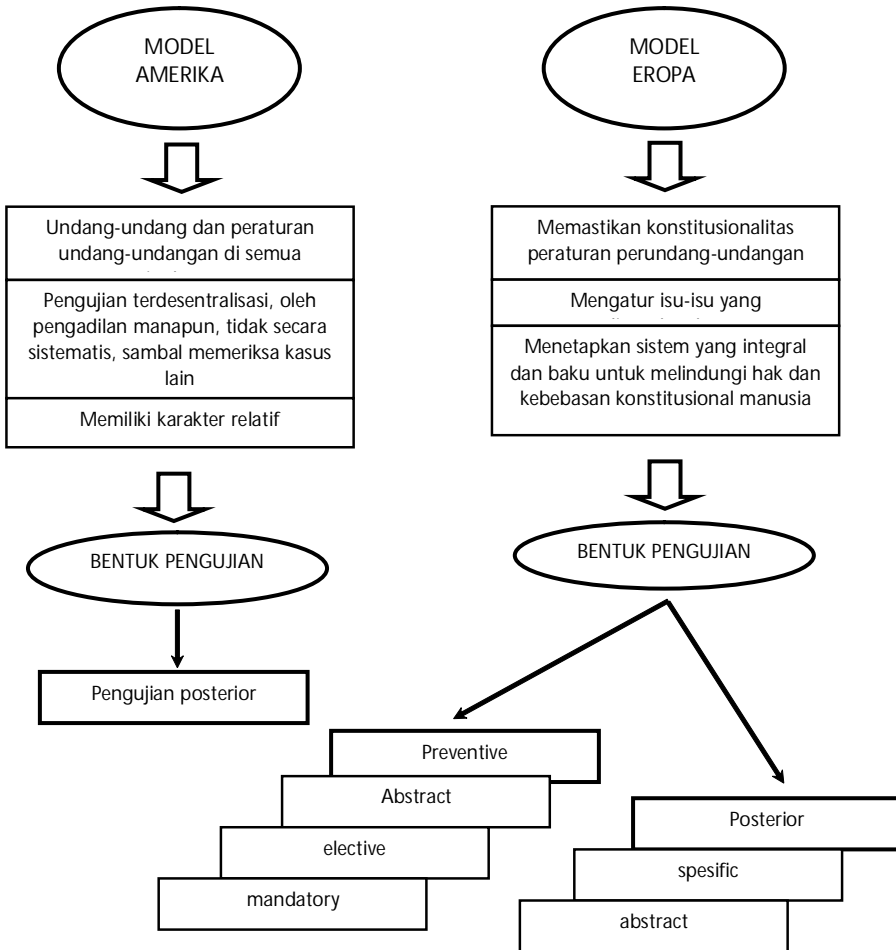
1. Tahap 1 tahun 1803-1920
2. Tahap 2 tahun 1920-1940
3. Tahap 3 tahun 1945-1990
4. Tahap 4 tahun 1990 sampai sekarang.

Pada tahun 1945 pengujian konstitusional tidak berkembang dikarenakan terjadi Perang Dunia II. Semakin banyak negara mengadopsi model pengaduan konstitusional Eropa, dikarenakan adanya kebutuhan menetapkan jaminan stabilitas pembangunan sosial. Model pengaduan konstitusional antara Model Eropa dengan Model Amerika dapat dilihat pada Gambar 4.

Pada tataran praktik di abad terakhir di seluruh dunia dan saat ini di banyak negara, model pengujian konstitusional Amerika dibedakan dengan beberapa fitur dasar berikut (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999):

- a. Karakter universal, tidak hanya mencakup undang-undang tetapi juga tindakan peraturan dari semua tingkatan;

GAMBAR 4. MODEL PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DAN KARAKTER DASARNYA



Sumber: G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999

- b. Pengujian terdesentralisasi, oleh pengadilan manapun, secara tidak sistematis, ketika mendengar kasus tertentu, jika undang-undang atau peraturan terkait dengan kepentingan penggugat tertentu;
- c. Karakter relatif, karena keputusan pengadilan hanya bersifat wajib bagi kedua pihak tanpa diperluas ke seluruh bidang penegakan hukum.

John E. Ferejohn menyatakan bahwa lebih banyak negara menerapkan pengaduan konstitusional Model Eropa (disebut dengan Model Kelsenian) dibandingkan Model Amerika. Hal ini tentu saja dipengaruhi oleh kondisi pada saat munculnya *constitutional adjudication* selama setengah abad terakhir (John R. Ferejohn, 2002). Ada tiga gelombang *constitutional adjudication* yang terjadi pada pasca perang Eropa (*post-war Europe*). Gelombang pertama terjadi tepat setelah Perang Dunia II di Jerman dan Italia. Gelombang kedua terjadi setelah runtuhnya pemerintah otoriter Spanyol dan Portugis, dan kediktatoran Yunani sekitar seperempat abad yang lalu. Dan, gelombang ketiga mengikuti jatuhnya Uni Soviet (John R. Ferejohn, 2002).

1. Gelombang Pertama

Peletakan dasar pengaduan konstitusional, yang berawal dari praktik *judicial review* di Amerika. Meskipun secara konvensional praktik *judicial review* ditelusuri dari putusan John Marshall dalam kasus *Marbury vs. Madison* tahun 1803, sebenarnya praktik *judicial review* telah diketahui oleh pemerintah kolonial sebelumnya.

Latar belakang praktik *judicial review* di Amerika menurut Tom Ginsburg ada 3 yaitu: (1) Tentang hubungan antara undang-undang yang lebih tinggi dengan yang lebih rendah; (2) kontrak sosial (*the social contract*); dan (3) konstitusi tertulis (*the written constitution*). Ketiganya berkontribusi pada gagasan supremasi konstitusional (*the constitutional supremacy*) di awal Amerika (*the early American milieu*). *Pertama*, jika sistem normatif membagi peraturan menjadi undang-undang yang lebih tinggi dan undang-undang yang lebih rendah, maka ada kebutuhan inheren untuk membatasi undang-undang yang lebih rendah yang bertentangan dengan prinsip yang lebih tinggi. *Kedua*, berdasarkan pada konsep Lockean tentang pemerintahan sebagai kontrak sosial, sehingga warga negara menganggap pemerintah sebagai pembawa tugas dan dirinya sebagai pembawa hak. Jika pemerintah dalam kontrak dengan warganya, maka warga negara seharusnya bisa memberlakukan kontraknya (*enforce the contract*). *Ketiga*, ini terasa lebih alami lagi ketika kontrak itu diwujudkan dalam sebuah konstitusi tertulis (*the written constitution*), hal ini merupakan salah satu inovasi pendiri Amerika.

Judicial review merupakan tradisi hukum alam Anglo-Amerika di zaman legislasi positif; tidak dapat atau setidaknya tidak muncul dengan cara yang sama dalam tradisi hukum politik Islam, Cina atau Romawi. Tradisi Islam

memiliki penekanan kuat pada batasan hukum alamiah yang berakar pada penguasa temporal, namun tidak memiliki teori perundang-undangan umum dan karenanya menghindari masalah undang-undang yang lebih rendah yang bertentangan dengan hukum Ilahi. Tradisi Tionghoa, di sisi lain, memiliki teori perundang-undangan namun tidak memiliki batasan institusional mengenai Kaisar, yang berdiri di pusat sistem kosmologis.

Penjelasan di atas menjelaskan dasar-dasar ideologis yang penting dalam pengujian konstitusional, namun tidak secara khusus mengenai kemunculannya di akhir Abad ke- 18. Satu set akun politik tentang asal usul *judicial review* menekankan teori permainan dan batasan strategis tertentu pada Marshall dan Jefferson dalam konteks Marbury.

Di luar Amerika Serikat, pengujian konstitusional jarang digunakan sebelum Perang Dunia II. Mahkamah Agung Norwegia memiliki kekuasaan namun menahan diri untuk tidak melaksanakannya. Portugal mengajukan *judicial review* pada tahun 1909. Awalnya *judicial review* memang merupakan peraturan pemerintah federal yang umum, seperti di Amerika Serikat, Kanada dan Australia. Meksiko mengembangkan sebuah bentuk pengujian konstitusional yaitu *the amparo suit* (-dengan kata lain disebut dengan *individual complaint*) yang membatasi pengujian inkonstitusionalitas terhadap kasus-kasus individual.

Pada masa sebelum abad ke-20 pengujian konstitusional relatif terbatas. Namun, adopsi pengujian konstitusional setelah Perang Dunia II di banyak negara menunjukkan peningkatan, dinamika ini mungkin merupakan kondisi yang cukup memadai namun tidak perlu untuk pendiriannya.

2. Gelombang Kedua

Gelombang kedua *judicial review* dimulai dengan dengan pengembangan model pengujian konstitusional Hans Kelsen (*Hans Kelsen's model of constitutional review – Kelsenian model*), yang diwujudkan dalam konstitusi Austria tahun 1920. Model ini didasarkan pada orientasi teoritis yang kuat dari hakim subordinat parlemen. Oleh karena itu, interpretasi konstitusional (*constitutional interpretation*) perlu dilakukan oleh badan yang ditunjuk di luar kekuasaan peradilan biasa. Hal ini menyebabkan terciptanya Mahkamah Konstitusi khusus (*a special Constitutional Court*) untuk menjaga (*safeguard*) tatanan konstitusional (*constitutional order*).

Di Kanada, sebagian besar *judicial review* dilakukan oleh Dewan Penasihat (*the Privy Council*) di London. Logika federalistik pengujian konstitusional, karena dalam rumusan aslinya hanya memiliki yurisdiksi untuk menyelesaikan perselisihan yurisdiksi di antara berbagai tingkat pemerintahan. Model pengadilan konstitusional yang ditunjuk ini menjadi basis pengadilan konstitusional (*constitutional court*) pasca Perang Dunia II di Eropa. Sebenarnya hanya ada lima negara di Eropa Barat yang menerapkan model Kelsenian di Eropa Barat dengan mendirikan pengadilan konstitusional yaitu Austria, Jerman, Italia, Portugal dan Spanyol.

Pengadilan konstitusional diadopsi bersamaan dengan konstitusi yang memiliki ketentuan hak-hak yang luas, dan pengujian konstitusional dikaitkan dengan perlindungan hak-hak. Pengadilan konstitusional menjadi hal yang masuk akal dalam demokrasi baru di mana peradilan biasa memiliki status atau kapasitas rendah, seperti pada konteks pasca-fasis dan kemudian dalam konteks pasca-komunis. Ini kontras dengan kasus pendiri Amerika Serikat pada awal abad ke- 19, ketika John Marshall dapat memanfaatkan legitimasi di pengadilan biasa dalam tradisi *common law* untuk menjelaskan secara wajar jika pengadilan memiliki kekuatan untuk membatalkan undang-undang (*statute*) yang bertentangan dengan ketentuan konstitusi.

Di luar Eropa, gelombang dekolonisasi dan rekonstruksi konstitusional (*constitutional reconstruction*) membuat negara lain mengadopsi pengujian konstitusional. Sementara demokrasi baru India mengadopsi model *judicial review* dimana Mahkamah Agung memiliki tinjauan yang sangat ketat. Konstitusi Jepang juga berisi ketentuan untuk *judicial review* model Amerika.

Pengujian konstitusional menyebar ke demokrasi baru di mana tradisi hak relatif tidak diperhatikan. Pada gelombang kedua ini lembaga-lembaga negara lebih bervariasi dalam tingkat aktivitasnya, namun beberapa pengadilan muncul sebagai kekuatan utama di masyarakat. Seiring waktu, Mahkamah Agung India mengubah skema konstitusional asli untuk memperluas kekuatannya, atau pengadilan Italia dapat membatalkan suatu keputusan legislatif yang fasis dalam satu waktu. Jerman terbukti merupakan tanah yang subur bagi pengujian konstitusional, menggabungkannya seperti sistem federal dengan sistem pasca-fasis untuk hak. Pengadilan Konstitusional Jerman bisa dibilang merupakan pengadilan paling berpengaruh di luar AS dalam hal struktur institusional dan yurisprudensinya.

Secara terpisah, *Charles deGaulle constitution* di Perancis mengembangkan model pengujian konstitusional yang berbeda. Frustrasi terhadap parlemen yang tidak efektif, maka dengan hak prerogatif *Charles deGaulle constitution* mendirikan bidang hukum eksekutif yang terpisah. Konstitusi *Charles deGaulle constitution* menciptakan sebuah badan baru dinamakan *Constitutionel Conseil*, yang diberdayakan untuk melakukan *pre-promulgation*, review abstrak (*abstract review*). *Charles deGaulle constitution* memberikan kewenangan kepada *Constitutionel Conseil* untuk menguji terhadap rancangan undang-undang inkonstitusional sebelum diberlakukan. Akses terhadap pengujian konstitusional terbatas pada cabang eksekutif, pimpinan legislatif, dan beberapa pejabat lainnya yang ditunjuk, dan institusi tersebut dirancang untuk membatasi legislatif atas nama eksekutif dan bukan atas nama warga secara langsung. Seperti pada kasus-kasus federalis sebelumnya, pengujian konstitusional merupakan respons fungsionalis terhadap pembagian kekuasaan, dalam hal pembagian kekuasaan secara horisontal bukan vertikal. Baik pembagian kekuatan horisontal maupun vertikal dimainkan dalam pembentukan dan perluasan pengujian supranasional (*supranational review*) di Uni Eropa. Bahkan di sebuah pemerintahan tanpa otorisasi konstitusional eksplisit untuk pengujian konstitusional, pengadilan dalam beberapa kasus dapat mengulangi apa yang dilakukan Marshall di Marbury dan mengklaim kekuatannya. Israel adalah contohnya, asersinya pada akhirnya diberkati dengan berlakunya Undang-Undang Dasar yang secara eksplisit mengaktualisasikan *judicial review*. *The French Conseil* membaca Deklarasi Hak Asasi Manusia (*the Declaration of the Rights of Man*), dimasukkan ke dalam Pembukaan Konstitusi Prancis, ke dalam sebuah hak yang dapat diatur secara yuridis, sangat memperluas dasar pengujiannya.

Langkah melestarikan pengujian konstitusional setelah kembalinya demokrasi, mungkin juga berperan dalam mempercepat demokrasi itu sendiri, karena para hakim dapat memberi sinyal kepada aktor lain bahwa akhir rezim sudah dekat, memberikan sumber daya kelembagaan bagi lawan-lawan rezim melalui putusan yang mendukung, dan membuat independensi peradilan menjadi isu politik yang penting.

Berbagai dinamika kelembagaan ini penting untuk memahami dan mengevaluasi pengujian konstitusional secara keseluruhan. Penyebaran gerakan hak asasi manusia internasional, yang memiliki ikatan normatif

dengan bentuk perlindungan hak asasi manusia, menempatkan pengujian konstitusional dipandang sebagai benteng penting melawan pemerintah yang sewenang-wenang, dan pengadilan dapat memanfaatkan legitimasi ini dalam menghambat negara. Tidak diragukan lagi, kinerja pengujian konstitusional yang sebenarnya bervariasi, tergantung pada keadaan politik setempat, namun pengadilan yang berhasil ditiru dan menjadi ideal yang diinginkan orang lain.

3. Gelombang Ketiga

Gelombang Ketiga adalah Gelombang demokratisasi. Runtuhnya Tembok Berlin, berhubungan dengan gelombang baru penulisan konstitusi. Hal ini menyebabkan terbentuknya seperangkat konstitusi yang baru. Memang, setiap konstitusi pasca-Soviet memiliki beberapa ketentuan untuk pengadilan konstitusional khusus, kecuali Estonia yang mengadopsi model Amerika. Di negara-negara Afrika dan Asia, dari Mali ke Korea, juga menciptakan pengadilan baru atau menghidupkan kembali yang lama. Hasilnya adalah situasi saat ini dimana sebagian besar konstitusi memiliki beberapa ketentuan untuk *judicial review*, baik oleh pengadilan konstitusional yang ditunjuk atau pengadilan biasa. Jelas bahwa kisah hak merupakan bagian penting dari penyebaran institusi di negara-negara blok pasca-Soviet. Hakim diidentifikasi dengan ketat dengan membatasi pemerintah dan hak perlindungan. Memang, legitimasi inheren dari peradilan konstitusional adalah seperti di Afrika Selatan pasca apartheid, Mahkamah Konstitusi dipercayakan dengan wewenang untuk menyetujui draf Konstitusi Akhir, dan penolakan awalnya terhadap draft tersebut tidak menimbulkan reaksi negatif yang signifikan. Pengujian konstitusional dipandang sebagai kendala yang melekat dan berharga terhadap demokrasi, dan apa yang disebut kesulitan kontra-mayoritas hampir tidak diangkat.

Singkatnya, pengujian konstitusional telah berevolusi dari sebuah institusi yang terutama diarahkan untuk menegakkan ketentuan struktural konstitusi, seperti federalisme, menuju ke Lembaga yang dekat dengan hak dan demokrasi. Ini telah berfungsi untuk membantu menyebarkan nilai-nilai liberal dan demokratis ke budaya baru yang konstitusional. Keberhasilan institusional yang luar biasa ini memunculkan penjelasan (Tom Ginsburg, 2008). Pilihannya adalah pada model Kelsenian (model Eropa), dengan ciri:

pengadilan konstitusional khusus (*specialized constitutional courts*), dan tidak pernah ada hakim biasa (*ordinary judges*) yang diizinkan untuk berpartisipasi. Pada saat itu tidak ada negara yang pernah mengadopsi praktek *judicial review* model Amerika. Hal ini disebabkan bahwa sebelum *constitutional adjudication* diterapkan, pasca pemerintahan otoritarian negara-negara Eropa tersebut mengadopsi atau menetapkan konstitusi baru dan menetapkan pengujian konstitusional untuk memberlakukan ketentuan konstitusional, seperti yang terjadi di Jerman, Italia, Spanyol, Portugal, Yunani, dan negara-negara yang sebelumnya merupakan bagian dari kerajaan Soviet. Sebaliknya, di negara-negara demokrasi lama yang stabil dan sukses, seperti Inggris, Selandia Baru, Belanda, Swedia, tidak ada langkah untuk menciptakan konstitusi baru, karena di negara-negara tersebut menggunakan konstitusi yang tidak tertulis (*unwritten constitution*), dimana hanya ada sedikit kebutuhan untuk pengadilan konstitusional.

Secara umum, jawaban untuk negara-negara yang telah mengadopsi pengujian konstitusional adalah apa yang dikembangkan setelah Perang Dunia I. Hans Kelsen, adalah orang yang menemukan model adjudikasi konstitusional (*constitutional adjudication*) yang telah menjadi populer dalam beberapa dekade terakhir. Pada saat Hans Kelsen, bertugas menyusun sebuah undang-undang dasar baru, dan diminta untuk merancang bagiannya mengenai pengujian konstitusional. Dan rancangan undang-undang dasar tersebut menciptakan sebuah institusi baru, yaitu pengadilan konstitusional (*constitutional court*), yang memiliki kewenangan untuk mengendalikan (kontrol) undang-undang biasa.

Hans Kelsen mengakui perlunya institusi yang memiliki kekuasaan untuk mengendalikan atau mengatur perundang-undangan. Ada dua penjelasan mengenai hal ini yaitu, *pertama*, pengendalian konstitusional pada dasarnya melibatkan aktivitas legislatif. Adjudikasi konstitusi melibatkan legislasi dan pengujian. Proses yang dilakukan oleh para hakim konstitusional adalah membuat atau menyatakan peraturan umum berbeda dengan peraturan yang berlaku di badan legislatif, dan pertimbangan dan argumen yang diperhitungkan berbeda, namun para hakim konstitusi sebenarnya masih melakukan legislasi (dalam arti *negative legislator*). *Kedua*, model kedaulatan parlemen (*the model of parliamentary sovereignty*), dimana parlemen lebih unggul baik terhadap ke peradilan maupun eksekutif. Dalam sistem itu, eksekutif

bertanggung jawab langsung kepada legislatif, dan tugas lembaga peradilan adalah memberlakukan mandat legislatif. Kelsen dalam hal ini tidak ingin melemahkan Parlemen, dia ingin mempertahankan tempat legislatif dalam sistem konstitusional Austria yang baru, dan ini melibatkan beberapa pemeriksaan terhadap kekuatan legislatif itu sendiri. Inovasi Kelsen adalah menciptakan sebuah badan baru yaitu, sebuah pengadilan konstitusional - yang berdiri di luar model supremasi parlemen, dan yang mengatur produk legislatif (John E. Ferejohn, 2002).

C. PERKEMBANGAN MODEL PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI DUNIA

G. Harutunyan dan A. Mavcic menyampaikan dalam hasil penelitiannya bahwa menurut data statistik ada 217 sistem *constitutional review* dan *judicial review* yang berbeda di seluruh dunia, dengan perincian sebagai berikut: terdapat 116 karakter Eropa, 53 karakter Amerika, 14 karakter campuran, 7 karakter Prancis, 1 karakter Persemakmuran Baru, 21 bentuk lain dari *constitutional review* atau *judicial review* dan 5 sistem tanpa *constitutional review* atau *judicial review* (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Model Eropa adalah model pengujian konstitusional yang paling banyak tersebar saat ini. Situasi seperti ini pertama-tama merupakan hasil pengenalan pengujian konstitusional, didukung oleh pengalaman Jerman dan juga oleh model umum sistem konstitusional yang dibuat di dalam beberapa organisasi dan/atau asosiasi internasional (misalnya *the Council of Europe* /Dewan Eropa), di Eropa Tengah dan Timur, dan juga di beberapa entitas federal Federasi Rusia (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999). Selain itu, model Eropa juga diperkenalkan sebagai sistem tambahan di beberapa sistem di Amerika Tengah dan Selatan, yang berbasis di masa lalu dalam sistem *judicial review* tipe Amerika. Di sisi lain, pengenalan model tertentu adalah hasil hubungan tradisional, historis, budaya, politik dan komersial di antara beberapa negara dan/atau di antara beberapa kelompok negara, selalu bergantung pada keadaan spesifik di negara tertentu (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

G. Harutunyan dan A. Mavcic secara umum membedakan beberapa model pengujian konstitusional menjadi 3 model, yaitu (1) Model Amerika - *Judicial Review Model*; (2) Model Persemakmuran Baru Inggris (*The New British Commonwealth Model*); dan (3) Model Austria - *Continental-Constitu-*

tional Review (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999). Sistem tertentu dapat diklasifikasikan berdasarkan model umum struktur pengadilan konstitusional dengan mempertimbangkan beberapa komponen penting.

Mahkamah Konstitusi adalah badan khusus pelindung konstitusionalitas memiliki keunggulan hukum tertentu dibandingkan dengan cabang kekuasaan lainnya. Pengujian Mahkamah Konstitusi mencakup semua tindakan legislatif yang merupakan instrumen hukum tertinggi dalam sistem hukum dan politik tertentu. Status Mahkamah Konstitusi memiliki wewenang untuk memberikan pengujian konstitusional, dan memang seharusnya hanya dipegang oleh lembaga yang dalam sistem pemisahan kekuasaan (*the separation of power*) tertentu memiliki kewenangan yang membatasi kekuasaan legislatif (Parlemen), sehingga dapat membatalkan undang-undang yang dibuat oleh kekuasaan legislatif. Ini adalah lembaga peradilan (*judicial institution*) yang dibentuk khusus memiliki kewenangan menetapkan keputusan khusus dan eksklusif dalam masalah konstitusional. Lembaga ini berada di luar sistem pengadilan biasa (*ordinary court*) dan sepenuhnya independen terhadap cabang otoritas publik lainnya (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

1. MODEL *JUDICIAL REVIEW* AMERIKA

Secara umum, sistem hukum negara-negara barat mengembangkan dua bentuk utama *judicial review*, yaitu *the American common law system and the continental European civil law system*. Kedua sistem memiliki banyak fitur yang berbeda, meski memiliki banyak karakteristik umum yang sama (G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999).

Berdasarkan pada Kasus Marbury (1803), ditangani oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat, dan atas doktrin John Marshall. Pengujian konstitusional ditangani oleh semua pengadilan biasa (desentralisasi atau pengujian berdifusi atau tersebar) di bawah proses pengadilan biasa (*incidenter*). Ini adalah spesifik dan *posterior review*, dimana Mahkamah Agung (*Supreme Court*) atau Pengadilan Tinggi (*High Court*) memiliki yurisdiksi yang sama. Dalam sistem difusi, keputusan sebagai peraturan hanya berlaku antar partes (kecuali untuk prinsip *stare decisis*, dimana di bawah pengadilan di masa depan mematuhi keputusan tersebut). Pada prinsipnya, keputusan mengenai inkonstitusionalitas sebuah undang-undang adalah deklaratif dan

retrospektif, yaitu keputusan (dengan konsekuensi yang terus berlanjut/*pro praeterito consequences*) (G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999). Menurut Gustavo Fernandes de Andrade *the American system of review* bertentangan dengan *the European approach*, seperti dikatakannya sebagai berikut:

“contrary to the European approach, the American system of review is placed in the judicial system as a whole. There is no specific court or tribunal with monopolistic jurisdiction to examine only the constitutionality of statutes - either state or federal courts may hear constitutional claims” (Gustavo Fernandes de Andrade, 2001).

Lebih lanjut Gustavo Fernandes de Andrade, menyampaikan bahwa: *“constitutional litigation in the United States does not have a different status from other forms of litigation, such as administrative or commercial. All courts, for example, applying the same procedures, decide either the validity of a contract or the right to an abortion. Generally speaking, the nature of a dispute is irrelevant to whether or not a constitutional issue can be raised”* (Gustavo Fernandes de Andrade, 2001).

Dari hasil penelitian perbandingan *constitutional review* yang dilakukan oleh G. Harutunyan, dan A. Mavcic, sistem Amerika diadopsi oleh negara-negara sebagai berikut (G. Harutunyan, dan A. Mavcic, 1999):

- a. Eropa: Denmark, Estonia, Irlandia, Norwegia, Swedia.
- b. Afrika: Botswana, Gambia, Ghana, Guinea, Kenya, Malawi, Namibia, Nigeria, Seychelles, Sierra Leone, Tanzania.
- c. Timur Tengah: Iran, Israel.
- d. Asia: Bangladesh, Fiji, Hong Kong (sampai 1 Juli 1997), India, Jepang, Kiribati, Malaysia, Negara Federal Mikronesia, Nauru, Nepal, Selandia Baru, Palau, Papua Nugini, Singapura, Tibet, Tonga, Tuvalu, Vanuatu, Samoa Barat.
- e. Amerika Utara: Kanada, Amerika Serikat.
- f. Amerika Tengah dan Selatan: Argentina, Bahama, Barbados, Bolivia, Dominika, Republik Dominika, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaika, Meksiko, St. Christopher / Nevis, Trinidad dan Tobago.

2. MODEL PERSEMAKMURAN NEW ENGLAND (INGGRIS)

Model ini tidak dapat diklasifikasikan baik di bawah model Amerika atau

Eropa. Hal ini ditandai dengan sebuah pengujian konstitusional terkonsentrasi di bawah yurisdiksi Mahkamah Agung (*Supreme Court*) yang terdiri dari hakim biasa tanpa nominasi politik; sebagai aturan, ini melibatkan pengujian pencegahan/preventif (*a priori review*) dan fungsi konsultasi Mahkamah Agung. Dan juga pengujian represif (*a posteriori review*), dan sifat putusannya memiliki efek *erga omnes* (mengikat semua pihak).

3. MODEL AUSTRIAN (*CONTINENTAL - CONSTITUTIONAL REVIEW*)

Berdasarkan Model Kelsen tahun 1920, yang melibatkan interkoneksi asas supremasi Konstitusi (*supremacy of the constitution principle*) dan asas supremasi Parlemen (*supremacy of the parliament principle*), dimana di bawah masalah konstitusional ditangani oleh Pengadilan Konstitusional (*Constitutional Court*) khusus dengan hakim yang berkualifikasi tinggi atau oleh Pengadilan Tinggi (*High Court*) atau oleh Majelis Khusus (*Special Chambers*) di Pengadilan Tinggi yang berkonsentrasi melakukan pengujian konstitusional dengan acara khusus (*principaliter*). Sebagai aturan, ini adalah pengujian abstrak (*abstract review*), walaupun pengujian konkret (*concrete review*) juga dimungkinkan. Selain pengujian *a posteriori* (*a posteriori review*), pengujian *a priori* (*a priori review*) juga dilakukan. Putusan memiliki efek *erga omnes* dengan mengacu pada otoritas absolut institusi tempat mereka diambil.

Model Austria merupakan *The Kelsenian model of constitutional review* yang telah diadopsi di beberapa negara termasuk Czechoslovakia (Const. art. 54.13 1920), Liechtenstein (Const. art. 104 1921), and Iraq (Const. art. 83 1925). Model Austria hanya menyediakan yurisdiksi terbatas untuk perselisihan tertentu (*only provided for limited jurisdiction of certain disputes*). Model Austrian dimodifikasi di Jerman dengan mengembangkan Model Jerman (*the German model*) memperkenalkan *constitutional complaint*, di mana setiap individu dapat mengajukan komplain tentang konstitusionalitas undang-undang (*constitutionality of a statute*) atau tindakan pemerintah (*government action*), bahkan tanpa suatu kasus tertentu atau kontroversi (Nicola Christine Corkin, 2010). Mekanisme baru ini memainkan peran penting dalam demokratisasi akses ke Mahkamah Konstitusi, dan mengkaitkan institusi Mahkamah Konstitusi dengan perlindungan hak warga negara. - Pengaturan institusional yang serupa, tapi satu tanpa *constitutional complaint* langsung,

ditemukan di Italia. Pengadilan konstitusional tipe Kelsenian diadopsi di seluruh Eropa selama gelombang ketiga demokrasi (misalnya di Portugal 1976, Spanyol 1978, dan bekas blok Soviet setelah perang dingin) (Nicola Christine Corkin, 2010).

D. PERKEMBANGAN MODEL PENGUJIAN KONSTITUSIONAL BERDASARKAN RELASI ANTARA PENGADILAN DENGAN PARLEMEN

Albert A.Y. Chen membuat pembedaan pengujian konstitusional dari bentuk dan cara pengujian konstitusional ke dalam bentuk pengujian konstitusional kuat (*a strong form of constitutional review*) dan pengujian konstitusional lemah (*a weak form of constitutional review*) (Albert H.Y. Chen, 2013). Perbedaan ini didasarkan pada kekuatan dan hubungan relative antara pengadilan (lembaga yang menjalankan kekuasaan pengujian konstitusional) dengan Parlemen (Albert H.Y. Chen, 2013).

1. STRONG CONSTITUTIONAL REVIEW

Strong constitutional review dapat dikatakan dimana pengadilan dapat menyatakan suatu undang-undang tidak konstitusional (*unconstitutional*) bersifat final dan konklusif, dan mengikat semua orang dan organ sampai dan jika pengadilan menolaknya sendiri dalam kasus lain, atau amandemen konstitusi diberlakukan untuk mengubah norma konstitusi yang menjadi dasar putusan pengadilan tersebut (Albert H.Y. Chen, 2013). *Strong constitutional review* eksis di Amerika dan Jerman, walaupun keduanya memiliki sistem pengujian konstitusional yang berbeda yakni *decentralized review system* di Amerika dan *centralized review system* di Jerman (Albert H.Y. Chen, 2013).

Sebenarnya pengujian undang-undang di Indonesia merupakan *strong constitutional review*. Mendasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) yang menyatakan bahwa: "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final...". Putusan Mahkamah Konstitusi merupakan putusan pada tingkat pertama dan terakhir, sehingga tidak dapat dilakukan upaya hukum, seperti banding atau kasasi. Disamping itu, putusan Mahkamah Konstitusi juga bersifat final yang memiliki konsekuensi bahwa putusan Mahkamah Konstitusi langsung mengikat sebagai hukum (*legaly binding*) sejak diucapkan di dalam

persidangan (Yance Arzona, tt).

Mahkamah Konstitusi dapat menyatakan bahwa suatu beberapa materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian dari undang-undang tidak konstitusional atau bertentangan dengan konstitusi, dalam arti beberapa materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian dari undang-undang bertentangan dengan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Setelah putusan tersebut, beberapa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang ataupun undang-undang secara keseluruhan yang diputus dan diucapkan oleh MK dalam sidang terbuka untuk umum, dikabulkan permohonanannya dan dalam amar putusan dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013). Di dalam putusan ini, MK sekaligus menyatakan bahwa suatu undang-undang yang diuji bertentangan dengan UUD 1945 baik seluruhnya maupun sebagian dan pernyataan bahwa yang telah dinyatakan bertentangan tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum. Dalam hal ini, MK tidak membuat norma baru karena hanya sebagai *negative legislator*, yang disebut Hans Kelsen adalah melalui suatu pernyataan atau deklaratif (Maruarar Siahaan, 2009).

2. WEAK CONSTITUTIONAL REVIEW

Weak constitutional review eksis dimana pengadilan dapat meyatakan suatu undang-undang tidak konstitusional dan tidak sah (*unconstitutional and invalid*) dapat digantikan atau dikesampingkan oleh Undang-Undang Parlemen berikutnya (yang bukan merupakan amandemen konstitusi), yang menegaskan kembali undang-undang ini dengan mayoritas khusus atau hanya mayoritas sederhana (Albert H.Y. Chen, 2013). Contoh yang paling terkenal dari *weak form of constitutional judicial review* adalah Kasus Kanada dibawah Konstitusi 1982, yang menyediakan mekanisme pengganti (*override' mechanism*). Dengan *override mechanism*, Parlemen dengan mayoritas sederhana dapat memvalidasi sebuah undang-undang meskipun tidak sesuai dengan ketentuan *the Canadian Charter of Rights and Freedoms* sebagaimana ditafsirkan oleh Pengadilan. Validasi Parlemen tersebut secara otomatis akan berakhir setelah 5 tahun kecuali diperpanjang lagi. *Override mechanism* ini tidak

berlaku untuk *special Charter of Rights* yang dianggap penting untuk proses demokrasi (Albert H.Y. Chen, 2013).

Sistem yang dipraktekkan di Inggris berdasarkan Human Rights Act 1998) dapat dianggap sebagai bentuk sistem *weak constitutional review* diterapkan juga di Inggris, dan dapat dianggap sebagai Sistem yang diperkenalkan di Inggris oleh Human Rights Act 1998 (sebagai bagian dari Konstitusi Inggris) dapat dianggap sebagai bentuk *constitutional judicial review*, yang bahkan sistem ini lebih lemah dari pada pengujian konstitusional di Kanada, karena pengadilan Inggris hanya dapat menyatakan bahwa ketentuan Undang-Undang Parlemen agar tidak sesuai dengan Undang-Undang dan Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia (*the European Convention on Human Rights*), namun tidak memiliki kekuatan untuk membatalkan ketentuan (*invalidate the provisions*). Selanjutnya Parlemen yang akan memutuskan apakah undang-undang tersebut dibatalkan atau akan diubah (Albert H.Y. Chen, 2013). Menurut Cappelletti pengujian *preventive review* atau *a priori review* oleh Constitutional Council Perancis, yang dilakukan sebelum sebuah undang-undang diundangkan dan karena itu tidak melibatkan pembatalan undang-undang yang berlaku dapat juga dianggap *weak forms of constitutional review* (Albert H.Y. Chen, 2013).

E. EVALUASI

1. Jelaskan sistem pengujian konstitusional di dunia!
2. Jelaskan perbedaan pengujian konstitusional pada gelombang perkembangan konstitusional!
3. Jelaskan perubahan model *judicial review* Amerika dengan model pengujian konstitusional model Austrian!
4. Jelaskan model pengujian konstitusional berdasarkan relasi antara pengadilan dan parlemen!

Pendahuluan

A. LATAR BELAKANG PENTINGNYA MAHKAMAH KONSTITUSI

Ide pembentukan pengadilan konstitusional sebenarnya telah tercetus dalam Sidang Konstituante periode 20 Mei-13 Juni 1957. Anggota Konstituante yang menyampaikan usulan adalah Soeripto dari PNI, Oei Tjoe Tat, Siauw Giok Tjohan dan Yap Thiam Hien dari Baperki, Hermanu Kartodiredjo dari PKI, dan Penda Saroengalo dari Parkindo, serta dari Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI). Para pengusul secara umum mengusulkan agar di dalam UUD ditetapkan sebuah pasal yang menyatakan tidak berlakunya suatu undang-undang apabila bertentangan dengan UUD (Janedjri M. Gaffar, 2010).

Menurut para pengusul Mahkamah Agung menjadi Lembaga negara yang dapat mengambil putusan yang menyangkut sifat konstitusional perundang-undangn. Selain itu, diperlukan juga kompetensi konstitusional secara aktif untuk memutuskan apakah suatu undang-undang, peraturan, atau keputusan pemerintah berlawanan atau tidak dengan UUD. Kewenangan tersebut diberikan kepada parlemen, Mahkamah Agung, dan pengadilan

konstitusi (Janedjri M. Gaffar, 2010). Pengadilan konstitusi tersebut nantinya dibentuk bebas dari pengaruh dan konstelasi politik, sehingga mampu memeriksa secara bebas setiap pelanggaran terhadap UUD ataupun setiap peraturan yang melanggar hak asasi yang tercantum dalam UUD (Janedjri M. Gaffar, 2010).

Akan tetapi usulan tersebut belum direalisasikan dalam UUD 1945, hingga pada akhirnya dibahas kembali ide pengadilan konstitusional pada Sidang Panitia Ad Hoc Badan Pekerja Majelis Permusyawaratan Rakyat (PAH BP-MPR) yang dibentuk pada tanggal 6 Oktober 1999 ketika membahas perubahan Pasal 24 dan Pasal 25. Dalam Sidang Pembahasan pada Perubahan Kedua, Hamdan Zoelva dari Fraksi Partai Bulan Bintang mencetuskan nama Mahkamah Konstitusi. Hamdan Zoelva menyampaikan bahwa kekuasaan kehakiman selain dilaksanakan oleh Mahkamah Agung, perlu ditambahkan satu Lembaga negara yang baru yaitu Mahkamah Konstitusi. Demikian kutipan pernyataan Hamdan Zoelva: *“untuk memeriksa dan mengadili sengketa di bidang hukum ketatanegaraan diadakan sebuah Mahkamah Konstitusi”*. Selanjutnya Hamdan Zoelva menambahkan pernyataannya mengenai hakim-hakim konstitusi, sebagai berikut: *“Hakim-hakim Mahkamah Konstitusi dipilih dari hakim agung yang senior atau mantan hakim agung ditambah para ahli hukum tatanegara dan para negarawan yang memiliki integritas yang tidak diragukan. Ketua Mahkamah Konstitusi secara jabatan dirangkap oleh Ketua Mahkamah Agung”*. Selanjutnya mengenai anggota Mahkamah Konstitusi, Hamdan Zoelva menyatakan: *“anggota Mahkamah Konstitusi dipilih dan diangkat oleh MPR”* (Janedjri M. Gaffar, 2010).

Pendapat yang berbeda mengenai Mahkamah Konstitusi dating dari Gregorius Seto Harianto dari Fraksi Partai Demokrasi Kasih Bangsa, yang menyatakan: *“Mahkamah Konstitusi berwenang melakukan pengujian atas peraturan perundang-undangan di bawah UUD”*. Usulannya adalah bahwa Mahkamah Konstitusi dibentuk oleh Mahkamah Agung bersama DPR karena mempunyai hak uji atas peraturan perundang-undangan di bawah UUD, artinya termasuk undang-undang. Itu artinya karena undang-undang memiliki nuansa politik yang sangat tinggi karena itu tidak hanya Mahkamah Agung tetapi Mahkamah Agung bersama DPR membentuk Konstitusi.

Soetjipto dari Fraksi Utusan Golongan menyampaikan pendapatnya terkait dengan Mahkamah Konstitusi sebagai berikut: *“Kekuasaan Kehakiman*

dilakukan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi serta jajarannya sebagai Lembaga tinggi negara yang mandiri. Mahkamah Agung adalah peradilan tertinggi atas badan-badan peradilan.

Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan-kewenangan sebagai berikut: (1) menguji undang-undang atas permintaan pengadilan; (2) mengadili pembubaran partai politik; (3) mengadili persengketaan antara instansi pemerintah daerah dan antara pemerintah daerah dengan pemerintah pusat; dan (4) mengadili adanya suatu pertentangan undang-undang.

Mahkamah Konstitusi terdiri atas 9 orang hakim yang diangkat dari calon yang ditunjuk oleh Presiden, tiga orang diangkat dari calon yang ditunjuk oleh DPR dan tiga orang yang diangkat atau ditunjuk oleh Ketua Mahkamah Agung.

Ketua Mahkamah Konstitusi diangkat oleh Presiden dari calon yang dipilih oleh dan antara para Hakim Konstitusi.

Masa jabatan dari para Hakim Konstitusi adalah enam tahun dan mereka dapat dipilih kembali dengan syarat-syarat yang diatur dengan undang-undang. Para Hakim Konstitusi dari Mahkamah Konstitusi tidak boleh bergabung dengan partai politik dan atau ikut berpartisipasi dalam aktivitas partai politik.

Susunan, kedudukan dan organisasi Mahkamah Konstitusi ditetapkan dengan undang-undang."

Akhirnya perdebatan mengenai perubahan pasal Kekuasaan Kehakiman berakhir pada tanggal 10 Agustus 2002 pada saat pengesahan Perubahan Pasal 24 dan Pasal 25 UUD 1945 dalam Sidang Tahunan MPR Tahun 2002.

Mengutip Afiuka Hadjar, dkk, sebenarnya ada 4 (empat) hal yang melatarbelakangi pembentukan Mahkamah Konstitusi, yaitu:

- a. Paham Konstitusionalisme. Paham Konstitusionalisme adalah suatu paham yang menurut adanya pembatasan kekuasaan. Paham ini memiliki dua esensi yaitu pertama sebagai konsep negara hukum, bahwa hukum mengatasi kekuasaan negara, hukum akan melakukan kontrol terhadap politik, bukan sebaliknya, kedua adalah konsep hak-hak sipil warga negara dan kekuasaan negara dibatasi oleh konstitusi.
- b. Sebagai Mekanisme *Check and Balances*. Sebuah sistem pemerintahan yang baik, antara lain ditandai adanya mekanisme *check and balances* dalam

penyelenggaraan kekuasaan. *Check and balances* memungkinkan adanya saling kontrol antar cabang kekuasaan yang ada dan menghindarkan tindakan-tindakan hegemoni, tirani, dan sentralisasi kekuasaan, untuk menjaga agar tidak terjadi tumpang tindih antar kewenangan yang ada. Dengan mendasarkan pada prinsip negara hukum, maka sistem kontrol yang relevan adalah sistem kontrol judicial.

- c. Penyelenggaraan Negara Yang Bersih. Sistem pemerintahan negara yang baik meniscayakan adanya penyelenggaraan negara yang bersih, transparan dan partisipatif.
- d. Perlindungan Terhadap Hak Asasi Manusia. Kekuasaan yang tidak terkontrol sering kali melakukan tindakan semena-mena dalam penyelenggaraan negara dan tidak segan-segan melakukan pelanggaran HAM.

Keberadaan Mahkamah Konstitusi merupakan konsekuensi logis dari negara yang menjamin tegaknya prinsip negara hukum dan sistem demokrasi modern, keberadaan Mahkamah Konstitusi merupakan jawaban dari keinginan rakyat untuk memiliki aturan undang-undang yang berpihak kepada rakyat kecil atau berpihak pada keadilan (membatasi penguasa), karena selama ini banyak sekali produk perundang-undangan yang dibentuk berdasarkan kepentingan politik jangka pendek tidak mempunyai visi dan misi kedepan sehingga masyarakat tidak berdaya. Keberadaan Mahkamah Konstitusi mengakomodasikan kepentingan rakyat yang diperlakukan tidak adil dengan dibuatnya undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945 sehingga rakyat dapat mengajukan pengujian undang-undang.

Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga atau organ kekuasaan kehakiman yang menjalankan fungsi kehakiman. Mahkamah Konstitusi bersifat independen, baik secara struktural maupun fungsional. Mahkamah Konstitusi hadir diharapkan dapat mewujudkan harapan keadilan yang masih belum 'terfasilitasi' dalam kekuasaan kehakiman di Indonesia. Terbentuknya Mahkamah Konstitusi menandai era baru dalam sistem kekuasaan kehakiman di Indonesia. Mahkamah Konstitusi memiliki tugas menjalankan fungsi pengujian konstitusionalitas undang-undang, yaitu Mahkamah Konstitusi menilai dan menguji kesesuaian norma undang-undang dengan konstitusi sebagai hukum tertinggi (*fundamental law*). Pengujian

konstitusionalitas ini dimaksudkan untuk menjamin bahwa undang-undang yang ditetapkan oleh Pemerintah dan DPR dengan cara demokratis mengandung nilai-nilai dari cita hukum dan nilai-nilai konstitusi. Mahkamah Konstitusi sangat dituntut melakukan penegakan keadilan dalam proses peradilan yang mengacu pada prinsip keadilan substantif (*substantive justice*) di masyarakat dan tidak terbelenggu dengan apa yang ditetapkan undang-undang (*procedural justice*).

Kewenangan konstitusional Mahkamah Konstitusi melaksanakan prinsip *check and balances* yang menempatkan semua Lembaga negara dalam kedudukan setara sehingga terdapat keseimbangan dalam penyelenggaraan negara. Keberadaan Mahkamah Konstitusi merupakan langkah nyata untuk dapat saling mengoreksi kinerja antarlembaga negara (Penjelasan UU MK).

B. KARAKTER PENGUJIAN KONSTITUSIONAL MAHKAMAH KONSTITUSI

Pengujian undang-undang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi mendasarkan pada ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 yang menyatakan bahwa: "*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar*". Mahkamah Konstitusi merupakan satu-satunya lembaga yang menjalankan fungsi pengujian undang-undang, dengan kedudukan tersendiri di luar Mahkamah Agung. Pasal tersebut selanjutnya diatur lebih lanjut pada Pasal 50 sd Pasal 60 UU No 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Dengan penyebutan tugas dan wewenang tersebut yang termaktub dalam konstitusi, maka implikasinya lembaga-lembaga yang ada dapat membedakan dengan tegas antara kewenangan organ negara berdasarkan perintah Undang-Undang Dasar (*constitutionally entrusted power*), dan kewenangan organ negara yang hanya berdasarkan perintah Undang-Undang (*legislatively entrusted power*), dan bahkan dalam kenyataan ada pula lembaga atau organ yang kewenangannya berasal dari atau bersumber dari Keputusan Presiden belaka (Jimly Asshiddiqie, 2006: 5-6).

Berdasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 terdapat beberapa hal yang dapat diketahui mengenai pengujian konstitusional di Mahkamah Konstitusi, yaitu: objek yang diuji, jenis pengujiannya, pihak

yang dapat mengajukan permohonan pengujian, putusan pengujiannya, kelembagaan pengujinya.

Pertama, dalam hal ini objek pengujian yang dapat dimohonkan ke Mahkamah Konstitusi adalah Undang-Undang Republik Indonesia. Undang-Undang sebagaimana dimaksud telah didefinisikan dalam UU No. 12 Tahun 2011, yaitu Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden. Undang-Undang adalah termasuk dalam kaidah hukum yang bersifat umum dan abstrak (*general and abstract norm*) (Jimly Asshiddiqie, 2006: 5-6).

Terhadap kaidah hukum umum dan abstrak dapat dilakukan kontrol atau pengawasan melalui mekanisme kontrol norma hukum, seperti *judicial review*, yakni kontrol yang dilakukan oleh Lembaga *judicial*, selain ada juga kontrol politik yang dilakukan oleh Lembaga legislatif disebut dengan *legislative review* atau kontrol administrative yang dilakukan oleh Lembaga eksekutif disebut dengan *executive review* (Jimly Asshiddiqie, 2006: 5-6).

Pada awalnya UU No. 24 Tahun 2003 memberikan Batasan mengenai undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji, sebagaimana diatur dalam Pasal 50 yang menyatakan bahwa: Undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Akan tetapi ketentuan Pasal 50 ini telah dihapus oleh UU No. 8 Tahun 2011, sehingga undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah semua undang-undang yang sudah ditetapkan oleh Pemerintah dan masih mempunyai kekuatan mengikat dan masih berlaku (*a posteriori*). Selanjutnya UU No. 8 Tahun 2011 menentukan pasal sisipan diantara Pasal 50 dan Pasal 51, yaitu Pasal 50A yang menyatakan bahwa: "Mahkamah Konstitusi dalam menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak menggunakan undang-undang lain sebagai dasar pertimbangan hukum".

Kedua, pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi merupakan pengujian abstrak dan bersifat *posteriori* yakni pengujian diarahkan terhadap produk hukum baik itu undang-undang maupun peraturan perundang-undangan yang telah berlaku. Mahkamah Konstitusi mempraktekkan pengujian yang bersifat *posteriori*.

Dalam hubungannya dengan objek undang-undang, maka UUD NRI

1945 jo UU No. 24 Tahun 2003 menganut *review*, bukan *preview*. *Constitutional review* adalah pengujian konstitusional atas undang-undang yang mengikat umum, dan masih berlaku. Pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah pengujian mengenai nilai konstitusionalitas undang-undang, baik dari formil ataupun materiil. Pengujian konstitusionalitas di Mahkamah Konstitusi berbeda dengan pengujian legalitas di Mahkamah Agung, mengingat objek pengujiannya yang berbeda. Sebagaimana diatur dalam Pasal 24A UU NRI 1945 menyatakan bahwa: "Mahkamah Agung berwenang mengadili tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang". Dalam rangka pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, alat pengukurnya untuk menilai atau dalam menjalankan kegiatan pengujian adalah undang-undang, bukan undang-undang dasar. Dapat dikatakan bahwa pengujian legalitas berdasarkan undang-undang, bukan pengujian konstitusionalitas menurut UUD NRI 1945. Dengan demikian Mahkamah Konstitusi menguji *the constitutionality of legislation*, sedangkan Mahkamah Agung menguji *the legality of regulation* (Jimly Asshiddiqie, 2006: 5-6).

Pengujian undang-undang yang dapat dimohonkan ke Mahkamah Konstitusi meliputi pengujian formil dan/atau pengujian materiil sebagaimana disebutkan dalam Pasal 51 ayat (3) UU Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa: "*pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa (a) pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan UUD NRI Tahun 1945; dan (b) materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945*". Objek pengujian tidak hanya terkait dengan materi muatan undang-undang sebagai produk hukum, melainkan juga terkait dengan proses pembentukannya. Penjelasan lebih lanjut pada Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Pasal 4 ayat (1) Permohonan pengujian UU meliputi pengujian formil dan/atau pengujian materiil. (2) Pengujian materiil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian UU yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945. (3) Pengujian formil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan proses pembentukan UU dan hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil. Oleh karena itu jenis

pengujian ada 2 yaitu pengujian materiil dan pengujian formil.

1. Pengajuan Materiil

Pengujian materiil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian UU yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945. Pengujian materiil dapat mengakibatkan dibatalkannya sebagian materi undang-undang. Mahkamah Konstitusi hanya membatalkan bagian-bagian dari materi muatan suatu undang-undang yang diuji itu dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat (Jimly Asshiddiqie, 2006: 4-7).

2. Pengajuan Formil

Pengujian formil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan proses pembentukan UU dan hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil sebagaimana dimaksud pada pengujian formil. Menurut Jimly Asshiddiqie Pengujian formil adalah pengujian atas proses pembentukan undang-undang. Pengujian formil tidak hanya menyangkut proses pembentukan undang-undang dalam arti sempit, melainkan mencakup pengertian yang lebih luas, seperti mencakup pengujian mengenai aspek bentuk undang-undang dan pemberlakuan undang-undang (Jimly Asshiddiqie, 2006: 4-7). Secara umum kriteria yang digunakan untuk menilai konstitusionalitas undang-undang dari segi formal adalah sejauhmana undang-undang itu ditetapkan dalam bentuk yang tepat, oleh institusi yang tepat, dan menurut prosedur yang tepat (Jimly Asshiddiqie, 2006: 4-7).

Penjabaran ketiga kriteria tersebut adalah sebagai berikut:

- a) 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;
- b) Pengujian atas bentuk, format, atau struktur undang-undang;
- c) Pengujian yang berkenaan dengan kewenangan Lembaga yang mengambil keputusan dalam proses pembentukan undang-undang; dan
- d) Pengujian atas hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil.

Ketiga, di Indonesia, pihak yang boleh mengajukan pengujian konstitusional telah diatur dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa: "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

Selanjutnya melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 010/PUU-III/2005, dirumuskan secara lebih ketat adanya persyaratan *legal standing* berdasarkan hak konstitusional pemohon, yaitu:

- a. Adanya hak konstitusional pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. Hak konstitusional pemohon tersebut dianggap oleh pemohon telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji;
- c. Kerugian yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. Adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji; dan
- e. Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional yang didalilkan akan atau tidak lagi terjadi.

Keempat, segala putusan Mahkamah Konstitusi mempunyai kekuatan *erga omnes* yang bersifat mutlak berdasarkan prinsip kewenangan mutlak yang diberikan kepadanya oleh UUD, yakni Pasal 24C ayat (1) bahwa putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final dan mengikat. Mahkamah Konstitusi adalah peradilan konstitusional tingkat terakhir, artinya tidak ada upaya lagi yang dapat menganulir putusan final (Jimly Asshiddiqie, 2006: 206).

Putusan Hakim merupakan perbuatan hakim sebagai pejabat negara yang berwenang yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum dan dibuat secara tertulis untuk mengakhiri sengketa yang dihadapkan para pihak kepadanya (Maruarar Siahaan, 2012: 51). Putusan yang disahkan oleh pengadilan konstitusi memiliki dampak *erga omnes* (Gustavo Fernandes de Andrade, 2001). Untuk membuktikan sifat konstitusionalitas atau

inkonstitusionalitas materi suatu undang-undang, maka Mahkamah Konstitusi akan menguji materi suatu undang-undang dianggap bertentangan dengan konstitusi. Dalam beberapa putusan Mahkamah Konstitusi selama melakukan pengujian undang-undang terdapat beberapa jenis dan model putusan yang telah diambil oleh Mahkamah Konstitusi.

Pada dasarnya menurut Pasal 56 UU Nomor 24 Tahun diatur tiga jenis amar putusan, yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak. 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. Pengaturan dalam Pasal 56 UU Nomor 24 Tahun 2003 adalah sebagai berikut:

- 1) 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.
- 2) Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan.
- 3) Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- 4) 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.
- 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.

Kelima, kelembagaan pengujian konstitusional yang dipraktekkan selama ada 2 sistem pengujian konstitusional yang berbeda yakni *decentralized review system* (sistem pengujian terdesentralisasi) di Amerika dan *centralized*

review system (system pengujian tersentralisasi) di Jerman (Albert H.Y. Chen, 2013: 12). Sistem pengujian desentralisasi disebut juga dengan model Amerika dan model pengujian sentralisasi disebut dengan Model Hans Kelsen. Albert H.Y. Chen juga menyatakan bahwa: “*In terms of the structure or organization of constitutional review, the main mode of classification of different systems is that based on the distinction discussed above between American-style decentralized review (which is also prevalent in other former British colonies) and European-style centralized review by a constitutional court*”. Pada saat ini lebih banyak negara yang menerapkan Model Hans Kelsen, daripada Model Amerika, termasuk Indonesia, yakni pengadilan konstitusional khusus (*specialized constitutional courts*) (John E. Ferejohn, 2002: 51), dimana sistem pengujian konstitusional terpusat di pengadilan konstitusional khusus, yaitu Mahkamah Konstitusi.

Pengujian konstitusional terpusat pada pengadilan konstitusional khusus berkembang setelah Perang Dunia II. Pengujian konstitusional, yang diambil dari sudut pandang teoretis, dapat berkembang hanya jika ada supremasi Konstitusi dan pengujian konstitusional dilakukan oleh badan khusus, terlepas dari kekuasaan legislatif dan eksekutif. Ada beberapa alasan yang menjadi latar belakang pengujian konstitusional diselenggarakan oleh pengadilan konstitusional khusus, *pertama*, alasan historis: pengalaman menyakitkan dari Perang dan Fasisme masa lalu menyangkal bahwa pengujian konstitusional merupakan ciri khas demokrasi. *Kedua*, alasan institusional dan politis: pengujian konstitusional juga harus mewakili perlindungan yang efisien terhadap otoritas legislatif dan eksekutif. *Ketiga*, menyediakan sarana untuk menjamin ketaatan pemerintah terhadap konstitusi, memisahkannya dari kekuatan legislatif itu sendiri dan mewujudkannya dalam kerja aktif hakim atau, dalam beberapa sistem, dari sebuah pengadilan konstitusional khusus (G. Harutunyan dan A. Mavcic, 1999: 12).

Fitur yang paling mengesankan di abad ke-20 adalah lembaga khusus untuk *judicial* atau *constitutional review* di lebih dari seratus lima puluh negara (*Constitutional review has been in existence in some form throughout the history of mankind. One of the most impressive features of the 20th century has been the emergence of specialized institutes for judicial/constitutional review in more than one hundred-fifty countries*) (G. Harutunyan dan A. Mavcic, 1999: 13).

Oleh karena itu, sebagian besar negara memperkenalkan pengujian konstiusional secara langsung setelah Perang Dunia II (sebelumnya ini merupakan spesialisasi hukum Amerika), termasuk Brasil (1946), Jepang (1947), Birma / Myanmar (1947), Italia (1948), Thailand (1949), Jerman (1949), India (1949), Prancis (1958), Luksemburg, Syria (1950) dan Uruguay (1952). Selain itu, tinjauan konstiusional menyebar dengan berbagai efisiensi praktis di Asia, Amerika Tengah dan Selatan dan Afrika (G. Harutunyan dan A. Mavcic, 1999: 13).

Pelembagaan pengujian konstiusional berbeda-beda di beberapa negara, ada beberapa sistem. Tom Ginsburg mengemukakan ada 4 sistem yaitu: (1) pengujian konstiusional diberikan kepada pengadilan biasa pada tingkat tertentu, seperti di Amerika Serikat atau Pakistan; (2) pengujian konstiusional diberikan kepada Mahkamah Agung tapi tidak ke pengadilan yang lebih rendah; (3) Beberapa negara dalam tradisi konstiusional Perancis telah menunjuk Dewan Konstiusional (*constitutional councils*) dengan kewenangan peninjauan yang lebih terbatas; dan (4) Model Jerman yang menjadi tren terbesar dalam dua dekade terakhir adalah menciptakan badan khusus yang disebut Mahkamah Konstiusi (*Constitutional Courts*) untuk melaksanakan fungsi tinjauan konstiusional. Model Jerman telah diadopsi secara luas di negara-negara demokrasi baru termasuk Indonesia (Tom Ginsburg, 2008).

Menurut sejarah, negara-negara di Eropa memilih pengujian tersentral (*a centralized model*) pada dasarnya dikaitkan dengan nilai kepastian hukum (*value of legal certainty*). Apabila semua pengadilan diberikan kewenangan untuk menguji konstiusionalitas peraturan perundang-undangan, ketidaksetujuan akan timbul (*If all courts were given the power to review the constitutional validity of legislation, disagreement would arise among them*). Justeru hal ini akan membuat hukum lebih tidak pasti baik untuk warga negara dan pemerintah. Berbeda apabila, hanya Mahkamah Konstiusi yang diberikan kewenangan untuk memeriksa peraturan perundang-undangan, maka tidak ada resiko ketidaksetujuan diantara pengadilan. Sentralisasi digagas sebagai solusi efektif atas masalah perbedaan di kalangan pengadilan (*the problem of judicial divergence*) (Victor Ferreres, 2004: 1).

Model *centralized review* berdasarkan pada struktur ganda (*a dualist structure*), untuk ini peradilan (dalam arti luas) dibagi dalam 2 bagian yaitu:

peradilan biasa (*ordinary courts*), dan peradilan konstitusional (the Constitutional Court). Hal ini menetapkan perbedaan tugas untuk masing-masing peradilan, *pertama*, tugas peradilan biasa adalah menjalankan fungsi yudisial biasa (*ordinary judicial function*), yaitu menerapkan hukum untuk memutuskan kasus konkret (*applying legislation to decide concrete cases*), sementara peradilan konstitusi (the Constitutional Court) menjalankan fungsi konstitusional (*constitutional function*), yaitu melakukan pengujian atas validitas peraturan perundang-undangan dibawah konstitusi (*validity of legislation under the Constitution*) (Victor Ferreres, 2004: 3).

Secara kontras, pada model *the decentralized review*, pengujian konstitusional yang terdesentralisasi, seperti model Amerika, berdasarkan pada struktur tunggal (*a monist structure*), dimana hanya terdapat satu cabang yudisial yang menjalankan dua fungsi dalam satu waktu yang bersamaan.

Satu keuntungan dari struktur ganda adalah bahwa sangat mungkin membuat desain peradilan konstitusional berbeda dengan peradilan biasa. Misalnya, prosedur politik akan lebih dipilih untuk digunakan dalam memilih anggota peradilan konstitusi (*Constitutional Court*), sementara prosedur birokrasi atau prosedur profesional yang ketat mungkin akan diikuti dalam menunjuk hakim biasa. Atau anggota peradilan konstitusi menjabat untuk masa jabatan terbatas, sementara masa jabatan hakim biasa selama seumur hidup atau sampai masa pensiun. Kombinasi ini atau yang lainnya sangat mungkin dan tingkat perbedaan desain final peradilan konstitusi dengan peradilan biasa mungkin akan bervariasi antar negara. Poin dasarnya adalah bahwa struktur ganda (*a dualist structure*) membuat institusi lebih bervariasi daripada struktur tunggal (*a monist structure*) (Victor Ferreres, 2004: 3).

Struktur ganda yang mencirikan *centralized model* dapat lebih atau kurang rigid. Berdasarkan hal ini, ada 2 faktor yang patut diperhitungkan, yaitu kemurnian peradilan konstitusional (*the purity of the Constitutional Court*), dan otonominya (*its autonomy*). *Pertama*, kemurnian (*the purity*) mengacu pada apakah satu-satunya fungsi peradilan konstitusional adalah melakukan pengujian konstitusional. Dalam model *centralized review*, peradilan konstitusional adalah pengadilan yang dapat membatalkan undang-undang (*strike down legislation*). Tetapi ini tidak berarti bahwa pengujian konstitusional undang-undang (*constitutional review of legislation*) adalah satu-satunya fungsi peradilan konsitusional, melainkan ada yurisdiksi lain. Peradilan

konstitusional (*Constitutional Court*) dikatakan tidak murni lagi, apabila memiliki yurisdiksi lain selain *constitutional review*. Di Eropa Barat, Mahkamah Konstitusi Belgia dan Mahkamah Konstitusi Luxembourg, bisa dikatakan sangat murni, karena hanya memiliki satu fungsi, yaitu melakukan pengujian undang-undang untuk konstitusionalitasnya (*review legislation for its constitutionality*). Selanjutnya Mahkamah Konstitusi Italia dan Perancis walaupun memiliki fungsi selain *constitutional review*, akantetapi fungsi utamanya masih pengujian konstitusional undang-undang (*constitutional review of legislation*). Sedangkan Mahkamah Konstitusi Jerman, Austria, Spanyol dan Portugal, memiliki fungsi yang banyak dan berbeda, tetapi fungsi terpentingnya adalah memeriksa undang-undang (*check legislation* Portugal) (Victor Ferreres, 2004: 4).

Kedua, faktor otonomi. Peradilan konstitusional terpisah dari peradilan biasa, dan tidak ada link yang menghubungkan keduanya. Tetapi ada dua cara yang mungkin suatu undang-undang dapat dibawa ke peradilan konstitusional. *Pertama*, melalui *constitutional challenge*, atau pengujian undang-undang secara abstrak. *Kedua*, melalui *constitutional question*, pertanyaan konstitusional, yaitu ketika hakim peradilan biasa dalam memutuskan kasus konkret berpikir bahwa undang-undang yang akan digunakannya tidak sesuai dan bertentangan dengan konstitusi (*unconstitutional*), maka hakim diperbolehkan menunda persidangannya dan menyampaikan pertanyaan ke Mahkamah Konstitusi. Sampai pada akhirnya Mahkamah Konstitusi akan memutuskan apakah undang-undang tersebut konstitusional atau tidak. Undang-undang ini nantinya akan digunakan oleh peradilan biasa untuk memutuskan kasus yang sedang disidangkan (Victor Ferreres, 2004: 5).

Mendasarkan Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945, Sistem Peradilan Indonesia menganut model struktur ganda (*dualist structure*) yakni memisahkan fungsi *applying legislation to decide concrete cases* dengan *constitutional function*. Fungsi menerapkan hukum untuk memutuskan kasus konkret (*applying legislation to decide concrete cases*) dilaksanakan oleh Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, dan lingkungan peradilan tata usaha negara. Di Indonesia menurut Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945, terdapat perbedaan fungsi antara peradilan

konstitusional dan peradilan biasa, yaitu bahwa fungsi konstitusional (*constitutional function*) dilaksanakan oleh Mahkamah Konstitusi (menurut Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945).

Mahkamah Konstitusi tidak hanya menjalankan fungsi pengujian konstitusional saja, melainkan juga menjalankan fungsi yang lain yaitu memutus sengketa kewenangan Lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilu (menurut Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945).

Mengenai kedudukan Mahkamah Konstitusi, diatur dalam Pasal 2 UU Nomor 24 Tahun 2003, yang menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Mahkamah Konstitusi melaksanakan fungsi konstitusional secara mandiri, dan bebas dari intervensi dari Lembaga legislatif amupun eksekutif. Dengan didirikannya Mahkamah Konstitusi maka model pengujian konstitusional adalah model pengujian konstitusional tersentral (*centralized constitutional review*).

C. PEMBATASAN KEWENANGAN PENGUJIAN UNDANG-UNDANG MAHKAMAH KONSTITUSI

Dalam melakukan pengujian atas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Mahkamah Konstitusi dibatasi oleh ketentuan konstitusi (Undang-Undang Dasar) itu sendiri, prinsip-prinsip hukum umum (*general principles of law*) serta undang-undang yang berlaku. Prinsip-prinsip hukum umum, seperti prinsip-prinsip keadilan, prinsip kepastian dan ketertiban hukum, prinsip kegunaan hukum dan lain-lain (Hamdan Zoelva, 2008).

UUD NRI Tahun 1945 Pasal 24C, memberikan kewenangan kepada Mahkamah Mahkamah Konstitusi untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Kewenangan itu untuk selanjutnya ditetapkan dalam undang-undang yang mengatur hukum acara pengujian yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi, sebagaimana telah ditetapkan dalam Pasal 24C ayat (6) yang menyatakan bahwa: *pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang*. Dengan demikian undang-undang yang mengatur

Mahkamah Konstitusi sepanjang mengenai hukum acara Mahkamah Konstitusi berkedudukan setara dengan konstitusi dan Mahkamah Konstitusi wajib tunduk pada pembatasan-pembatasan undang-undang itu (Hamdan Zoelva, 2008).

Setelah diuraikan pengaturan kewenangan pengujian undang-undang, maka selanjutnya terkait dengan objek yang diuji, pembatasan ditentukan oleh Pasal 50 UU MK, yang menentukan bahwa: *undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan UUD NRI Tahun 1945*. Hukum acara adalah hukum yang diadakan untuk menegakkan hukum materil yang mengandung prosedur dan tatacara penegakkan hukum materil. Pasal 50 UU MK, ditempatkan pada bagian hukum acara mengenai pengujian undang-undang terhadap UUD.

Maksud pencantuman Pasal 50 ke dalam hukum acara MK, adalah dalam kaitannya dengan penafsiran pembentuk undang-undang terhadap Undang Undang Dasar bahwa suatu undang-undang yang telah lahir sebelum perubahan UUD, tidaklah adil untuk diuji dengan ketentuan UUD yang lahir kemudian untuk memenuhi prinsip tidak berlaku surutnya suatu ketentuan hukum yang baru. Disinilah dua prinsip hukum yang dapat membatasi dalam menguji UU terhadap UUD yaitu prinsip *keadilan* dan prinsip *kepastian hukum*. Untuk menguji suatu undang-undang yang telah lahir sebelum perubahan UUD haruslah diuji dalam kerangka UUD yang berlaku pada saat itu dan tidak dapat diuji dengan UUD yang lahir kemudian. Karena itulah aturan peralihan UUD menentukan bahwa segala peraturan perundang-undangan yang ada masih tetap berlaku sepanjang belum diadakan yang baru (Hamdan Zoelva, 2008).

Dengan demikian untuk *mereview* undang-undang yang lahir sebelum perubahan UUD tidaklah dapat dilakukan dengan mekanisme *constitutional review* oleh Mahkamah Konstitusi akan tetapi melalui *legislative review* yang dilakukan oleh DPR dan Presiden sebagai pembentuk undang-undang. Disinilah prinsip *kepastian hukum* serta prinsip *tidak berlakunya surutnya suatu ketentuan hukum* harus diterapkan. Pada sisi lain memberikan peluang untuk melakukan *pengujian undang-undang* terhadap undang-undang sebelum Perubahan UUD, dapat mengakibatkan bertumpuknya pekerjaan MK untuk menerima permohonan pengujian terhadap berbagai perundang-undangan yang lahir sejak jaman Belanda, termasuk seluruh pasal KUH Pidana, KUH

Perdata dan lain-lain yang sangat banyak.

Disamping itu undang-undang dapat saja memberikan pembatasan terhadap hak dan kebebasan setiap orang dengan pertimbangan untuk menghormati hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan keadilan karena pertimbangan moral, agama dan ketertiban umum dalam masyarakat demokratis. Hal ini berarti bahwa pembatasan atas kebebasan setiap orang untuk mengajukan permohonan pengujian terhadap suatu undang-undang adalah sah-sah saja dan tidak perlu dipertentangkan dengan UUD, manakala pembatasan itu untuk memenuhi tuntutan yang adil berdasarkan pertimbangan moral, nilai-nilai agama serta ketertiban umum atau untuk menghormati hak asasi orang lain.

Pembatasan yang diatur dalam Pasal 50 UU MK itu dimaksudkan hanya semata-mata untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan untuk mengakkan ketertiban umum, yaitu agar supaya tidak memberikan peluang yang terlalu bebas untuk menguji seluruh undang-undang tanpa batas untuk menghindari potensi menumpuknya perkara yang akan diajukan kepada MK.

D. EVALUASI

1. Jelaskan dan uraikan sejarah pendirian Mahkamah Konstitusi di Indonesia!
2. Jelaskan karakter pengujian undnag-undnag Mahkamah Konstitusi RI!
3. Jelaskan perbedaan pengujian formil dan pengujian materiil!
4. Jelaskan mengapa kewenangan pengujian undang-undang yang dijalankan oleh Mahkamah Konstitusi perlu untuk dibatasi!

Putusan Pengujian Konstitusional

A. PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Putusan Hakim merupakan perbuatan hakim sebagai pejabat negara yang berwenang yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum dan dibuat secara tertulis untuk mengakhiri sengketa yang dihadapakan para pihak kepadanya (Maruarar Siahaan, 2012). Putusan yang disahkan oleh pengadilan konstitusi memiliki dampak *erga omnes*. Pengujian konstitusional abstrak memiliki kekuatan untuk membatalkan undang-undang tersebut - atau ketentuan yang bertentangan - dan mengikat semua cabang pemerintahan. Berbeda dengan *judicial review* di Amerika Serikat, di mana keputusan Mahkamah Agung telah membatasi keefektifannya, di dalam sistem Eropa, sebuah putusan konstitusional memiliki kekuatan membatalkan sebuah undang-undang hilang dari tata-nan hukum. Itulah mengapa Hans Kelsen menamai pengadilan konstitusional sebagai legislator negatif (*negative legislator*) (Gustavo Femandes de Andrade, 2001). Konstitusionalitas sebuah undang-undang ditentukan dengan membandingkan undang-undang yang bertentangan dengan ketentuan konstitusi. Dalam pertentangan seperti itu, kontroversi ini tidak

didorong oleh fakta. Sebaliknya, pertanyaan konstitusional (*constitutional question*) bukan hanya elemen dari kasus tapi memang demikian halnya. Akibatnya, "keabsahan undang-undang dianggap secara umum, tanpa mempertimbangkan keadaan yang tepat dari kasus tertentu (Gustavo Fernandes de Andrade, 2001).

Sudikno Mertokusumo, *menyampaikan bahwa* salah satu tugas hakim adalah mengkonstituir atau memutuskan perkara yang diajukan oleh pihak-pihak yang berperkara. Hakim terlebih dahulu harus mengkonstantir peristiwanya, kemudian dilanjutkan dengan mengkualifisir peristiwa hukumnya, sebelum pada akhirnya harus mengkonstituir atau memutus perkaranya. Pada dasarnya putusan hakim adalah suatu pernyataan yang dibuat oleh hakim, sebagai pejabat negara yang diberi wewenang untuk itu, diucapkan dalam persidangan dan bertujuan untuk mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara antara para pihak (Sudikno, 1989; Ar Ridho Hasyim, 2012).

Tujuan dari putusan hakim tidak lain adalah untuk mewujudkan aspek keadilan, kepastian, dan kemanfaatan. Menurut Gustav Radbruch, putusan hakim adalah hukum, maka dalam sebuah putusan hakim harus mengandung tiga gatra hukum yaitu keadilan (*Gerechtigkeit*), kepastian hukum (*Rechtsicherheit*), dan kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) (Ar Ridho Hasyim, 2012). *Mahkamah Konstitusi melalui putusannya dituntut untuk mewujudkan keadilan, dan dengan mendasarkan kewenangannya untuk memutuskan perkara menurut Pasal 45-Pasal 49 UU Mahkamah Konstitusi, yang dengan tegas menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan UUD 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim, merupakan peluang bagi Hakim Konstitusi untuk merealisasikannya. Putusan Hakim dalam pengujian undang-undang memuat ratio decidendi dan amar putusan mempunyai kekuatan mengikat secara umum (erga omnes) sepertihalnya undang-undang.*

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang mengawal konstitusi (*the guardian of constitution*) dan penafsir konstitusi, maka konsekuensinya ialah menjamin hak-hk rakyat yang telah ditegaskan dalam konstitusi. Salah satu hak yang harus dijamin adalah rasa keadilan (Ar Ridho Hasyim, 2012). Jaminan keadilan oleh UUD 1945 terdapat dalam pembukaan alinea kedua yang menyatakan: "*Dan perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia telah sampailah kepada saat yang berbahagia dengan selamat sentausa mengantarkan rakyat Indonesia ke depan pintu gerbang kemerdekaan Negara Indonesia yang*

merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur. Pengejewantahan atas nama “keadilan” juga ditegaskan Pasal 28 D ayat (1) yang menyatakan: “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”.

B. JENIS-JENIS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Maruarar Siahaan mengklasifikasikan Putusan Mahkamah Konstitusi ke dalam 2 jenis, yaitu: (1) putusan akhir dan (2) putusan sela (Maruarar Siahaan, 2012). Putusan akhir adalah putusan yang telah final dan mengikat (*final and binding*), artinya putusan yang benar-benar telah mengakhiri sengketa. Putusan sela adalah putusan yang belum mengakhiri sengketa. Putusan sela ditetapkan secara khusus oleh Mahkamah Konstitusi dalam penanganan perkara sengketa kewenangan Lembaga negara. Dasarnya adalah Pasal 63 UU Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa: “Mahkamah Konstitusi dapat mengeluarkan penetapan yang memerintahkan pada pemohon dan/atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi”. Dalam perkara No. 068/SKLN-II/2004, sebelum memutus sengketa dalam putusan akhir Mahkamah Konstitusi telah mengeluarkan putusan sela yang memerintahkan penghentian sementara pelaksanaan Keputusan Presiden No. 185/M Tahun 2004 tentang Pengangkatan Ketua dan Anggota BPK (Maruarar Siahaan, 2012).

Sedangkan jenis putusan yang disimpulkan dari amarnya dapat dibedakan antara putusan yang bersifat *declaratoir*, *constitutief*, dan *condemnatoir* (Maruarar Siahaan, 2012). Putusan *condemnatoir* adalah putusan yang berisi penghukuman terhadap tergugat atau termohon untuk melakukan prestasi. Misalnya Putusan dalam Perkara sengketa kewenangan Lembaga negara, menurut Pasal 63 UUMK mengandung perintah untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu dan dalam hal ini untuk tidak melaksanakan kewenangan yang dipersengketakan. Putusan *declaratoir* adalah putusan di mana Hakim menyatakan apa yang menjadi hukum, misalnya Putusan hakim yang menyatakan permohonan ditolak. Hakim dalam hal ini menyatakan tuntutan atau permohonan tidak mempunyai dasar hukum berdasarkan fakta-fakta yang ada. Misalnya Putusan dalam perkara pengujian undang-undang, sifat *declaratoir* sangat jelas dalam amarnya. Pasal 56 ayat (3) UU MK menyatakan bahwa: “dalam hal permohonan dikabulkan, Mahkamah

Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan UUD NRI 1945". Putusan constitutief adalah putusan yang meniadakan satu keadaan hukum atau menciptakan satu keadaan yang baru. Menyatakan suatu undang-undang tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat karena bertentangan dengan UUD NRI 1945 adalah meniadakan keadaan hukum yang timbul karena undang-undang yang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dengan sendirinya putusan itu menciptakan satu keadaan hukum yang baru (Maruarar Siahaan, 2012).

Pada dasarnya menurut Pasal 56 UU Nomor 24 Tahun diatur tiga jenis amar putusan, yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak. 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. Pengaturan dalam Pasal 56 UU Nomor 24 Tahun 2003 adalah sebagai berikut:

- 1) 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.
- 2) Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan.
- 3) Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- 4) 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.
- 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.

Berkaitan dengan hal tersebut, Hakim Konstitusi Harjono mengemukakan sebagai berikut: Oleh karena itu, kita mengkreasi dengan mengajukan sebuah persyaratan: jika sebuah ketentuan yang rumusannya bersifat umum di kemudian hari dilaksanakan dalam bentuk A, maka pelaksanaan A itu tidak bertentangan dengan Konstitusi. Akan tetapi, jika berangkat dari perumusan yang umum tersebut kemudian bentuk pelaksanaannya kemudian B, maka B akan bertentangan dengan Konstitusi. Dengan demikian, ia bisa diuji kembali (Maruarar Siahaan, 2012: 143).

C. PERKEMBANGAN MODEL PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Dalam perkembangannya Mahkamah Konstitusi memutuskan di luar amar yang ditentukan pada Pasal 56 UU Nomor 24 Tahun 2003. Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali dari hasil penelitiannya menemukan adanya 4 model putusan-putusan Mahkamah Konstitusi dari tahun 2003 sampai dengan tahun 2017 diantaranya adalah: (1) model putusan yang secara hukum membatalkan dan menyatakan tidak berlaku (*Legally Null and Void*); (2) model putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*); (3) model putusan inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*); (4) model putusan yang menunda pemberlakuan putusannya (*limited constitutional*) dan (5) model putusan yang merumuskan norma baru (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013: 1).

Perkembangan Putusan Mahkamah Konstitusi ini pertama kali dipraktikkan di Mahkamah Konstitusi Jerman, yang dikenal dengan Teori Keputusan Variasional (*Variational Decisions Theory*). Baik di Jerman maupun di Korea Selatan, *variational decisions* digunakan sebagai alternatif dalam hal dimana tidak perlu dilakukan pembatalan atas suatu undang-undang (*alternatively, in cases where there was no need for the complete nullification of a law*) (Jibong Lim, 2002: 335), dan setiap tipe putusan digunakan untuk menghindari adanya krisis konstitusional (*a constitutional crisis*) (Jibong Lim, 2002: 338). *Variational types of decisions* sebenarnya Korea Selatan tidak memiliki landasan legal atau tidak ada satupun ketentuan yang mengaturnya, akan tetapi Mahkamah Konstitusi Korea mengadopsinya melalui preseden dari Mahkamah Konstitusi Federal Jerman (Jibong Lim, 2002: 337). Dan sepertinya Mahkamah Konstitusi juga mengikuti tradisi Jerman dan Korea

Selatan, dengan memutuskan perkara di luar amar yang ditentukan oleh UU Mahkamah Konstitusi.

Terdapat tiga tipe keputusan variasiional: (1) Keputusan Konstitusionalitas Terbatas (*the Decision of Limited Constitutionality*), (2) Keputusan Ketidakseujuan dengan Konstitusi (*the Decision of Disagreement with the Constitution*); dan (3) Keputusan Legislasi Mendesak (*the Decision of Urging Legislation*) (Young-Sung Kwon, 2002: 1094 dan Jibong Lim, 2002: 336). Sebuah Keputusan tentang Konstitusionalitas Terbatas (*the Decision of Limited Constitutionality*) memperbolehkan seorang hakim untuk menghindari pembatalan undang-undang dengan secara luas menafsirkan Konstitusi (*allows a judge to avoid nullifying a law by broadly construing the Constitution*) (Young-Sung Kwon, 2002: 1097 dan Jibong Lim, 2002: 336). Sebuah Keputusan Ketidakseujuan dengan Konstitusi (*the Decision of Disagreement with the Constitution*) memperbolehkan hakim untuk meninggalkan sebuah norma hukum yang ditemukan inkonstitusional yang berlaku sementara untuk menghindari kekosongan hukum (*allows a judge to leave a legal norm found unconstitutional in force temporarily to avoid a legal vacuum*) (Young-Sung Kwon, 2002: 1095 dan Jibong Lim, 2002: 336). Keputusan Legislasi Mendesak (*the Decision of Urging Legislation*) memungkinkan hakim mengumumkan bahwa, walaupun sebuah norma mungkin bersifat konstitusional pada saat pengujian, undang-undang tersebut mungkin dianggap tidak konstitusional setelah putusan ditetapkan diajukan (*allows a judge to announce that, even though a norm may be constitutional at the time of review, it may be held unconstitutional after the decision*) (Young-Sung Kwon, 2002: 1097 dan Jibong Lim, 2002: 336). Dalam hal ini hakim hanya bisa menyampaikan kepada legislator untuk merevisi atau mengganti norma untuk mencegah agar undang-undang tersebut tidak dinyatakan tidak konstitusional di masa yang akan datang (*The judge, however, can only urge legislators to revise or replace the norm in order to prevent it from being declared unconstitutional in the future*) (Young-Sung Kwon, 2002: 1097 dan Jibong Lim, 2002: 336).

Model putusan-putusan Mahkamah Konstitusi dari tahun 2003 sampai dengan tahun 2017 ada 5 model putusan di antaranya adalah: (1) model putusan yang secara hukum membatalkan dan menyatakan tidak berlaku (*Legally Null and Void*); (2) model putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*); (3) model putusan inkonstitusional bersyarat (*conditionally*

unconstitutional); (4) model putusan yang menunda pemberlakuan putusannya (*limited constitutional*) dan (5) model putusan yang merumuskan norma baru (Syukri Asy'ari, dkk, 2013).

1. PUTUSAN YANG SECARA HUKUM MEMBATALKAN DAN MENYATAKAN TIDAK BERLAKU (*LEGALLY NULL AND VOID*)

Model putusan yang secara hukum membatalkan dan menyatakan tidak berlaku nampak dalam putusan Mahkamah Konstitusi terhadap permohonan yang beralasan untuk dikabulkan, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 56 ayat (3) dan Pasal 57 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi. Di dalam model putusan ini, Mahkamah Konstitusi sekaligus menyatakan bahwa suatu undang-undang yang diuji bertentangan dengan UUD 1945 baik seluruhnya maupun sebagian dan pernyataan bahwa yang telah dinyatakan bertentangan tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum. Dalam hal ini, Mahkamah Konstitusi tidak membuat norma baru karena hanya sebagai *negative legislator*, yang disebut Hans Kelsen adalah melalui suatu pernyataan atau deklaratif. Sifat putusan deklaratif tidak membutuhkan satu aparat khusus untuk melaksanakan putusan. Namun demikian, sebagai syarat untuk diketahui secara umum, putusan demikian diumumkan dalam Berita Negara dalam jangka waktu paling 30 (tiga puluh) hari sejak putusan diucapkan. Dengan dimuat dalam Berita Negara maka seluruh penyelenggara negara dan warga negara terikat untuk tidak menerapkan dan melaksanakan lagi norma hukum yang telah dinyatakan inkonstitusional dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat oleh Mahkamah Konstitusi. Oleh karena itu, jika terdapat suatu perbuatan yang dilakukan atas dasar undang-undang yang sudah dinyatakan oleh MK baik seluruhnya maupun sebagian bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat maka perbuatan tersebut dapat dikualifisir sebagai perbuatan melawan hukum dan demi hukum batal sejak semula (*ad initio*).

Putusan Mahkamah Konstitusi yang pertama kali menyatakan suatu norma bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat yakni Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 bertanggal 24 Februari 2004 tentang Pengujian Pasal 60 huruf g Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan

Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Mahkamah Konstitusi menyatakan larangan bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia, termasuk organisasi massanya, atau orang yang terlibat langsung maupun tidak langsung dalam G30S/PKI atau organisasi terlarang lainnya menjadi Anggota DPR, DPD, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota adalah bertentangan dengan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Setelah putusan tersebut, beberapa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang ataupun undang-undang secara keseluruhan yang diputus dan diucapkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam sidang terbuka untuk umum sampai dengan tahun 2012, dikabulkan permohonannya dan dalam amar putusan dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, berdasarkan penelitian ini terdapat 61 putusan (Syukri Asy'ari, dkk, 2013).

Model putusan yang secara hukum membatalkan dan menyatakan tidak berlaku Nampak dalam putusan Mahkamah Konstitusi terhadap permohonan yang beralasan untuk dikabulkan, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 56 ayat (3) dan Pasal 57 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi. Di dalam model putusan ini, Mahkamah Konstitusi sekaligus menyatakan bahwa suatu undang-undang yang diuji bertentangan dengan UUD 1945 baik seluruhnya maupun sebagian dan pernyataan bahwa yang telah dinyatakan bertentangan tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum. Dalam hal ini, Mahkamah Konstitusi tidak membuat norma baru karena hanya sebagai *negative legislator*, yang disebut Hans Kelsen adalah melalui suatu pernyataan atau deklaratif. Sifat putusan deklaratif tidak membutuhkan satu aparat khusus untuk melaksanakan putusan. Namun demikian, sebagai syarat untuk diketahui secara umum, putusan demikian diumumkan dalam Berita Negara dalam jangka waktu paling 30 (tiga puluh) hari sejak putusan diucapkan.¹⁰ Dengan dimuat dalam Berita Negara maka seluruh penyelenggara negara dan warga negara terikat untuk tidak menerapkan dan melaksanakan lagi norma hukum yang telah dinyatakan inkonstitusional dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat oleh Mahkamah Konstitusi. Oleh karena itu, jika terdapat suatu perbuatan yang dilakukan atas dasar undang-undang yang sudah dinyatakan oleh MK baik seluruhnya maupun

sebagian bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat maka perbuatan tersebut dapat dikualifisir sebagai perbuatan melawan hukum dan demi hukum batal sejak semula (*ad initio*) (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

2. MODEL PUTUSAN KONSTITUSIONAL BERSYARAT (*CONDITIONALLY CONSTITUTIONAL*)

Jika dilihat dari pertimbangan hukum dan amar putusan yang memuat konstitusional bersyarat baik secara implisit maupun eksplisit sebagaimana terlihat dalam putusan-putusan di atas, maka model putusan konstitusional bersyarat mengandung karakteristik sebagai berikut: (Maruarar Siahaan, 2012)

- 1) Putusan konstitusional bersyarat bertujuan untuk mempertahankan konstitusionalitas suatu ketentuan dengan syarat-syarat yang ditentukan Mahkamah Konstitusi;
- 2) Syarat-syarat yang ditentukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusan konstitusional bersyarat mengikat dalam proses pembentukan undang-undang;
- 3) Membuka peluang adanya pengujian kembali norma yang telah diuji, dalam hal pembentukan undang-undang tidak sesuai dengan syarat-syarat yang ditentukan Mahkamah Konstitusi dalam putusannya;
- 4) Putusan konstitusional bersyarat menjadi acuan atau pedoman bagi Mahkamah Konstitusi dalam menilai konstitusionalitas norma yang sama;
- 5) Dilihat dari perkembangannya pencantuman konstitusional bersyarat, pada mulanya nampaknya Mahkamah Konstitusi mengalami kesulitan dalam merumuskan amar putusan dikarenakan terjadi pada perkara yang pada dasarnya tidak beralasan, sehingga putusannya sebagian besar ditolak sebagaimana ditentukan Pasal 56 UU Mahkamah Konstitusi, namun dalam perkembangannya putusan model konstitusional bersyarat terjadi karena permohonan beralasan sehingga dinyatakan dikabulkan dengan tetap mempertahankan konstitusionalitasnya;
- 6) Putusan konstitusional bersyarat membuka peluang adanya pengujian norma yang secara tekstual tidak tercantum dalam suatu undang-undang;
- 7) Putusan konstitusional bersyarat untuk mengantisipasi terjadinya

kekosongan hukum;

- 8) Kedudukan Mahkamah Konstitusi yang pada dasarnya sebagai penafsir undang-undang, dengan adanya putusan model konstitusional bersyarat sekaligus sebagai pembentuk undang-undang secara terbatas.

Putusan konstitusional bersyarat yang pertama kali dimuat pada bagian amar putusan dalam Putusan Nomor 10/PUU-VI/2008 bertanggal 1 Juli 2008 tentang pengujian Pasal 12 huruf c Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU Pemilu DPR, DPD, dan DPRD). Mahkamah Konstitusi dalam amar putusannya menyatakan Pasal *a quo* tetap konstitusional sepanjang dimaknai memuat syarat domisili di provinsi yang akan diwakilinya. Untuk putusan-putusan Mahkamah Konstitusi selanjutnya yang diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum sampai dengan tahun 2012 yang amar putusannya menyatakan mengabulkan permohonan baik sebagian maupun seluruhnya dan dapat dikategorikan sebagai konstitusional bersyarat, dari hasil penelitian ditemukan sebanyak 4 putusan, yaitu Putusan Nomor 147/PUU-VII/2009 bertanggal 30 Maret 2010, Putusan Nomor 147/PUU-VII/2009 bertanggal 30 Maret 2010, Putusan Nomor 49/PUU-VIII/2010 bertanggal 22 September 2010, Putusan Nomor 115/PUU-VII/2009 bertanggal November 2010 (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

3. MODEL PUTUSAN INKONSTITUSIONAL BERSYARAT (*CONDITIONALLY UNCONSTITUTIONAL*)

Model putusan inkonstitusional bersyarat merupakan kebalikan dari putusan konstitusional bersyarat yang berarti pasal yang dimohonkan untuk diuji, dinyatakan bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945. Artinya, pasal yang dimohonkan diuji tersebut adalah inkonstitusional jika syarat yang ditetapkan oleh Mahkamah Konstitusi tidak dipenuhi. Dengan demikian pasal yang dimohonkan diuji tersebut pada saat putusan dibacakan adalah inkonstitusional dan akan menjadi konstitusional apabila syarat sebagaimana ditetapkan oleh Mahkamah Konstitusi dipenuhi oleh addressaat putusan Mahkamah Konstitusi. Munculnya putusan model inkonstitusional bersyarat tidak dapat dilepaskan dari tidak efektifnya putusan model konsti-

tusional bersyarat karena kesalahan addressat putusan Mahkamah Konstitusi dalam memahami putusan model tersebut. *Addressaat* putusan Mahkamah Konstitusi seringkali mengabaikan bagian pertimbangan sebagai dasar atau alasan yang menentukan diambilnya putusan yang dirumuskan dalam amar (*ratio decidendi*) dikarenakan dalam amar putusan atau dictum dinyatakan permohonan ditolak sehingga addressat putusan Mahkamah Konstitusi menganggap tidak ada yang perlu ditindaklanjuti atau diimplementasikan (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

Putusan inkonstitusional bersyarat pertama kali dipraktikan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Nomor 4/PUU-VII/2009 bertanggal 24 Maret 2009 tentang pengujian Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU Pemilu DPR, DPD, dan DPRD dan Pasal 58 huruf f UU Pemda yang melarang seseorang untuk dapat mencalonkan diri sebagai calon anggota DPR, DPD, dan DPRD serta sebagai calon kepala daerah dan wakil kepala jika 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. MK berpendapat bahwa pemberlakuan pasal-pasal tersebut melanggar asas persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*), melanggar hak untuk memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3) UUD 1945. Oleh karena itu dalam amar putusannya Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU Pemilu DPR, DPD, dan DPRD dan Pasal 58 huruf f UU Pemda bertentangan dengan UUD secara bersyarat dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak memenuhi syarat-syarat sebagai berikut: (i) tidak berlaku untuk jabatan yang dipilih (*elected officials*); (ii) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) hari sejak terpidana selesai menjalani hukumannya; (iii) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan nara pidana; (iv) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

Setelah putusan di atas, sampai dengan pengucapan putusan tahun 2012 terdapat beberapa putusan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945

yang dalam amarnya memuat putusan inkonstitusional bersyarat, ditemukan sebanyak 31 putusan. Sebagaimana dikemukakan di atas, lahirnya model putusan inkonstitusional bersyarat didasarkan pengalaman tidak efektifnya putusan konstitusional bersyarat sehingga secara karakteristik kedua model putusan tersebut tidak ada perbedaan. Putusan inkonstitusional bersyarat merupakan model terbalik dari model putusan konstitusional bersyarat untuk mengabulkan permohonan pengujian undang-undang. Baik konstitusional bersyarat maupun inkonstitusional bersyarat pada dasarnya merupakan model putusan yang secara hukum tidak membatalkan dan menyatakan tidak berlaku suatu norma, akan tetapi kedua model putusan tersebut memuat atau mengandung adanya penafsiran (*interpretative decision*) terhadap suatu materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian dari undang-undang ataupun undang-undang secara keseluruhan yang pada dasarnya dinyatakan bertentangan atau tidak bertentangan dengan konstitusi dan tetap mempunyai kekuatan hukum atau tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Sifat deklaratif putusan tersebut merupakan pernyataan permulaan yang digantungkan kepada pelaksanaan norma yang diuji ataupun pembuatan undang-undang yang diuji di mana harus didasarkan pada tafsiran, arah, pedoman, dan rambu-rambu yang diberikan MK. Jika syarat yang ditentukan Mahkamah Konstitusi dipenuhi maka norma tersebut tetap dapat dipertahankan keberlakuannya (*conditionally constitutional*) meskipun pada dasarnya bertentangan dengan konstitusi (*conditionally unconstitutional*). Dengan demikian secara karakteristik, model putusan konstitusional bersyarat dan inkonstitusional bersyarat secara substansial tidak berbeda (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

4. MODEL PUTUSAN YANG PEMBERLAKUANNYA DITUNDA (LIMITED CONSTITUTIONAL)

Di dalam khasanah peradilan konstitusi dikenal adanya konsep *limited constitutional* yang berarti menoleransi berlakunya aturan yang sebenarnya bertentangan dengan konstitusi hingga batas waktu tertentu. Berbeda dengan model putusan *conditionally constitutional* ataupun model putusan *conditionally unconstitutional* yang memutuskan aturan yang pada saat diputuskan dinyatakan tidak bertentangan atau bertentangan dengan konstitusi, namun nantinya akan dapat bertentangan dengan konstitusi

karena dilanggarnya syarat-syarat yang diputuskan peradilan konstitusi, maka model putusan *limited constitutional* bertujuan untuk memberi ruang transisi aturan yang bertentangan dengan konstitusi untuk tetap berlaku dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sampai waktu tertentu karena disadarkan atas pertimbangan kemanfaatan (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

MK pernah mengeluarkan model putusan ini, yakni dalam Putusan Nomor 016-PUU-IV/2006 bertanggal 19 Desember 2006. Mahkamah Konstitusi dalam putusannya menyatakan bahwa Pasal 53 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU 30/2002) telah melahirkan dualisme Pengadilan Tipikor dan kekeliruan landasan konstitusional pembentukan Pengadilan Tipikor yang seharusnya diatur dengan undang-undang tersendiri. Berdasarkan alasan tersebut, Mahkamah Konstitusi menyatakan Pasal a quo bertentangan dengan UUD 1945. Akan tetapi karena beberapa alasan substansial berkaitan dengan upaya pemberantasan korupsi di Indonesia, Mahkamah Konstitusi memutuskan untuk menangguhkan daya tidak mengikatnya Pasal 53 UU 30/2002 dalam batas waktu 3 (tiga) tahun terhitung sejak putusan diucapkan dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

Pemberlakuan putusan yang ditunda atau ditangguhkan hingga batas waktu 3 (tiga) tahun menurut Mahkamah Konstitusi didasarkan pada beberapa alasan. Pertama, penangguhkan dimaksudkan agar proses korupsi yang sedang berjalan tidak terganggu. Kedua, untuk menghindari ketidakpastian hukum karena macetnya kasus-kasus korupsi yang sedang ditangani. Ketiga, untuk menghindari melemahnya semangat anti korupsi yang sedang menguat dalam masyarakat. Keempat, untuk memberikan waktu yang cukup guna melakukan peralihan yang mulus (*smooth transition*). Putusan tersebut mengandung perintah untuk memperbaiki landasan konstitusional pembentukan Pengadilan Tipikor yang harus diatur dalam bentuk undang-undang. Dengan demikian jika dalam tenggang waktu 3 (tiga) tahun, *addressat* putusan Mahkamah Konstitusi tidak melaksanakannya, maka dengan sendirinya Pengadilan Tindak Pidana Korupsi akan bubar, dan kewenangan untuk mengadili perkara-perkara tindak pidana korupsi yang diajukan KPK kepada Pengadilan Negeri (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito,

Mohammad Mahrus Ali, 2013).

Model putusan ini dapat dijumpai juga dalam Putusan Nomor 13/PUU-VI/2008 bertanggal 13 Agustus 2008 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 45 Tahun 2007 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2008 (UU APBN 2008). Berdasarkan kenyataan penghitungan persentase anggaran pendidikan dalam UU APBN-P 2008 hanya sebesar 15,6%, sehingga tidak memenuhi ketentuan konstitusional sekurang-kurangnya 20% dari APBN, maka menyatakan bahwa UU APBN-P 2008 bertentangan dengan UUD 1945. Namun demikian, MK tidak menyatakan bahwa UU APBN-P 2008 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, akan tetapi dinyatakan tetap berlaku sampai dengan diundangkannya UU APBN 2009 (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

Pemberlakuan ditundanya putusan ini didasarkan pertimbangan untuk menghindari risiko kekacauan dalam penyelenggaraan administrasi keuangan negara. Berbeda dengan putusan-putusan MK sebelumnya¹² terkait dengan anggaran Pendidikan dalam APBN yang tidak pernah dilaksanakan oleh addressat Putusan Mahkamah Konstitusi (DPR dan Pemerintah) karena tidak berhasil menaikan anggaran pendidikan menjadi 20% dalam APBN-Perubahan tahun berjalan, maka Putusan Nomor 13/PUU-V/2007 ditindaklanjuti oleh Presiden dengan persetujuan DPR melalui Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2008 (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

Putusan Nomor 012/PUU-III/2005 bertanggal 19 Oktober 2005 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2004 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2005; Putusan Nomor 026/PUU-III/2005 bertanggal 22 Maret 2006 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2005 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2006; dan Putusan Nomor 026/PUU-IV/2006 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2006 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2007. Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2009 (UU APBN 2009). Konsideransnya huruf e UU APBN 2009 menyatakan, "bahwa sesuai dengan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 13/PUU-VI/2008, Pemerintah harus

menyediakan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya 20% dari APBN dan APBD untuk memenuhi kebutuhan penyelenggaraan pendidikan nasional". Dalam Penjelasan Umum atas UU APBN TA 2009 tersebut dikatakan bahwa pemenuhan amanat Pasal 31 ayat (4) UUD 1945 untuk alokasi anggaran pendidikan 20% juga dalam rangka memenuhi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 13/PUU-VI/2008 bertanggal 13 Agustus 2008. Kepatuhan untuk melaksanakan putusan terkait anggaran pendidikan dalam UU APBN karena adanya kesadaran bahwa agar UU APBN 2009 mempunyai kekuatan hukum yang mengikat, maka harus diwujudkan dengan sungguh-sungguh dengan menaikan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya 20% dalam rangka untuk mencegah MK menyatakan bahwa keseluruhan UU APBN inkonstitusional karena adanya bagian dari UU APBN yang bertentangan dengan UUD 1945 (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

Model putusan yang pemberlakuannya ditunda mengandung perintah kepada pembentuk undang-undang untuk memperbaharui pandangan konstitusional yang dibatasi oleh waktu. Demikian juga dari segi keberlakuan suatu undang-undang, ada tenggang waktu yang diberikan oleh Mahkamah Konstitusi untuk mencegah terjadinya kekosongan hukum dan ketidakpastian hukum, sambil menunggu produk legislasi yang dikeluarkan oleh pembentuk undang-undang. Dengan demikian keberlakuan suatu undang-undang digantungkan pada batas waktu tertentu sebagaimana ditentukan dalam putusan Mahkamah Konstitusi (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

5. MODEL PUTUSAN YANG MERUMUSKAN NORMA BARU

Prinsipnya, dalam model putusan ini, Mahkamah Konstitusi mengubah atau membuat baru bagian tertentu dari isi suatu undang-undang yang diuji, sehingga norma dari undang-undang itu juga berubah dari yang sebelumnya. Pintu masuk perumusan norma baru dapat mengambil bentuk putusan konstitusional bersyarat ataupun putusan inkonstitusional bersyarat. Dengan kata lain, jika tafsir yang ditentukan dalam putusan Mahkamah Konstitusi dipenuhi, maka suatu norma atau undang-undang tetap konstitusional sehingga dipertahankan legalitasnya, sedangkan jika tafsir yang ditentukan dalam putusan Mahkamah Konstitusi tidak dipenuhi maka suatu norma

hukum atau undang-undang menjadi inkonstitusional sehingga harus dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Menurut Mahfud MD, Mahkamah Konstitusi boleh saja membuat putusan yang tidak ada panduannya di dalam hukum acara, bahkan secara ekstrem bisa keluar dari undang-undang apabila undang-undang itu tidak memberikan rasa keadilan. Di lain pihak Jimly Asshiddiqie berpendapat bahwa posisi Mahkamah Konstitusi adalah sebagai *negative legislator*, yang berarti Mahkamah Konstitusi hanya dapat memutus sebuah norma dalam undang-undang bertentangan dengan konstitusi, tanpa boleh memasukan norma baru ke dalam undangundang. Terlepas dari perdebatan di atas, Mahkamah Konstitusi dalam sejumlah putusannya telah membuat terobosan hukum yakni dengan membuat norma baru. Dari penelitian yang dilakukan, putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk sampai dengan tahun 2012 yang membuat atau merumuskan norma baru sebanyak 5 putusan, yakni Putusan Nomor 5/PUU-V/2007 ihwal calon perseorangan dalam pilkada, Putusan Nomor 102/PUU VII/2009 bertanggal 6 Juli 2009 mengenai penggunaan KPT dan Paspor dalam Pemilu, Putusan Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009 bertanggal 7 Agustus 2009 tentang perhitungan tahap kedua untuk penetapan perolehan kursi DPR, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota bagi Parpol peserta pemilu, Putusan Nomor 11/PUU-VIII/2010 bertanggal 18 Maret 2010 perihal proses pemilihan anggota Panwaslu Panitia Pengawas Pemilu (Panwaslu) Provinsi dan Kabupaten/Kota dan Putusan Nomor 34/PUU-X/2012 bertanggal 25 September 2012 batas usia pensiun jenjang jabatan fungsional kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

Berbeda dengan model putusan lainnya, model putusan yang merumuskan norma baru didasarkan suatu keadaan tertentu dan dianggap mendesak untuk segera dilaksanakan. Dengan demikian ada problem implementasi jika putusan MK hanya menyatakan suatu norma bertentangan dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, maka akan timbul kekosongan norma sementara norma tersebut sedang, akan, bahkan telah diimplementasikan namun menimbulkan persoalan konstitusional terutama dalam penerapannya. Oleh karena itu Mahkamah Konstitusi dalam putusannya kemudian merumuskan norma baru untuk mengatasi

inkonstitusionalitas penerapan norma tersebut. Rumusan norma baru tersebut pada dasarnya bersifat sementara, nantinya norma baru tersebut akan diambil-alih dalam pembentukan atau revisi undang undang terkait.

Implementasi putusan-putusan Mahkamah Konstitusi dapat dilihat dari model putusannya. Implementasi model putusan yang secara hukum membatalkan dan menyatakan tidak berlaku dan model putusan yang merumuskan norma bersifat langsung dapat dieksekusi (*self executing/self implementing*), sedangkan baik model putusan konstitusional bersyarat maupun model putusan inkonstitusional bersyarat tidak dapat secara langsung dieksekusi (*non-self executing/implementing*) (Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013).

D. EVALUASI

1. Jelaskan karakter dan sifat Putusan Mahkamah Konstitusi!
2. Jelaskan perbedaan antara putusan konstitusional bersyarat dan putusan inkonstitusional bersyarat!
3. Jelaskan konsekuensi Putusan Mahkamah Konstitusi yang membatalkan dan menyatakan tidak berlaku suatu ayat atau pasal suatu undang-undang!
4. Jelaskan landasan kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi untuk menetapkan norma baru dalam putusannya!

Daftar Pustaka

- Abdul Mukthie Fadjar, 2006, *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Ahmad Syahrizal, 2006, *Peradilan Konstitusi (Suatu Studi Tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif)*, Jakarta: PT. Pradnya Paramita.
- Alec Stone Sweet, 2000, *Governing with Judges*, Oxford: University Press.
- Craig R. Ducat, 2009, *Constitutional Interpretation*, ninth edition, Boston: Wadsworth.
- David M. O'Brien, 2000, *Constitutional Law and Politics; Struggle for Power and Governmental Accountability*, New York: W.W. Norton and Company.
- G. Harutunyan and A. Mavcic, 1999, *The Constitutional Review and Its Development in The Modern World, A Comparative Constitutional Analysis*, Yerevan: Ljubljana.
- Hamdan Zoelva, 2016, *Mengawal Konstitusionalisme*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Hans Kelsen, 1961, *General Theory of Law and State*, Anders Wedberg trans. New York: Russell.
- Henkin, L, 1990, *The Age of Rights*, New York: Columbia University Press.
- Janedjri M. Gaffar, dkk., 2010, *Naskah Komprehensif Proses dan Hasil Perubahan UUD 1945: Buku VI Kekuasaan Kehakiman*, Jakarta: Sekjen dan Kepaniteraan

Mahkamah Konstitusi.

- Jimly Asshiddiqie, 2004, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: PT Rajawali Press.
- Jimly Asshiddiqie, 2005, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Jimly Asshiddiqie, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Jimly Asshiddiqie, 2006, *Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MK.
- Jimly Asshiddiqie, 2007, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia-Pasca Reformasi*, Jakarta: PT. Bhuana Ilmu Populer (BIP).
- Maruarar Siahaan, 2012, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Maruo Cappelletti, 1971, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Mauro Cappelletti, 1989, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press.
- Moh. Mahfud MD., 2012, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- Munafrizal Manan, 2012, *Penemuan Hukum oleh Mahkamah Konstitusi*, Bandung: Mandar Maju.
- Nicola Christine Corkin, 2010, *Developments in Abstract Judicial Review in Austria, Italy and Germany*, a thesis submitted to The University of Birmingham for the degree of Doctor of Philosophy, Birmingham: Department of Political Science the University of Birmingham.
- Tom Ginsburg, 2003, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Saldi Isra, dkk, 2010, *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan Di Mahkamah Konstitusi (Dari Berpikir Hukum Tekstual Ke Hukum Progresif)*, Padang: Pusat Studi Konstitusi-Fakultas Hukum Universitas Andalas.
- Sri Soemantri, 1986, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Penerbit Alumni.
- Sudikno Mertokusumo, 1989, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Liberty.
- Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, 2013, *Model dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian*

Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003-2012), Jakarta: Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Tim Koopmans, 2003, *Courts and Political Institutions*, Cambridge: Cambridge University Press.

Young-Sung Kwon, 2002, *Hunbubhak Wonlon [Constitutional Law: A Textbook]*, Edisi Revisi, Bopmunsu.

MAKALAH, ARTIKEL, JURNAL

Albert H.Y. Chen, 2013, "The Global Expansion of Constitutional Judicial Review: Some Historical and Comparative Perspectives" dalam *Faculty of Law Research Paper Series*, Hong Kong: The University of Hong Kong.

Alfred Rincken, 2002, "The Federal Constitutional Court and the German Political System", dalam *Constitutional Courts in Comparison*, Edited by Ralf Rogowski dan Thomas Gawron, New York: Oxford.

Andrei Marmor, tt, "Constitutional Interpretation", *Public Policy Research Paper Series* Los Angeles: University of Southern California Law School, <http://ssrn.com/abstract=506302>.

Ar Ridho Hasyim, 2012, "Manifesto Keadilan Substantif Oleh Mahkamah Konstitusi; Sebuah Paradoks (Kajian Atas Beberapa Putusan MK Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang)", *Makalah Hukum*, 2 Juli 2012.

Georg Vanberg, tt, "The Politics of Constitutional Review in Germany", Cambridge University Press.

Georg Vanberg, 2015, "Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment", *The Annual Review of Political Science*, first published, Januari 2015, polisci.annualreviews.org.

Gustavo Femandes de Andrade, 2001, Essay Comparative Constitutional Law: Judicial Review, *Journal of Constitutional Law*, Volume 3 Number 3, University of Pennsylvania Law School.

Hamdan Zoelva, 2008, "Pengujian Undang-Undang Tanpa Batas", <https://hamdanzoelva.wordpress.com/2008/10/13/pengujian-undang-undang-tanpa-batas>.

Hamdan Zoelva, 2010, "Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) dalam Sistem Peradilan di Indonesia", *Jurnal Sekretariat Negara RI*, Nomor 16 Mei 2010.

- Hans Kelsen, 1942, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, Volume 4, No. 2 (May, 1942), Cambridge University Press.
- I Dewa Gede Palguna, 2006, "Yang "Terlepas" Dari Kewenangan Mahkamah Konstitusi RI: Pengaduan Konstitusional (*Constitutional Complaint*)", *Lex Jurnalica*, Volume 3 Nomor 3 Agustus 2006.
- Jibong Lim, 2002, "Korean Constitutional Court Standing at the Crossroads: Focusing on Real Cases and Variational Types of Decisions", dalam *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Los Angeles: Loyola Marymount University and Loyola Law School.
- Jimly Asshiddiqie, 2011, "Kedudukan Mhkamah Konstitusi Dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia", Makalah disampaikan pada Seminar di UNS, Kamis, 2 September, 2004. Di akses www.hukumonline.com tanggal 07 Februari 2011.
- John E. Ferejohn, 2002, "Constitutional Review in The Global Context", *Journal of Legislation and Public Policy* Volume 6, Stanford: The Hoover Institution.
- Maruarar Siahaan, 2009, "Peran Makamah Konstitusi Dalam Penegakan Hukum Konstitusi", *Jurnal Hukum*, Volume 16 No. 3 Juli 2009, Jakarta.
- Tom Ginsburg, 2008, "The Global Spread of Constitutional Review", in Keith Whittington and Daniel Keleman, eds., 2008, *Oxford Handbook Of Law And Politics*, University of Chicago Law School.
- Tom Ginsburg, 2011, "Comparative Constitutional Review", University of Chicago Law School, washington, DC, www.usip.org.
- Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, 2013, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", *University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Number 29 Year 2013, University of Virginia School of law.
- Pan M. Faiz, 2006, "Menabur Benih *Constitutional Complaint*", *Official Website of Sarwono (DPD)*, <http://www.the.celi.com>.
- Paolo Passagliaa, 2013, "Rights-Based Constitutional Review in Italy", makalah dalam *The Society of Legal Scholars Annual Seminar 2013*, Dublino: University of Pisa.
- Robert Alexy, 2005, "Balancing, Constitutional Review, and Representation", *I-CON*, Volume 3, Number 4, 2005, Oxford University Press and

- New York University School of Law. pp. 572–581.
- Victor Ferreres, 2004, "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in A Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism", *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Paper*, Paper 39, Yale Law School.
- Vino Devanta AnjasKrisdhanar, 2010, "Menggagas *Constitutional Complaint* Dalam Memproteksi Hak Konstitusional Masyarakat Mengenai Kehidupan dan Kebebasan Beragama di Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 3, Juni 2010, Jakarta: MK-RI.
- Yance Arizona, tt., "Dibalik Konstitusionalitas Bersyarat Putusan Mahkamah Konstitusi", dalam *Publikasi Peneliti Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis*, Jakarta: HuMa.
- Yasushi Hazama, 2009, "Constitutional Review and Democratic Consolidation: A Literature Review", *IDE Discussion Paper*, Number 192, 2009, Japan: Institute of Developing Economic.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

- Republik Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, *perubahan pertama sampai keempat*.
- Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316).
- Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 8, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4358).
- Republik Indonesia, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226).
- Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembuatan Peraturan Perundang-undangan, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5230).

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.

PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 tentang Pengujian Pasal 60 huruf g Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945..

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Perkara Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 006/PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 016-PUU-IV/2006 tentang Pengujian Pasal 53 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 5/PUU-V/2007 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 10/PUU-VI/2008 tentang Pengujian Pasal 12 huruf c Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 13/PUU-VI/2008 bertanggal 13 Agustus 2008 tentang Pengujian Undang-Undang

Nomor 16 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 45 Tahun 2007 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2008 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Perkara Nomor 4/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dan Pasal 58 huruf f Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 102/PUU VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 11/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 34/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Indeks

A

A priori review - 56, 57, 96, 100

Actio popularis - 30, 68, 73

Afrika - 52, 53, 55, 57, 67, 80, 90, 95, 113

Amerika - 1, 6, 12, 13, 14, 17, 18, 24, 25, 38, 42, 46, 49, 50, 53, 60, 62, 67, 75, 76, 77, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 100, 112, 113, 114, 121

Amerika serikat - 1, 6, 18, 25, 38, 46, 60, 75, 77, 86, 87, 94, 95, 114, 121

Austria - 13, 14, 16, 19, 42, 52, 57, 58, 60, 69, 71, 75, 76, 78, 80, 81, 86, 87, 92, 93, 96, 116, 142

B

Belanda - 11, 18, 54, 56, 91, 119

C

Centralized of constitutional review system - 13, 16

Centralized review - 19, 20, 98, 112, 114, 115

Check and balances - 40, 43, 103, 105

Constitutional complaint - 16, 20, 23, 30, 32, 54, 55, 56, 60, 62, 63, 68, 73, 96

Constitutional courts - 46, 114, 142, 143, 144

Constitutional review - 1, 3, 4, 38, 55, 107, 113

Constitutionnel conseil - 16, 18, 88

D

Decentralized constitutional system - 48

Decentralized review - 19, 98, 112, 115

Demokrasi - 1, 10, 16, 18, 34, 36, 37, 39, 40, 43, 47, 65, 68, 69, 75, 79, 87, 88, 89, 90, 97, 99, 104, 113, 114

DPR - 36, 102, 103, 105, 119, 128, 131, 132, 136, 138

DPRD - 128, 131, 132, 138

E

Eropa - 4, 7, 11, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 42, 48, 50, 52, 53, 54, 55, 58, 59, 60, 67, 72, 73, 75, 78, 80, 81, 82, 84, 87, 89, 90, 92, 95, 97, 99, 114, 116, 121

Executive review - 2, 106

F

Final - 50, 61, 64, 70, 77, 97, 98, 105, 111, 115, 123

H

Hak konstitusional - 31, 32, 64, 65, 68, 69, 70, 71, 110

Hakim - 2, 7, 9, 10, 20, 21, 29, 34, 39, 42, 49, 54, 60, 61, 62, 63, 75, 79, 82, 86, 89, 91, 95, 96, 102, 103, 111, 113,

115, 116, 118, 121, 122, 123, 126

Hans kelsen - 13, 14, 15, 35, 42, 56, 79, 86, 91, 99, 112, 121, 128, 129, 141, 144

Hukum - 1, 5, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 20, 21, 24, 25, 26, 31, 33, 34, 35, 36, 39, 41, 43, 49, 50, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 64, 65, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 88, 93, 94, 98, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 113, 114, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139

Hukum formil - 12
Hukum materill - 12

I

India - 29, 80, 87, 88, 95, 113

Individu - 16, 23, 29, 30, 31, 41, 62, 67, 68, 69, 72, 73, 76, 96

Indonesia - 1, 8, 18, 29, 30, 35, 47, 49, 52, 66, 98, 101, 105, 106, 107, 109, 110, 112, 114, 116, 120, 122, 124, 125, 128, 135, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149

Inggris - 11, 18, 54, 76, 91, 93, 95, 99

Inkonstitusional - 5, 7, 15, 57, 61, 62, 75, 88, 125, 126, 127, 128, 129, 132, 133, 137, 138, 139

Internasional - 34, 41, 55, 57, 72, 89, 92

Italia - 4, 16, 17, 19, 29, 52, 56, 57, 60, 61, 62, 75, 80, 84, 87, 88, 91, 97, 113, 116

J

Jerman - 15, 17, 18, 19, 43, 46, 52, 56, 57, 60, 61, 62, 66, 69, 70, 71, 75, 76, 80, 81, 84, 87, 88, 91, 92, 96, 97, 112, 113, 114, 125

Jimly asshiddiqie - 2, 4, 8, 11, 12, 13, 36, 61, 106, 108, 109, 111, 138, 141, 142, 145

Judicial review - 1, 2, 35, 38, 43, 54, 55, 67, 75, 76, 77, 78, 80, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 99, 100, 106, 121

K

Keadilan - 39, 40, 104, 117, 118, 119, 122, 138
Kepastian hukum - 118, 122

Khusus - 4, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 38, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 54, 56, 57, 64, 66, 72, 78, 79, 81, 86, 87, 90, 93, 96, 99, 110, 112, 113, 114, 123, 128, 129

Konstitusi - 1, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 15, 16, 17, 18, 23, 25, 26, 32, 33, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 44, 46, 49, 50, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 70, 72, 78, 79, 85, 86, 87, 90, 91, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 105, 106, 111, 113, 115, 116, 117,

118, 121, 122, 134, 138

Konstitusi - 1, 8, 14, 15, 16, 18, 20, 26, 27, 28, 29, 32, 34, 35, 36, 38, 42, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 57, 58, 59, 60, 63, 65, 66, 69, 71, 72, 73, 76, 77, 78, 79, 88, 90, 93, 96, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 108, 111, 113, 116, 117, 118, 119, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 139, 141, 142, 143, 145, 146, 147, 149

Konstitusionalisme - 5, 14, 78, 80

L

Legal standing - 24, 25, 31, 37, 59, 70, 110

Legislative review - 2, 106

Lembaga - 1, 2, 5, 9, 24, 26, 35, 38, 39, 40, 47, 50, 53, 55, 58, 64, 66, 80, 88, 92, 93, 97, 104, 105, 113, 117, 122

Lembaga - 4, 5, 27, 31, 46, 47, 49, 53, 55, 90, 93, 101, 102, 105, 106, 109, 110, 117, 123, 142

M

Mahkamah agung - 1, 8, 11, 13, 18, 29, 38, 46, 50, 54, 58, 66, 68, 77, 86, 88, 94, 95, 101, 102, 103, 105, 107, 114, 116, 121

Mahkamah konstitusi - 6, 8, 18, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 39, 43, 46, 49, 51, 52, 55, 57, 58, 59, 62, 63, 64, 66, 69, 71, 72, 73, 78, 87, 90, 93, 97, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 149

Masyarakat - 10, 30, 34, 44, 68, 88, 104, 105, 110, 119, 135

Mengikat - 50, 61, 77, 96, 97, 98, 107, 108, 111, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 129, 130, 133, 134, 136, 137, 138, 139

Model putusan - 111, 125, 127, 129, 130, 133, 134, 137, 139

N

Negara - 5, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 22, 24, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 60, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 72, 73, 75, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 121, 123, 128, 129, 136

Norma - 2, 5, 6, 8, 11, 12, 15, 33, 35, 38, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 73, 97, 98, 105, 106, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 138,

139, 140

O

Ombudsman - 28, 70

P

Parlemen - 6, 10, 11, 23, 40, 46, 86, 88, 92, 100, 101

Pemerintah - 27, 105, 107, 136, 137

Pengadilan - 2, 6, 7, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 39, 40, 42, 46, 47, 49, 50, 54, 55, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 70, 71, 78, 79, 81, 82, 84, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 97, 99, 100, 101, 102, 111, 112, 113, 114, 115, 121, 132

Pengadilan konstitusional - 6, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 28, 29, 32, 33, 42, 47, 54, 59, 61, 63, 71, 79, 87, 90, 91, 92, 93, 101, 112, 113, 121

Pengaduan konstitusional - 5, 16, 23, 30, 32, 54, 56, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 82, 84, 85

Pengujian abstrak - 19, 23, 30, 58, 59, 96, 107

Pengujian konkret - 19, 23, 32, 55, 60, 63, 82, 96

Pengujian konstitusional - 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 32, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 60, 62, 64, 67, 72, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 99, 100, 106, 107, 109, 112, 113, 114, 115, 117

Perancis - 16, 18, 20, 46, 57, 78, 88, 100, 114, 116

Peraturan perundang-undangan - 9, 12, 35, 41, 60, 61, 102, 107, 114, 115, 119

Permohonan - 9, 24, 26, 29, 30, 31, 56, 59, 60, 62, 64, 70, 106, 110, 111, 112, 119, 123, 124, 125, 127, 129, 130, 132, 133

Pertanyaan konstitusional - 5, 19, 29, 60, 61, 63, 116, 121

Politik - 5, 6, 9, 10, 15, 19, 21, 24, 28, 29, 34, 36, 40, 41, 44, 49, 54, 65, 76, 80, 85, 86, 89, 93, 96, 101, 102, 103, 104, 106, 115, 117

Posteriori review - 57

Presiden - 26, 27, 36, 103, 106, 119, 123, 136, 148

S

Spanyol - 16, 17, 52, 56, 57, 59, 60, 61, 68, 69, 70, 71, 79, 80, 84, 87, 91, 97, 116

Specialized constitutional courts - 13, 14, 17, 20, 49, 50, 90, 112

Strong constitutional review - 97

T

Toetsingsrecht - 2

Tom Ginsburg - 1, 3, 6, 7, 13, 14, 17, 19, 24, 25, 29, 30, 32, 40, 41, 46, 47, 85, 90, 114, 142, 145

U

Undang-undang - 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 12, 14, 16, 19, 20, 22, 23, 25, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 39, 40, 42, 50, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 71, 75, 77, 78, 84, 85, 87, 88, 91, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 135, 137, 138, 140, 144

UUD 1945 - 31, 66, 98, 101, 103, 104, 108, 110, 122, 127, 128, 129, 132, 133, 135, 136, 137, 138, 141

W

Weak constitutional review - 99

Y

Yudikatif - 55