

**AKSES INDIVIDUAL KE MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM SISTEM
PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI JERMAN DAN INDONESIA
(Suatu Kajian dalam Perspektif Perbandingan)**

TESIS



Oleh:

PRAMADYA KHAIRUL AWALUDIN, S.H

**No. Mahasiswa : 11912697
BKU : HTN/HAN
Program Studi : Ilmu Hukum**

**PROGAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM
PROGAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
2013**

**AKSES INDIVIDUAL KE MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM SISTEM
PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI JERMAN DAN INDONESIA
(Suatu Kajian dalam Perspektif Perbandingan)**

TESIS



Oleh:

PRAMADYA KHAIRUL AWALUDIN, S.H

**No. Mahasiswa : 11912697
BKU : HTN/HAN
Program Studi : Ilmu Hukum**

**PROGAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM
PROGAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA**

2013

**AKSES INDIVIDUAL KE MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM SISTEM
PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI JERMAN DAN INDONESIA
(Suatu Kajian dalam Perspektif Perbandingan)**

TESIS

Oleh:

PRAMADYA KHAIRUL AWALUDIN, S.H

No. Mahasiswa : 11912697

BKU : HTN/HAN

Program Studi : Ilmu Hukum

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing untuk diajukan ke Dewan
Penguji dalam ujian tesis

Pembimbing

Dr. Saifudin, S.H.,M.Hum

Tanggal.....

**Mengetahui
Ketua Progam**

Dr.Hj. Ni'matul Huda, S.H.,M.Hum

Tanggal.....

**AKSES INDIVIDUAL KE MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM SISTEM
PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI JERMAN DAN INDONESIA
(Suatu Kajian dalam Perspektif Perbandingan)**

TESIS

Oleh:

PRAMADYA KHAIRUL AWALUDIN, S.H

No. Mahasiswa : 11912697
BKU : HTN/HAN
Program Studi : Ilmu Hukum

Telah dipertahankan di depan Dewan Penguji
pada tanggal 23 Maret 2013 dan dinyatakan LULUS

Tim Penguji

Ketua

Dr. Syaifuddin, S.H, M.Hum

Tanggal

Anggota

Dr. Ridwan HR, S.H, M.Hum

Tanggal

Anggota

Zairin Harahap, S.H, M.Si

Tanggal

Mengetahui,
Ketua Progam

Hj. Dr. Ni'matul Huda, S.H, M.Hum

MOTTO DAN PERSEMBAHAN

“ Wahai Tuhanku jika aku menyembahMu karena takut akan nerakaMu maka jadikanlah neraka kediamanku, dan bilamana aku menyembahMu karena keindahan surgaMu, maka tutupkanlah pintu surga selamanya bagiku, tetapi apabila aku menyembahMu demi Engkau semata, maka Jangan larang aku menatap keindahanMu yang abadi”

(Do'a Rabiah Al-Adawiyah)

Ilmu yang bermanfaat adalah yang sinarnya melapangkan dada, dan dengan kalbu tersingkap selubungnya

(Syeikh Ibn 'Athailah)

Tesis ini saya persembahkan dengan tulus, ikhlas, dan hati yang suci kepada:

Orang tua dan keluarga penulis:
yang selalu mendoakan dan memberikan yang terbaik buat anaknya.

Para Guru dan Dosen yang telah mengajar, mendidik dan membimbing penulis.

PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis dengan Judul:

**AKSES INDIVIDUAL KE MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM SISTEM
PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI JERMAN DAN INDONESIA
(Suatu Kajian dalam Perspektif Perbandingan)**

Benar-benar karya dari penulis, kecuali bagian-bagian tertentu yang telah diberikan keterangan pengutipan sebagaimana etika akademis yang berlaku. Jika terbukti bahwa karya ini bukan karya tulis penulis sendiri, maka penulis siap untuk menerima sanksi sebagaimana yang telah ditentukan oleh Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

Yogyakarta, 20 Maret 2013

PRAMADYA KHAIRUL AWALUDIN, S.H

KATA PENGANTAR

Assalamu'alaikum Wr.Wb

Hamdan Wa Syukran Lillahi Amma Ba'du. Segala puji dan syukur semoga selalu kita panjatkan kehadirat Ilahi Rabbi yang telah memberikan curahan Ni'mat, Rahmat dan Karunia-Nya sehingga penulis dapat menyelesaikan penulisan tesis ini tepat pada waktunya. Sholawat dan salam semoga tetap tercurahkan kepada junjungan kita Nabi Besar Muhammad S.A.W yang telah menuntun ummat Islam dan kita semua dari zaman jahiliyah ke zaman Islamiyah yang dipenuhi dengan pencerahan ilmu *duniawi* dan *ukhrowi*. *Amiin.*

Tesis Ini Berjudul: **AKSES INDIVIDUAL KE MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI JERMAN DAN INDONESIA (Suatu Kajian dalam Perspektif Perbandingan)**, sebuah penelitian yang mencoba membahas dan menganalisis permasalahan disekitar lembaga *judicial constitution* yang kita kenal dengan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, khususnya yang berkaitan dengan akses individual untuk bisa mengajukan gugatan konstitusional ke Mahkamah Konstitusi.

Dengan diselesaikannya penulisan tesis ini, penulis ingin menyampaikan rasa terima kasih yang sedalam-dalamnya kepada pihak yang telah memberikan bantuan dan berbagai kontribusi positif dari awal penulisan hingga selesainya penulisan ini. Ungkapan rasa terima kasih penulis sampaikan kepada:

1. Bapak Dr. Rusli Muhammad, SH., M.H dan Bapak Dr. Saifuddin, SH., M.Hum yang disebutkan secara berturut-turut sebagai Dekan dan Wakil Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

2. Ibu Dr. Hj. Ni'matul Huda, S.H.,M.Hum selaku Ketua Progam Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.
3. Bapak Dr. Saifudin, SH., M.Hum selaku Pembimbing penulisan Skripsi ini, beribu terima kasih atas kesabaran, bantuan dan kritikan selama membimbing penulis.
4. Bapak Sukimun, S.Pd dan Ibu Rukmini, selaku orang tua penulis atas segala do'a restunya.
5. Ria Rizki Kurniawati, S.Pd.I selaku isteri tercinta yang selalu ikhlas menemani hidup ini walaupun dalam keadaan senang dan susah.
6. Tifa Nasrul Afif, S.Pd selaku adik penulis yang juga telah memberi dukungan moril.
7. Teman-teman di FKPH FH UII, HMI-MPO FH UII, LEM-DPM FH UII Periode 2007-2009 dan 2010, Direktur Pusat HAKI FH UII, FAHAPA FH UII, seluruh teman-teman angkatan 2007 (S1) dan teman-teman angkatan XXVI MH UII yang tidak bisa penulis sebutkan satu persatu terima kasih atas segala bantuannya.

Demikian tesis ini penulis tuliskan, teriring harapan semoga karya tulis ini dapat bermanfaat dan dapat menambah referensi bagi para pencinta ilmu Hukum Tata Negara. Penulis sadari tidak akan ada karya manusia yang sempurna, oleh karena itu kritik dan saran sangat dibutuhkan untuk menjadikannya lebih baik.

Wassalamu'alaikum Wr. Wb

Madiun, 23 Maret 2013

Penyusun

Pramadya Khairul Awaludin, S.H

DAFTAR ISI

	Halaman
SAMPUL DEPAN	i
HALAMAN JUDUL	ii
HALAMAN PERSETUJUAN	iii
HALAMAN PENGESAHAN	iv
MOTTO DAN PERSEMBAHAN	v
PERNYATAAN ORISINALITAS	vi
KATA PENGANTAR	vii
DAFTAR ISI	ix
DAFTAR TABEL DAN/ ATAU GAMBAR.....	x
ABSTRAK	xi
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah	12
C. Tujuan Penelitian.....	13
D. Orisinalitas Penelitian	13
E. Kerangka Teori dan Konsep.....	16
1. Kerangka Teori.....	13
a. Teori Negara Hukum.....	17
b. Teori Konstitusi.....	25
c. Teori Pengujian Konstitusional.....	46
2. Kerangka Konsepsional.....	58
F. Metode Penelitian	60

1. Jenis Penelitian.....	60
2. Objek Penelitian.....	61
3. Bahan Hukum	61
4. Pengolahan dan Penyajian Bahan Hukum	62
5. Analisa	63
BAB II PERKEMBANGAN SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL..	64
A. Perkembangan Sistem Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara.....	64
1. Fase Perkembangan Sebelum Perang Dunia I.....	64
2. Fase Perkembangan diantara Dua Perang Dunia.....	66
3. Fase Perkembangan Setelah Perang Dunia II.....	67
4. Periode Baru Perkembangan Pada Dasarwarsa 1970-an.	69
5. Pengujian Konstitusional di Era Demokrasi Baru..	70
B. Model-Model Sistem Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara.....	74
1. Model <i>Judicial Review</i> Amerika Serikat....	74
2. Model Austria (Kontinental).....	76
3. <i>The New (British) Commonwealth Model</i>	81
4. Model Campuran Amerika dan Kontinental.....	82
5. Model Perancis.....	83
6. Model Lembaga dengan Kekuasaan Pengujian Konstitusional.....	84
7. Model Tanpa Pengujian Konstitusional.....	84
8. Model Pengadilan Internasional..	85
BAB III TINJAUAN UMUM SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI	
JERMAN DAN INDONESIA.....	98
A. Pengantar.....	98

B. Sistem Pengujian Konstitusional di Jerman.....	99
1. Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi Federal Jerman...	99
2. Struktur Mahkamah Konstitusi Federal Jerman.....	107
3. Yurisdiksi Mahkamah Konstitusi Federal Jerman.....	109
a. Pengaduan Konstitusional.....	111
b. Pengujian Konstitusional Secara Konkrit.....	113
c. <i>Request for Temporary Injunction</i>	114
d. Sengketa antar Organ Tinggi Federal... ..	115
e. Pengujian Konstitusional Secara Abstrak.....	116
f. <i>Federal State Conflict</i>	117
C. Sistem Pengujian Konstitusional di Indonesia.....	118
1. Ide Pengujian Konstitusional dalam Perubahan UUD 1945.....	118
2. Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi di Indonesia... ..	132
3. Yurisdiksi Mahkamah Konstitusi Indonesia.....	137
a. Pengujian UU Terhadap UUD	138
b. Memutus Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara.... ..	144
c. Memutus Perselisihan Hasil Pemilihan Umum.....	146
d. Memutus Pembubaran Partai Politik.... ..	147
e. Impeachment Presiden dan/ atau Wakil Presiden.....	149
BAB IV AKSES INDIVIDUAL KE PERADILAN KONSTITUSI DI JERMAN	
DAN INDONESIA... ..	151
A. Akses Individual Ke Peradilan Konstitusi.....	151
B. Pengaturan Akses Individual di Jerman dan Indonesia.....	153
1. Pengaturan Akses Individual di Jerman.....	154

a. Pengaduan Konstitusional.....	155
b. Pengujian Konstitusional Secara Konkrit.....	161
2. Pengaturan Akses Individual di Indonesia.....	165
a. Pengujian UU terhadap UUD secara formil.....	168
b. Pengujian UU terhadap UUD secara Materil.....	171
3. Perbedaan dan Persamaan Akses Individual di Jerman dan Indonesia...	174
4. Pembatasan Akses Individual di Indonesia.....	176
5. Tatanan Ideal Akses Individual di Indonesia.....	194
BAB V PENUTUP.....	196
A. Simpulan.....	196
B. Saran.....	198

DAFTAR PUSTAKA

DAFTAR TABEL DAN/ ATAU GAMBAR

DAFTAR GAMBAR

Gambar 1: Sistem Pengujian Konstitusional... ..	50
Gamabr 2: Fungsi Pengujian Konstitusional... ..	53
Gambar 3: Perkembangan Pengujian Konstitusional di Dunia.....	73
Gambar 4: Perbandingan Model Eropa dengan Amerika... ..	81
Gambar 5: Sistem Kekuasaan Kehakiman di Jerman.....	102
Gambar 6: Perbandingan Akses Individual antara Indonesia dengan Jerman..	176

DAFTAR TABEL

Tabel 1: Karakter dan Objek Pengujian Konstitusional.....	51
Tabel 2: <i>Type Of Acces</i> (Tipe Akses) di Eropa.....	58
Tabel 3: Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara.....	87
Tabel 4: <i>Federal Constitutional Court Caseload, 1954-2011</i>	80
Tabel 5: Pengaturan Akses Individual di Jerman.....	154
Tabel 6: Pengaturan Akses Individual di Indonesia.....	166

ABSTRAK

Tesis ini mengkaji perbandingan pengaturan akses individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstiusional di Negara Jerman dan Indonesia. Penelitian ini penting untuk dilakukan karena diantara kedua Negara tersebut didapati perbedaan dalam negara memberikan akses kepada individu untuk dapat mengajukan tuntutan ke Mahkamah Konstitusi di dalam hukum positifnya.

Metode penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum, dengan menggunakan pendekatan perundang-undangan, pendekatan sejarah dan pendekatan perbandingan hukum. Adapun metode analisis yang digunakan adalah analisis deskriptif-kualitatif

Hasil penelitian menyimpulkan: *pertama*, Pengaturan akses Individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstiusional di Negara Jerman sangat komprehensif dapat ditemukan di dalam Konstitusi maupun UU tentang MK Federal Jerman. Akses individual ke Mahkamah Konstitusi di Negara Jerman dapat dilakukan melalui mekanisme yang dapat disebut sebagai mekanisme pengaduan konstiusional dan pengujian konstiusional secara konkrit. Sedangkan Pengaturan akses Individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstiusional di Negara Indonesia kurang komprehensif diatur didalam konstitusi. Akses individual ke Mahkamah Konstitusi di Negara Indonesia dapat dilakukan hanya melalui pintu pengujian UU terhadap UUD baik secara formil dan materil; *kedua*, terdapat perbedaan dan persamaan pada pengaturan antara Negara Jerman dan Indonesia dalam hal memberi akses individu guna mempertahankan hak-hak dasar-nya dalam sistem pengujian konstiusional. Perbedaan yang paling penting yang ditemukan adalah Negara Jerman *more open* atau sangat terbuka mengatur bagi akses individual guna mempertahankan hak-hak dasar-nya dalam sistem pengujian konstiusional, sedangkan Negara Indonesia *less open* atau kurang terbuka pada tataran yang sama. Sedangkan persamaan yang ditemukan adalah pada dasarnya secara filosofis antara kedua sistem menempatkan akses individual itu guna mempertahankan hak-hak dasarnya secara maksimal, maka oleh karena itu dalil adanya pelanggaran hak-hak dasar merupakan syarat utama dapat diajukannya permohonan; *ketiga*, adanya pembatasan akses individual ke Mahkamah Konstitusi Indonesia disebabkan karena "*political insurance*" dalam pengadopsian mekanisme pengujian konstiusionalnya; dan *keempat*, terkait mencari tatanan yang ideal bagi akses individual ke Mahkamah Konstitusi Indonesia dapat dilakukan dengan mengambil pembelajaran dari praktik yang ada di Negara Jerman. Tatanan yang ideal itu adalah tatanan yang membuka seluas-luasnya bagi individu untuk dapat akses ke Mahkamah Konstitusi baik secara langsung maupun diwakilkan melalui tangan dan pemikiran hakim-hakim pada peradilan biasa sehingga akses individual dapat diwujudkan secara maksimal.

Penulis kemudian menyarankan bagi pemangku kewajiban yang berwenang dalam hal amandemen UUD 1945 untuk segera melakukan amandemen lanjutan. Hal ini disebabkan karena, pengaturan tentang sistem pengujian konstiusional yang terdapat dalam UUD 1945 kurang komprehensif mengaturnya. Hal sedemikian ini terlihat pada tataran pengaturan akses individual yang sangat sempit dalam rangka mempertahankan hak-hak dasar. Oleh karena itu mekanisme pengaduan konstiusional dan pengujian konstiusional secara konkrit penulis usulkan dalam agenda perubahan UUD 1945 mendatang.

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perhatian para ahli, peneliti dan akademisi ilmu hukum pada dekade terakhir banyak terfokus kepada munculnya sebuah fenomena baru tentang “*sistem of constitutional review*” atau sistem pengujian konstiusional.¹ Sistem pengujian konstiusional itu tumbuh dan berkembang secara beriringan dengan pelaksanaan demokrasi dalam praktik penyelenggaraan sistem ketatanegaraan di berbagai penjuru dunia pada waktu yang bersamaan.²

Telah banyak penelitian yang secara komprehensif mengkaji tentang sistem pengujian konstiusional, misalnya penelitian yang dilakukan oleh Akademisi berkebangsaan Amerika Serikat yang bernama Tom Ginsburg dan Mila Versteeg.³ Beberapa data yang dapat diambil dari penelitian mereka adalah, dari seluruh Konstitusi yang dimiliki oleh 150 negara sejak Tahun 1951 telah didapati

¹ Pada dasarnya pengujian konstiusional itu merupakan sebuah sistem. Dalam mendefinisikannya perlu pencermatan yang lebih mendalam yang harus dikaitkan dengan sistem hukum yang berlaku pada suatu negara dan lembaga tertentu yang dibentuknya. Secara sederhana Alec Stone-Sweets menguraikan bahwa “pengujian konstiusional” adalah “...*is the authority of an institution to invalidate the act of government-such as legislation, administrative decisions, and judicial rulings-on the grounds that these act have violated constitutional rules, including right*”, Lihat, Alec Stone-Sweet, *Governing with Judge-Constitutional Politic in Europe*, (Oxford: Oxford University Press, 2000), hlm.21. Secara sederhana Tom Ginsburg & Mila Versteeg juga menyatakan bahwa “*Constitutional review, which we define as the formal power of a local court or court-like body to set aside or strike legislation for incompatibility with the national constitution*”, Lihat, Tom Ginsburg and Mila Versteeg, *Why Do Countries Adopt Constitutional Review*, hlm. 4, dalam <http://www.utexas.edu/law/colloquium/papers-public>. Secara sederhana penulis kemudian berpandangan bahwa, “Pengujian Konstiusional” adalah merupakan suatu mekanisme untuk menguji konstiusionalitas materi atau prosedur pembentukan suatu produk hukum dan juga dapat digunakan sebagai sebuah mekanisme untuk menguji konstiusionalitas suatu tindakan hukum. Lebih detail lihat pembahasan pada kerangka teoritis pada bab ini.

² Lihat lebih lanjut pada: Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, (New York: Cambridge University Press, 2003).

³ Tom Ginsburg and Mila Versteeg, *loc.cit.* Sebagai perbandingan lihat pula, G. Harutyunyan and A Mavcic, *The Constitutional Review And Its Development In The Modern World (A Comparative Constitutional Analysis)*, (Armenia:Yerevan-Ljubljana,1999). Kedua peneliti ini menjadikan Konstitusi-konstitusi yang ada dibeberapa Negara sebagai bahan hukum yang utama.

mengadopsi sistem pengujian konstitusional dengan prosentase angka sebanyak 38 %, dan angka tersebut melonjak naik hingga menjadi 83 % di tahun 2011.⁴ Hal ini menunjukkan peningkatan yang signifikan tentang perkembangan sistem pengujian konstitusional di berbagai negara. Fenomena yang sedemikian rupa ini secara tidak langsung juga telah sedikit menunjukkan bagi kalangan *pe-study* ilmu hukum akan urgensi salah satu bidang garapan yang layak untuk diperbincangkan dan dikaji baik pada skala nasional maupun trans-nasional.

Pengujian konstitusional dikatakan sebagai sebuah sistem, pernah diungkap pula secara komprehensif oleh G. Harutyunyan dan Arne Mavcic melalui penelitian dengan judul “*Constitutional Review and Its Development: Analysis Comparative Constitutional*”.⁵ Berkaitan dengan pengujian konstitusional sebagai sebuah sistem, bahkan G. Harutyunyan dan Arne Mavcic pernah mengatakan:

What is then the constitutional review as a sistem? More often than not many authors circumvent this issue by silence or by identifying it with the judiciary sistem of judicial review. We shall return to diverse aspects of this issue further on two significant points need to be noted here. First of all, the constitutional review is not restricted only by the framework of judicial review. What also needs to be considered is the functional role of the legislative and executive authorities, and the order and traditions of retaining the moral, national and spiritual values. Secondly, the constitutional review, taken as a sistem, as a totality of complex and harmonically interacting bodies having differing powers, can exist and efficiently function only with certain preconditions. Those having prominence include: the constitutional adjustment of public relations, the establishment of democratic principles of the development of society (this type of sistem is meaningless at the time of revolutions or dictatorships), independence of review, its

⁴ Beberapa data lainnya yang didapat dari penelitian dengan basis analisis komparasi konstitusional dengan memusatkan kajian pada pengujian konstitusional di berbagai negara itu adalah: *pertama*, pada dasarnya pengujian konstitusional merupakan sebuah sistem yang umum (pahami sebagai sebuah sistem pengujian saja); dan *kedua*, pengujian konstitusional itu kemudian berkembang kedalam sub-sistem pengujian tertentu yang dijumpai sangat beragam model pengujian dalam praktiknya diberbagai negara.

⁵ *Ibid*, G. Harutyunyan dan A Mavcic.

*universal character, accessibility to the members of the society, openness of the constitutional review, etc.*⁶

Atas pernyataan G. Harutyunyan dan A. Mavcic diatas, kemudian penulis mengambil dua hal penting yang perlu diperhatikan dalam hal pengujian konstitusional dikatakan sebagai sebuah sistem. Kedua hal itu adalah: *pertama*, walaupun ada hubungan khusus antara *constitutional review* dengan *judicial review* (pengujian oleh lembaga peradilan), namun tidak tepat jika mengatakan *constitutional review* hanya dibatasi dalam *frame work* atau kerangka kerja *judicial review* semata, akan tetapi hal ini dapat saja diperankan oleh lembaga eksekutif atau oleh lembaga yang lainnya pula; dan *kedua*, sistem pengujian konstitusional akan eksis dan efektif fungsinya tergantung prasyarat kondisi tertentu, misalnya pembagian atau pemisahan kekuasaan dalam negara secara baik, prinsip dan pelaksanaan demokrasi yang berlaku di suatu negara, independensi pelaksanaan pengujian konstitusional, *access* atau akses yang terbuka untuk melakukan pengujian konstitusional bagi seluruh warganya dan prasyarat-prasyarat yang lainnya. Maka oleh karena itu secara sederhana penulis disini dapat mengatakan bahwa sistem pengujian konstitusional itu merupakan sistem terbuka (*open sistem*) yang memperkenankan negara dapat mengadopsi secara tersendiri sistem pengujian konstitusionalnya.

Sistem pengujian konstitusional yang merupakan sistem terbuka itu dalam praktik dapat dilihat secara jelas dalam sistem pengujian konstitusional yang muncul di dunia global, yang dimana kemudian memang secara praktis dapat diklasifikasikan kedalam *varian* pola pelebagaan (yang dalam praktinya terbentuk model dan karakteristik tertentu). *Varian* pola pelebagaan tersebut

⁶ *Ibid*, hlm. 8.

diantaranya ialah: ada negara yang menunjuk lembaga pengadilan tersendiri dan khusus, dalam hal ini masyhur dikenal dengan sebutan lembaga “*Constitutional Court*” atau Peradilan Konstitusi, ada pula yang mengaitkan pola pelebagaannya kepada lembaga yang sudah ada sebelum suatu Mahkamah Konstitusi dilahirkan yakni lembaga “*Supreme Court or High Court*” atau Mahkamah Agung, ada pula yang memberikan tugas itu kepada badan-badan yang sudah ada (dalam hal ini selain lembaga peradilan), ada pula yang tidak menerima adanya mekanisme pengujian konstitusional sama sekali dan masih banyak pola pelebagaan yang lainnya. Oleh karena itu yang terpenting dalam varian pola pelebagaan ini adalah peran dan kedudukan suatu lembaga yang dibentuk untuk melaksanakan mekanisme pengujian konstitusional guna mewujudkan fungsinya secara maksimal.

Secara praktis pula, pola pelebagaan tersebut kemudian dapat digolongkan kedalam model-model tertentu. Model lembaga yang pertama dan paling tua, dapat dirujuk kepada sistem peradilan Amerika Serikat yang secara sederhana memiliki karakteristik “*decentralized review exercised at every level of the judiciary with a Supreme Court at the top*” atau Pengujian yang tersebar yang dapat dimiliki oleh setiap lembaga peradilan (dalam lingkup kekuasaan kehakimanya) dengan Mahkamah Agung sebagai puncak tertinggi sistem peradilannya.⁷ Berseberangan dengan model Amerika, tumbuh peradilan khusus yaitu Mahkamah Konstitusi dengan karakteristik “*centralized constitutional*

⁷ Hal terpenting dalam model pengujian yang tersebar ini adalah, pengujiannya ditempatkan untuk menghadapi “*concrete dispute*”, or a “*case or controversy*”. Lihat *Article III of the Constitution U.S, see Arizonans for Official English v. Arizona, 520 U.S.43, 67 (1997)*. Model ini biasa disebut “*American Model*”. Lihat pula, Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, (New York: the bobs-Merril Inc, 1971), hlm.132

review” atau pengujian konstitusional yang terpusat.⁸ Selain dua model besar itu, dalam perkembangannya muncul beberapa model yang lain, yakni: model *mixed* atau campuran Amerika-Eropa; ada juga model *conseil constitutionnel* Perancis; model *international “Judicial Review”*; muncul pula sebuah model gagasan tanpa adanya mekanisme “*constitutional review*”; atau bahkan akhir-akhir ini di beberapa negara berbasis muslim muncul pula model “*Islamic Review*”⁹. Model *Europe* atau *Austria model (continental)* serta Model Amerika, hingga saat ini berkembang pesat dan telah banyak diadopsi oleh banyak negara.¹⁰

Walupun pengujian konstitusional merupakan sistem yang kompleks dan amat sangat luas, namun penulis dapat menyatakan secara tegas bahwa fungsinya dapat digeneralisasikan. Fungsi umum pengujian konstitusional itu adalah guna mewujudkan secara maksimal supremasi konstitusi dan dalam rangka perlindungan hak-hak dasar (*constitutional right*) warga negara yang telah diatur didalam konstitusi (lihat Gambar 2).¹¹ Oleh karena itu tidaklah mengherankan G. Harutyunyan dan A. Mavcic mengatakan, “*The top principle of existence and functioning of the democratic society and a state governed by the Rule of Law is*

⁸ Pada model ini, pengadilannya hanya menapung atas perkara yang “*Abstract*” tapi dapat pula untuk hal yang konkrit. *Abstract that mean is the constitutional court does no resolve concrete cases between two litigating parties but answer constitutional question reffered to it by elected government official, either before or after the adoption of law.* Model ini kadang disebut sebagai “*Concept Kelsen’s Model*” atau “*Europe Model*”. *Ibid*, hlm.137

⁹ *Islamic review* ini dipraktekkan di Negara Mesir, Pakistan dan Afganistan. Lihat: Clark B Lombardi, *The Challeges and Opportunities of Islamic review: Lesson for Afghanistan from the Experiences of other Muslim Countries*, University of Washington School of Law, makalah dipresentasikan di *US Institute of Peace* dalam “*workshop on the Afghan constitution*” held in Kabul on September 20-21, 2011. Lihat pula Clark B. Lombardi dan Nathan J. Brown, *Do Constitution Requiring Adherence to Shari’a Threaten Human Right?: How Egypt’s Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law*, *American University International Law Review*, 2006, hlm.21. article dapat dilihat dalam http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910426.

¹⁰ Jerg Gutman.,et.al, *Determinants of Constitutionally Safeguargded Judicial Review Insight Based on New Indicator*, hlm.1. papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1947244 makalah diakses tanggal 10 november 2012.

¹¹ G. Harutyunyan dan A. Mavcic, *op.cit*, hlm.163.

the supremacy of the Constitution, which is at the same time the principal concept of constitutional review”(Prinsip yang utama daripada eksistensi dan fungsi demokrasi dan negara berdasarkan hukum (yang memerintah adalah hukum) itu adalah supremasi konstitusi, yang dimana hal itu pada saat bersamaan, prinsipnya sama dengan prinsip yang diharapkan dari pengujian konstitusional).¹²

Dari beberapa penelitian yang ada dan yang telah diuraikan diatas, salah satu hal fundamental yang masih terdapat ruang untuk dilakukan pengkajian dan penelitian adalah suatu hal yang dikaitkan dengan *accessibility to the members of the society* (dapatnya akses bagi seluruh anggota masyarakat) dalam mempertahankan hak-hak dasar-nya melalui mekanisme pengujian konstitusional ke Mahkamah Konstitusinya. Apabila dirujuk dengan pernyataan Harutyunyan dan A Mavcic diatas, hal ini merupakan salah satu prasyarat eksistensi dan efektifitasnya peran pengujian konstitusional disuatu negara. Perihal akses individual masyarakat ke Mahkamah Konstitusi itu lebih tegas-nya dalam penulisan ini diistilahkan dengan *individual access* (akses individual).¹³

¹² *Ibid.* hlm.8. Ketika prinsip supremasi konstitusi dijunjung, maka secara tidak langsung perlindungan dan pengakuan hak-hak dasar yang ada didalam konstitusi (seharusnya) juga akan mendapat tempatnya.

¹³ *Individual access* adalah suatu hal dimana individu (seseorang) dapat mengajukan permohonan dalam rangka pengujian konstitusional ke Peradilan Konstitusi. *Individual acces* ini dibagi menjadi dua hal, yakni: *direct acces* dan *indirect acces*. *Direct acces* memperkenankan individu langsung untuk pengujian konstitusional ke Peradilan Konstitusi, sedangkan *indirect acces* mengharuskan pengujian konstitusional diwakilkan oleh lembaga tertentu, misalnya *ombudsperson* di beberapa negara Eropa. Hal akses ini tergantung bagaimana sebuah negara memberi porsi akses individu dalam pengaturannya di masing-masing negara. Tidak semua akses individual akan dikaji dalam penelitian ini, namun hanya yang berhubungan dengan mempertahankan hak-hak dasarnya saja yang dikaji dalam penelitian ini. Lebih jelas lihat pada kerangka teoritis. Lihat pula pada: G. Harutyunyan et.al, “*Draft Study on Individual Acces to Constitutional Justice*”, Venice Commission, Study N 538/2009, CDL-JU(2010)018rev, *Versi English Language*, dipublikasikan di Strasbourg, 11 Oktober 2010.

Akses individual itu dalam praktiknya pada setiap model sistem pengujian konstitusional, didapati perbedaan pengaturan yang sangat mendasar.¹⁴ Oleh karenanya, antara pola lembaga yang satu dengan yang lain (dalam *frame* sistem pengujian konstitusional) dijumpai perbedaan pengaturan yang signifikan dalam negara memberikan porsi kepada individu untuk dapat akses ke Mahkamah Konstitusinya dalam rangka mempertahankan hak-hak dasar apabila dilanggar oleh tindakan-tindakan hukum tertentu. Akibatnya dalam hal ini, ada negara yang secara maksimal dan/ atau minimal memberikan akses kepada individu guna menikmati dan mempertahankan hak-hak dasarnya.¹⁵

Amerika Serikat adalah pelopor yang memperkenalkan, bagaimana akses individual sangat terbuka untuk mengajukan *claim* (pengaduan) dalam pengujian konstitusional secara langsung (*direct acces*) ke lembaga peradilanannya (di Negara ini, terminologi pegujian konstitusional lebih akrab dikenal dengan sebutan *Judicial Review*). Hal ini diawali oleh sebuah kasus yang amat terkenal yakni, *Marbury vs Madison* pada tahun 1803. Berdasarkan atas kasus itu, kemudian hingga saat ini pada intinya Amerika Serikat menawarkan akses yang terbuka bagi seluruh individu masyarakat untuk dapat langsung tanpa diwakilkan oleh lembaga tertentu untuk dapat mengajukan perkara konstitusionalitas baik melalui *Ordinary Court* (pengadilan biasa) atau langsung ke *Supreme Court* (Mahkamah Agung).

Diseberang pihak kemudian memang muncul sebuah model dalam golongan Eropa yang mempunyai ciri pengujian konstitusional yang terpusat. Hal ini pada

¹⁴ Yang dimaksud “pengaturan” dalam kajian ini adalah suatu cara atau perbuatan untuk mengatur diwujudkan dalam hukum positif agar tertata sesuai dengan tempat dan fungsinya.

¹⁵ Ketika negara membuka ruang yang seluas-luasnya bagi individu untuk menikmati dan mempertahankan hak-hak dasarnya ini, secara filosofis sama artinya dengan Negara menghormati dan menjamin akan hak-hak tersebut. Begitupun juga sebaliknya, ketika negara sangat minim memberi ruang kepada individu sama artinya dengan Negara tidak respek dan bahkan dapat dikatakan mengingkari hak-hak dasar individu.

awalnya ditawarkan oleh Hans Kelsen melalui Konstitusi Austria sebagai alternatif model pengujian konstitusional yang tersebar (*diffuse model*) Amerika tersebut. Pada intinya dalam model yang dipelopori Kelsen ini kemudian dianut oleh banyak negara, yang pada tahap selanjutnya kemudian memperkenalkan *indirect acces* (akses tidak langsung) dan *direct access* pula. *Direct access* dalam model golongan Eropa itu pada awalnya dipelopori oleh Negara Jerman.

Pada intinya, kemudian secara sederhana penelitian ini memang diarahkan hanya untuk mengkaji akses individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstitusional dalam perspektif perbandingan di dua Negara, yakni di Negara Jerman dan Negara Indonesia. Pada tataran ini, Negara Jerman dipilih atas dasar pengalaman yang matang dalam hal mengatur akses individual, dan sisi yang sama dipilih karena Negara ini sangat komprehensif mengatur dan memberikan akses yang sangat terbuka kepada individu (masyarakat) untuk mengajukan petisi ke Mahkamah Konstitusinya.

Perihal akses individual untuk mengajukan tuntutan kepada Mahkamah Konstitusi Federal di Jerman telah diatur dalam hukum positifnya dan secara sederhana disini dapat dikatakan bahwa Negara Jerman menawarkan *direct acces* dan *indirect acces* kepada seluruh warganya.¹⁶ Pada tataran *direct acces*, di Jerman diatur bahwa setiap individu dapat menggunakan mekanisme *individual complaint* atau pengaduan konstitusional.¹⁷ Sedangkan pada *indirect acces*, akses

¹⁶ Lebih detail uraian tentang Akses ke Peradilan Konstitusi di Negara Jerman, lihat: Wernen Heun, "Acces to The German Federal Constitutional Court", dalam Ralf Rogowski & Thomas Gowron., ed. *Constitutional Court in Comparison; The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (New York:Oxford Berghahn, 2002), hlm.125-156

¹⁷ Misalnya Pasal 93 ayat 4 a *Basic law* 1949 atau Konstitusi Jerman yang mengatur bahwa: setiap orang dapat memasukkan keluhan inkonstitusionalitas jika hak dasar-nya atau salah satu haknya yang telah diatur dalam Konstitusi *Basic Law* (yakni Pasal 20 (4) atau Pasal 33, 38, 101, 103 atau Pasal 104) telah dilanggar oleh "otoritas publik" dalam penyelenggaraan negara dan pemerintahan. Otoritas publik yang dimaksudkan itu adalah seluruh tindakan pemerintah baik

individual terwakili oleh peran dan kedudukan para *ordinary judge* (hakim di peradilan biasa) pada *ordinary court* (peradilan biasa) dengan menggunakan mekanisme *concrete judicial review*.¹⁸

Secara yuridis formil, di Indonesia sendiri saat ini pada pokoknya telah dijumpai pula pengaturan tentang sistem pengujian konstitusional, dan dalam hal ini perannya dimainkan oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK RI). Sebagai pelaksana fungsi pengujian konstitusional (*subject*), MK RI bersifat pasif dalam artian MK RI tidak dapat melaksanakan inisiatif sendiri untuk secara aktif menguji konstitusional tanpa adanya permohonan dari individu atau seseorang yang memiliki standing untuk mengajukan petisi. Oleh karena itu MK RI yang konon berfungsi sebagai *guardian of constitution* itu tidak berarti apa-apa tanpa adanya peran akses individual kepadanya.

Serangkaian aturan yang mengatur sistem pengujian konstitusional pada dasarnya diatur pada pasal 24 ayat ke-2 dan pasal 24 C UUD 1945 serta beberapa aturan derivasinya, semisal Undang-undang No 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana diubah menjadi Undang-undang No 8 Tahun 2011 (selanjutnya disebut UU tentang MK).

Pasal 24 ayat ke-2 UUD 1954, pada dasarnya menguraikan beberapa hal yang berkaitan dengan kedudukan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK RI) dalam lingkup Kekuasaan Kehakiman. Pasal tersebut menyatakan bahwa:

Federal maupun negara bagian, didalamnya juga termasuk putusan pengadilan, tindakan administrasi dan tindakan legislative dalam pembentukan suatu peraturan perundang-undangan Di Jerman pengaduan konstiusional diistilahkan dengan '*verfassungbechwarde*'.

¹⁸ Lihat *Article 100 (1) Basic Law 1949*. Singkatnya *concrete review* ini menghendaki apabila hakim pada pengadilan biasa bimbang atau mempertanyakan konstitusionalitas atas UU yang dihubungkan dalam pemeriksaan perkara, para hakim dapat mengajukan pertanyaan ke Mahkamah Konstitusi atas perkara tersebut.

Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Sehingga oleh karena itu, disini dapat dikatakan MK RI sebagai salah satu lembaga yang lahir dalam rangka melaksanakan Kekuasaan Kehakiman yang kedudukannya setara dengan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MA RI). Akan tetapi walaupun setara kedudukan antar keduanya, masing-masing diantara keduanya memiliki perbedaan baik pada segi wewenang dan fungsinya.

Pasal 24 C UUD 1945 menguraikan beberapa hal yang berkaitan dengan fungsi dan wewenang MK RI, pasal tersebut berbunyi:

***kesatu**, Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutuskan pembubaran partai politik, dan perselisihan tentang hasil pemilihan umum; **kedua**, Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/ atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.*

Inilah beberapa hal tentang wewenang MK RI.¹⁹ Wewenang MK RI yang disebut pertama pada ayat kesatu disebut saja sebagai “*constitutional judicial review on the constitutionality of law*” (pengujian konstiusionalitas norma hukum (UU)), dan yang lainnya disebut saja sebagai “*constitutional judicial review on the constitutionality of an act’s*” (pengujian konstiusional atas penilaian tindakan hukum). Dengan melihat wewenang yang dimiliki oleh MK RI ini, maka disinilah fondasi awal sistem pengujian konstiusional itu memang telah nyata diadopsi di Indonesia, dan wewenang pengujian konstiusional hanya diberikan kepada MK

¹⁹ Pasal 24 C UUD 1945 yang mengatur tentang wewenang MK RI yang diatur secara eksplisit ini merupakan sebuah pasal yang sifatnya tertutup. Maksudnya MK RI dalam melakukan tindakan berkaitan dengan wewenangnya tidak boleh bertindak melebihi apa yang diatur didalamnya.

RI. Seperti fungsi sistem pengujian konstiusional pada umumnya, sistem pengujian konstiusional di Indonesia pada pokoknya memang juga difungsikan dalam rangka menjaga prinsip supremasi konstiusi dan perlindungan hak-hak dasar warga negara yang ada didalam konstiusinya.

Walaupun sistem pengujian konstiusional telah 10 (sepuluh) tahun lebih diatur secara lugas dalam hukum positifnya, akan tetapi hingga saat ini pengaturan akses individual untuk mempertahankan hak-hak dasar melalui pengujian konstiusional ke MK RI dibatasi atas beberapa perkara tertentu. Misalnya lebih spesifik lagi untuk dapat akses langsung kepada MK RI, akses individual tersebut hanya dibatasi pada level pengujian UU yang bertentangan dengan UUD 1945. Bahkan apabila dilihat menurut Hukum Acaranya, akses individual itu hanya dibatasi dalam pengujian konstiusional terkait muatan dan prosedur pembentukan UU yang bertentangan dengan UUD 1945 (dalam hal ini, wewenang sedemikian dapat digolongkan dan dapat disebut sebagai pengujian konstiusional secara abstrak).²⁰ Oleh karena itu secara sederhana dapat dikatakan bahwa negara Indonesia sangat minim memberikan ruang bagi individu guna akses ke Mahkamah Konstiusi.

Pada tataran yang sama tentang apa yang telah diatur di Indonesia tersebut diatas, realitanya berbanding terbalik dengan apa yang didapati dan diterapkan di beberapa negara Eropa. Di Eropa ada negara yang memperkenalkan

²⁰ Lihat lebih detail reduksi dari pasal 24 C ayat 1 yakni pada pasal 51 ayat 1 Undang-undang No 23 tahun 2004 Tentang Mahkamah Konstiusi, yang menunjukkan bahwa MK hanya dapat memeriksa pengujian konstiusional secara abstrak. Pengujian secara abstrak berlawanan arti dengan pengujian secara konkrit. Ada perbedaan antara pengujian konstiusional secara abstrak dengan konkrit. Menurut Currie, *Concrete norm review is based on an actual case and, therefore, is a judgement on the constitutionality of the application of a particular law or norm to an individual case. In the case of abstract review a court decides on the text of a law without a concrete case, hence without the limitations on concentration on the application to an individual case.* Lihat, Currie, D. P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, (Chicago: Chicago University Press, 1994), hlm.162.

“*constitutional complaint*” atau yang sepadan dengan kata itu, misalnya “*amparo*”²¹, “*individual complaint*”²² dan lain sebagainya. Keberadaan mekanisme itu dalam hal sedemikian memperkenankan individu untuk dapat akses langsung ke Peradilan Konstitusi untuk mempertahankan hak-hak fundamental apabila dilanggar oleh suatu tindakan hukum tertentu oleh organ penyelenggara negara dan pemerintahan.

Oleh karena itu, pada tulisan ini kemudian penulis menganggap sangat penting kajian ini untuk diarahkan guna menganalisa perbedaan dan persamaan yang mendasar atas pengaturan akses individual ke Peradilan Konstitusi dalam sistem pengujian konstitusional di Jerman dan Indonesia ditinjau berdasarkan perspektif perbandingan. Hal sedemikian secara tidak langsung akan bermanfaat guna memperoleh pembelajaran tentang tatanan yang ideal tentang akses individual.

B. Rumusan Masalah

Dari uraian yang ada pada latar belakang permasalahan diatas, kemudian penulis akan mengajukan rumusan masalah, yaitu:

1. Bagaimanakah pengaturan akses individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstitusional di Jerman dan Indonesia?
2. Bagaimana persamaan dan perbedaan pengaturan akses individual ke Mahkamah Konstitusi di Jerman dan Indonesia dalam sistem pengujian konstitusionalnya, ditinjau berdasarkan perspektif perbandingan?
3. Mengapa akses individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstitusional di Indonesia dibatasi?

²¹ *Amparo* dipraktikkan di Spanyol.

²² *Individual complaint* dipraktikkan oleh negara Jerman.

4. Bagaimana tatanan yang ideal tentang akses individual ke Mahkamah Konstitusi itu diatur di Indonesia dalam hukum positifnya?

C. Tujuan Penelitian

1. Tujuan Objektif dari penelitian ini adalah: *pertama*, untuk mengetahui tentang pengaturan akses individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstitusional di Jerman dan Indonesia; *kedua*, untuk memperoleh jawaban atas persamaan dan perbedaan pengaturan akses individual ke Mahkamah Konstitusi di Jerman dan Indonesia dalam sistem pengujian konstitusionalnya, ditinjau berdasarkan perspektif perbandingan; *ketiga*, untuk mengetahui alasan yang mendasari dibatasinya akses individual dalam sistem pengujian konstitusional di Indonesia; dan *keempat*, untuk mengetahui tatanan ideal yang tepat tentang akses individual ke Mahkamah Konstitusi itu diatur di Indonesia dalam hukum positifnya.
2. Tujuan Subjektif
 - a. Untuk memperdalam dan mengembangkan pengetahuan penulis di bidang Hukum Tata Negara khususnya terkait akses Individual ke Mahkamah Konstitusi;
 - b. Guna memenuhi persyaratan akademis untuk memperoleh gelar akademik sarjana strata-dua dalam bidang ilmu hukum di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

D. Orisinalitas Penelitian

Sejauh yang penulis ketahui, *literature* dalam bahasa Indonesia yang mengkaji secara komprehensif tentang sistem pengujian konstitusional sangatlah

terbatas keberadaanya. Bahkan apabila dikaitkan dengan tema dasar kajian pada penulisan ini, penulis belum pernah menjumpai tulisan yang secara khusus membahas tentang akses individual ke Mahkamah Konstitusi di Indonesia.

Pembahasan tentang hal ini memang langka, karena di kalangan pemerhati pengujian konstiusional di benua Eropa khusus terkait hal ini baru saja diperbincangkan dan dipelajari olehnya. Hal ini secara akademis maupun praktis di Eropa, baru mendapatkan perhatiannya melalui forum *European Commission for Democracy Trough Law (Venice Commission)* dalam pembahasan dengan tema “*Study On Individual Acces to Constitutional Justice*” pada 11 Oktober 2010.²³ Maka tidak mengherankan di Eropa terkait tema ini baru penulis jumpai satu tulisan yang mengkajinya, yakni sebuah tulisan dengan judul “*A Comparison of European Sistem of Direct Acces to Constitutional Judge: Exploring Advantage for the Italian Constitutional Court*”. Tulisan ini ditulis oleh Gianluca Gentili seorang pakar *Comparative Public Law* dari Universitas Siena di Italia.²⁴

Pada dasarnya dari beberapa penelitian-penelitian yang ada di Indonesia sendiri telah dijumpai kajian yang mengkaji pengujian konstiusional, namun pembahasannya masih bersifat umum. Misalnya penelitian yang berbentuk tesis yang dikaji oleh Ahmad Syahrizal, dengan judul “*Pengaruh Pandangan Hans Kelsen atas Pembentukan Mahkamah Konstitusi*” yang kemudian karya ilmiahnya itu dipublikasikan melalui buku yang berjudul “*Peradilan Konstitusi (Suatu Studi Tentang Adjudikasi Konstiusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa*

²³ Lihat: G. Harutyunyan, et.al, “*Draft Study on Individual Acces to Constitutional Justice*”, Venice Commission, Study N 538/2009, *Versi English Langguage*, dipublikasi di Strasbourg, 11 Oktober 2010.

²⁴ Lihat, Gianluca Gentili, *A Comparison of European Sistem of Direct Acces to Constitutional Judge: Exploring Advantage for the Italian Constitutional Court*, artikel dalam www.ssrn.com.

Normatif)”.²⁵ Pokok kajian dalam buku ini mengkhususkan diri pada pembahasan tentang pandangan Hans Kelsen dalam Peradilan Konstitusi Indonesia dalam memutus permasalahan konstiusionalitas norma hukum. Pada pokoknya, hasil penelitiannya mengarah pada, bahwasanya hanya peradilan konstitusi sebagai pihak ketiga dengan wewenang yang dimilikinya merupakan solusi komprehensif dan lembaga yang legitimit atas terjadinya permasalahan konstiusionalitas norma hukum.

Selain Syahrizal, ada juga kajian yang ditulis Zainal Arifin Hoesein. Kajian yang berupa disertasi itu digunakan sebagai syarat untuk memperoleh gelar Doktor pada Progam Pasca Sarjana Universitas Indonesia. Disertasinya berjudul *“Pengujian Peraturan Perundang-undangan Menurut Konstitusi Indonesia (Studi tentang Perkembangan Pengaturan dan Pelaksanaannya oleh Mahkamah Agung RI Kurun Waktu 1970-2003)”*.²⁶ Disertasi ini membahas secara komprehensif hanya pada konsepsi pengujian peraturan perundang-undangan terhadap undang-undang yang merupakan salah satu wewenang Mahkamah Agung. Pada pokoknya disertasi ini membatasi diri dalam kajiannya pada praktik pelaksanaan pengujian perundang-undangan hanya di lembaga Mahkamah Agung dan dalam hal ini secara teoritis tidak dapat disebut kajian dalam frame “pengujian konstiusional” namun hal itu merupakan *“legal review”*.

Imam Soebchi juga menulis disertasi yang berjudul *“Implementasi Teori Norma Hukum Berjenjang dalam Uji Materiil Perda Pajak dan Retribusi Daerah*

²⁵ Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi (Suatu Studi Tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, Cet I, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2006).

²⁶ Zainal Arifin Hoesein, *Pengujian Peraturan Perundang-undangan Menurut Konstitusi Indonesia (Studi tentang Perkembangan Pengaturan dan Pelaksanaannya oleh Mahkamah Agung RI Kurun Waktu 1970-2003*, Cet I, (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2009).

di Mahkamah Agung”.²⁷ Disertasi ini apabila dilihat dari judulnya akan terlihat jelas apa yang menjadi objek kajiannya, yaitu wewenang Uji Materiil Perda Pajak dan Retribusi Daerah yang dimiliki oleh Mahkamah Agung. Lebih dari pada itu, kajiannya lebih detail mengkaji tentang penerapan teori norma hukum berjenjang dalam pengujian Perda Pajak dan Retribusi Daerah itu, karena dalam penerapannya dapat mewujudkan keteraturan hirarki peraturan perundang-undangan, meminimalisir konflik kepentingan antara pusat dan daerah serta penguatan otonomi daerah dalam kerangka negara kesatuan Republik Indonesia.

Berdasarkan atas beberapa hal diatas, maka penelitian yang penulis lakukan ini tentunya berbeda dengan kajian yang telah dilakukan oleh para peneliti seperti diuraikan diatas, karena fokus kajiannya lebih komprehensif memandang pengaturan akses individual ke Peradilan Konstitusi di Indonesia dan Jerman.

E. Kerangka Teori dan Konsepsional

1. Kerangka Teori

Dalam mengkaji permasalahan ini, penulis akan mengajukan satu teori yang layak digunakan sebagai pisau analisis dalam menganalisa permasalahan. Kerangka teori dalam penelitian hukum sangat diperlukan untuk membuat jelas nilai-nilai oleh *postulat-postulat* hukum sampai kepada landasan filosofisnya yang tertinggi.²⁸ Teori hukum sendiri boleh disebut sebagai kelanjutan dari mempelajari hukum positif, setidak-tidaknya dalam urutan yang demikian itulah kita merekonstruksikan kehadiran teori hukum secara jelas.²⁹ Berdasarkan hal tersebut, maka kerangka teori dapat diartikan sebagai kerangka pemikiran atau butir-butir

²⁷ Imam Soebechi, *Implementasi Teori Norma Hukum Berjenjang dalam Uji Materiil Perda Pajak dan Retribusi Daerah di Mahkamah Agung*, Cet I, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012).

²⁸ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Citra Aditya Bakti:Bandung, 1991), hlm. 254.

²⁹ *Ibid.*, hlm. 255

pendapat, teori, tesis si penulis mengenai sesuatu kasus ataupun permasalahan (*problem*), yang menjadi bahan perbandingan, pegangan yang mungkin disetujui atau tidak disetujui,³⁰ yang merupakan masukan eksternal dalam penelitian ini.

Teori yang menurut penulis *relevan* untuk digunakan dalam penelitian ini adalah: *pertama*, teori negara hukum; *kedua*, teori konstitusi; dan *ketiga*, teori pengujian konstitusional.

a. Teori Negara Hukum

Pada tataran praktis, teori negara hukum dapat dirujuk secara langsung dengan jalan melihat konsepsi negara hukum yang muncul di dunia yang dapat digolongkan kedalam empat model besar, yaitu: negara hukum menurut Al-Qur'an dan As-sunnah atau *Nomokrasi Islam*, negara hukum menurut konsep Eropa *Continental* yang dinamakan *Rechtsstaats*, negara hukum konsep *Anglo-Saxon* dinamakan *Rule of Law* dan konsep *Socialist Legality*.³¹

Secara embrionik, gagasan negara hukum dikemukakan oleh plato, ketika mengintroduksir konsep *nomoi* dalam tulisannya *Politea* dan *Politicos*. Plato mengemukakan penyelenggaraan negara yang baik ialah yang didasarkan pada pengaturan hukum yang baik.³² Pendapat Plato oleh Aristoteles disempurnakan dengan menulis buku *Politica* dengan mengungkapkan bahwa, suatu negara yang baik ialah negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum.³³

Gagasan yang diungkapkan diatas, keduanya bersifat samar-samar dan konon bahkan tenggelam oleh waktu yang sangat panjang, sampai pada akhirnya pada abad 19 muncul konsep *rechstaat* dari Freidich Julius Stahl dengan menguraikan

³⁰ M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, (Bandung: CV. Mandar Maju, 1994), hlm. 80.

³¹ Lebih lanjut baca: Tahir Azhary, *Negara Hukum*, (Bulan Bintang: Jakarta, 1992), hlm. 63.

³² *Ibid.*, hlm 66

³³ *Ibid.*, hlm. 20-21

unsur-unsur negara hukum mencakup empat hal yaitu: *pertama*, perlindungan hak-hak asasi manusia; *kedua*, pemisahan dan pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu; *ketiga*, pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan; dan *keempat*, peradilan administrasi dalam perselisihan.³⁴

Pada saat yang hampir bersamaan muncul pula konsep negara hukum (*rule of law*) dari A.V. Dicey, yang lahir dalam naungan sistem hukum *anglo saxon* dengan mengemukakan unsur-unsur *the rule of law* sebagai berikut: *pertama*, supremasi aturan-aturan hukum (*supremasi of the law*); *kedua*, kedudukan yang sama dalam menghadapi hukum (*equality before the law*); *ketiga*, Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang serta keputusan pengadilan.³⁵

Dalam perkembangan negara hukum, muncul pula konsepsi *Nomokrasi Islam* dan *socialist legality*. Dalam nomokrasi islam terkandung unsur-unsur yaitu: Prinsip kekuasaan sebagai amanah, prinsip musyawarah, prinsip keadilan, prinsip persamaan, prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, prinsip peradilan bebas, prinsip perdamaian, prinsip kesejahteraan dan prinsip ketaatan rakyat.³⁶ Sedangkan *socialist legality*, hukum ditempatkan dibawah sosialisme.³⁷

Konsepsi negara hukum *rechtsstaats* dan *rule of law* keduanya merupakan konsepsi yang banyak dipakai oleh negara-negara di dunia ini. Walaupun karakteristik kedua konsepsi tersebut berbeda namun esensi maupun sasarannya

³⁴ Miriam Budiharjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Gramedia:Jakarta, 1982), hlm 57-58

³⁵ Ibid

³⁶ Tahir Azhari, *Negara Hukum Suatu Study tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madidanh dan Masa Kini*, (Bulan Bintang:Jakarta 1992), hlm 63-74

³⁷ Ibid

hampir sama yaitu perlindungan hak asasi manusia.³⁸ Menurut hemat penulis antara keduanya mengakui adanya kedaulatan hukum atau supremasi hukum, perlindungan hak-hak sipil dan politik individu warga negara dari tindakan sewenang-wenang pemerintah. Dua konsep ini pula sering dipertentangkan dengan konsep *machsstaat* yang menghendaki negara yang memerintah dengan sewenang-wenang oleh kekuasaan belaka.

Secara empiris, untuk memahami perkembangan konsepsi negara hukum lebih komprehensif maka pembahasan objek kajiannya tidak bisa dipisahkan dengan mengkaji perkembangan fungsi *judicial* dalam melaksanakan pengujian hukum secara formil dan materil.³⁹ Hal ini dikarenakan ketika kita memahami kewenangan fungsi *judicial* tersebut, pemahaman konsepsi negara hukum yang sifatnya *transedental* atau bahkan abstrak terasa menjadi lebih nyata dan konkrit.

Perkembangan negara hukum ketika memasuki abad 21 ini, dalam prakteknya membutuhkan sebuah lembaga peradilan. Jimly As-shiddiqie bahkan memberikan pendapat bahwa, dalam konsepsi negara hukum yang modern seperti saat ini peradilan konstitusi sangatlah urgen keberadaannya dalam rangka mewujudkan dan mem-berdiritegakkan negara hukum demokratis.⁴⁰

Negara Indonesia sebagai negara hukum bukan negara kekuasaan. *The founding fathers and mothers* Negara Indonesia, mengimpikan cita kenegaraan (*staats idée*) Indonesia sebagai negara hukum yang berdasarkan konstitusi. *Staat idée* itu, rumusannya dapat ditemukan dalam dalam penjelasan Konstitusi UUD

³⁸ Lihat uraian : Phillipus M. Hadjon, *Kedaulatan Rakyat , Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Kumpulan Tulisan dalam rangka 70 Tahun Sri Soemantri Martosoewignjo, (Media Pratama:Jakarta, 1996), hlm.78

³⁹ Lihat : Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, (Alumni:Bandung, 1997), hlm. 6-7.

⁴⁰ Lihat : Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Konstitusi Pers:Jakarta), 2001, hlm. 158.

1945 sebelum amandemen, secara terperinci juga diatur dalam Konstitusi RIS pada tahun 1949 dan juga UUDS pada tahun 1950 dan bahkan lebih tegas diatur didalam UUD 1945 pasca perubahan. Artinya, gagasan negara hukum itu bersifat tetap dalam pemikiran konstitusionalisme Indonesia sejak merdeka. Inilah Salah satu cita kenegaraan yang penting yang diwariskan oleh “*the founding leaders*” Indonesia kepada generasi kita sekarang. Begitupun juga Negara Jerman, juga merupakan salah satu Negara yang memproklamirkan dirinya sebagai negara hukum

Pada pokoknya saat ini, Negara Indonesia berdasarakan Pasal 1 ayat 3 UUD 1945 menyatakan: “*Negara Indonesia adalah negara hukum*”. Berdasarkan pasal tersebut, Indonesia menyatakan secara *de jure* atas dirinya termasuk kedalam jajaran negara hukum yang ada di dunia. Tampak jelas penyebutan negara hukum di atas tidak lagi diikuti padanan kata asingnya yaitu “*rechtsstaat*” yang konon dalam UUD 1945 pra-amandemen penulisan negara hukum diikuti dengan tulisan didalam kurung kata “*rechtsstaat*” dan rumusnya hanya terperinci didalam penjelasan UUD 1945.⁴¹ Artinya Negara Indonesia tidak hanya menganut “*recstsstaat*” saja, tetapi juga menganut prinsip “*rule of law*” dan sistem hukum lainnya dengan inti filosofisnya masing-masing yang kemudian digabungkan sebagai paradigma negara hukum pancasila,⁴² hal ini dikarenakan bukan karena permasalahan *grammatical* semata atau *semantic*, namun permasalahannya juga terkait dengan *substantif* dan *paradigmatif*.

⁴¹ Bunyi lebih detailnyadalam penjelasan UUD 1945 yaitu, Negara Indonesia berdasar atas hukum (*rechtsstaat*), tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*Machtsstaat*).

⁴² Fred W. Ringss, *Administracion in Developing Countries, The Concept of Prismatic Society*, (Boston : Hongton Mifflin Company, 1964), hlm.234

Menurut Philippus M Hadjon dan Tahir Azhari negara Indonesia adalah negara hukum Pancasila. Negara hukum Pancasila menghendaki terjalinnya hubungan fungsional proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara, penyelesaian sengketa secara musyawarah sedangkan sarana pengadilan adalah sarana terakhir serta keseimbangan antara hak dan kewajiban hal ini dipengaruhi asas kerukunan.⁴³ Dalam hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara, hendaknya dikembalikan kepada ide dasarnya, yaitu gotong-royong. Paham gotong-royong telah diangkat sebagai konsep politik. Hal ini dapat dilihat dari persiapan-persiapan kemerdekaan. Bahkan dalam pidato bung Karno menyatakan bahwa negara Indonesia yang harus didirikan haruslah negara gotong royong.⁴⁴

Negara hukum Pancasila menurut Tahir Azhari didalamnya tidak boleh terjadi pemisahan antara agama dan negara, baik secara mutlak maupun nisbi karena hal itu akan bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945.⁴⁵ Lebih lengkapnya menurut Azhari negara hukum Pancasila bercirikan: ada hubungan yang erat antara agama dan negara, bertumpu pada ke-Tuhanan Yang Maha Esa, kebebasan agama dalam arti positif, ateisme tidak dibenarkan dan komunisme dilarang, dan asas kerukunan dan kekeluargaan.⁴⁶ Sedangkan menurut Oemar Senoadji bahwa salah satu ciri pokok negara hukum Pancasila adalah jaminan kebebasan beragama (*freedom of religion*).

Disamping menerapkan konsepsi negara hukum, di Indonesia menganut juga sistem demokrasi konstitusional untuk mewujudkan negara hukum yang

⁴³ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum...*, Op.Cit. hlm.80

⁴⁴ Ibid

⁴⁵ Tahir Azhari., *Negara Hukum*, Op.Cit, hlm 71-72

⁴⁶ Ibid

demokratis. Demokrasi konstitusional sesungguhnya menghendaki yang memerintah adalah hukum, bukan manusia. Hukum dimaknai sebagai tata kesatuan *hirarkis* tatanan norma hukum yang berpuncak pada konstitusi dan inilah wujud dari pengakuan normatif dari prinsip negara hukum. Hal ini berarti bahwa dalam sebuah negara hukum menghendaki adanya supremasi konstitusi. Supremasi konstitusi disamping merupakan konsekuensi dari konsep negara hukum, sekaligus merupakan pelaksanaan demokrasi karena konstitusi adalah wujud perjanjian sosial tertinggi.

Prinsip dan sistem demokrasi merupakan hal yang sangat penting agar semua aspirasi masyarakat dapat dikontestasikan untuk menjadi keputusan bersama yang dilaksanakan berdasarkan dan menurut konstitusi yang dianggap sebagai hukum dasar. Dijalankannya demokrasi berdasarkan konstitusi menurut penulis adalah bingkai cantik yang sedap dipandang karena tampak keserasian ketika dipadukan. Demokrasi tanpa adanya kaidah penuntut pasti akan mengancam integritas negara dan melahirkan pemerintahan yang sewenang-wenang.

Disamping hal itu, dalam sebuah negara hukum, hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan/atau hanya untuk kepentingan penguasa. Hukum tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan beberapa orang yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan keadilan bagi semua orang, dan inilah bentuk dari pada pengakuan *empiris* dari prinsip negara hukum. Dengan demikian negara hukum yang dikembangkan di Indonesia bukan *absolute rechtsstaat*, melainkan

demokratische rechtsstaat. Dari berbagai konsepsi negara hukum dapat digambarkan dan diuraikan dalam table seperti berikut⁴⁷:

Tabel 1.1

Bagan Perbandingan Konsepsi Negara Hukum

Konsep	Ciri-Ciri	Unsur-Unsur Utama
Nomokrasi Islam	<ul style="list-style-type: none"> a. Bersumber dari Al-Qur'an, Sunnah dan <i>Ra'yu</i>; b. Bukan teokrasi; c. Persaudaraan dan <i>humanism teosentrik</i>; d. Kebebasan dalam arti positif. 	Sembilan Prinsip : <ul style="list-style-type: none"> a. Kekuasaan Sebagai amanah; b. Musyawarah; c. Keadilan; d. Persamaan; e. Pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia; f. Peradilan bebas; g. Perdamaian; h. Kesejahteraan; dan i. Ketaatan rakyat.
Rechtsstaats	<ul style="list-style-type: none"> a. Bersumber dari rasio manusia; b. <i>Liberalistik</i> atau <i>individualistik</i>; c. <i>Humanisme</i> yang <i>antroposentrik</i> (lebih dipusatkan pada manusia); d. Pemisahan antara agama dan negara secara mutlak; e. Ateisme dimungkinkan. 	Menurut Stahl : <ul style="list-style-type: none"> a. Pengakuan atau perlindungan hak asasi; b. <i>Trias Politica</i>; c. <i>Wetmatig Bestuur</i>; dan d. Peradilan Administrasi. Menurut Scheltema : <ul style="list-style-type: none"> a. Kepastian hukum; b. Persamaan; c. Demokrasi; d. Pemerintahan yang melayani kepentingan umum
Rule of Law	<ul style="list-style-type: none"> a. Bersumber rasio manusia; b. Liberalistik atau individualistik; c. <i>Antroposentrik</i> (lebih dipusatkan pada manusia); d. Pemisahan antara 	<ul style="list-style-type: none"> a. Supremasi hukum; b. <i>Equality before the law</i>; c. <i>Individual right</i>; d. Tidak memerlukan peradilan administrasi, karena peradilan umum dianggap

⁴⁷ Ibid, Tahir Azhari, hlm, 101-102

	<p>negara dan agama lebih rigid (mutlak);</p> <p>e. <i>Freedom of Religion</i> dalam arti positif dan negatif; dan</p> <p>f. Atheis dimungkinkan</p>	<p>berlaku untuk semua orang baik warga biasa maupun pejabat pemerintah. Kalau <i>rechtsstaats</i> menekankan pada peradilan administrasi, maka pada <i>rule of law</i> menekankan pada <i>equality before the law</i>.</p>
<p>Socialist</p> <p>Legality</p>	<p>a. Bersumber dari rasio manusia;</p> <p>b. Komunis;</p> <p>c. Atheis;</p> <p>d. Totaliter;</p> <p>e. Kebebasan agama yang semu; dan</p> <p>f. Kebebasan propaganda anti agama.</p>	<p>a. Perwujudan sosialisme;</p> <p>b. Hukum adalah alat dibawah sosialisme;</p> <p>c. Penekanan pada sosialisme; dan</p> <p>d. Realisasi sosialisme ketimbang hak-hak perorangan.</p>
<p>Negara</p> <p>Hukum</p> <p>Pancasila</p>	<p>a. Hubungan erat antara agama dan negara;</p> <p>b. Bertumpu pada Ketuhanan Yang Maha Esa;</p> <p>c. Kebebasan agama dalam arti positif;</p> <p>d. Ateisme tidak dibenarkan dan komunisme dilarang;</p> <p>e. Asas kekeluargaan dan kerukunan.</p>	<p>a. Pancasila;</p> <p>b. MPR;</p> <p>c. Sistem Konstitusi;</p> <p>d. Persamaan; dan</p> <p>e. Peradilan Bebas.</p>

b. Teori Konstitusi

Konstitusi menempati posisi yang sangat ideal dalam perkembangan kehidupan bernegara, terlebih-lebih sebuah negara hukum demokratis. Secara teoritis dan praktis, pasti negara hukum yang demokratis memiliki konstitusi sebagai piranti penyelenggaraan negara. Konstitusi senantiasa berkembang seiring dengan perkembangan peradaban manusia dan organisasi kenegaraan. Meneliti dan mengkaji konstitusi, dapat diketahui prinsip-prinsip dasar kehidupan bersama

dan penyelenggaraan negara serta struktur organisasi suatu negara tertentu karena pada dasarnya konstitusi memuat hal-hal yang fundamental seperti : *pertama*, jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warga Negara; *kedua*, susunan ketatanegaraan suatu Negara yang bersifat fundamental; dan *ketiga*, pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang juga bersifat fundamental.

Kajian tentang konstitusi semakin penting dalam negara-negara modern saat ini yang pada umumnya menyatakan diri sebagai negara konstitusional, baik demokrasi konstitusional maupun monarki konstitusional. Konstitusi tidak lagi sekedar istilah untuk menyebut suatu dokumen hukum, tetapi menjadi suatu paham tentang prinsip-prinsip dasar penyelenggaraan negara (*konstitusionalisme*) yang dianut hampir di semua negara, termasuk negara-negara yang tidak memiliki konstitusi sebagai dokumen hukum tertulis serta yang menempatkan supremasi kekuasaan pada parlemen sebagai wujud kedaulatan rakyat.⁴⁸

Pada pembahasan selanjutnya, penulis ingin melacak dan memaparkan beberapa hal yang penting terkait konstitusi diantaranya sejarah peristilahan dan perkembangan konstitusi. Dibahas juga hakikat konstitusi, kedudukan, fungsi dan tujuan konstitusi serta memaparkan model-model konstitusi dan sekaligus materi muatan konstitusi. Hal ini tiada lain berguna untuk memahami konstitusi dan supremasi konstitusi di dalam sebuah negara.

Pertama tentang sejarah awal munculnya Konstitusi. Melacak akar istilah konstitusi dalam bahasa Indonesia dan *constitution* dalam bahasa Inggrisnya tidaklah mudah. Penulis mencoba melacaknya dari buku yang sangat detail

⁴⁸ Ada dua bentuk perwujudan kedaulatan rakyat, yaitu dalam lembaga perwakilan rakyat atau parlemen (dianutnya supremasi parlemen), dan dalam bentuk konstitusi sebagai wujud perjanjian sosial tertinggi (dianutnya supremasi konstitusi).

membahas konstitusi dan seluk beluknya dari buku Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*.⁴⁹ Buku tersebut menguraikan bahwa di dalam catatan sejarah klasik terdapat dua perkataan yang berkaitan erat dengan pengertian kita sekarang tentang konstitusi, yaitu dalam perkataan Yunani Kuno *politeia* dan perkataan bahasa Latin *constitutio* yang juga berkaitan dengan kata *jus*. Dalam kedua perkataan *politeia* dan *constitutio* itu dikenal atau lahir gagasan konstitusionalisme. Kata *politeia* dari kebudayaan Yunani dapat disebut yang paling tua usianya. Pengertiannya secara luas mencakup :

*all the innumerable characteristics which determine that state's peculiar nature, and these include its whole economic and social texture as well as matters governmental in our narrower modern sense. It is a purely descriptive term, and as inclusive in its meaning as our own use of the word 'constitution' when we speak generally of a man's constitution or of the constitution of matter.*⁵⁰

Sesungguhnya dalam bahasa Yunani Kuno tidak dikenal adanya istilah yang mencerminkan pengertian kata *jus* ataupun *constitutio* sebagaimana dalam tradisi Romawi yang datang kemudian. Sistem berpikir para filosof Yunani Kuno, perkataan *constitution* adalah seperti apa yang kita maksudkan sekarang ini. Perkataan *constitution* di zaman Kekaisaran Romawi (*Roman Empire*), dalam bentuk bahasa latinnya, mula-mula digunakan sebagai istilah teknis untuk menyebut *the acts of legislation by the Emperor*.⁵¹

Pengertian konstitusi di zaman Yunani Kuno masih bersifat materiil, dalam arti belum berbentuk seperti yang dimengerti di zaman modern sekarang. Namun,

⁴⁹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitualisme*, loc.cit. hlm 1-30

⁵⁰ Charles Howard Mc Ilwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, (Ithaca, New York: Cornell University Press, 1966), hlm. 26. Seperti dikatakan oleh Sir Paul Vinogradoff, "The Greeks recognized a close analogy between the organization of the State and the organism of the individual human being. They thought that the two elements of body and mind, the former guided and governed by the later, had a parallel in two constitutive elements of the State, the rulers and the ruled". Ibid

⁵¹ Ibid, hlm 23.

perbedaan antara konstitusi dengan hukum biasa sudah tergambar dalam pembedaan yang dilakukan oleh Aristoteles terhadap pengertian kata *politea* dan *nomoi* dalam bukunya *politica* (konstitusi). Pengertian *politiea* dapat disepadankan dengan pengertian konstitusi, sedangkan *nomoi* adalah undang-undang biasa.⁵² Menurut Djokosoetono untuk menyiapkan buku *politica* (konstitusi) Aristoteles terlebih dahulu mempelajari 158 macam konstitusi yang terdapat di tiap-tiap polis (negara kota) Yunani.⁵³

Pada dasarnya *politea* mengandung kekuasaan yang lebih tinggi dari pada *nomoi*, karena *politea* mempunyai kekuasaan membentuk sedangkan pada *nomoi* tidak ada, karena ia hanya merupakan materi yang harus dibentuk agar tidak bercerai-berai. Dalam kebudayaan Yunani istilah konstitusi berhubungan erat dengan ucapan *Respublica Constituere* yang melahirkan semboyan, *Princeps Legibus Solutus Est, Salus Publica Suprema Lex*, yang artinya "Rajalah yang berhak menentukan struktur organisasi negara, karena dialah satu-satunya pembuat undang-undang".

Peraturan yang pertama kali dikaitkan dengan istilah konstitusi di Inggris adalah "*Constitutions of Clarendon 1164*" yang disebut oleh Henry II sebagai *constitutions, avitae constitutions or leges, a recordatio vel recognition*, menyangkut hubungan antara gereja dan pemerintahan negara di masa pemerintahan kakeknya, yaitu Henry I. Isi peraturan yang disebut sebagai konstitusi tersebut masih bersifat *eklesiastik*, meskipun pemasyarakatannya dilakukan oleh pemerintahan sekuler. Namun, di masa-masa selanjutnya, istilah *constitutio* itu sering pula dipertukarkan satu sama lain dengan istilah *lex* atau *edictum* untuk

⁵² Ibid.

⁵³ Djokosutono, *Ilmu Negara*, (Ghalia Indonesia: Jakarta), 1985, hlm.61.

menyebut berbagai *secular administrative enactments*. Glanvill sering menggunakan kata *constitution* untuk *a royal edict* (titah raja atau ratu). Glanvill juga mengaitkan *Henry II's writ creating the remedy by grand assize as 'legalis is a constitutio'*,⁵⁴ dan menyebut *the assize of novel disseisin* sebagai *a recognitio* sekaligus sebagai *a constitutio*.⁵⁵

Beberapa tahun setelah diberlakukannya Undang-Undang Merton pada tahun 1236, Bracton menulis artikel yang menyebut salah satu ketentuan dalam undang-undang itu sebagai *a new constitution*, dan mengaitkan satu bagian dari Magna Carta yang dikeluarkan kembali pada tahun 1225 sebagai *constitutio libertatis*. Dalam waktu yang hampir bersamaan (satu zaman), Beauma-noir di Perancis berpendapat bahwa “*speaks of the remedy in novel disseisin as 'une nouvele constitution' made by the kings*”. Ketika itu dan selama berabad-abad sesudahnya, perkataan *constitution* selalu diartikan sebagai *a particular administrative enactment much as it had meant to the Roman lawyers*. Perkataan *constitution* ini dipakai untuk membedakan antara *particular enactment* dari *consuetudo* atau *ancient custom* (kebiasaan).

Dari berbagai versi kata konstitusi diatas, kita dapat memahami pengertian konstitusi dalam dua konsepsi. Pertama, konstitusi sebagai *the natural frame of the state* yang dapat ditarik ke belakang dengan mengaitkannya dengan pengertian *politeia* dalam tradisi Yunani Kuno. Kedua, konstitusi dalam arti *jus publicum regni*, yaitu *the public law of the realm*. Cicero⁵⁶ dapat disebut sebagai sarjana

⁵⁴ George E. Woodbine (ed.), *Glanvill De Legibus et Consuetudinibus Angiluae*, New Haven: 1932, hlm. 63.

⁵⁵ Charles Howard Mc Ilwain, op. cit., hlm. 24.

⁵⁶ Lihat R.N. Berki, *The History of Political Thought: A Short Introduction*, J.J.Dent and Sons, (Everyman's University Library, London: 1988), hlm. 74.

pertama yang menggunakan perkataan *constitutio* dalam pengertian kedua ini, seperti tergambar dalam bukunya “*De Res Publica*”. Di lingkungan Kerajaan Romawi (Roman Empire), perkataan *constitutio* ini dalam bentuk Latinnya juga dipakai sebagai istilah teknis untuk menyebut *the acts of legislation by the Emperor*. Menurut Cicero, “*This constitution (haec constitutio) has a great measure of equability without which men can hardly remain free for any length of time*”. Selanjutnya dikatakan oleh Cicero: *Now that opinion of Cato becomes more certain, that the constitution of the republic (consitutionem rei publicae) is the work of no single time or of no single man.*

Perkembangan-perkembangan demikian itulah yang pada akhirnya mengantarkan umat manusia pada pengertian kata *constitution* itu dalam bahasa Inggris modern. Dalam *Oxford Dictionary*, perkataan *constitution* dikaitkan dengan beberapa arti, yaitu: “... *the act of establishing or of ordaining, or the ordinance or regulation so established*”. Selain itu, kata *constitution* juga diartikan sebagai pembuatan atau penyusunan yang menentukan hakikat sesuatu (*the “make” or composition which determines the nature of anything*). Oleh karena itu, *constitution* dapat pula dipakai untuk menyebut “... *the body or the mind of man as well as to external objects*”.

Pengertiannya yang demikian itu, konstitusi selalu dianggap “mendahului” dan “mengatasi” pemerintahan dan segala keputusan serta peraturan lainnya. A *Constitution*, kata Thomas Paine, “*is not the act of a government but of the people constituting a government*”.⁵⁷ Konstitusi disebut mendahului, bukan karena urutan waktunya, melainkan dalam sifatnya yang *superior* dan kewenangannya

⁵⁷ Charles Howard McIlwain, *Op. Cit.*, hlm. 20.

untuk mengikat. Oleh sebab itu, Charles Howard McIlwain menjelaskan: *In fact, the traditional notion of constitutionalism before the late eighteenth century was of a set of principles embodied in the institutions of a nation and neither external to these nor in existence prior to them.*⁵⁸

Secara tradisional, sebelum abad ke-18, konstitusionalisme memang selalu dilihat sebagai seperangkat prinsip-prinsip yang tercermin dalam kelembagaan suatu bangsa dan tidak ada yang mengatasinya dari luar serta tidak ada pula yang mendahuluinya.

Perkembangan konstitusi dan konstitusionalisme secara *traditional* juga dapat dilacak pada peradaban negara-negara Islam. Naskah persetujuan bersama yang dikenal sebagai Piagam Madinah (*Madinah Charter*) dapat dikatakan sebagai konstitusi. Piagam Madinah ini dapat disebut sebagai piagam tertulis pertama dalam sejarah umat manusia yang dapat dibandingkan dengan pengertian konstitusi dalam arti modern. Piagam ini dibuat atas persetujuan bersama antara Nabi Muhammad SAW dengan wakil-wakil penduduk kota Madinah tak lama setelah beliau hijrah dari Mekkah ke Yastrib, nama kota Madinah sebelumnya, pada tahun 622 M. Para ahli menyebut Piagam Madinah tersebut dengan berbagai macam istilah yang berlainan satu sama lain.⁵⁹

Para pihak yang mengikatkan diri atau terikat dalam Piagam Madinah yang berisi perjanjian masyarakat Madinah (*social contract*) tahun 622 M ini ada tiga belas kelompok komunitas yang secara eksplisit disebut dalam teks Piagam.

⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 12.

⁵⁹ lihat Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat Majemuk*, (Jakarta: UI-Press, 1995); Dahlan Thaib dkk., *Teori Konstitusi dan Hukum Konstitusi*, cet. kelima, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2005). Lihat juga Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, cet. kedua, Kencana, Jakarta, 2004.

Ketiga belas komunitas itu adalah (i) kaum Mukminin dan Muslimin Muhajirin dari suku Quraisy Mekkah, (ii) Kaum Mukminin dan Muslimin dari Yatsrib, (iii) Kaum Yahudi dari Banu ‘Awf, (iv) Kaum Yahudi dari Banu Sa’idah, (v) Kaum Yahudi dari Banu al-Hars, (vi) Banu Jusyam, (vii) Kaum Yahudi dari Banu Al-Najjar, (viii) Kaum Yahudi dari Banu ‘Amr ibn ‘Awf, (ix) Banu al-Nabit, (x) Banu al-‘Aws, (xi) Kaum Yahudi dari Banu Sa’labah, (xii) Suku Jafnah dari Banu Sa’labah, dan (xiii) Banu Syuthaybah.

Secara keseluruhan, Piagam Madinah tersebut berisi 47 pasal. Pasal 1, misalnya, menegaskan prinsip persatuan dengan menyatakan: “*Innahum ummatan wahidatan min duuni al-naas*” (Sesungguhnya mereka adalah ummat yang satu, lain dari (komunitas) manusia yang lain).⁶⁰ Dalam Pasal 44 ditegaskan bahwa “Mereka (para pendukung piagam) bahu membahu dalam menghadapi penyerang atas kota Yatsrib (Madinah)”. Dalam Pasal 24 dinyatakan “Kaum Yahudi memikul biaya bersama kamu mukminin selama dalam peperangan”. Pasal 25 menegaskan bahwa “Kaum Yahudi dari Bani ‘Awf adalah satu umat dengan kaum mukminin. Bagi kaum Yahudi agama mereka, dan bagi kamu mukminin agama mereka. Juga (kebebasan ini berlaku) bagi sekutu-sekutu dan diri mereka sendiri, kecuali bagi yang zalim dan yang jahat.

Kedua tentang materi muatan Konstitusi. Henc van Maarseven dan Ger van der Tang dalam sebuah study terhadap konstitusi-konstitusi di dunia yang dikemukakan dalam bukunya *Written Constitution* mengemukakan : pertama, *Constitution as a means of forming the state’s own political and legal sistem*; kedua, *Constitution as a national document and as abirth certificate and as a sign*

⁶⁰ Ibid., hal. 47.

*of adulthood and independence.*⁶¹ Statemen keduanya mengindikasikan bahwa konstitusi sebagai dokumen nasional, juga sebagai alat untuk membentuk sistem politik dan sistem hukum negara itu sendiri. Maka tak ayal menurut A.A.H. Struycken konstitusi (*grondwet*) merupakan sebagai dokumen formal yang berisi⁶²:

- a. Hasil perjuangan politik bangsa di masa lampau;
- b. Tingkat-tingkat tertinggi perkembangan ketatanegaraan bangsa;
- c. Pandangan tokoh-tokoh bangsa yang hendak diwujudkan, baik waktu sekarang maupun masa yang akan datang; dan
- a. Suatu keinginan dengan mana perkembangan kehidupan ketatanegaraan bangsa hendak dipimpin.

K.C. Wheare mengemukakan apa yang seharusnya ada didalam konstitusi yaitu, *the very minimum and that minimum to be rule of law.*⁶³ Pernyataan Wheare tersebut kurang jelas apa yang harus dimuat sebuah konstitusi. Akan tetapi Wheare menekankan bahwa sifat khas dan mendasar dari bentuk konstitusi yang terbaik dan ideal adalah konstitusi itu harus sesingkat mungkin untuk menghindarkan kesulitan-kesulitan para pembentuk Undang-Undang Dasar dalam memilih mana yang penting dan harus dicantumkan dalam konstitusi dan mana yang tidak perlu pada saat mereka akan merancang suatu Undang-Undang dasar, sehingga hasilnya akan diterima baik oleh mereka yang akan melaksanakan Undang-Undang Dasar atau pihak yang dilindungi Undang-Undang Dasar.

⁶¹ Sri Soemantri, *Fungsi Konstitusi dalam Pembatasan Kekuasaan*, Jurnal Hukum, No 6 Vol. 3, 1996, hlm 4. Dikutip dari Dahlan Thaib, dkk. hlm 14.

⁶² Ibid

⁶³ K.C. Wheare, *Modern Constitution*, (Oxford University Press:London,1975), hlm. 33-34

Mr. J.G. Steenbeek, seperti dikutip Sri Soemantri dalam disertasinya menggambarkan secara detail apa yang harus ada didalam konstitusi, yaitu⁶⁴:

- a. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warga negaranya;
- b. Ditetapkannya susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental;
- c. Adanya pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang bersifat fundamental.

Pandangan yang lebih luas dikemukakan oleh Miriam Budiarjo yang menyatakan bahwa konstitusi seyogyanya memuat⁶⁵:

- a. Organisasi negara, misalnya pembagian kekuasaan antara badan legislative, eksekutif dan yudikatif; pembagian kekuasaan antara pemerintahan federal dan pemerintahan bagian; prosedur menyelesaikan masalah pelanggaran yuridiksi oleh salah satu badan pemerintah dan sebagainya;
- b. Hak-hak asasi manusia;
- c. Prosedur mengubah Undang-Undang Dasar;
- d. Adakalanya memuat larangan untuk mengubah sifat tertentu dari Undang-Undang Dasar.

Pendapat beberapa ahli di atas sekiranya dapat kita tarik benang merah tentang apa yang harus ada didalam konstitusi diantaranya:

Pertama, pembatasan kekuasaan secara tegas antar cabang kekuasaan negara. Hal ini diharapkan kekuasaan yang timbul dari kedaulatan rakyat tidak menumpuk di salah satu cabang kekuasaan negara tersebut. Implikasi dari menumpuknya kekuasaan tentu adalah tidak terselenggaranya pemerintahan yang efektif, kekuasaan yang sewenang wenang, control yang menghendaki *check and balance* antar cabang kekuasaan akan sulit terlaksana dan pada muaranya berimplikasi terhadap kesejahteraan dan ketentraman warga negara.

⁶⁴ Sri Soemantri, *Prosedur...*, op.cit. hlm.51.

⁶⁵ Miriam Budiarjo., *Op.cit* hlm.101.

Kedua, Jaminan Hak-hak warga negara yang tegas. Penegasan ini tentu harus dilakukan oleh negara dalam pembuatan materi sebuah konstitusi terlebih-lebih di era modern ini hak-hak dasar merupakan hak yang universal diakui oleh banyak negara. Jika tidak ditegaskan maka batasan hak akan bersifat kabur dan akibatnya tindakan sewenang-wenang penguasa akan mengimbas dalam perlakuannya kepada warga negara.

Ketiga, Mengatur susunan organ kekuasaan negara yang efektif dan jelas. Berkaca di negeri ini tentang pengaturan organ negara yang belum efektif karena cabang kekuasaan negaranya diatur secara tidak teratur. Tumpang tindih kekuasaan antar cabang kekuasaan masih banyak terjadi. Ketidakpercayaan kepada salah satu cabang kekuasaan di negeri ini diselesaikan dengan memotong kompas menciptakan cabang kekuasaan baru yang sifatnya tidak baku semisal membentuk komisi-komisi. Maka tak ayal negeri ini dipenuhi sesakkan oleh komisi-komisi yang bila disebut dengan kata-kata maka negeri ini adalah negeri komisi.

Keempat, prosedural atau tata cara mengubah konstitusi. Hal ini berakibat positif dikala perubahan konstitusi dilakukan tidak sesuai procedural maka intrik-intrik politik yang memiliki kepentingan masing-masing akan bermain didalamnya. Perubahan yang mengikuti procedural tertentu akan membawa situasi dan kondisi ketatanegaraan yang kondusif baik pra amandemen maupun pasca amandemen.

Ketiga tentang hakikat Konstitusi. Konstitusi secara singkat merupakan produk *konstitualisme*. Dalam *encyclopedia of sciences* Walton H. Hamilton menuliskan bahwa *Constitualism is the name given to the trust wich men repose*

*in the power of words engrossed on parchment to keep a government in order.*⁶⁶

Intinya diperlukan pengaturan yang sedemikian rupa, sehingga dinamika kekuasaan dalam proses pemerintahan dapat dibatasi dan dikendalikan sebagaimana mestinya.

Basis pokok *konstitualisme* adalah kesepakatan (*consensus*) diantara mayoritas rakyat mengenai bangunan yang diidealkan berkenaan dengan negara. Konsensus yang menjamin tegaknya konstitualisme dalam negara hukum modern dipahami bersandar pada tiga elemen *consensus*, yaitu⁶⁷: Kesepakatan tentang tujuan atau cita-cita bersama (*the general goals of society or general acceptance of the same philosophy of government*), Kesepakatan tentang *the rule of law* sebagai landasan pemerintahan atau penyelenggaraan negara (*the basis of government*) dan kesepakatan tentang bentuk institusi-institusi dan prosedur-prosedur ketatanegaraan (*the former of institutions and procedures*).

Uraian sebelumnya menunjukkan bahwa konstitusi dianggap sebagai bentuk kontrak sosial untuk melandasi tata pergaulan dalam negara. Negara-negara modern saat ini menganggap akan pentingnya konstitusi baik ditelaah dalam *frame* kebutuhan yuridis maupun politis. Bagir Manan mengemukakan pandangan dalam hal itu dengan menyatakan bahwa konstitusi menyatukan organisasi negara dan susunan pemerintahan, Organisasi negara dan kebutuhan menyusun suatu pemerintahan negara selalu memerlukan konstitusi.⁶⁸ Masih merujuk pandangan Bagir Manan hakikat konstitusi adalah perwujudan paham tentang konstitusi atau

⁶⁶ Walton H. Hamilton, *Constitutionalism*, Enciclopedia of Sciences, Edwin R.A., Seligman dan Alvin Johnson, eds, hlm.255. dikutip dari Jimli Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, loc.cit, hlm. 24

⁶⁷ Ibid, hlm. 25-26.

⁶⁸ Bagir manan, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, Pusat Penerbitan Universitas LPPM Unisba, Bandung, 1995, hlm. 7.

konstitusionalisme yaitu pembatasan kekuasaan pemerintah disatu pihak dan jaminan hak-hak warga negara maupun penduduk di pihak lain. Hak-hak ini mencakup hak-hak dasar seperti hak untuk hidup, milik, kesejahteraan dan kebebasan.⁶⁹

A Kosasih Djahiri mengemukakan hakikat konstitusi ialah jaminan hak asasi manusia sebagai *homo socius* dan pengaturan masalah-masalah kenegaraan (*frame at government*).⁷⁰ Sedangkan Sri Soemantri mengemukakan hakikat konstitusi dengan pembatasan kekuasaan negara.⁷¹ K.C Wheare mengemukakan hakikat konstitusi sebagai berikut⁷²:

“... that is many countries a constitution is thought of an instrument by wich government can be controlled. Constitution spring from a belief in limited government. Countries differ however in the extent to wich they wish to impose limitation. Sometimes the constitution limit the executive or subordinate local bodies, sometimes it limits the legislature also, but only so far as amandement at the constitution itself concerned; and sometimes it imposes retriction upon the legislature wich go far beyond this point and forbid it to make upon certain subjects in certain way or with certain effects. Whatever the nature and extend of the retriction, however , they are based upon a common belief in limited government and in the use of a constitution on impose these limitation. [di beberapa negara, konstitusi dianggap sebagai instrument yang dapat digunakan untuk mengontrol pemerintahan. Konstitusi muncul dari sebuah keniscayaan akan pemerintahan yang dibatasi. Namun, masing-masing negara berbeda dalam hal pembatasan-pembatasan. Kadang-kadang konstitusi membatasi eksekutif atau lembaga-lembaga local di bawahnya; kadang-kadang ia juga membatasi legislative, tetapi hanya jauh berkenaan dengan amandemen terhadap konstitusi itu sendiri; dan kadang-kadang ia menetapkan batasan-batasan pada legislative yang melampaui kewenangannya dan melarang membuat undang-undang bidang tertentu atau menurut cara-cara tertentu atau dengan

⁶⁹ Ibid

⁷⁰ A. Kosasih Djahiri, *Ilmu Politik*, Parmaco, Bandung, 1971, hlm 49.

⁷¹ Lihat Sri Soemantri, *Penerapan Kedaulatan Rakyat dalam Kehidupan Bernegara Berdasarkan Pancasila dan UUD 1945*, dalam A. Arief Sidharta, dkk (editor), butir-butir Gagasan Tentang Penyelenggaraan Hukum dan Pemerintahan Yang Layak; sebuah tanda mata bagi 70 Tahun Prof. Dr. H. Ateng Syarifudin., S.H, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm.440.

⁷² KC. Wheare, op.cit, hlm. 7

akibat-akibat tertentu. Namun, apapun sifat dan seberapa luasnya pembatasan itu didasarkan atas keyakinan umum terhadap pemerintahan yang dibatasi dan penggunaan konstitusi untuk menetapkan pembatasan ini].

Pada tataran konstitusi sebagai hukum dasar, konstitusi memiliki banyak fungsi, yaitu⁷³: sebagai penentu dan pembatas kekuasaan organ negara, sebagai pengatur hubungan kekuasaan antar organ negara, sebagai pengatur hubungan kekuasaan antar organ negara dengan warga negara, sebagai sumber pemberi atau legitimasi terhadap kekuasaan negara ataupun penyelenggaraan kekuasaan negara, sebagai penyalur kekuasaan dari sumber kekuasaan yang asli, sebagai pemersatu, sebagai identitas, sebagai sarana pengendalian masyarakat (*social control*) baik dalam arti sempit hanya bidang politik maupun bidang social lainnya dalam arti luas dan sebagai sarana perekayasa dan pembaruan masyarakat (*social engineering atau social reform*), baik dalam arti sempit maupun dalam arti luas.

Pada umumnya dipahami, bahwa hukum mempunyai tiga tujuan pokok, yaitu : keadilan (*justice*), kepastian (*certainty* atau *zekerheid*), dan kebergunaan (*utility*). Keadilan itu sepadan dengan keseimbangan (*balance, mizan*) dan kepatutan (*equity*), serta kewajaran (*proportionality*). Sedangkan, kepastian hukum terkait dengan ketertiban (*order*) dan ketenteraman. Sementara, kebergunaan diharapkan dapat menjamin bahwa semua nilai-nilai tersebut akan mewujudkan kedamaian hidup bersama. Oleh karena konstitusi itu sendiri adalah hukum yang dianggap paling tinggi tingkatannya, maka tujuan konstitusi sebagai hukum tertinggi itu juga untuk mencapai dan mewujudkan tujuan yang tertinggi.

Sehubungan dengan itulah maka beberapa pakar merumuskan tujuan konstitusi itu seperti merumuskan tujuan negara, yaitu negara konstitusional, atau

⁷³ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, op.cit, hlm. 34.

negara berkonstitusi. Menurut J. Barents, ada 3 (tiga) tujuan negara, yaitu (i) untuk memelihara ketertiban dan ketenteraman, (ii) mempertahankan kekuasaan, dan (iii) mengurus hal-hal yang berkenaan dengan kepentingan-kepentingan umum.⁷⁴ Sedangkan, Maurice Hauriou menyatakan bahwa tujuan konstitusi adalah untuk menjaga keseimbangan antara (i) ketertiban (*orde*), (ii) kekuasaan (*gezag*), dan (iii) kebebasan (*vrijheid*).⁷⁵ G.S. Diponolo merumuskan tujuan konstitusi ke dalam lima kategori, yaitu (i) kekuasaan, (ii) perdamaian, keamanan, dan ketertiban, (iii) kemerdekaan, (iv) keadilan, serta (v) kesejahteraan dan kebahagiaan.⁷⁶

Sehingga menurut hemat penulis hakikat konstitusi juga bisa dilihat tergantung bagaimana orang memahami arti maupun substansi dari hukum serta tujuannya. Konstitusi dikaitkan dengan *constituent power* dan *hierarchy of law* merupakan hukum yang lebih tinggi bahkan paling tinggi dan paling fundamental sifatnya, karena konstitusi adalah sumber rujukan legitimasi atau landasan otorisasi bentuk-bentuk hukum. Atas logika dasar inilah muncul mekanisme *judicial review* di dalam *constitutional adjudication* di berbagai negara.

Keempat tentang kedudukan, fungsi dan tujuan konstitusi dalam Negara, yang bahwasanya dapat mengalami perubahan dari zaman ke zaman dalam suatu sistem perubahan tertentu. Misalnya pada masa peralihan dari negara feodal monarki atau oligarki dengan kekuasaan mutlak penguasa ke dalam negara nasional demokrasi, konstitusi berkedudukan sebagai benteng pemisah antara rakyat dan

⁷⁴ J. Barents, "De Wetenschap de Politiek, Een Terreinverkenning" (1952), terjemahan L.M. Sitorus, *Ilmu Politika: Suatu Perkenalan Lapangan*, cet. ke-3 : PT. Pembangunan, Jakarta, 1958, hlm. 38.

⁷⁵ Maurice Hauriou, *Precis de Droit Constitutionnel*. Lihat juga Abu Daud Busro, *Ilmu Negara*, Bumi Aksara, 1990, Jakarta, hlm. 99.

⁷⁶ G.S. Diponolo, *Ilmu Negara*, Jilid I, Balai Pustaka, Jakarta, 1951, hlm. 23.

penguasa yang kemudian berangsur-angsur mempunyai fungsi sebagai alat rakyat dalam memperjuangkan kekuasaan melawan golongan penguasa.⁷⁷ Perjuangan itu pada akhirnya dimenangkan rakyat konstitusi bukan lagi diposisikan sebagai penjaga keamanan rakyat dari tindakan sewenang-wenang penguasa, namun berubah menjadi senjata pamungkas rakyat untuk mengakhiri kekuasaan monarki dan oligarki. Pada akhirnya konstitusi diletakkan sebagai alat membangun tata kehidupan yang baru atas dasar landasan kepentingan bersamarakyat dengan menggunakan berbagai ideology seperti *individulisme*, *liberalism*, *universalisme*, *demokrasi* dan sebagainya.⁷⁸ Oleh karena itu pada tataran implementasi kedudukan dan fungsi konstitusi di berbagai negara ditentukan oleh ideology negara yang dibangun dan dianut oleh sebuah negara.

Perspektif historis kedudukan dan fungsi konstitusi di Eropa menunjukkan bahwa, kedudukan dan fungsi konstitusi adalah untuk menentukan batas kewenangan penguasa, menjamin hak rakyat dan mengatur jalannya pemerintahan. Namun dengan kebangkitan paham kebangsaan dan lahirnya demokrasi, konstitusi juga menjamin alat rakyat untuk konsolidasi kedudukan hukum dan politik untuk mengatur kehidupan bersama. Oleh sebab itu di era negara modern, konstitusi tidak hanya memuat aturan-aturan hukum, tetapi juga merumuskan dan menyimpulkan prinsip-prinsip hukum, haluan negara dan patokan kebijaksanaan, yang keseluruhannya mengikat penguasa atau bahkan seluruh negara.

⁷⁷ Lihat Dahlan Thaib, dkk., Op.Cit. hlm 18

⁷⁸ Ibid., hlm. 19.

Sementara di Inggris tidak mempunyai konstitusi (dalam artian tertulis), tetapi juga dianggap mempunyai konstitusi yang cukup lengkap. Aturan-aturan konstitusional di negara itu pada dasarnya tersebar di berbagai undang-undang, dokumen negara lainnya, hukum adat dan bahkan konvensi. Terlebih-lebih di Inggris jika ditelusuri dari sudut pandang model negaranya, menunjukkan sebuah model negara konstitusional yang tertua hal tersebut terbukti dengan adanya dokumen *Magna Charta* 1215.

Negara-negara yang mendasarkan dirinya sebagai demokrasi konstitusional, konstitusi memiliki fungsi yang khas yaitu guna membatasi kekuasaan pemerintah yang sewenang-wenang.⁷⁹ Oleh karenanya dengan demikian diharapkan hak-hak warga negara akan lebih terlindungi. Gagasan ini dinamakan konstitusionalisme. Carl Friederich dalam bukunya *Constitutional Government and Democracy*⁸⁰, *konstitusionalisme* ialah:

Merupakan gagasan bahwa pemerintah merupakan suatu kumpulan kegiatan yang diselenggarakan oleh dan atas nama rakyat, tetapi yang dikenakan beberapa pembatasan yang diharapkan akan menjamin bahwa kekuasaan yang diperlukan untuk pemerintah itu tidak disalahgunakan oleh mereka yang mendapat tugas untuk memerintah.

Kedudukan konstitusi menurut A. Kosasih Djahiri adalah sebagai *formal rules* yang tertinggi dan the formal main standar bagi rule serta kehidupan bangsa dan negara.⁸¹ Konstitusi dalam pandangan Padmo Wahjono selain sebagai dasar daripada semua peraturan (tertulis) yang ada (*Grondnorm*) juga merupakan sumber mengalirnya peraturan perundang-undangan, terutama dilihat dari segi

⁷⁹ Ibid

⁸⁰ Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and democracy : Theory and Practice in Europe and America*, Waltham, mass: Blaidell Publishing Company, 1967. Ibid. hlm.,19.

⁸¹ A. Kosasih Djahiri, Op.Cit. hlm 49.

materi yang diatur.⁸² Secara ringkas konstitusi merupakan sumber hukum (*Ursprangnorm*).⁸³

Naoki Kobayashi sebagaimana dikutip Adnan Buyung Nasution, mengemukakan bahwa Konstitusi membatasi dan mengendalikan kekuasaan politik menjamin hak-hak rakyat. Inilah fungsi inti sebuah Undang-Undang Dasar. Melalui fungsi ini, konstitusi dapat memberi sumbangan pada perkembangan dan pembinaan tatanan politik yang demokratis.

Pentingnya konstitusi tersebut pada tataran esensi konstitusionalisme dan jaminan hak-hak rakyat dapat dikatakan oleh Mahfud MD sebagai⁸⁴: *pertama*, konsep negara hukum yang menyatakan secara universal kewibawaan hukum haruslah mengatasi kekuasaan pemerintah sehingga hukum harus mampu mengontrol dan mengendalikan politik; *kedua*, konsep hak-hak sipil warga negara yang menggariskan adanya kebebasan warga negara dibawah jaminan konstitusi sekaligus adanya pembatasan kekuasaan negara yang dasar legitimasinya hanya dapat diperoleh oleh konstitusi.

Pada prinsipnya konstitusi memiliki tujuan untuk membatasi kesewenangan tindakan pemerintah, menjamin hak-hak yang diperintah dan merumuskan pelaksanaan kekuasaan yang berdaulat.⁸⁵ Pendapat tersebut sesuai dengan oleh Loewenstein dalam bukunya *Political Power and the Governmental Process*,⁸⁶ bahwa konstitusi itu suatu sarana dasar untuk mengawasi proses-proses kekuasaan. Oleh karena itu, setiap konstitusi senantiasa mempunyai dua tujuan:

⁸² Padmo Wahjono, *Perlindungan Hukum di Indonesia*, Indo-Hill Co, Jakarta, 1989, hlm.63.

⁸³ G.S Dipolo., Op.Cit. hlm. 161.

⁸⁴ Moh. Mahfud. MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia; Study tentang Interaksi Politik dan Kehidupan Ketatanegaraan*, Rineka Cipta, Jakarta, 1999, hlm. 144-146.

⁸⁵ Dahlan Thaib, dkk., op.cit, hlm. 24.

⁸⁶ Ibid

- a. Untuk memberikan pembatasan dan pengawasan terhadap kekuasaan politik;
- b. Untuk membebaskan kekuasaan dari control mutlak para penguasa, serta menetapkan bagi para penguasa tersebut batas-batas kekuasaan mereka.

C.F. Strong⁸⁷ memberikan pendapat tentang tujuan konstitusi dengan mengemukakan: *“The object at constitution, in short, are to limit the arbitrary action of the government, to guarantee to the right of the governed, and to define of the sovereign power.* [Tujuan konstitusi adalah untuk membatasi kesewenangan tindakan pemerintah, untuk menjamin hak-hak yang diperintah, dan merumuskan kekuasaan yang berdaulat]. Maurice Haurio sebagaimana dikutip oleh Abu Daud Busroh menyatakan tujuan konstitusi untuk menjaga keseimbangan antara ketertiban masyarakat, kekuasaan dan kebebasan manusia.⁸⁸

Berdasarkan tujuan konstitusi yang diuraikan para pakar diatas, akhirnya penulis mencoba mengemukakan pendapat bahwa secara teoritis dalam penyelenggaraan negara aspek kesewenang-wenangan penguasa sangat mungkin terjadi dan untuk mengendalikan itu semua secara konstitusional peran konstitusi sangatlah dibutuhkan. Tiada lain hal ini berguna untuk menjamin hak-hak yang diatur tegas dalam konstitusi, menunjang penyelenggaraan negara yang lebih baik dari intrik-intrik negatif yang dilakukan penguasa.

Patut untuk dikembangkan bahwa mempelajari kedudukan, fungsi dan tujuan konstitusi seperti uraian diatas sangatlah penting. Memahami akan kedudukan, fungsi dan tujuan konstitusi seharusnya dilakukan secara holistic dan tidak parsial, karena antara ketiganya memiliki hubungan yang sangat erat. Kedudukan

⁸⁷ C.F.Strong., op.cit, hlm. 10.

⁸⁸ Abu Daud Busyroh, Ilmu Negara, op.cit, hlm.99.

konstitusi misalnya kita dapat memahaminya sebagai hukum dasar, dalam fungsinya kita mengerti konstitusi sebagai dokumen formal yang cenderung membatasi dan mengendalikan kekuasaan, sedangkan dalam tataran tujuan kita sadar bahwa konstitusi bertujuan untuk menjaga keseimbangan antara ketertiban, kekuasaan dan kebebasan manusia dalam kehidupan negara.

Keenam adalah tentang klasifikasi Konstitusi. Dalam hal ini, hampir semua negara modern saat ini memiliki konstitusi. Akan tetapi konstitusi yang ada diberbagai negar dapat dipastikan berbeda-beda baik dari segi model, muatan maupun sifatnya. Perbedaan itu tidak lepas dari paham yang dianutnya dalam artian ideology, budaya, latar belakang sejarah dan bahkan falsafah hidup masing-masing negara. Banyak pakar hukum mengklasifikasikan konstitusi menurut cara mereka masing-masing, diantaranya K.C. Wheare dengan *Modern Constitution*-nya, C.F.Strong dalam bukunya *Modern Political Constitution*, James Bryce dalam bukunya *Studies in Hystory and Jurispruedence* dan J.F. Van Maarseveen en var der Tang dalam bukunya *Over het verschijnjel gronwet*. Ada juga pakar hukum tata negara Indonesia Sri Soemantri, Wirjono Prodjodikoro, M. Solly Lubis dan lain-lain dengan masing-masing cara mereka sendiri-sendiri.

Dari sekian banyak penulis diatas, penulis ingin menuliskan kembali apa yang K.C. Wheare tuliskan dalam mengklasifikasi konstitusi, karena penulis menganggap tulisan K.C. Wheare sudah bisa mewakili beberapa tulisan penulis-penulis diatas. Klasifikasi menurut K.C. Wheare diantaranya sebagai berikut⁸⁹:

- a. Konstitusi tertulis dan tidak tertulis (*written constitution and no written constitution*);

⁸⁹ K.C. Wheare, *Modern...* op.cit. hlm 2-31, dikutip dari Dahlan Thaib, dkk, *Teori Konstitusii...* op.cit, hlm. 25.

- b. Konstitusi fleksibel dan konstitusi rigid (*flexible constitution and rigid constitution*);
- c. Konstitusi derajat tinggi dan konstitusi tidak berderajat tinggi (*supreme constitution and not supreme constitution*);
- d. Konstitusi serikat dan konstitusi federal (*federal constitution and unitary constitution*); dan
- e. Konstitusi sistem pemerintahan presidensial dan konstitusi pemerintahan parlementer (*presidential and parliamentary constitution*).

Berikut penjelasan dari apa yang diklasifikasikan K.C. Wheare diatas:

Pertama, yang dimaksudkan konstitusi tertulis adalah konstitusi yang dituangkan kedalam sebuah dokumen atau dokumen formal. Sedangkan tidak tertulis tidak dituangkan kedalam dokumen formal, semisal di Inggris, Israel dan New Zealand.

Kedua, konstitusi flexible itu konstitusi yang bisa diubah, sedangkan konstitusi yang rigid adalah konstitusi yang prosedur perubahannya sulit dilakukan. Dalam konteks realita UUD 1945 tergolong dalam konstitusi yang rigid.

Ketiga, konstitusi derajat tinggi yaitu konstitusi yang mempunyai kedudukan tertinggi dalam negara. Dari segi bentuk konstitusi ini diatas peraturan perundang-undangan yang lain. Syarat perubahannya lebih sulit dari pada perubahan yang lain. Sedangkan konstitusi yang tidak memiliki derajat tertinggi yaitu konstitusi yang tidak mempunyai kedudukan dan syarat perubahan yang sama dipakai untuk mengubah peraturan-peraturan lain.

Keempat, konstitusi serikat yaitu konstitusi yang berkaitan dengan bentuk suatu negara. Jika negara bentuknya serikat maka akan didapatkan sistem pembagian kekuasaan antara pemerintahan pusat dengan pemerintahan negara bagiannya serta pembagiannya dapat ditemukan dalam konstitusi itu. Dalam negara kesatuan pembagian seperti di negara serikat tidak akan dijumpai, karena

kekuasaan tersentralkan di pemerintahan pusat, walaupun dikenal dalam negara kesatuan sistem desentralisasi.

Kelima, konstitusi menurut sistem pemerintahan presidensial dan sistem parlementer. C.F. Strong mengemukakan bahwa di negara di dunia ini setidaknya akan dijumpai dua sistem pemerintahan yaitu presidensial dan parlementer.

Sistem pemerintahan presidensial memiliki cirri-ciri:

- a. Di samping mempunyai kekuasaan nominal sebagai kepala negara, presiden juga berkedudukan sebagai kepala pemerintahan (yang belakang lebih dominan);
- b. Presiden tidak dipilih oleh pemegang kekuasaan legislatif, akan tetapi dipilih langsung oleh rakyat;
- c. Presiden tidak termasuk pemegang kekuasaan legislatif;
- d. Presiden tidak dapat membubarkan pemegang kekuasaan legislatif dan tidak memerintahkan diadakan pemilihan.

Konstitusi yang memuat beberapa ciri diatas dapat dikatakan sebagai konstitusi sistem pemerintahan presidensial.

Sedangkan cirri-ciri sistem pemerintahan parlemanter adalah sebagai berikut:

- a. Kabinet yang dipilih oleh perdana menteri dibentuk atau berlandaskan kekuatan-kekuatan yang menguasai parlemen;
- b. Para anggota kabinet mungkin seluruhnya, mungkin sebagian adalah anggota parlemen;
- c. Perdana menteri bersama kabinet bertanggung jawab kepada parlemen; dan
- d. Kepala negara dengan saran atau nasihat perdana menteri dapat membubarkan parlemen dan memerintahkan diadakan pemilihan umum.

Konstitusi yang memuat beberapa cirri diatas dapat dikatakan konstitusi sistem parlementer.

Berdasarkan klasifikasi konstitusi diatas, UUD 1945 dapat dikatakan sebagai dalam klasifikasi konstitusi yang rigid, konstitusi yang tertulis, konstitusi yang

berderajat tertinggi, konstitusi kesatuan, dan terakhir konstitusi yang menganut sistem campuran karena UUD 1945 disamping mengatur cirri-ciri pemerintahan presidensial juga mengatur sistem pemerintahan parlementer. Penyebutannya yang terakhir menunjukkan akan keunikan negara Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

c. Teori Pengujian Konstitusional

Pengujian konstitusional seperti yang telah diuraikan pada awal penulisan ini memang merupakan sebuah sistem. Sistem ini diperuntukan guna menyelesaikan konflik antar norma hukum terhadap Konstitusi dan beberapa tindakan hukum tertentu untuk disesuaikan dengan esensi Konstitusi. Untuk lebih jelasnya lagi, penulis akan mengutip ulang tentang apa yang disampaikan oleh G. Harutyunyan dan A. Mavcic seperti dalam uraian berikut⁹⁰:

*What is then the constitutional review as a sistem? More often than not many authors circumvent this issue by silence or by identifying it with the judiciary sistem of judicial review. We shall return to diverse aspects of this issue further on two significant points need to be noted here. **First of all**, the constitutional review is not restricted only by the framework of judicial review. What also needs to be considered is the functional role of the legislative and executive authorities, and the order and traditions of retaining the moral, national and spiritual values. **Secondly**, the constitutional review, taken as a sistem, as a totality of complex and harmonically interacting bodies having differing powers, can exist and efficiently function only with certain preconditions. Those having prominence include: the constitutional adjustment of public relations, the establishment of democratic principles of the development of society (this type of sistem is meaningless at the time of revolutions or dictatorships), independence of review, its universal character, accessibility to the members of the society, openness of the constitutional review, etc.*

Dari apa yang diuraikan diatas, kemudian penulis mengambil dua hal pokok mendasar yang perlu diperhatikan, Dua hal itu adalah: *pertama*, walaupun ada

⁹⁰ *Ibid*, hlm. 8.

hubungan khusus antara *constitutional review* atau pengujian konstitusional dengan *judicial review* (pengujian oleh lembaga peradilan), namun tidak tepat jika mengatakan *constitutional review* hanya dibatasi dalam kerangka (*frame work*) *judicial review* semata, akan tetapi hal ini dapat saja diperankan oleh lembaga eksekutif atau oleh lembaga yang lainnya pula; *kedua*, *constitutional review* dikatakan sebagai sistem dalam hal sedemikian, sistem itu akan eksis dan efektif fungsinya tergantung prasyarat kondisi tertentu, misalnya pembagian atau pemisahan kekuasaan dalam negara, prinsip dan pelaksanaan demokrasi yang berlaku di suatu negara, independensi pelaksanaan pengujian konstitusional, *access* atau akses yang terbuka untuk melakukan pengujian konstitusional bagi seluruh warganya dan prasyarat-prasyarat yang lainnya. Maka oleh karenanya secara sederhana sistem pengujian konstitusional itu merupakan sistem terbuka yang memperkenankan negara dapat mengadopsi secara tersendiri sistem pengujian konstitusionalnya.

Pada tataran konseptual banyak ilmuwan yang mendefinisikan tentang *constitutional review*, misalnya, Alec Stone-Sweet yang menyatakan: “...*is the authority of an institution to invalidate the act of government-such as legislation, administrative decisions, and judicial rulings-on the grounds that these act have violated constitutional rules, including right.*”⁹¹ Secara lugas Tom Ginsburg & Mila Versteeg juga menyatakan bahwa “*Constitutional review, which we define as the formal power of a local court or court-like body to set aside or strike legislation for incompatibility with the national constitution.*”⁹² Secara sederhana kemudian penulis

⁹¹ Lihat, Alec Stone-Sweet, *Governing with Judge-Constitutional Politic in Europe*, (Oxford: Oxford University Press, 2000), hlm.21

⁹² Lihat, Tom Ginsburg and Mila Versteeg, *Why Do Countries Adopt Constitutional Review*, hlm. 4. Paper diunduh dari http://www.utexas.edu/law/colloquium/papers-public/2012-2013/09-24-12_Why%20Do%20Countries%20Adopt%20Constitutional%20Reviews.pdf. Diakses pada, 10 November 2012

berpandangan bahwa, “Pengujian Konstitusional” adalah merupakan suatu mekanisme untuk menguji “konstitusionalitas” materi suatu produk hukum atau prosedur pembentukannya dan juga dapat digunakan sebagai sebuah mekanisme untuk menguji “konstitusionalitas” suatu tindakan hukum tertentu (tergantung bagaimana suatu negara memberdayakan dan mengaturnya).

Pandangan penulis akan pengujian konstitusional (khususnya pada kata konstitusionalitas) seperti uraian diatas bukanlah tanpa sebab, penulis terilhami pada sebuah kata, yaitu apa itu “*constitutionality*”? Kata ini pada dasarnya memang selalu muncul dan selalu ditulis oleh beberapa penulis dalam kaitannya dengan sebuah tulisan dengan tema “pengujian norma hukum dan konstitusi” yang lawan katanya biasa disebut ‘*unconstitutionality*’ atau inkonstitusionalitas. Akan tetapi yang menjadi keprihatinan bersama adalah, walaupun telah banyak dijumpai tulisan dengan tema dasar semacam itu, kebanyakan penulisnya enggan untuk menguraikan apa itu konstitusionalitas atau bahkan diantaranya mendiamkan diri untuk tidak menguraikan hal itu. Terlebih-lebih kata “*constitutionality*” atau padanannya, sejauh penelusuran penulis memang tidak dijumpai pengaturannya dalam UU tentang MK. Atas hal sedemikian, baru-baru ini peristiwa konkrit yang menggambarkan ketidakpahaman dan ketidaktahuan dengan kata “konstitusionalitas” itu realitanya sungguh memang terjadi di Indonesia.⁹³

Atas dasar hal itu, penulis kemudian mencoba mengkonsepsikan apa itu konstitusionalitas, untuk memudahkan kajian ini. *Constitutionality* menurut kamus

⁹³ Ada dua tokoh partai politik (parpol), anggota DPR, dan mantan anggota DPR tidak paham perbedaan antara masalah konstitusionalitas dan masalah legalitas. Baca essay Mahfud MD, *Masalah Konstitusionalitas dan Legalitas*, dalam Harian Seputar Indonesia Edisi Cetak, Sabtu 9 Juni 2012.

Merriam-Webster Dictionary adalah:⁹⁴ “*is the condition of acting in accordance with an applicable constitution; the status of a law, a procedure, or an act's accordance with the laws or guidelines set forth in the applicable constitution*”. Berdasarkan definisi tersebut, kemudian penulis merumuskan konsep bahwa konstusionalitas itu merupakan suatu kondisi bertindak sesuai dengan konstitusi yang berlaku, baik itu dalam hal suatu materi hukum, prosedur pembentukan hukum, dan tindakan-tindakan nyata elemen dalam negara yang sesuai dengan konstitusi. Sehingga konstusionalitas itu terdapat tiga elemen, yaitu: materi hukum, prosedur pembentukan hukum dan tindakan-tindakan yang sesuai dengan Konstitusi.

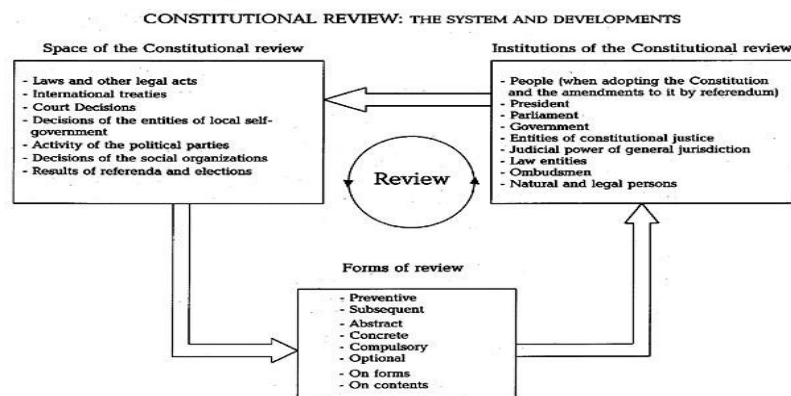
Kembali pada pembahasan pengujian konstusional. Istilah *Constitutional review* atau pengujian konstusional jelaslah berbeda dengan *judicial review*. Perbedaan itu dikarenakan dua alasan, yaitu: *pertama*, *constitutional review* selain dilakukan oleh hakim dapat pula dilakukan oleh lembaga selain hakim atau pengadilan, tergantung kepada lembaga mana UUD memberikan kewenangan untuk melakukannya; *kedua*, dalam konsep “*Judicial Review*” terkait pula pengertian yang lebih luas objeknya, misalnya mencakup soal legalitas peraturan di bawah UU terhadap UU, sedangkan “*constitutional review*” hanya menyangkut pengujian konstusionalnya, yaitu terhadap UUD.⁹⁵ Oleh karenanya pengujian konstusional itu tergantung bagaimana UUD sebuah negara memberikan kewenangan untuk itu kepada lembaga-lembaga negara tertentu. Namun walaupun sedemikian, Negara Amerika yang tidak mencantumkan pengujian Konstusional dalam Konstitusinya akan tetapi di Amerika ide ini juga dapat diterima.

⁹⁴ Lihat: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/constitutionality>, diakses tanggal 10 November 2012

⁹⁵ Jimly As-Shiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstusional di Berbagai Negara*, (Jakarta: Sinar Grafika: Cet I, 2010), hlm.6

Pada praktik di berbagai negara, *constitutional review* itu memang tidak hanya saja pada persoalan pengujian materi atau prosedur pembentukan suatu undang-undang belaka. Lebih dari pada itu *constitutional review* itu bisa mencakup juga permasalahan-permasalahan konkrit yang berkaitan erat dengan konstitusi. Misalnya pengaduan konstitusional, yang hal ini tidak dikenal di dalam mekanisme pengujian konstitusional di Indonesia. Untuk lebih jelasnya lihat gambar berikut ini.

Gambar 1
Sistem Pengujian Konstitusional⁹⁶



Dari table yang ada diatas diperoleh gambaran tentang *sistem of constitutional review*. *Constitutional review* itu merupakan suatu mekanisme bagi pemilik hak (pemilik *legal standing*⁹⁷) untuk mengujikan apakah sesuai dengan konstitusi apa tidak suatu status norma hukum perundang-undangan (baik materi ataupun prosedur), suatu perjanjian internasional, putusan pengadilan, aktifitas pesta politik, putusan organisasi social dan permasalahan hasil referendum dan pemilihan umum itu.

Lebih lanjut dari table diatas dapat dilihat *form* (bentuk) pengujian konstitusional yang beragam. Salah satu misalnya adalah dalam hal *power*

⁹⁶ Lihat G. Harutyunyan and A Mavcic, *op.Cit. Hlm.10*

⁹⁷ Pada table tersebut legal standing dimiliki oleh, individu-individu (perorangan), Presiden, Pihak Parlemen, pemerintah, *Entities of Constitutional Justice*, lembaga peradilan umum, masyarakat hukum dan lain-lain.

(kekuasaan) lembaga penguji, yang dapat dilihat dari segi *Preventative (A Prior) Review* dan *Repressive (A Posteriori) Review*. Untuk lebih jelas lihat table berikut.

Tabel 1
Karakter dan Objek Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara⁹⁸

Karakter Pengujian	Objek Pengujian
<p>Dalam hal norma hukum sebelum disyahkan, pemeriksaanya disebut:</p> <p style="text-align: center;"><i>Preventative (A Prior) Review</i></p>	<p>Objek pengujiannya adalah:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) <i>Constitutional Provision</i> (Konstitusi Negara Bagian); b) <i>International Treatis</i> (Perjanjian Internasional); c) <i>Statutes</i> (UU); d) <i>Regulation</i> (Peraturan perundang-undangan); e) <i>Act of The Head of State</i> (Peraturan Kepala Negara/Pemerintahan); f) <i>Act of Territorial Unit</i> (Peraturan Pemimpin Negara Bagian); g) <i>Other Regulation: Budget Act, Parliamentary Internal Regulation</i> (Peraturan lainnya semisal Rancangan Anggaran, Peraturan internal Parlemen).
<p>Dalam hal norma hukum setelah diundangkan, pemeriksaanya disebut:</p> <p style="text-align: center;"><i>Repressive (A Posteriori) Review</i></p> <p>yang diklasifikasikan kedalam:</p> <p style="text-align: center;"><i>Abstrak review dan concrete review</i></p>	<p>- Untuk abstrak review dilakukan untuk :</p> <ol style="list-style-type: none"> a) <i>Concerning- the Constitution, constitutional amendments, or basic constitutional Provisions</i> (Mengenai Konstitusi, amandemen konstitusi, atau Ketentuan konstitusi negara-negara bagian); b) <i>International agreements (including agreements between the Federal State and federal entities)</i> Perjanjian internasional (termasuk perjanjian antara Negara Federal dan entitas federal); c) <i>Statutes</i> (UU); d) <i>Resolutions of the Parliament</i> (Keputusan Parlemen); e) <i>Regulation</i> (Peraturan perundang-undangan); f) <i>Acts of the Head of State</i> (Peraturan Kepala Negara); g) <i>Rules and other acts of national administrative units (federal member states, (autonomous) Provinces, local</i>

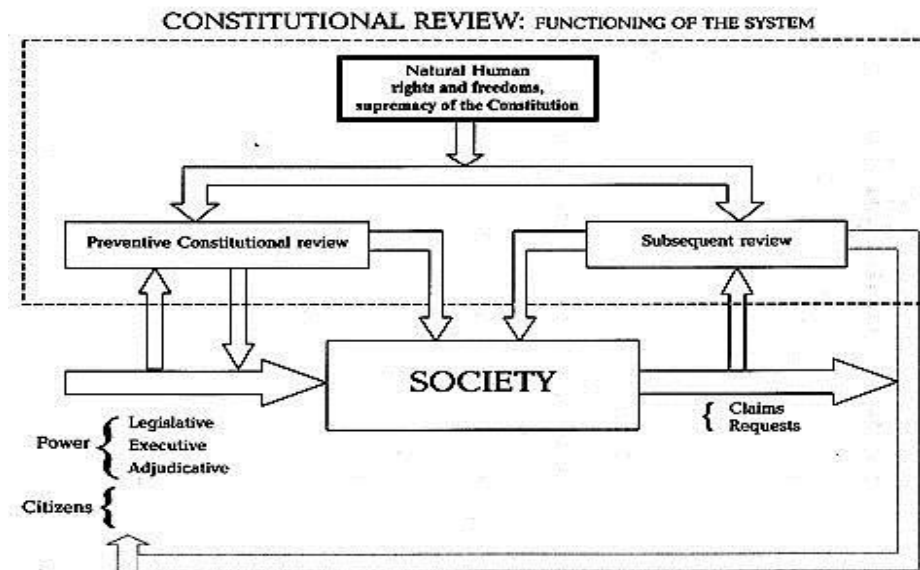
⁹⁸ Tabel disusun dari penelitian G Harutyunyan dan A Mavcic, *Ibid*.

	<p><i>communities, etc.</i>) (Aturan dan tindakan-tindakan lain dari unit administrasi nasional (negara-negara anggota federal, (otonom) Provinsi, masyarakat lokal, dll);</p> <p>h) <i>Proclaimed regulatory measures of statutory authorities</i> (Menyatakan peraturan ukuran otoritas hukum);</p> <p>i) <i>The conformity of national legal norms with international agreements</i> (Kesesuaian norma hukum nasional dengan perjanjian internasional);</p> <p>j) <i>Regional agreements</i> (Perjanjian regional);</p> <p>k) dan <i>Other rules</i>;</p> <p>- Untuk <i>concrete review</i>: dilakukan atas dasar permintaan <i>ordinary judge</i>.</p>
--	--

Oleh karena itu, secara teoritis sederhananya pengujian konstitusional itu dilakukan agar supaya prinsip supremasi konstitusi itu tetap selalu terjaga, dan itulah fungsi asli dari adanya mekanisme *constitutional review*. Hal ini dinyatakan oleh Harutyunyan dan A Mavcic dengan mengatakan bahwa: *The top principle of existence and functioning of the democratic society and a state governed by the Rule of Law is the supremacy of the Constitution, which is at the same time the principal concept of constitutional review* (Prinsip yang utama, eksistensi dan fungsi demokrasi dan negara berdasarkan hukum (yang memerintah adalah hukum) itu adalah supremasi konstitusi, yang dimana pada saat bersamaan, prinsip itu sama dengan prinsip pengujian konstitusional).⁹⁹ Disamping untuk mewujudkan prinsip supremasi, sistem pengujian konstitusional secara bersamaan juga dapat melindungi secara umum akan hak-hak fundamental yang ada dalam konstitusi. Untuk lebih jelasnya fungsi pengujian konstitusional lihat gambar II berikut ini:

⁹⁹ *Ibid*, hlm.8.

Gambar 2
Fungsi Pengujian Konstitusional¹⁰⁰



Pertanyaan yang kemudian dapat diajukan adalah, apa itu supremasi konstitusi?. Supremasi konstitusi merupakan suatu keadaan untuk menempatkan sebuah Konstitusi dalam pemberlakuannya di suatu negara pada tataran yang “*supreme*” atau tertinggi, baik secara normatif maupun empiris.¹⁰¹ Supremasi hukum itu pada dasarnya berprinsip bahwa semua masalah haruslah dapat diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman dan peraturan tertinggi yang harus ditaati. Pengakuan secara normatif mengenai supremasi hukum terwujud dalam pembentukan norma hukum yang secara hirarkis yang berpuncak pada supremasi konstitusi. Sedangkan pengakuan secara empiris terwujud dalam perilaku elemen negara yang mendasarkan diri pada aturan hukum yang berpuncak pula pada supremasi konstitusi.

Kemudian, untuk memperdalam pemahaman fungsi pengujian konstitusional, penulis akan menyitir sedikit tentang apa yang diuraikan Kelsen

¹⁰⁰ *Ibid*, hlm. 163.

¹⁰¹ Lihat Jimly As-shiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Edisi Revisi, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hlm.154

dalam buku '*Pure Theory of Law*'. Kelsen menyatakan¹⁰²: "*Since the legal order represents a hierarchy of superordinated and subordinated, and since a norm belongs to a certain legal order only because and so far as it is in accord with the higher norm that determines its creation, the problem arises of a possible conflict between a higher and a lower norm*". Satu hal yang menarik tentang apa yang dikemukakan Kelsen itu adalah, sejak hukum diwujudkan dalam tatanan *hierarki* yang didalamnya menghendaki adanya klasifikasi norma, yaitu: norma dengan kedudukan tertinggi dan norma yang kedudukannya berada dibawah norma yang tertinggi, permasalahan yang timbul dari hal itu adalah kemungkinan terjadinya konflik antara norma yang lebih tinggi dengan norma yang lebih rendah. Apabila perihal konflik semacam ini dibiarkan terjadi, maka tatanan hukum dalam penerpannya bukanlah sebuah tatanan yang dapat ditegakkan.

Secara teoritis Kelsen lebih lanjut menyatakan, apabila terjadi konflik antar norma hokum itu, terhadapnya dapat dilakukan pengujian (*toetsing* atau *review*). Pengujian dapat dijalankan melalui cara yang biasa (*ordinary way*), yaitu dengan mengeluarkan norma hokum (perundang-undangan) baru oleh organ yang berwenang melakukan pembentukan undang-undang dan dapat dijalankan dengan cara yang luar biasa (*extra ordinary way*) yaitu, melalui penunjukan kepada organ tersendiri melalui konstitusi.¹⁰³ Mekanisme pengujian itu dalam prakteknya diberbagai negara, dapat dikelompokkan kedalam dua hal, yaitu mekanisme *constitutional review* dan/ atau *judicial review*. Kedua hal itu pada dasarnya memiliki prinsip yang berbeda, namun keduanya merupakan satu yaitu mekanisme "pengujian norma hukum".

¹⁰² Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg , et.al, (New York: 1973), hlm.155

¹⁰³ *Ibid* 159

Gagasan fundamental dari pemikiran Kelsen (1920) seperti yang telah diuraikan diatas, diilhami dari adanya sebuah konstitusi atau hukum dasar yang menghendaki bahwa konstitusi merupakan hukum yang tertinggi.¹⁰⁴ Gagasan yang sejalan dengan pemikiran Kelsen ini, pernah lebih dahulu dipraktikkan oleh Jhon Marshall di Amerika Serikat atau bahkan gagasan Abbe de Sieyes di Perancis yang mengusulkan untuk membentuk *jurie constitutionare* (juri konstitusional)¹⁰⁵ jauh-jauh hari pada tahun 1775.

Dalam praktiknya, kompleksitas pelebagaan *constitutional review* di berbagai negara itu kemudian diwujudkan dalam beragam model. Model *constitutional review* dan *judicial review* itu, dan untuk selanjutnya secara umum dapat ditelusuri dalam Fase Sejarah seperti dalam uraian pada bab II.

Setelah kita memahami tentang pengujian konstitusional, selanjutnya akan dibahas lebih spesifik terkait *acces to constitutional review* atau akses untuk dilakukannya pengujian konstitusional. Dalam hal akses ini, pada dasarnya dapat dibagi kedalam dua hal, yakni *direct acces* dan *indirect acces*. *Direct acces* menghendaki individu dapat langsung menuju Mahkamah untuk mengajukan

¹⁰⁴ Dalam hal ini lihat kembali gagasan asli Jhon Marshall yang menghendaki ide “suprerioritas konstitusi” dan Hans Kelsen yang menghendaki adanya prinsip “norma hukum berjenjang”. Ide Marshall ini tumbuh subur di Amerika Serikat yang masyhur dikenal dengan nama “*American Judicial Review Model’s*” dan ide Kelsen masyhur dikenal dengan sebutan “*Kelsenian Model of constitutional review atau Kelsen’s concept*”. Oleh karena gagasan keduanya itu, Beccaria, Condect dan Kant, ketiganya menyepakati bahwa gagasan Marshal dan Kelsen itu merupakan ‘Silogisme konstitusional’ yang dimana dapat diartikan sebagai konklusi logis yang lahir dari dua alasan mendasar. Pertama, norma konstitusional adalah *primary rule (mayor)*, dan; kedua, norma pertama atau mayor itu adalah alasan yang selanjutnya menggiring undang-undang atau peraturan lainnya menempati posisi *secondary rule (minor)*. Lihat: Jhon Ferejhon and Pasquale Pasquino, *Constitutional Adjudication; Lesson from Europe*, Makalah disampaikan pada Place Main Hall, German Culture Centre (Goethe Institute Tokyo, OAG Haus), 24 Agustus 2004, hlm.12. dalam Ahmad Syahrizal, *op.cit*, hlm 3

¹⁰⁵ Jhon Bell, *French Constitutional Law*, (New York:Oxford University Press, 1992), hlm.21

claim, sedangkan *indirect acces* mengharuskan *claim* ke Mahkamah melalui tangan lembaga tertentu. Untuk lebih jelasnya kita pahami uraian berikut.¹⁰⁶

*Indirect access means that any individual question reaches the constitutional court for adjudication through the intermediary of another body, whereas direct access comprises all legal means given to individuals to directly petition the constitutional court without the intervention of a third body.*¹⁰⁷ (Akses tidak langsung berarti bahwa setiap pertanyaan individu mencapai mahkamah konstitusi untuk adjudikasi melalui perantara suatu lembaga, sedangkan akses langsung terdiri dari semua sarana hukum yang diberikan kepada individu untuk langsung mengajukan petisi kepada pengadilan konstitusional tanpa intervensi dari tubuh ketiga).

Dari *direct* dan *indirect acces* itu kemudian di Eropa dalam praktiknya muncul pola type-type akses yang amat beragam.

Indirect acces, di beberapa negara di Eropa ada yang menunjuk sebuah organ negara misalnya *ombudperson*¹⁰⁸, *ombudsman* atau bahkan pengadilan biasa yang berhak mewakili kepentingan individu. Mekanisme yang bisa digunakan dapat disebut dengan istilah *Preliminary ruling procedures* yang biasanya terhubung dengan kasus yang nyata (*related concrete case*), mekanisme itu lebih konkritnya adalah *Preliminary request*¹⁰⁹ dan *Exception/ objection of unconstitutionality*.

¹⁰⁶ G. Harutyunyan, et.al, “*Draft Study on Individual Acces to Constitutional Justice*”, *op.cit*, hlm, 16.

¹⁰⁷ *Ibid*

¹⁰⁸ *Ombudperson* merupakan sebuah lembaga yang ditunjuk oleh parlemen nasional dalam hal ini biasanya bertindak sebagai mediator atau komisioner parlemen. *Ombudperson* ini independen dan tidak memihak. Di banyak negara, *ombudperson* diposisikan sebagai pelindung hak asasi manusia (Advokat Rakyat dan lain-lain) yang berfungsi untuk menemukan solusi yang layak ketika pelanggaran HAM telah terjadi. *Venice commission* bahkan pada tataran ini merekomendasikan: “*Ombudsman* atau *Human Rights Defender* ini dengan mandat untuk dapat akses ke mahkamah konstitusi untuk mengajukan *abstrak review* atas pertanyaan mengenai konstitusionalitas undang-undang dan peraturan yang lain atau tindakan administrasi yang mengangkat isu-isu yang mempengaruhi hak asasi manusia dan kebebasan warga negara. Rekomendasi itu berbunyi, *The Venice Commission recommends that “the mandate of the Ombudsman or Human Rights Defender should include the possibility of applying to the constitutional court of the country for an abstract judgment on questions concerning the constitutionality of laws and regulations or general administrative acts which raise issues affecting human rights and freedoms, ibid.*”

¹⁰⁹ *Preliminary request* ini di Jerman dapat disebut *concrete review*.

Preliminary request, merupakan mekanisme bagi peradilan umum (*ordinary court*) yang meragukan sebuah norma hukum yang terhubung dalam tindakan kongkrit tertentu melanggar ketentuan yang dalam konstitusi kepada peradilan konstitusi. Sedangkan, *Exception or objection of unconstitutionality* merupakan suatu penolakan unkonstitusionalitas suatu norma hukum yang didakwakan kepadanya dalam *preliminary ruling procedure* di pengadilan umum.¹¹⁰

Sedangkan pada tataran *direct acces*, ada dua hal, yakni: *pertama*, yang terhubung dengan suatu yang “*abstract*” (*review not related to a specific case*) atau sebuah mekanisme pengujian yang tidak dihubungkan dengan kasus kongkrit yang spesifik) dan biasanya suatu yang “*abstrak*” itu dirujuk ke suatu aturan hukum (*normative*);¹¹¹ *kedua*, terhubung dengan *individual complaint/related to a concrete case* atau pengaduan individu yang terhubung pula dengan kasus kongkrit¹¹².

Untuk lebih mudah memahami *type of acces* yang telah diuraikan di atas, lihat tabel berikut ini:

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Ada tiga mekanisme yang bisa digunakan yakni: *actio popularis*, *quasi actio popularis* and *legal interest dan individual suggestion*.

¹¹² *Individual complaint* ini ada dua hal, yakni melawan *normative act* dan *individual act*. *Normative act* itu bisa *normative constitutional complaint*, dan sedangkan *individual act* bisa berupa *amparo* (Spanyol) atau *full constitutional complaint* (Jerman).

Tabel 2
Type Of Acces (Tipe Akses) di Eropa¹¹³

INDIRECT		DIRECT								
Related to Concrete Case		Abstract			Individual complaint/related to a concrete case					
Preliminary ruling procedures					Against normative act			Against Individual act		
Ombudsperson	Preliminary request	Actio popularis	Quasi actio popularis / legal interest	Individual suggestion	normative constitutional complaint	Russia: Individual complaint	Ukraine: Constitutional petition/submission	Amparo	Constitutional revision	Full constitutional complaint
	Exception/objection of unconstitutionality									

2. Landasan Konsepsional

Untuk menghindari kerancuan istilah dan pengertian suatu kata atau kalimat, maka diperlukan penegasan atas beberapa istilah tertentu, diantaranya adalah:

a. Pengujian Konstitusional.

kata pengujian konstitusional, yang dimaksud dari hal itu adalah tindakan untuk menguji konstitusionalitas. Konstitusionalitas itu merupakan suatu kondisi bertindak yang sesuai dengan konstitusi yang berlaku; baik itu dalam hal suatu materi hukum, prosedur pembentukan hukum, dan tindakan-tindakan nyata elemen dalam negara yang sesuai dengan konstitusi, sehingga konstitusionalitas

¹¹³ G. Harutyunyan, et.al, "Draft Study on Individual Acces to Constitutional Justice",.ibid, hlm.16.

itu terdapat tiga hal pokok, yaitu: materi hukum, prosedur pembentukan hukum dan tindakan-tindakan.

b. Akses Individual

Akses individual ini di Eropa dikonsepsikan dengan istilah “*individual acces*”. Akses individual yang dimaksud dalam kajian ini adalah suatu hal dimana seseorang dapat mengajukan permohonan pengujian konstitusional ke Peradilan Konstitusi. *Individual acces* ini dibagi menjadi dua, yakni *direct acces* dan *indirect acces*. *Direct access* memperkenankan individu langsung untuk pengujian konstitusional ke Peradilan Konstitusi, sedangkan *indirect access* mengharuskan pengujian konstitusional diwakilkan oleh lembaga tertentu, misalnya *ombudsperson* di beberapa negara Eropa. Tidak semua akses individual akan dikaji dalam penelitian ini, namun hanya yang berhubungan dengan mempertahankan hak-hak dasarnya saja yang dikaji dalam penelitian ini.

c. Konstitusi.

Yang dimaksud konstitusi adalah hukum dasar yang menjadi pegangan dalam penyelenggaraan negara. Dalam penelitian ini konstitusi yang dikaji adalah konstitusi UUD 1945 pasca diamandemen untuk Negara Indonesia. Konstitusi Basic Law 1949 untuk Negara Jerman.

d. Hak-hak Dasar

Hak-hak dasar yang dimaksud dalam penelitian ini adalah hak-hak yang diatur didalam konstitusi yang dimaksudkan. Hak-hak dasar itu kadang dipertukarkan penyebutannya dalam penelitian ini sebagai hak-hak konstitusional.

e. Pengaturan

Yang dimaksud “pengaturan” dalam kajian ini adalah suatu cara atau perbuatan untuk mengatur yang diwujudkan dalam hukum positif agar tertata sesuai dengan tempat dan fungsinya.

F. Metode Penelitian

1. Jenis dan Pendekatan Penelitian

Penelitian ini adalah penelitian hukum. Lebih spesifiknya jenis penelitian ini adalah penelitian hukum normatif atau doktrinal. Hutchinson sebagaimana dikutip Peter Mahmud Marzuki mendefinisikan penelitian hukum doktrinal sebagai berikut:

“Doctrinal Research: Research which provides a systematic exposition of rules governing a particular legal category, analyses the relationship between rules, explain areas of difficulty and perhaps, predict future development. (Terjemahan bebas: Penelitian Doktrinal merupakan penelitian yang diarahkan pada mengupas sistematis aturan yang mengatur suatu kategori hukum tertentu, menganalisis hubungan antara peraturan dengan kategori hukum itu, menjelaskan daerah kesulitan yang ditemui dalam aturan dan sehingga diharapkan dapat digunakan memprediksi perkembangannya)” .

Oleh karenanya pendekatan yang dapat digunakan dalam penelitian ini (yang dikaitkan dengan objek penelitian) ialah pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan sejarah dan pendekatan perbandingan hukum (*comparative law*).¹¹⁴

Pendekatan perbandingan hukum yang dapat dilakukan adalah dengan memfokuskan perhatian kepada “*macro-comparison*” dan/ atau “*micro-*

¹¹⁴ Pendekatan dalam penelitian hukum digunakan untuk mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu yang sedang dicoba untuk dicari jawabannya. Pendekatan undang-undang dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkut paut dengan isu hukum yang sedang diteliti. Sedangkan pendekatan sejarah dapat dilakukan dengan menelaah latar belakang perkembangan mengenai isu yang dihadapi. Lihat, Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007), Cet Ke III, hlm 93-137. Lebih lanjut mengenai pendekatan perbandingan hukum digunakan untuk menemukan jawaban atas beberapa pertanyaan yang tidak terjawab dengan pendekatan UU. Lihat juga, Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law*, 3d ed., (Oxford: Clarendon Press, 1998), hlm. 15

comparison".¹¹⁵ Pertama (*"macro-comparison"*), melibatkan kajian pada perbandingan dari dua keluarga sistem hukum yang luas (misalnya sistem hukum Indonesia (*civil law*) dengan sistem hukum Singapura (*common law*)), sedangkan yang kedua *"micro-comparison"* lebih spesifik lagi dari yang pertama, yakni dengan mengambil salah satu dari keluarga sistem hukum tertentu. Misalnya dalam rumpun keluarga *civil law* yang dianut oleh negara Indonesia dan Belanda, difokuskan untuk membandingkan atas konsep hukumnya tentang hak asuh anak di dua negara itu. Dan pada penelitian ini lebih menitikberatkan dan memfokuskan pada *"micro-comparison"*, yang membandingkan tentang akses individual dalam sistem pengujian konstitusional antara Jerman dengan Indonesia.

2. Objek Penelitian.

Objek penelitian ini adalah pengaturan akses individual ke peradilan konstitusi dalam memperthankan hak-hak dasarnya di Negara Jerman dan Indonesia.

3. Bahan Hukum

Penelitian hukum memerlukan sumber-sumber penelitian untuk memecahkan isu hukum dan sekaligus memberikan preskripsi mengenai apa yang seyogyanya.¹¹⁶ Sumber-sumber penelitian hukum dapat dibedakan menjadi sumber-sumber penelitian yang berupa bahan-bahan hukum primer dan bahan-bahan hukum sekunder.

a. Bahan-bahan hukum primer

¹¹⁵ Lihat, Ridwan Khairandy, *Comparative Legal Sistem*, artikel dalam <http://ridwankhairandy.staff.uui.ac.id/2012/01/14/materi-kuliah-perbandingan-hukum-comparative-law/>, lihat pula dalam Church and Edwards, *"Comparative law/Comparative method"* in Hosten et al, *Introduction to South African Law and Legal Theory* (Butterworths, 1995), hlm. 1261-1270 dalam TJ Scott, *the Comparative Methode of Legal Research*, artikel dalam web.up.ac.za

¹¹⁶ *Ibid.*

Yang dimaksud bahan hukum primer adalah merupakan bahan hukum yang bersifat *autoritatif*, artinya bahan hukum yang mempunyai otoritas. Bahan-bahan hukum primer dalam penelitian ini meliputi perundang-undangan dan catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan. Secara eksplisit dalam penelitian ini, bahan hukum primer-nya terdiri atas: Undang-Undang Dasar 1945 dan Risalah pembentukannya, Konstitusi atau UUD beberapa negara terpilih serta Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi dan peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan objek kajian penelitian ini.

b. Bahan-bahan hukum sekunder

Yang merupakan bahan yang memberikan kepada peneliti semacam “petunjuk” ke arah mana peneliti melangkah. Sehingga bahan hukum ini juga dapat memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer. Bahan hukum sekunder yang terutama dalam penelitian ini adalah bahan-bahan hukum yang termasuk jurnal, skripsi, tesis, disertasi hukum dan literatur hukum lainnya yang relevan dengan permasalahan yang dibahas. Disamping itu bahan hukum sekunder lainnya dapat berupa kamus-kamus hukum dan komentar-komentar atas putusan pengadilan.

4. Pengolahan dan Penyajian Bahan Hukum

Pengolahan dan penyajian bahan hukum dalam penelitian hukum ini perlu dilakukan langkah-langkah yaitu: *pertama*, mengidentifikasi fakta hukum dan mengeliminir hal-hal yang tidak relevan untuk menetapkan isu hukum yang hendak dipecahkan; *kedua*, pengumpulan bahan-bahan hukum dan sekiranya dipandang mempunyai relevansi juga dapat dilakukan pengumpulan atas bahan-bahan non hukum; *ketiga*, melakukan telaah atas isu hukum yang diajukan

berdasarkan bahan-bahan hukum yang telah dikumpulkan; *keempat*, menarik kesimpulan dalam bentuk argumentasi yang menjawab isu hukum; dan *kelima*, memberikan preskripsi berdasarkan argumentasi yang telah dibangun didalam kesimpulan.

5. Analisis

Dalam penelitian ini, analisis data yang digunakan adalah “*deskriptif-kualitatif*”, yaitu penguraian bahan-bahan hukum yang diperoleh dalam suatu gambaran sistematis yang didasarkan pada teori dan pengertian hukum yang terdapat dalam ilmu hukum untuk mendapatkan kesimpulan yang signifikan dan ilmiah.

BAB II

PERKEMBANGAN SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

A. Perkembangan Sistem Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara

Pengujian konstitusional yang terdapat di dunia global, dilihat dari sejarah telah berkembang secara signifikan dan muncul melalui beberapa tahapan. Tahapan demi tahapan tentang perkembangannya itu akan penulis uraikan seperti dalam uraian berikut ini.¹¹⁷

1. Fase Perkembangan Sebelum Perang Dunia I

Development up to World War I atau perkembangan sebelum perang dunia ini dapat dirujuk jauh kedalam masa peradaban Yunani Kuno, misalnya Cappeleti yang merujuk awal pengujian norma hukum itu pada sejarah Yunani kuno dengan mengatakan, “*Ancient Athenian law distinguished between a nomos (which might in a certain sense be compared to contemporary constitutional laws), and a psephisma, which in present times might be called a decree*” .¹¹⁸ Salah satu prinsip yang fundamental yang dikenalkan oleh Capelleti adalah bahwa ‘*psephisma*’ atau ‘*decree*’ apapun isinya, tidak dapat bertentangan dengan ‘*nomoi*’ baik pada segi bentuk maupun substansinya. Harutyunyan dan A. Mavcic menilai atas uraian Capelleti itu dengan pernyataan, “*The fundamental principle was introduced that the decree (a psephisma), whatever its contents, could not conflict with the nomoi in either form or substance*”.¹¹⁹ Lebih lanjut atas pendapat tersebut dia menyatakan, terdapat adanya

¹¹⁷ Lihat: Harutyunyan dan Arne Mavcic, *op.Cit, hlm.10-18*

¹¹⁸ Mauro Capeletti, *The Judicial Process in Perspective, Chapt. 3, published in 58 Cal. L. Rev. 1017(1970), published also in Beatty D., Comparative Constitutional Law Faculty of Law, University of Toronto, Spring 1994, p. 1-6, Dalam G. Harutyunyan dan A. Mavcic, Constitutional Review and its ...*, Ibid, hlm. 10-12

¹¹⁹ *Ibid*

dua akibat jika ‘*psephisma*’ bertentangan dengan ‘*nomoi*’, yaitu¹²⁰: *First, the member of the legislature who had proposed the illegal decree incurred criminal liability, which gave rise to a public right of action. Second, psephismata that were in conflict with the nomoi were considered void. The Athenian judges, although in principle obliged to decide cases on the basis of both the laws and the decrees, were bound by the latter only in so far as they were consistent with the former.*

Beberapa elemen nyata dari mekanisme *constitutional review* berdasarkan sejarah pelembagaannya dapat dirujuk pula jauh pada tahun 1180 Masehi,¹²¹ seperti praktik yang telah diterapkan di Kerajaan Jerman Kuno. Kemudian juga ditemukan pada sejarah hukum di Perancis pada sekitar pertengahan abad ke-13. Di Portugal yang memperkenalkan *constitutional review* itu pertama kali dalam Kitab Hukum Philip (*Philip's Code*) pada abad ke 17. Project yang lebih serius dari *constitutional review* dapat juga ditelusuri pada *Konstitusi* Norwegia, Denmark and Yunani pada abad ke 19. Pada tahun 1867 Pengadilan Federal Austria memperoleh yurisdiksi untuk menangani sengketa yurisdiksi mengenai perlindungan hak-hak politik individu yang dilanggar oleh tindakan administratif pemerintah melalui Pengadilan Negeri membuat keputusan tentang pengaduan konstitusional (*Staatliche Verfassungsbeschwerde*).

Meskipun di Austria beberapa elemen awal *constitutional review* sudah terlihat, namun dalam *Konstitusi* Federal Swiss pada tahun 1848, Pengadilan Federal Swiss telah terlebih dahulu memperoleh kekuasaan yang lebih luas dalam *Konstitusinya* yang diamandemen pada tahun 1874. Kemudian di Norwegia *constitutional review* menjadi yurisprudensi sejak 1890 dan sedangkan Rumania mempraktikkan *constitutional review* sebelum Perang Dunia I dengan mengikuti model Amerika.

¹²⁰ *Ibid*

¹²¹ *Ibid*

Dampak yang paling menentukan pada pengembangan mekanisme *constitutional review* secara singkat pada fase sebelum perang dunia I pada dasarnya dipengaruhi oleh sebuah kasus terkenal antara Marbury melawan Madison pada tahun 1803. Atas kasus inilah awal diberikannya dasar bagi Mahkamah Agung Amerika Serikat untuk melaksanakan uji materi undang-undang.¹²²

2. Fase Perkembangan diantara Dua Perang Dunia

Fase ini oleh Harutyunyan dan A Mavcic disebut sebagai Fase Perkembangan diantara dua Perang dunia (*The Development between the Two Wars*) dan bisa disebut pula sebagai "Periode Austria".¹²³ Disebut periode Austria karena, Konstitusi 1920 menandai berdirinya Mahkamah Konstitusi Austria dengan kekuasaan eksklusif untuk meninjau konstitusionalitas undang-undang (pada awalnya, hanya bersifat *preventif*). Lembaga itu lahir diprakarsai oleh seorang guru besar dari Universitas Wina (Vienna) yaitu Profesor Hans Kelsen.

Beberapa negara yang Mengikuti contoh dari model Austria, sebelum Perang Dunia II adalah sebagai berikut: Cekoslowakia (1920), Liechtenstein (*Staatsgerichtshof*, 1925), Yunani (1927), Mesir (1941), Spanyol (1931) dan Irlandia (1937). Penegakan yang lebih luas dari *constitutional review* sempat terputus oleh Perang dan lembaga-lembaga yang sudah didirikan gagal menjadi aktif dalam praktek (misalnya dari tahun 1933 sampai 1945 Austria tidak aktif menerapkan *constitutional review*, setelah 1938 Cekoslovakia juga tanpa mempraktekkan *constitutional review*).¹²⁴

¹²² *Ibid*

¹²³ *Ibid*

¹²⁴ *Ibid*

3. Fase Perkembangan Setelah Perang Dunia II

Pada fase ini (the development after world war II) atau fase perkembangan setelah perang dunia, Harutyuntan menguraikan¹²⁵:

*Constitutional review in the proper sense of the word, taken from the theoretical point of view, was able to develop only when instead of the principle of the sovereignty of the Parliament (Where the representative body itself decides on the constitutionality of its laws) there prevailed the idea of the supremacy of the Constitution (Where the Constitution is the basis and the source of all state power) and where constitutional review is performed by a special body, independent of the legislative and executive power (Not by the Parliament itself but either by the regular courts or by a special body, such as the Constitutional Court or some other body). Such approaches were characteristic of **the development after World War II.***

Dari uraian tersebut sekiranya diperoleh beberapa hal, yang secara sederhana dapat dikatakan, “*constitutional review*” itu jelas berkaitan erat dengan prinsip supremasi konstitusi (*supremacy of the Constitution*). Pengujian konstitusional dalam perkembangan telah subur berkembang ketika doktrin kedaulatan parlemen (*sovereignty of parliament*) atau prinsip supremasi parlemen yang berdaulat teratasi oleh prinsip supremasi konstitusi. Sehingga dalam ini tersirat bahwa yang “*supreme*” itu adalah konstitusi (*the idea of the supremacy of the Constitution*), bukan parlemen. Untuk menjamin supremasi hukum tertinggi tersebut atau ‘*the supreme law of the land*’, diperlukan lembaga tersendiri yang terbebas dari pengaruh cabang kekuasaan legeslatif ataupun eksekutif. Karakteristik pandangan semacam inilah yang mewarnai perkembangan tradisi ‘*constitutional review*’ di berbagai negara sesudah perang dunia II.

Dianutnya atau diadopsinya prinsip pengujian konstitusional tersebut berkaitan pula dengan pengertian bahwa kekuasaan negara harus dipisah-pisahkan secara horizontal (*horizontal separation on power*) antar berbagai lembaga negara

¹²⁵ *Ibid*

(*state organs*) yang sederajat dan satu sama lain bersifat saling mengendalikan. Prinsip inilah yang biasa disebut *checks and balances*. Di samping itu, pengujian konstitusional (*constitutional review*) juga dikaitkan dengan berlakunya prinsip pemisahan kekuasaan secara vertical (*vertical separation of powers*). Atas hal itu harutyunyan mengatakan:

On the other hand, constitutional review also involves the principle of the vertical separation of powers. It emerged in federal states, whereby constitutional review was supposed to exert supervision over the federal Legislature in relation to member states. This was also due to historical reasons: the painful experiences of the past War and Fascism as a counterweight gave birth to the idea that constitutional review was characteristic of democracy. There were also institutional and political reasons: constitutional review should also represent efficient protection vis-a-vis legislative and executive power. (Sistem pengujian konstitusional ini muncul dan berkembang di lingkungan negara-negara federal, dimana mekanisme ‘*constitutional review*’ dianggap penting untuk mengontrol perlemen federal dalam hubungannya dengan negara-negara bagian. Hal ini timbul karena alasan historis adanya pengalaman buruk dan menakutkan akibat perang dan fasisme di masa lalu (Perdang Dunia) melahirkan kesadaran baru mengenai pentingnya mekanisme “*constitutional review*” dalam rangka penerapan gagasan demokrasi. Disamping alasan historis itu, ada pula alasan-alasan yang bersifat kelembagaan dan politik bahwa ‘*constitutional review*’ harus pula mewakili kepentingan untuk melindungi konstitusi *vis-a-vis* terhadap kekuasaan legislative dan eksekutif).

Pada perkembangan tahap akhirnya ialah menyediakan cara dan sarana yang efektif dan efisien yang dapat dipakai untuk menjamin agar pemerintah sungguh-sungguh menaati konstitusi sebagai hukum tertinggi. Karena pengaruh Amerika Serikat, banyak negara dikawasan Amerika Selatan juga mengadopsi sistem ini, termasuk Brasil yang sebelumnya memang pernah menerapkan mekanisme pengujian konstitusional itu tetapi berhenti, lalu sesudah Perang Dunia II kembali mempraktikannya mulai tahun 1946. Selain Brasil, negara-negara yang menerima ide dan kemudian mempraktikkan pengujian konstitusional itu sesudah perang Dunia II adalah Jepang (1947) Birma/Myanmar (1947), Italia (1948), Thailand

(1949), Germany (1949), India (1949), France (1958), Luxembourg, Syria (1950) and Uruguay (1952).¹²⁶ Selain negara-negara itu pengujian pada fase ini juga berkembang di kawasan Asia, Central and South America and Africa.

4. Periode Baru Perkembangan Pada Dasawarsa 1970-an

Fase ini *a new period of development in the seventies* atau periode baru perkembangan pada dasawarsa 1970-an, ditandai oleh terjadinya berbagai perubahan politik di berbagai negara di daratan Eropa Selatan untuk menghapuskan kediktatoran (*the abolition of dictatorships*) misalnya di Yunani pada tahun 1968, di Spanyol pada tahun 1978, dan di Portugal pada tahun 1976. Harutyunyan menyatakan¹²⁷: *This period was marked with political changes in certain South European countries which introduced constitutional review upon the abolition of dictatorships: Greece (1968), Spain (1978), and Portugal (1976).*

Pada periode yang sama, sistem pengujian konstitusional (*constitutional review*) ini juga diterapkan di Cyprus pada tahun 1960, Republik Turki pada tahun 1961 dan 1963, di bekas Yugoslavia dan juga Slovenia serta unit-unit federal bekas negara Yugoslavia pada tahun 1963. Sementara itu, negara-negara yang sejak sebelumnya sudah mempraktikkan sistem pengujian konstitusional ini juga mengadakan revisi atau penyempurnaan sistemik, misalnya Austria, Jerman, Swedia, Prancis, dan Belgia.

Pada dasawarsa tahun 1980-an, terjadi pula fenomena perubahan-perubahan politik yang sangat penting di antara negara-negara di kawasan Amerika Tengah dan Amerika Selatan. Atas hal itu harutyunyan mengatakan:

¹²⁶ *ibid*

¹²⁷ *Ibid, hlm.13*

As a result of the political and social changes in the eighties, constitutional review started to change also in many countries in Central and South America. In that part of the world a special position was accorded to Argentina, where the process of democratic transformation in a federal state first developed in its units, marked by the gradually increasing introduction of the elements of constitutional review of different intensity by the individual provinces.

Dari hal tersebut yang perlu dicatat adalah, fenomena yang terjadi di Argentina pada masa transisi demokrasi menjadi negara federal demokratis yang melahirkan pengujian konstitusional.

5. Pengujian Konstitusional di Era Demokrasi Baru

Memahami perkembangan praktik pengujian konstitusional di era demokrasi baru, sangat tepat apabila dihubungkan dengan perkembangan praktik ketatanegaraan di negara-negara Eropa Tengah dan Timur dan juga beberapa negara *Commonwealth of Independent States (CIS)*.¹²⁸ Untuk kalangan negara di Asia, pada tataran ringkasnya, keruntuhan atau menurunnya citra kekuasaan parlemen, yang berakibat pada suatu keadaan dimana para politisinya kemudian ada yang takut kehilangan beberapa power lalu mencoba menawarkan *constitutional review* sebagai *insurance*, yang dimana hal itu kemudian disebut oleh Ginsburg sebagai “*political insurance of constitutional review*”¹²⁹. Beberapa hal ini adalah faktor dominan yang mempengaruhi suburnya ide ini berkembang dikawasan Asia, hal itu pernah diuraikan dalam buku Ginsburg yang berjudul *Judicial Review In Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*.

¹²⁸ Poland (1982), Romania (1991), Albania (1992), Bulgaria (1991), Lithuania (1992), Estonia (1992), Hungary (uji coba pertama pada tahun 1984, kepastiannya pada tahun 1989), Slovakia (1992), the Czech Republic (1992), Slovenia 1991, Kroasia (1991). Setelah tahun 1991 Armenia, Azerbaijan, Belarus, Bosnia, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Latvia, Macedonia, Moldova, Mongolia, Montenegro, Serbia, the Serbian Republic of Bosnia, Tajikistan, Ukraine, Uzbekistan dan Negara-negara dalam Federasi Federal Rusia yaitu: Adigea, Altai, Baskiria, Buryatia, Chuvashia, Dagestan, Inguchia, Irkutskaya Oblast, the Kabardino-Balkar Republic, Khakassia, the Karachaewo-Cherkez Republic, Karelia, Kalmikia, Komy, Marii-El, Northern Ossetia, Tatarstan, Tuva, Udmurtia dan Yakutia.

¹²⁹ Tom Ginsburg, *Judicial Review...*, *loc. Cit.*

Di negara-negara komunis di Eropa Timur, Pada dasawarsa terakhir abad ke-20, negara-negara tersebut pada pokoknya mengalami keruntuhan ideologis dan berubah total menjadi demokrasi. Bahkan imperium Uni Soviet terpecah belah menjadi banyak negara merdeka dan berdaulat sendiri-sendiri. Sangat menarik untuk diperhatikan ialah bahwa hampir semua negara-negara demokrasi baru ini, seperti Rusia, Polandia, Hongaria, Bulgaria, Ceko, Slovakia, Slovenia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia, Lithuania, Georgia, Armenia, Azerbaijan, dan lain-lain membentuk Mahkamah Konstitusi menurut model Austria, yaitu sebagai lembaga tersendiri di luar Mahkamah Agung.

Dalam studi yang dilakukan oleh Herman Schwatz terhadap Mahkamah Konstitusi di berbagai negara Eropa Timur bekas komunis, seperti Rusia, Polandia, Bulgaria, Hongaria, dan Slovakia, diketahui bahwa negara-negara tersebut sama-sama membentuk Mahkamah Konstitusi pada kurun waktu tahun 1990-an. Rusia membentuk Mahkamah Konstitusi pada tahun 1991 dengan didahului oleh Komite Pengawas Konstitusi (*Soviet Committee on Constitutional Supervision*) sebagai cikal bakal pembentukannya pada tahun 1980. Mahkamah Konstitusi Hongaria dibentuk pada 1989, Mahkamah Konstitusi Bulgaria pada tahun 1991, dan di Slovakia dibentuk pada tahun 1993. Selama lima tahun pertama dasawarsa tahun 1990-an itu sebagian besar waktu diisi dengan kegiatan pembahasan, perdebatan, penulisan, perancangan, penulisan, dan pengesahan UUD baru konstitusi juga terjadi di lima negara tersebut dengan mengadopsi ide-ide baru, seperti kemerdekaan peradilan (*judicial independence*), gagasan negara hukum (*the rule of law*), hak asasi manusia (*human rights*), dan demokrasi liberal (*liberal democracy*).

Di lingkungan negara-negara bekas komunis Eropa Timur, Mahkamah Konstitusi berhasil menempatkan diri sebagai pendatang baru yang cukup produktif dan menjanjikan perbaikan. Bahkan seperti dikatakan oleh Patricia M. Wald, “*These courts have become the flagships of the rule of law and constitutional faith in the emergent Eastern European democracies*” (Pengadilan-pengadilan tersebut menjadi pembawa bendera bagi gagasan negara hukum dan paham constitutionalisme negara-negara demokrasi baru di kawasan Eropa Timur).

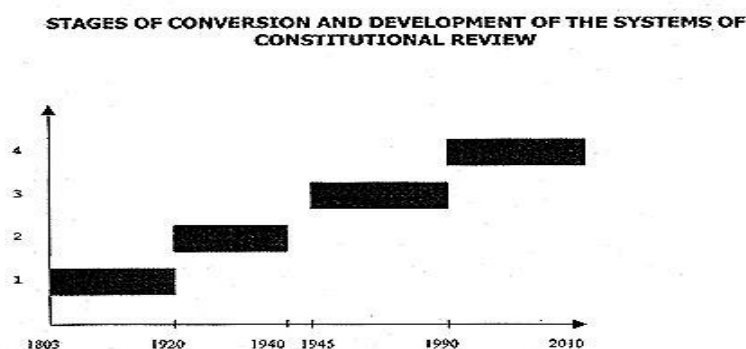
Kinerja Mahkamah Konstitusi di negara-negara Eropa Timur sangat berpengaruh terhadap (i) pembagian peran antarcabang kekuasaan negara, (ii) perlindungan hak asasi manusia, dan hukum yang diwarisi dari rezim sosialis-komunis sebelumnya, (iv) penguatan sistem ‘*rule of law*’, (v) pengembangan tradisi ‘independensi dan impersialitas’ peradilan dan (vi) timbulnya kecenderungan ‘*judicial activism*’.

Seperti telah lebih dahulu dikembangkan oleh negara-negara Eropa Barat, negara-negara bekas komunis di Eropa Timur semuanya membentuk mahkamah yang berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung. Pembentukannya secara tersendiri ini tentu saja mengundang kontroversi di negara-negara yang bersangkutan masing-masing. Apalagi, hampir semua Mahkamah Agung di bekas negara komunis telah tertanam secara sangat berakar oleh paham komunisme yang sangat antipati kepada semua ide yang bercorak liberal. Di Georgia, misalnya, pernah muncul ide dan upaya yang sangat kuat untuk memindahkan fungsi atau kewenangan pengujian konstitusional (*constitutional review*) dari Mahkamah Konstitusi ke Mahkamah Agung. Untunglah upaya itu gagal. Akan tetapi, menurut Herman Achwatz, upaya pengalihan kewenangan seperti itu berhasil

dilakukan di Estonia karena alasan yang lebih berkaitan dengan soal ekonomi, dari pada soal filosofi, politik, ataupun sejarah.

Selain harutyunyan yang pernah mengklasifikasikan periode perkembangan *constitutional review* seperti uraian diatas, secara umum Ginsburg juga pernah membagi perkembangan ide *constitutional review* ini kedalam tiga gelombang (*three wave*) perkembangan, yaitu: pertama, *first wave* atau gelombang pertama, berawal dari Amerika serikat melalui *land-mark decisions* atau keputusan penting yang diambil oleh Hakim Jhon Marshall atas perkara Marbury Vs Madison (1803); kedua, *second wave* atau gelombang kedua, terjadi setelah perang dunia II yakni pada awal abad 20, dan dalam gelombang ini *Kelsen's Concept* sangat berkembang relative cepat; dan ketiga, *third wave* atau gelombang ketiga, terjadi baru-baru ini ketika banyak negara memasuki era demokrasi baru pasca dianutnya rezim komunis.¹³⁰ Untuk lebih melihat secara jelas historis perkembangan pengujian konstitusional diberbagai negara mari kita lihat gambar berikut ini¹³¹:

Gambar 3
Perkembangan Pengujian Konstitusional di Dunia



Keterangan: 1 = 1803-1920; 2 = 1920-1940; 3 = 1945-1990 dan 4 = 1990-2010

¹³⁰ Tom Ginsburg, *Judicial Review...*, *ibid*, hlm.90

¹³¹ Harutyunyan dan Arne M. Mavcic, *Constitutional Review...op.Cit*, hlm.16

B. Model-Model Sistem Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara dan Karakteristiknya.

Pengujian konstitusional dalam praktik di berbagai negara, kemudian melahirkan beberapa model dan pada masing-masing model itu memiliki karakteristik yang beragam. Berikut ini akan penulis uraikan beberapa hal tentang model-model pelebagaan pengujian konstitusional, dan berikut ini uraiannya.

1. Model *Judicial Review* Amerika Serikat

Model *judicial review* menurut tradisi Amerika Serikat adalah model pertama dan paling tua, yang dimana model ini didasarkan atas pengalaman Mahkamah Agung Amerika Serikat memutus perkara *Marbury versus Madison* pada tahun 1803. Secara singkat model ini menghendaki dalam praktik *constitutional judicial review* (CJR) dilakukan sepenuhnya oleh Mahkamah Agung dengan status sebagai *the guardian of the constitution*. Hal ini dimungkinkan di negara yang menganut tradisi *common law sistem*, yang tidak memerlukan lembaga *judicial* diluar Mahkamah Agung. Di negara ini Mahkamah Agung diposisikan sebagai puncak peradilan dalam menyelesaikan hukum apapun, termasuk penyelesaian pengujian konstitusional. Untuk memperjelas uraian diatas, pernyataan Harutyunyan dan A. Mavcic dapat mempertegasnya, dan berikut pernyataannya¹³²:

The "American" - Judicial Review Model (based on the Marbury Case (1803), dealt with by the Supreme Court of the United States, and on John Marshall's doctrine), whereunder constitutional matters are dealt with by all ordinary courts (a decentralized or diffuse or dispersed review) under ordinary court proceedings (incidenter). It is a specific and a posteriors review, whereby the Supreme (high) Court in the sistem provides for the uniformity of jurisdiction. In the diffuse sistem, the decisions as a rule take effect

¹³² Harutyunyan dan A. Mavcic Marjan, *Constitutional Review...*, *op.Cit.*, hlm.15

only inter partes (except for the principle stare decisis, whereunder the courts in the future abide by the ruling). In principle the decision concerning the unconstitutionality of a statute is declaratory and retrospective, i.e. ex tunc (with pro praeterito consequences).

Beberapa hal yang lebih lanjut perlu dipahami adalah, berdasarkan doktrin Jhon Marshal, CJR model Amerika dapat dilakukan atas persoalan-persoalan konstitusionalitas oleh semua pengadilan biasa melalui prosedur yang dinamakan pengujian ter-desentralisasi didalam perkara yang diperiksa di pengadilan umum (*a decentralized or diffuse or dispersed review*). Pengujian yang dilakukan untuk kasus kerugian konstitusional yang spesifik (*concrete controversy cases*) dan sifatnya *a posterior review*. Sehingga pengujian dalam tataran institusional tidak sebagai perkara yang berdiri sendiri melainkan termasuk didalam perkara lain yang sedang diperiksa oleh hakim pada semua lapisan pengadilan. Model ini menghendaki pula putusan yang diambil, efeknya hanya mengikat para pihak yang bersengketa dalam perkara yang bersangkutan atau dikenal dengan asas *inter partes* kecuali dalam tataran kerangka prinsip *stare decisis* yang mengharuskan pengadilan di kemudian hari terikat untuk mengikuti putusan serupa yang telah diambil oleh hakim lain pada perkara lain.

Dari segi kelembagaanya dalam model ini menuntun peran hakim dalam proses pembentukan hukum menurut prinsip *precedent*. Bahkan model amerika lebih dikenal dalam tradisi *common law* sebagai *judge-made law*. Alasan yang sederhana yang menyebabkan mengapa di negara model *common law* tidak membutuhkan peradilan diluar Mahkamah Agung-nya karena undang-undang dalam tradisinya sangatlah sedikit dibandingkan di negara-negara *civil law* yang dimungkinkan parlemennya disibukkan membuat peraturan-peraturan tertulis.

Sistem ini diadopsi oleh banyak negara yaitu¹³³: **di Eropa** : Denmark, Estonia, Irlandia, Norwegia, dan Swedia; **di Afrika** : Bostwana, Gambia, Ghana, Guinea, Kenya, Malawi, Namibia, Nigeria, The Seychelles. Sireea Leone, Swaziland dan Tanzania; **di Asia** : Iran, Israel Bangladesh, Fiji, Hongkong (sampai 1 Juli 1997), India, Jepang, Filipina, Kiribati, Malaysia, Negara Federal Micronesia, Nauru, Nepal, New Zealand, Palau, Papua New Guinea, Singapura, Tibet, Tonga, Tuvalu, Vanuatu dan Samoa Barat; **di Amerika Utara** : Amerika Serikat sendiri, Kanada; dan **di Amerika Tengah dan Amerika Selatan** : Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Dominica, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaica, Mexico, St. Christopher/Nevis, Trinidad dan Tobago.

2. Model Austria (*Continental Model*)

Pengujian konstitusional model Austria kerap kali disebut *Europe model*. Tentunya model ini dipengaruhi pemikiran Hans Kelsen (oleh karenanya ada yang menyebut *Kelsen's Model*) yang diadopsi oleh Austria kedalam konstitusinya pada tahun 1920 dengan membentuk *Vervassungsgerichtshof*. Untuk lebih jelasnya kita dalam uraian Harutyunyan dan Arne Mavcic berikut ini:¹³⁴

“The "Austrian" (Continental - Constitutional Review) Model (based on Kelsen's Model of 1920, involving the interconnection of the principle of the supremacy of the Constitution and the principle of the supremacy of the Parliament), whereunder constitutional matters are dealt with by specialized Constitutional Courts with specially qualified judges or by ordinary Supreme Courts or high courts or their special chambers (concentrated constitutional review) in special proceedings (principaliter). As a rule it is an abstract review, although a concrete review is also possible. In addition to the a posteriori review, a priori review is also foreseen. The decisions have an erga omnes effect with reference to the absolute authority of the institution by which they are taken”.

¹³³ *Ibid*, hlm. 16-20

¹³⁴ *Ibid*

Beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam uraian diatas adalah, model Kelsen ini sangat tergantung prinsip yang dianut oleh suatu negara (misalnya prinsip supremasi konstitusi dan prinsip supremasi parlemen). Oleh karenanya hal pengujian konstitusionalnya tergantung pengaturan dari sebuah konstitusi, apakah membentuk *special constitutional court* atau pengadilan umum suatu negara atau bahkan memberikan wewenang itu kepada lembaga Legislatifnya. Lembaga yang ditunjuk konstitusi tersebut memeriksa konstitusional atas perkara yang abstrak akan tetapi juga dimungkinkan *concrete review* baik *a posteriori review* maupun yang *a priori review* dengan putusannya yang *erga omnes*. Negara-negara yang menganut konsep model eropa ini, oleh Hatuyunyan dan A Mavcic digolongkan sebagai berikut:¹³⁵

a. *Constitutional Court*

Hal ini dipraktekkan di **Eropa** diantaranya adalah: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Austria, Belarus, the Federation of Bosnia and Herzegovina (*with the Constitutional Courts of the federal entities Bosnia and Herzegovina and the Serbian Republic of Bosnia*), Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, the FRY(*with the Constitutional Courts of constituent republics Serbia and Montenegro*), Georgia, Germany (*Constitutional Court Regional-nya diantaranya ialah: Baden-Wuerttemberg, Bavaria, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt*), Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Macedonia, Malta, Moldova, Poland, Romania, the Russian Federation (dengan *federal unit Constitutional Courts: Adigea, Altai, Bashkiria, Buryatia, Chechnia, Chuvashia,*

¹³⁵ *Ibid*

Dagestan, Ingushia, Irkutskaya Oblast, the Kabardino-Balkar Republic, Khakassia, the Karachaewo-Cherkez Republic, Karelia, Kalmikia, Komy, Marii-El, Northern Ossetia, Tatarstan, Tuva, Udmurtia, Yakutia/Sakha), Slovakia, Slovenia, Spain, Turkey, Ukraine; di **Afrika** hal ini dipraktekkan di beberapa negara yaitu: Angola, Benin, the Central African Republic, Egypt, Equatorial Guinea, Gabon, Madagascar, Mali, Rwanda, South Africa, Togo.; di **Timur Tengah**: Cyprus, (*former*) Iraq, Palestine, Syria; di **Asia** : Kyrgyzstan, Mongolia, South Korea, Sri Lanka, Tajikistan, Thailand, Uzbekistan; dan di **Amerika Tengah dan Selatan**: Chile, Suriname, Tucuman Province (Argentina) with the *Constitution of Tucuman* of 28 April 1990.

b. *High Courts or their special chambers*

Hal ini dipraktekkan oleh negara-negara di **Eropa** diantaranya adalah: Belgium (the Arbitration Court), Iceland, Liechtenstein, Monaco; di **Timur Tengah**: di Yemen; di **Afrika**: Burkina Faso, Burundi, Cameroon, Chad, Eritrea, Niger, Sudan, Uganda (1995), Zaire, Zambia; di **Asia**: the Philippines; di **Amerika Tengah dan Selatan**: Costa Rica, Nicaragua, Panama, Paraguay, Uruguay.

c. *The Constitutional Council*

Di Timur Tengah: Lebanon; **di Afrika**: Mauritania, Senegal; **di Asia**: Cambodia, Kazakhstan.

Lembaga-lembaga dalam model eropa ini memiliki ciri-ciri peradilan konstitusi sebagai berikut¹³⁶:

¹³⁶ *Ibid*

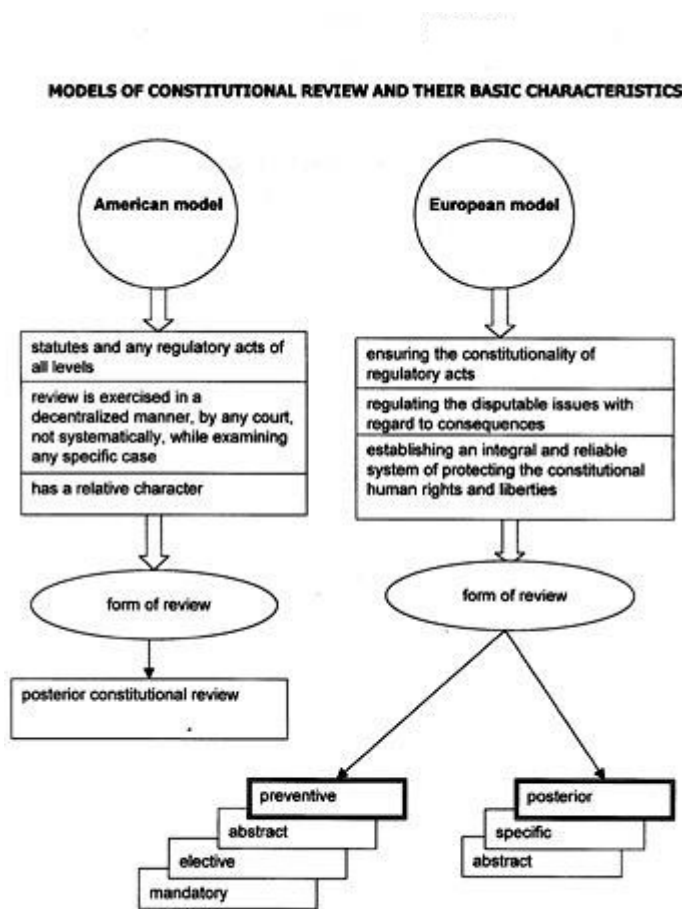
- 1) *Constitutional review is introduced under different circumstances, depending on the particular national sistem, (Pengujian Konstitusional diterapkan dalam keadaan yang beragam, tergantung masing-masing sistem yang berlaku ditiap negara);*
- 2) *Institutionally independent structures of constitutional review located outside the judicial branch, (Badan-badan pelaksana pengujian atau constitutional review yang bersifat independen, didirikan di luar cabang kekuasaan kehakiman yang berpuncak di Mahkamah Agung;*
- 3) *In the proceedings following a constitutional complaint problems are created by the separation of constitutional review from the ordinary courts, dalam perkara yang menyangkut constitutional complaint, penyelesaian permasalahannya dilakukan dengan cara mengadakan pemisahan antara mekanisme constitutional review dari mekanisme yang berlaku di pengadilan-pengadilan biasa);*
- 4) *Constitutional status (administrative and financial autonomy) is a prerequisite for the independence of the Court, (Konstitusi memberi jaminan (di bidang kemandirian administratif dan financial), hal ini merupakan prasyarat utama bagi independensi lembaga peradilan konstitusi);*
- 5) *A monopoly of constitutional review (specialisation in constitutional review), the concentration of power in one institution, most often with the power to abrogate statutes adopted by the Parliament, (Sifat monopoli dalam melakukan constitutional review atau spesialisasi dalam rangka*

constitutional review, lebih cenderung untuk membatalkan undang-undang yang disyahkan parlemen (*legislative act*);

- 6) *Constitutional court judges are appointed by bodies of political power*, (Para hakim Mahkamah Konstitusi biasanya dipilih oleh lembaga-lembaga politik);
- 7) *The special nature of the jurisdiction: decisions are of a legal and political nature although they may also have a purely consultatory function*, (Sifat khusus dari proses peradilan yang diselenggarakan yaitu bahwa putusannya disamping bersifat yuridis juga bernuansa politis, meskipun lembaga-lembaga mahkamah tersebut dapat pula memiliki fungsi yang murni bersifat konsultatif (*a purely consultative function*));
- 8) *Generally such constitutional review is repressive, although to a minor extent constitutional review is of a preventative nature*, (Mekanisme yang berlaku dalam rangka pengujian konstitusionalitas atas undang-undang menurut model Austria pada umumnya berdifat *repressif*, meskipun untuk sebagian kecil tetap ada juga yang bersifat *preventif* yang diterapkan dalam praktek).

Model Amerika dan Eropa inilah yang paling berkembang di dunia dan paling penting dalam tulisan ini. Untuk lebih detailnya lihat perbedaan dua model tersebut dalam gambar berikut:

Gambar 4
Perbandingan Model Eropa dengan Model Amerika¹³⁷



3. *The New (British) Commonwealth Model (Mauritius)*

Model Inggris (*Commonwealth*) yang dijalankan oleh Mauritius, menurut Harutyunyan dan A. Mavcic dikatakan sebagai berikut¹³⁸:

cannot be classified either under the American or the European model. It is characterized by a concentrated constitutional review under the jurisdiction of the Supreme Court consisting of ordinary judges without political nomination; as a rule, it involves preventative (a priori) review and the consulting function of the Supreme Court, although repressive (a posteriori), review is also possible; decisions take an erga omnes effect.

¹³⁷ *Ibid*, hlm.14

¹³⁸ *Ibid*, hlm.22

Hal yang mendasar dari uraian diatas adalah, model Inggris (*Commonwealth*) yang dijalankan oleh Mauritius tidak dapat digolongkan ke dalam model Amerika atau bahkan Model Eropa. Karakteristik dalam model ini, pengujian konstitusionalnya (baik *a priori* atau *a posteriori review*) dijalankan dalam kedudukannya berada dibawah yurisdiksi Mahkamah Agung yang dilakukan oleh pengadilan biasa.

4. Model Campuran Amerika dan Kontinental

Model *mixed* (campuran) antara Amerika dan Kontinental (Austria) pada prakteknya mengambil unsur-unsur yang ada didalam model peradilan konstitusi Amerika dan Austria yang tersebar dan terkonsentrasi dalam satu kesatuan. Di dalam sistem campuran ini pengujian konstitusionalnya dilakukan secara terpusat di Mahkamah Konstitusi atau Mahkamah Agung, atau bahkan pada kamar khusus (*special chamber*) pada peradilan yang ada di semua tingkatan pengadilan. Para hakim diberi kewenangan yang luas menurut keyakinannya untuk tidak menerapkan sesuatu aturan hukum yang dinilai bertentangan dengan konstitusi.

Dalam model ini ada yang dilaksanakan oleh *Constitutional Court* atau juga bisa dijalankan oleh *High Courts or their special departments*. Beberapa negara yang menerapkan model ini diantaranya adalah: **di Eropa:** Portugal, Yunani dan Switzerland; **di Amerika Selatan dan Tengah:** Kolombia, Ekuador, Guatemala, dan Peru; **di Asia:** Indonesia dan Taiwan; **di Afrika:** Cape Verde; **di Amerika:** Brazil, El Salvador, Honduras dan Venezuela

5. *The "French" (Continental) Model atau Model Prancis (Kontinental)*

Dalam model ini, Harutyunyan mengatakan¹³⁹:

The "French" (Continental) Model (based on the model of the French Constitutional Council- Conseil Constitutionnel- of 1958), where constitutional matters are subject to review by special bodies of constitutional review (most often the Constitutional Council) or by special chambers of ordinary Supreme Courts (concentrated constitutional review) in special proceedings (principaliter), provided that constitutional review is mainly of a preventative (consultative) character (although these systems also have a repressive form of constitutional review, in particular with reference to electoral matters): (Model Prancis ini, didasarkan pada *Conseil Constitutionnel 1958*, yang didalam Konstitusi itu diatur bahwa pelaku pengujian konstitusional dilakukan oleh lembaga khusus (yang masyhur sering disebut *Constitutional Council*) atau oleh kamar khusus (terpusat) didalam lingkup Mahkamah Agung-nya dengan karakter *preventative (consultative)* kadang juga represif, dan disamping itu dilakukan untuk permasalahan pemilihan umum).

Sehingga yang menjadi pembeda dengan model-model yang telah disebutkan diatas adalah "Dewan Konstitusi". Namun walaupun secara pokok pengujian konstitusionalnya dilakukan oleh dewan konstitusi dalam prakteknya pengujian konstitusional juga bisa dilakukan oleh kamar khusus (*special chamber*) dari Mahkamah Agung secara terkonsentrasi (*concentrated constitutional review*) hanya didalam perkara-perkara khusus. Negara-negara yang Model Prancis adalah: **di Eropa** ada Negara Prancis. **Di Afrika** ada Lebanon, Aljazair, Comoros, Djibouti, Ivory Coast, Maroco, Mauritania, Mozambique, Senegal, Kamboja, dan Kazakhztan.

¹³⁹ *Ibid*, hlm.24

6. Model Lembaga dengan Kekuasaan Melakukan Pengujian Konstitusional atau *Judicial Review*

Secara sederhana model ini tidak menghendaki pengujian konstitusional dilakukan oleh lembaga dalam lingkungan peradilan. Oleh karenanya dalam *constitutional review* dapat dilakukan oleh lembaga pembuat undang-undang misalnya oleh *the National Council, Parliament or specialized parliamentary bodies*. Beberapa negara yang menganut sistem ini adalah¹⁴⁰: Finlandia, Congo, Eithopia, Guinea-Bissau, sao Tome and Principe, Tunisia, Zimbabwe, Laos, Korea Utara, Pakistan, Turkmenistan, Vietnam, Australia dan Afganistan

7. Model tanpa Pengujian Konstitusional atau *Judicial Review*

Dalam model ini negara-negara yang menerapkannya menganggap bahwa, fungsi pengujian konstitusional itu tidak diperlukan. Sehingga sampai detik ini di negara tersebut tidaklah. Hal ini dikarenakan untuk menjaga supremasi parlemen di negara tersebut. Artinya doktrin pengujian konstitusional secara umum dapat diterima, namun implementasinya secara khusus ditolak tegas. Di Kerajaan Belanda Undang-Undang dianggap tidak dapat diganggu gugat, sehingga para hakim hanya bertugas bukan sebagai penilai undang-undang namun menerapkan undang-undang itu dalam prakteknya.

Di Inggris menganut sistem *common law*, berdasarkan asas *precedent* dan *judge made law* peranan hakim sebenarnya sangatlah menonjol dalam membuat norma. Akan tetapi di Inggris berlaku doktrin *the Queen or the King in Parlement* dimanan Raja atau Ratu Inggris sebagai Kepala Negara secara simbolis berfungsi sebagai ketua *House of Lord*, seperti Raja mengetuai *Raad van state* di Belanda. Sehingga hakim sangat minim jika ingin melakukan pengujian norma perundang-

¹⁴⁰ *Ibid*, hlm. 27.

undangan. Bahkan secara tegas di Inggris dipahami bahwa setiap Undang-undang yang dibuat dan disyahkan oleh dua lembaga *House of Lord* dan *House of Common* dinilai tidak boleh diuji oleh cabang kekuasaan kehakiman.¹⁴¹ Hal ini dikarenakan prinsip *Supremacy Parlement* secara psikologis dapat dikatakan memiliki kedudukan yang lebih tinggi daripada kekuasaan kehakiman. Terlebih-lebih di Kerajaan Inggris tidak terdapat naskah Konstitusi yang dimodifikasi secara tertulis.

Dalam perkembangan sejarah, pada dasarnya dapat ditemukan ada mekanisme yang dapat dikaitkan dengan pengujian konstitusional. Namun sifatnya hanya preventif. Mekanisme pengujian dilakukan oleh lembaga *House of Lord*. Dalam praktik pernah terjadi adanya upaya *preventif* yang dilakukan secara terpusat oleh Mahkamah Agung melalui fungsi konsultasi atas permintaan parlemen atau pihak-pihak yang memerlukan. Keputusan Mahkamah Agung pada proses tersebut bersifat mutlak sebagai suatu *erga omnes*. Negara-negara yang menganut sistem ini adalah: **di Eropa** dipraktekkan di Belanda dan Inggris, sedangkan **di Afrika** diterapkan di Guinea, Libya, Leshoto dan Liberia¹⁴²

8. Model Pengadilan Internasional dengan Fungsi *Constitutional Judicial Review*

Model ini merupakan mekanisme uji konstitusional yang dilakukan oleh *International Judicial Institution*. Model ini muncul pada dewasa tidak dapat lepas dari arus perkembangan besar yang terjadi didalam praktik ketatanegaraan. Salah satu fenomena penting yang mempengaruhi ilmu hukum tata negara pada

¹⁴¹ Dawn Oliver, *Constitutional Reform in the UK*, (New York: Oxford University Press, 2003) dalam Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional*.,op.cit, hlm. 67.

¹⁴² *Ibid*, hlm. 70.

akhir abad 20 adalah munculnya bentuk organisasi internasional dalam praktik di Eropa dengan nama *Europe Community* dan *Europe Union*.

Organisasi diatas pada tingkat Eropa membentuk Dewan Eksekutif, Perlemen dan bahkan Pengadilan Eropa. Praktik yang diselenggarakan mirip pada negara kenyataan pada umumnya. Ada sebuah Konstitusi, ada Undang-Undang sehingga model ini mengaburkan prinsip-prinsip ketatanegaraan yang dianut oleh anggota-anggota negara pengikut. Dalam rangka pengujian konstitusional di perkumpulan negara-negara ini, secara definitive belum dapat dinilai. Karena organisasi negara ini masih dalam proses pembentukan dalam *legal entity* masih belum final.

Misalnya di Strasbourgh Jerman, dewasa ini membentuk *the Europe Court of Human Right* khusus menangani *Europe Complaint*. Di Luxemburgo juga dibentuk semacam Mahkamah Agung Eropa dengan nama *The Court of Justice the Europe Community*. Tugas mahkamah itu adalah untuk memeriksa dan memutus beberapa perkara berkaitan dengan: *pertama*, Tindakan pembatalan (*legal action leading to annulment*); *kedua*, Tindakan hukum terhadap kelalaian dewan menteri atau komisi masyarakat Eropa dalam melaksanakan kewajibannya (*legal action against the omission of action by the COUNCIL of Minister or the Commission of the Community*); dan ketiga, Penyelesaian atas berbagai persoalan tersebut sebagai pengujian konkrit atas permintaan yang diajukan oleh pengadilan-pengadilan negara-negara anggota (*the solution of previous issues as a concrete review upon the demand of a member state court*). Di Genewa muncul *the Court of EFTA Geneve (for the settlement of disputes between EFTA member states, a concrete review requested by the court of a member state of EFTA*, ada juga *Comision y la Corte Interamericanas de los Derechos Humanos*, ada juga

Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; dan terakhir ada juga *the project of the foundation of La Corte Centroamericana de Justicia como Tribunal Constfucional de Centroamerica*.

Yang menjadi persoalan dalam *entity-entity* baru antar negara ini adalah, masalah peran dan pengaturan pengujian konstiusional (masing-masing Anggota komunitas) relasinya dengan *supranational law* (misalnya *Europe Community Law*) yang harus berhadap-hadapan dengan national legal sistem (berdasar *dualist tradition or on a monist tradition*).

Mengakhiri uraian kompleksitas model *constitutional review*, model pelembagaan yang ada tersebut, berikut akan penulis perlihatkan tabel model-model pengujian konstiusional di berbagai negara.

Tabel 3
Model-Model Pengujian Konstiusional di Seluruh Dunia¹⁴³

Constitutional-Judicial Review [EN] [FR] [ES] [SI] [RU] 2 3 4 5 states	CONSTITUT. COURT		HIGH COURT or SPECIAL SENATE OF THE HIGH COURT			CONSTITUT. COUNCIL		Other Institutional Forms of the Const.-Jud. Review	Without Constitut.-Judicial Review	New Commonwealth Model
	European Model	Mixed European-American Model	European Model	American Model	Mixed European-American Model	French Model	European Model			
EUROPE										
Albania	CC-EM									
Andorra	CC-EM									
Austria	CC-EM									
Belgium			HC-							

¹⁴³ Lihat, Arne Mavcic, *Constitutional Judicial Review*, diunduh dari www.conscourt.net. Data model-model peradilan konstitusi ini selalu diperbaharui oleh Dr Arne Mavcic. Tabel ini yang terakhir dicatat olehnya (data update per 25 Desember 2011). Pada table di atas, model pengujian konstiusional di Indonesia sengaja penulis hilangkan, karena ada kesalahan dalam menggolongkannya. Model pengujian konstiusional Indonesia, oleh A Mavcic digolongkan dalam golongan model (*mixed*) atau campuran, padahal setelah amandemen UUD 1945, model pengujian konstiusional Indonesia menganut model “*Europe Model*”, dengan MK sebagai satu-satunya lembaga yang legitimit dapat melakukan pengujian konstiusional.

		EM
Belarus	CC-EM	
Bosnia	CC-EM	
• Serbian Bosnia	CC-EM	
Bulgaria	CC-EM	
Croatia	CC-EM	
Czech Republic	CC-EM	
Denmark		HC-AM
Estonia		HC-AM
Finland		ELS E
France		CN-FM
Germany	CC-EM	
• Baden-Württemberg	CC-EM	
• Bavaria	CC-EM	
• Brandenburg	CC-EM	
• Berlin	CC-EM	
• Bremen	CC-EM	
• Hamburg	CC-EM	
• Hessen	CC-EM	
• Mecklenburg-Vorpommern	CC-EM	
• Niedersachsen	CC-EM	
• Nordrhein-Westfalen	CC-EM	
• Rheinland Pfalz	CC-EM	
• Saarland	CC-EM	
• Sachsen	CC-	

	EM	
• Sachsen-Anhalt	CC-EM	
• Thuringen	CC-EM	
Greece		HC-MX
Hungary	CC-EM	
Iceland		HC-EM
Ireland		HC-AM
Italy	CC-EM	
Kosovo		HC-EM
Latvia	CC-EM	
Liechtenstein		HC-EM
Lithuania	CC-EM	
Luxemburg	CC-EM	
Macedonia	CC-EM	
Malta	CC-EM	
Moldavia	CC-EM	
• Trans-Dniestr Mold. Rep.	CC-EM	
Monaco		HC-EM
Montenegro	CC-EM	
Netherlands		W/O
Norway		HC-AM
Poland	CC-EM	
Portugal		CC-MX
Romania	CC-EM	
Russia	CC-EM	

• Adigea	CC-EM	
• Altai	CC-EM	
• Bashkiria	CC-EM	
• Buryatia	CC-EM	
• Chechnya	CC-EM	
• Chuvashia	CC-EM	
• Dagestan	CC-EM	
• Ingushia	CC-EM	
• Irkutskaya Oblast	CC-EM	
• Karbardino-Balkar	CC-EM	
• Khakassia	CC-EM	
• Karachaewo-Cherkez	CC-EM	
• Karelia	CC-EM	
• Kalmikia	CC-EM	
• Komy	CC-EM	
• Marii-El	CC-EM	
• Northrn Ossetia	CC-EM	
• Tatarstan	CC-EM	
• Tuva	CC-EM	
• Udmurtia	CC-EM	
• Yakutia	CC-EM	
Serbia	CC-EM	
Slovakia	CC-EM	
Slovenia	CC-EM	

Spain	CC-EM			
Sweden			HC-AM	
Switzerland				HC-MX
Turkey	CC-EM			
Ukraine	CC-EM			
United Kingdom				W/O
AFRICA				
Algeria				CN-FM
Angola	CC-EM			
Benin	CC-EM			
Botswana			HC-AM	
Burkina Faso			HC-EM	
Burundi	CC-EM			
Cameroon			HC-EM	
Cape Verde				HC-MX
Central African Rep.	CC-EM			
Chad			HC-EM	
Comoros				CN-FM
Congo				ELS E
Djibouti				CN-FM
Egypt	CC-EM			
Eritrea			HC-EM	
Ethiopia				ELS E
Equatorial Guinea	CC-EM			
Gabon	CC-EM			

Swaziland		HC-AM	
Tanzania		HC-AM	
Togo	CC-EM		
Tunisia			ELS E
Uganda		HC-EM	
Zaire		HC-EM	
Zambia		HC-EM	
Zimbabwe			ELS E
THE MIDDLE EAST			
Bahrain			ELS E
Cyprus		HC-AM	
Iran			CN-FM
Israel		HC-AM	
Kuwait			ELS E
Lebanon			CN-EM
Oman			ELS E
Palestine	CC-EM		
Syria	CC-EM		
Yemen		HC-EM	
ASIA, AUSTRALIA			
Afghanistan		HC-AM	
Armenia	CC-EM		
Australia			ELS E
Azerbaijan	CC-EM		
Bangladesh		HC-AM	

Brunei						ELS E
Burma						ELS E
Cambodia					CN- EM	
China						ELS E
Fiji				HC- AM		
Hong Kong						ELS E
Georgia		CC- EM				
• Adjara		CC- EM				
India				HC- AM		
Japan				HC- AM		
Kazakhstan					CN- EM	
Kiribati				HC- AM		
Kyrgyzstan		CC- EM				
Laos						ELS E
Malaysia				HC- AM		
Micronesia				HC- AM		
Mongolia		CC- EM				
Nauru				HC- AM		
Nepal				HC- AM		
New Zealand				HC- AM		
North Korea						ELS E
Pakistan						ELS E
Palau				HC- AM		
Papua New Guinea				HC- AM		

Philippines	HC-EM	
Singapore	HC-AM	
South Korea	CC-EM	
Sri Lanka	CC-EM	
Taiwan	HC-MX	
Tajikistan	CC-EM	
Thailand	CC-EM	
Tibet	HC-AM	
Tonga	HC-AM	
Tuvalu	HC-AM	
Turkmenistan		ELS E
Uzbekistan	CC-EM	
• Karakalpakstan	CC-EM	
Vanuatu	HC-AM	
Vietnam		ELS E
Western Samoa	HC-AM	
NORTH AMERICA		
Canada	HC-AM	
USA	HC-AM	
CENTRAL AND SOUTH AMERICA		
Argentina	HC-AM	
• Buenos Aires	HC-AM	
• Chaco	HC-AM	
• Entre Rios	HC-AM	
• Formosa	HC-AM	

Nicaragua		HC-EM	
Panama		HC-EM	
Paraguay		HC-EM	
Peru		CC-MX	
St. Kitts/Nevis			HC-AM
Surinam		CC-EM	
Trinidad and Tobago			HC-AM
Uruguay		HC-EM	
Venezuela			HC-MX

© Dr. Arne Mavčič - (status as per 1/4/2010)

BAB III

TINJAUAN UMUM SISTEM PENGUJIAN KONSTITUSIONAL DI JERMAN DAN INDONESIA

A. Pengantar

Pemahaman secara mendalam tentang sistem pengujian konstitusional dalam mengkaji akses individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstitusional ini sangat penting untuk dipahami. Hal ini disebabkan karena, kedudukan akses individual dalam sistem pengujian konstitusional ditempatkan sebagai salah satu elemen kunci kesuksesan dibalik proses jalannya pengujian konstitusional. Akan tetapi walaupun sedemikian besar peranan-nya dalam rangka pelaksanaan pengujian konstitusional, namun untuk dapat melihat bagaimana peranan-nya secara lebih konkrit, memang diperlukan kajian yang mendalam terlebih dahulu tentang sistem pengujian konstitusional yang berlaku di suatu negara yang dimaksudkan untuk diteliti. Sistem pengujian konstitusional yang dimaksudkan dalam penelitian ini adalah sistem pengujian konstitusional di negara Jerman dan Indonesia.

Negara Jerman dipilih untuk diperbandingkan dalam penulisan ini dikarenakan, Negara Jerman merupakan salah satu negara yang oleh beberapa kalangan (termasuk penulis sendiri), sebagai negara yang dianggap berhasil mengadopsi sistem pengujian konstitusional dengan corak *centralized constitutional review* gaya Eropa. Pada tataran yang sama, Negara Indonesia merupakan salah satu negara yang memiliki corak model pengujian konstitusional yang sama seperti Jerman. Oleh karena itu, penulisan ini sangat layak dan penting dilakukan karena antara Jerman dan Indonesia memiliki corak yang sama dalam pengujian konstitusionalnya.

B. .Sistem Pengujian Konstitusional di Jerman

1. Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi Federal Jerman

Sebelum mengkaji tentang pengujian konstitusional oleh MK Federal Jerman, kajian-nya akan mudah dipahami apabila diawali dengan mengkaji tentang tatanan politik dan hukum di Negara Republik Federal Jerman.

Secara sederhana, tatanan politik dan hukum di Negara Jerman saat ini pada dasarnya dapat digali melalui Konstitusi yang sedang diberlakukan. Konstitusi yang diberlakukan saat ini disebut *The German Constitution 1949* atau *Basic Law 1949*, dalam bahasa Jerman disebut *Grundgesetz* (untuk selanjutnya disebut *Basic Law 1949*) yang diundangkan pada tanggal 23 Mei 1949. *Basic Law 1949* dirumuskan setelah Negara ini mengalami “*the nation’s shocking experience*” atau pengalaman yang menyakitkan atas kekejaman rezim totalitarian.¹⁴⁴

Tatanan politik dan hukum yang ada misalnya diatur di dalam *Article 20 (1)* *Basic Law 1949* yang menyatakan bahwa: “*The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state*” atau Negara Republik Federal Jerman adalah negara federal yang demokratis dan sosial.¹⁴⁵

Article 20 (1) itu lebih lanjut apabila ditelusuri secara mendalam mengadung maksud bahwa: *pertama*, Negara Jerman merupakan salah satu Negara yang berbentuk Republik-Federal. Federasi negara ini, terdiri dari atas enam belas negara bagian yang disebut *Laender*. Kekuasaan pemerintah dijalankan oleh pemerintah Federasi dan *Laender*. Keduanya memiliki hak terperinci dan

¹⁴⁴ Lihat, Enhard Denninger, *Judicial Review Revisited: The German Experience*, (Tulane Law Review : 1985) dalam Danielle E. Finck, *Judicial Review: The United State Supreme Court Versus The Germany Constitutional Court*, 20 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 123 (1997), dalam <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol20/iss1/5>

¹⁴⁵ Lihat: *Basic Law 1949*, diterjemahkan oleh Professor Christian Tomuschat and Professor David P. Currie, Revisi Terjemahan oleh: Professor Christian Tomuschat and Professor Donald P. Kommers, 2010.

memiliki organ pemerintahan Masing-masing pula. *Laender* tidak hanya berwenang dalam urusan administratif saja seperti dalam negara kesatuan, namun mereka memiliki wilayah mereka sendiri, konstitusi, dan kekuasaan negara bagian (misalnya parlemen, pemerintah, otoritas administratif, pengadilan). Naegara-negara bagian pada saat yang sama terintegrasi ke dalam Negara Federal, wilayah mereka secara bersamaan merupakan wilayah federal, dan mereka diwajibkan untuk menerapkan dan menegakkan hukum Federal. *Basic Law* mendefinisikan secara rinci pembagian kompetensi pemerintah antara Federasi dan *Laender* tersebut. Tanggung jawab dari *Laender* atas negara bagiannya dan beberapa pelimpahan tugas dari Pemerintah Federal ditentukan oleh *Basic Law*.¹⁴⁶

Kedua, Republik Federal Jerman menganut demokrasi parlementer. Kedaulatan rakyat ada, yang berarti bahwa semua otoritas negara berasal dari rakyat.¹⁴⁷ Rakyat memilih wakil mereka untuk duduk di Parlemen Federal (*Bundestag*) dan juga Parlemen negara bagian dengan pemilihan secara langsung, umum, bebas, sama, dan rahasia.¹⁴⁸ *Ketiga*, Republik Federal Jerman adalah negara sosial, sehingga semua kewenangan berada di bawah kewajiban untuk mengambil langkah-langkah untuk mendamaikan perbedaan-perbedaan sosial dan menjamin tatanan sosial yang adil. *Keempat*, Republik Federal Jerman adalah negara berdasarkan hukum, oleh karenanya dalam jalanya negara harus menjamin keadilan dan kepastian hukum. Semua kegiatan pemerintahan terikat oleh hukum dan keadilan.¹⁴⁹ Elemen penting dari adanya negara hukum adalah mengakui prinsip *rule of law* oleh karenanya pembagian kekuasaan di Jerman dilaksanakan

¹⁴⁶ Lihat Articles 30, 70, 83, 92 *Basic Law 1949, ibid*

¹⁴⁷ Lihat Article 20 (2) *Basic Law 1949, ibid*

¹⁴⁸ Lihat Articles 38 and 28 *Basic Law 1949, ibid*

¹⁴⁹ Lihat Article 20 (3) *Basic Law 1949, ibid*

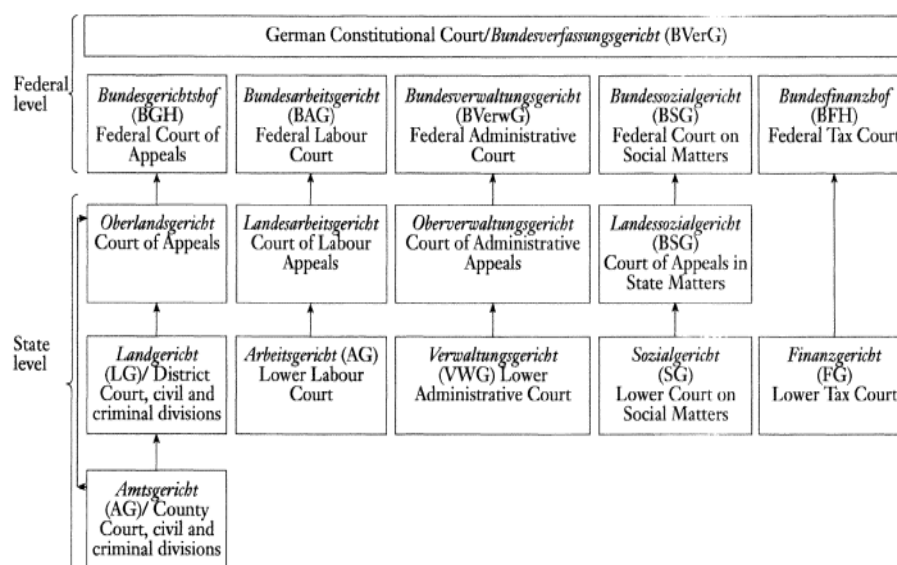
berdasar dan menurut Konstitusi, yakni kekuasaan negara berasal dari rakyat yang dilaksanakan oleh legislatif, organ eksekutif dan yudikatif.¹⁵⁰

Khusus dalam kekuasaan yudikatif (kehakiman) di Jerman dipisahkan secara rigid berdasarkan objek-nya, yakni atas urusan:¹⁵¹ *administrative* (administrasi), *labour* (bisnis), *fiscal* (fiskal), and *social* (sosial), urusan perdata dan juga pidana, dan juga *judicial review* serta *constitutional interpretation*. Seluruh proses perkara pada tahap awal dan banding diajukan ke *state (Land) tribunals* atau pengadilan di negara bagian, dan sedangkan *Federal Court* atau Pengadilan Federal berfungsi sebagai pengadilan terakhirnya.

Pengadilan federal, dibagi dengan subjek materi seperti yang telah disebutkan sebelumnya, berada di puncak *hierarki* masing-masing peradilan. Cabang kekuasaan kehakiman di Jerman oleh karena itu terbagi dalam: (i). *the Federal Court of Justice* atau *Bundesgerichtshof* dengan yurisdiksi atas perkara perdata dan kasus pidana; (ii) *the Federal Administrative Court* atau *Bundesverwaltungsgericht* memiliki yurisdiksi atas perkara administratif; (iii). *the Federal Finance Court* atau *Bundesfinanzhof* memiliki yurisdiksi untuk permasalahan keuangan atau financial; (iv). *the Federal Labor Court* atau *Bundesarbeitsgericht* memiliki yurisdiksi dalam tataran bisnis; (v). dan *the Federal Social Court* atau *Bundessozialgericht* untuk masalah social; (vi). Sedangkan khusus untuk *judicial review* dan interpretasi konstitusi merupakan tugas *the Constitutional Court* atau *Bundesverfassungsgericht*. Untuk lebih jelasnya mengenai kekuasaan kehakiman di Jerman dapat dilihat pada gambar berikut ini:

¹⁵⁰ Lihat Article 20 (2) Basic Law 1949, *ibid*

Gambar 5
Sistem Kekuasaan Kehakiman di Jerman¹⁵²



Pada intinya secara sederhana berdasarkan beberapa uraian singkat diatas, penulis kemudian mengambil *starting point* bahwa *Bundesverfassungsgericht* atau Mahkamah Konstitusi Jerman merupakan *a specialized constitutional tribunal*, dan lembaga tersebut pada tataran praktis difungsikan sebagai “*supreme guardian of the constitution*”. Mahkamah ini bersifat independen dalam federasi Jerman.

Mahkamah Konstitusi Federal Jerman lahir dan berkembang melalui beberapa tahapan. Hal ini terlihat secara historis sebelum *Basic Law 1949* lahir, Negara Jerman berada dalam kungkungan rezim totalitarian. Atas hal tersebut, tepat setelah sepeninggalnya Raja yang ke III, banyak warga negara Jerman mulai

¹⁵² Lihat: Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, (Oxford Scholarship Online: January 2010), artikel dalam: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199260997.001.0001/acprof-9780199260997-chapter-3?rskey=FxUgr9&result=5&q=German%20courts>. Pada gambar tersebut ada satu lembaga pengadilan yang tidak tercantum yakni: *state constitutional court* yang secara structural terpisah dalam frame pemisahan kekuasaan memiliki yurisdiksi secara tersendiri diluar yurisdiksi MK Federal, oleh karena itu bandingkan dengan Merryman, et.al, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America dan East Asia*, (Michie: 1994), hlm.565

tersadarkan untuk lebih komitmen terhadap segala tindak kejahatan dan kesewenang-wenangan penguasa. Terlebih-lebih pada masa rezim totalitarian keadilan sangat jauh dari harapan akibat tindakan brutal manusia dan kerusakan moral yang menyeluruh di Negara Jerman. Atas hal sedemikian, realita Hukum Positifnya di Jerman kala itu tidak banyak mendukung tatanan pemerintahan dan kehidupan yang baik. Pada tataran yang sama, secara filosofis terhadap pemikiran skeptik atas masa depan beberapa produk legislasi tersebut, kemudian menyebabkan seluruh elemen negaranya mulai memperhitungkan keberadaan *Verfassungsgerichtsbarkeit* atau pengujian konstitusional yang lebih dahulu telah dipraktekkan oleh Amerika Serikat dan Austria untuk diterapkan pada lembaga *judicial*-nya.¹⁵³

Kekuasaan lembaga *judicial* berdasarkan historis, memang baru dapat berperan vital atas perubahan sosial di Jerman setelah masa rezim konstitusi *Basic Law 1949* digulirkan. Kekuasaan *judicial*nya (khususnya dalam rangka melaksanakan *constitutional judicial review*) saat ini dapat ditelusuri pada *Basic Law 1949* dalam rangka menegakkan prinsip “*Rule of law*” atau dalam bahasa Jerman disebut *Rechtztaatprinzip*. Kekuasaan untuk melaksanakan *constitutional judicial review* itu pada akhirnya di Jerman dibentuklah peradilan khusus yang *centralized* atau terpusat yang bernama *the Federal Constitutional Court* atau

¹⁵³ Pada dasarnya ide *constitutional review* maupun *judicial review* di Jerman telah lama disuarakan oleh hakim-hakim *ordinary judge* baik pada masa Frankrut Constitution 1849, maupun pada masa Weimar Constitution 1919. Namun pada dasarnya pada dua masa rezim konstitusi itu, ide *constitutional review* maupun *judicial review* tidak dapat dijalankan. Bahkan *traditionally*, ada pandangan pemikiran yang membedakan *constitutional review* dengan *judicial review*. Lihat lebih detail pada, Donald. P Komer dan Rusell A Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Third Edition-Revised and Expanded, (Durham and London: Duke University Press, 2012), hlm. 1-10

dalam bahasa Jerman lazim disebut *the Bundesverfassungsgericht* (selanjutnya disebut MK Federal Jerman) yang mengikuti gaya “*Europe Model*”.¹⁵⁴

MK Federal Jerman pada dasarnya lahir bersamaan dengan ditetapkannya *Basic Law* sebagai Konstitusinya pada tahun 1949, dan lembaga ini bermarkas di Kalsruhe. Walaupun sedemikian, organ ini fungsinya baru efektif beberapa tahun setelah didirikannya. Hal ini secara logika disebabkan karena pada dasarnya *the Federal Constitutional Court Act* (FCCA) (dalam bahasa Jerman disebut *Bundesverfassungsgerichtsgesets* atau UU Tentang MK Federal Jerman sendiri, baru dapat disyahkan pada tanggal 12 Maret 1951.¹⁵⁵ Oleh karena itu lembaga ini secara resmi kemudian baru beroperasi dan terbuka bagi seluruh warga negara pada tanggal 28 september 1951.

Status lembaga ini pada awal pembentukannya dalam *framework* pemisahan kekuasaan dan hubungannya dengan *federal governmental organ* yang lainnya menurut Donald. P Komer dan Rusell A Miller meninggalkan beberapa masalah yang disebabkan oleh *ambivalent*-nya pengaturan dalam *Basic Law* dalam memberikan dan mengatur status lembaga ini. Mereka dalam hal ini menyatakan:

The Basic Law itself was ambivalent on the matter of the Court's status. On the one hand, the wide ranging powers of the Court laid down in the Basic Law and the fcca pointed to a tribunal commensurate in status with the other independent constitutional organs (Bundesrat, Bundestag, federal president, and federal government) created by the constitution. On the other hand, the Basic Law authorized Parliament to regulate the Court's organization and procedure. (Undang-Undang Dasar itu sendiri telah ambivalent mengatur pada status Pengadilan. Di satu sisi, kekuasaan luas dari Pengadilan ditetapkan dalam Undang-Undang Dasar dan FCCA (Federal constitutional court act) menunjuk sebagai lembaga yang independen bersamaan organ-organ

¹⁵⁴ Lihat Article 92 *Basic Law*

¹⁵⁵ UU organik itu aslinya berisi *121 Section* yang setidaknya mengatur tentang Organisasi Mahkamah, Kekuasaan Mahkamah, Prosedur Pengujian dan lain sebagainya. UU ini terakhir kali diamandemen pada 16 Juli 1998.

independen yang lain (misalnya *Bundesrat*, *Bundestag*, Presiden Federal, dan Pemerintahan Federal). Namun di sisi lain, Undang-Undang Dasar juga memberi wewenang Parlemen untuk mengatur organisasi dan prosedur Pengadilan).¹⁵⁶

Pernyataan Donald. P Komer dan Rusell A Miller itu terlihat secara nyata pada awal eksistensi mahkamah konstitusi, yang dimana para hakimnya ditempatkan di bawah kewenangan Kementerian Kehakiman Federal. Situasi yang sedemikian, pada tataran pelaksanaannya menimbulkan pertanyaan dalam internal lembaga sendiri terkait tentang otonomi dan independensi Mahkamah, dalam hal ini termasuk disuarakan secara keras oleh Presiden pertama Mahkamah Konstitusi Federal Jerman yang bernama Hermann Hopker-Aschoff.¹⁵⁷

Pada tanggal 27 Juni 1952, setelah berbulan-bulan dilakukan perencanaan, MK Jerman akhirnya memberanikan diri merilis sebuah *memorandum originally* yang disusun oleh Justice Gerhard Leibholz, salah satu anggota Mahkamah Konstitusi yang paling terkenal dan dihormati kala itu.¹⁵⁸ Memorandum itu berisi beberapa hal untuk: *pertama*, pernyataan untuk mengakhiri otoritas pengawasan hakim mahkamah konstitusi oleh Departemen Kehakiman; *kedua*, mengatur sendiri otonomi anggaran lengkap, dan kontrol penuh Mahkamah dan administrasi internal; dan *ketiga*, termasuk pula mengatur kekuasaan untuk menunjuk pejabat dan panitera sendiri. Memorandum itu pada intinya menyimpulkan bahwa Mahkamah Konstitusi Federal merupakan organ konstitusi tertinggi yang berkoordinasi dalam peringkat sama dengan *Bundestag*, *Bundesrat*, *Federal Kanselir*, dan Presiden Federal.

¹⁵⁶ Donald. P Komer dan Rusell A Miller, *The Constitutional Jurisprudence...*, op.Cit.hlm. 17

¹⁵⁷ Ibid

¹⁵⁸ Ibid

Memorandum dari Karlsruhe kemudian berdampak meningkatkan ketegangan yang kuat di Bonn, ibukota Jerman Barat pada tahun-tahun ketika Jerman dibagi antara Barat dengan Republik Federal dan timur Republik Demokratik Jerman. Memorandum itu mengejutkan pemerintah, dan membuat marah pula Departemen Kehakiman. Terlebih-lebih memorandum itu juga meningkatkan tensi ketegangan suhu Politik Parlemen waktu itu, yang dimana Partai Sosial Demokrat dan *Bundesrat* umumnya mendukung tuntutan para hakim melalui memorandum itu, sementara CDU atau *Christlich Demokratische Union* (Partai Demokratik Kristen Union) dan beberapa koalisi partai-partai di *Bundestag* umumnya menentang mereka.

Pada tahun 1953 *kemudian* secara nyata dipisahkan hubungan antara hakim Mahkamah Konstitusi dengan Departemen Kehakiman. Dalam Struktural saat ini, Ketua Mahkamah Konstitusi sekarang menikmati posisi kelima tertinggi di Republik Federal, mengikuti Presiden Federal, Kanselir Federal, dan Presiden dari dua organ legislatif (*Bundestag* dan *Bundesrat*). Sebagai “*supreme guardians of the constitution*” para hakim pada akhirnya dibebaskan dari kode disiplin yang mengatur semua hakim Jerman lainnya. Upaya Keras memenangkan status konstitusional Mahkamah merupakan symbol terbaik yang menginspirasi amandemen tahun 1968 yang kemudian dengan Undang-Undang Dasar itu mengatur fungsi Mahkamah Konstitusi Federal dan hakim yang tidak boleh terganggu bahkan dalam keadaan darurat. Bahkan dalam menjaga sinergitas tindakan dan fungsi Mahkamah Konstitusi, *Bunderstag* dan *Bundesrat* dilarang mengubah UU organik yang mengatur Mahkamah Konstitusi. Dalam hal ini ommer menyatakan: *During such a time, the special body responsible for acting*

*on behalf of the Bundestag and the Bundesrat is barred from amending the FCCA unless such an amendment is required, "in the opinion of the Federal Constitutional Court, to maintain the Court's ability to function"*¹⁵⁹, (Selama saat seperti itu, badan khusus yang bertanggung jawab untuk bertindak atas nama Bundestag dan Bundesrat dilarang mengubah FCCA (*Federal Constitutional Court Act*) kecuali seperti amandemen diperlukan, menurut pendapat Mahkamah Konstitusi Federal, hal ini untuk mempertahankan kemampuan dan fungsi Mahkamah).

2. Struktur Mahkamah Konstitusi Federal Jerman

Hal yang terpenting dalam melihat struktur Mahkamah Konstitusi Federal Jerman adalah terdapat dua *chamber* atau *senate* yang didalamnya masing-masing memiliki 8 (delapan) hakim dan antar senat-nya independent pula dengan yang lainnya dalam tatarannya pelaksanaan yurisdiksinya sebagai Mahkamah Konstitusi. Oleh karena itu tidak heran para ahli hukum menyebutnya dengan sebutan sebagai *the twin senate or the twin chamber*.

Ide mewujudkan *the twin senate* pada dasarnya merupakan kompromi antara legislator yang menghendaki *a fluid sistem of twenty-four justices rotating on smaller panels* atau sistem dimana dua puluh empat (24) hakim berputar pada panel yang lebih kecil, dengan kehendak yang berlawanan yakni, legislator menginginkan untuk menerapkan satu Majelis seperti praktek di Mahkamah Agung Amerika Serikat. Di Indonesia "*a fluid sistem*" dikenalkan oleh Sri Soemantri yang kemudian diikuti oleh Jimly As-Shiddiqie dan Ahmad Syahrizal dalam berbagai *literature* hukum karangannya. Namun sayangnya semua

¹⁵⁹*Ibid*, hlm.18, lihat pula *Basic Law 1949, Article 115h*

literature itu terdapat kesalahan dalam menulis “*a fluid sistem*” dengan menuliskan dengan kata “*flind sistem*”.¹⁶⁰ Hal yang terpenting dalam *bifurcation* (pencabangan dua ini) adalah ekspresi perdebatan lama antara mereka yang melihat Pengadilan dalam hal hukum konvensional dan mereka yang melihatnya dari segi politik.

Pembagian asli yurisdiksi menunjukkan bahwa senat tersebut dimaksudkan untuk memenuhi fungsi yang sangat berbeda. Senat Kedua dirancang untuk berfungsi seperti Pengadilan Tinggi Negara seperti pada masa Konstitusi Weimar, dalam hal itu akan memutuskan sengketa politik antara cabang dan tingkat pemerintahan, menyelesaikan permasalahan pemilihan umum, aturan mengenai konstitusionalitas partai politik, memimpin proses impeachment, dan memutuskan menguji konstitusional secara abstrak. Sedangkan Senat Pertama, memiliki wewenang untuk menguji konstitusionalitas undang-undang dan konstitusi untuk menyelesaikan keraguan yang timbul dari litigasi di *ordinary court*. Selain itu Senat Pertama juga dapat mendengar pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) warga secara langsung serta arahan dari pengadilan lain secara tidak langsung.

Hakim-hakim pada Mahkamah Konstitusi Federal Jerman memosisikan dirinya sendiri sebagai “*guardians of the Constitution*”. Hakim-hakim itu dipilih oleh Parlemen dengan mekanisme “*a two-third vote for a single*”. Oleh karenanya tidak mengherankan anggota Mahkamah Konstitusi Jerman mencerminkan dan mempresentasikan seluruh kekutan politik yang ada.

¹⁶⁰ Lihat Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1997), hlm.47-48, Jimly As-shiddiqie dan Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi di Sepuluh Negara*, (Jakarta: Konstitusi Pers, 2006), hlm. 45.

Hakim pada Mahkamah Konstitusi Federal Jerman berbeda dengan hakim pada *ordinary court (lander)* pada beberapa aspek penting. Pertama, *while the judge of an ordinary state or federal court resorts primarily to interpretation of simple statutes in reaching decisions, a justice of the Constitutional Court uses the text of the Constitution as his yardstick* (Pada intinya Mahkamah Konstitusi menggunakan batu uji Konstitusi sebagai tolok ukur pengujiannya); kedua, *the judge is bound to observe rules regularly enacted, but the Constitutional Court justice may declare legislation null and void* (Putusan Mahkamah Konstitusi Jerman bersifat *Null and Void*); dan ketiga, *some of the Constitutional Court's decisions pass into law, and its holdings are published in the Federal Gazette*.

3. Yurisdiksi Mahkamah Konstitusi Federal Jerman

Mahkamah Konstitusi Federal Jerman hingga ditulisnya kajian ini memperoleh yurisdiksi sesuai apa yang telah diatur dalam *Basic Law* untuk dapat bertindak menguji beberapa hal sebagai berikut, yakni¹⁶¹:

- a. *Forfeiture of basic right (Article 18)*;
- b. *Constitutionality of political parties (Article 21 (2))*;
- c. *Review of election result (Article 41 (2))*;
- d. *Impeachment of the Federal President (Article 61)*;
- e. *Disputes between high state organ (Article 93 (1) [1])*;
- f. *Abstract judicial review (Article 93 (1) [2])*;
- g. *Federal-state conflict (Article 93 (1) [3] and 84 (4))*
- h. *Individual Constitutional Complaint (Article 93 (1) [4a])*;

¹⁶¹ Donald. P Komer dan Rusell A Miller, *op.Cit*, hlm.10. Khusus yang mengatur perihal yurisdiksi MK Federal Jerman pada dasarnya secara mudah dapat dilihat pada *Basic Law 1949 Article 93* yang berjudul "*Jurisdiction of the Federal Constitutional Court*".

- i. *Municipal constitutional complaint (Article 93 (1) [4b]);*
- j. *Other disputes specified by law (Article 93 (2));*
- k. *Removal of judge (Article 98);*
- l. *Intrastate constitutional disputes (Article 99);*
- m. *Concrete Judicial Review (Article 100 (1));*
- n. *Public international law action (Article 100 (2));*
- o. *State constitutional court references (Article 100 (3));* dan
- p. *Applicability of Federal law (Article 126).*

Seluruh kategori yurisdiksi diatas, keseluruhanya dilakukan baik oleh senat pertama maupun senat kedua. Yurisdiksi paling penting dalam proses pengujian konstitusional di Jerman adalah dalam hal “*constitutional complaint*” yang dapat dibawa atau diajukan secara langsung oleh warga masyarakat kepada Mahkamah Konstitusinya yang merupakan tugas senat pertama. Untuk lebih detailnya tentang rasio perkara di MK Federal Jerman lihat table berikut.

Tabel 4
Federal Constitutional Court’s Caseload, 1951-2011¹⁶²

Proceeding	Docketed	Decided
<i>Constitutional Complaint</i>	188.187	166.608
<i>Concerete Judicial Review</i>	3.511	1.261
<i>Request for Temporary Injuction</i>	2.370	1.847
<i>Disputes between Federal Organs</i>	180	97
<i>Abstract Judicial Review</i>	172	109
<i>Federal State Conflict</i>	45	27
<i>Unconstitutional Parties</i>	8	5
<i>Other Proceedings</i>	545	291
Total	195.018	170.245

¹⁶² Lihat, Docketed: *Bundesverfassungsgericht, “aufga Docketed”*: *Bundesverfassungsgericht, “Aufgaben, Verfahren und Organisation— Statistik für das Geschäft sjahr 2011— Eingänge nach Verfahrensarten,”* available at www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2011/A-I-4.html; “Decided”: *Bundesverfassungsgericht, “Aufgaben, Verfahren und Organisation— Statistik für das Geschäft sjahr 2011— Erledigungen nach Verfahrensarten,”* available at www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2011/A-I-5.html, dalam Donald. P Komer dan Rusell A Miller, *ibid*, hlm. 31

a. *Constitutional complaint* (pengaduan konstitusional).

Pengaduan konstitusional merupakan sebuah mekanisme pengaduan yang dapat diajukan oleh individual dan entitas yang memperoleh hak tertentu sesuai dalam konstitusi-nya. Dalam hal ini pengaduan konstitusional berbeda dari semua proses litigasi yang lainnya seperti yang telah disebut diatas (selain *Request for Temporary Injunction*), yang dimana dalam proses yang lain itu untuk bisa masuk ke MK Jerman dibatasi hanya untuk *governmental entities*, anggota parlemen dan *judicial tribunal* atau bahkan *ordinary judge*.

Sesuai dengan *Article 93 (1) dan (4 a) Basic Law 1949*, Pengaduan konstitusional dapat diajukan oleh setiap orang secara langsung yang mengklaim bahwa salah satu hak dasar-nya atau hak-hak tertentu yang dapat disamakan dengan hak-hak dasar (misalnya haknya untuk didengar oleh pengadilan) telah dilanggar oleh *otoritas public*.¹⁶³

Bentuk pengaduan ini merupakan upaya hukum luar biasa yang tersedia bagi individu untuk pemeliharaan hak-hak dasar-nya. Hal ini mencerminkan pentingnya Undang-Undang Dasar menempel dan memuat hak-hak dasar, yang dalam pelaksanaannya dapat saja *vis-à-vis* atau berhadap-hadapan dengan otoritas pejabat publik. Hak-hak dasar itu terkandung dalam *Basic Law 1949* misalnya pengaturan yang tercantum dalam Pasal 1-19, yang didalamnya mengatur persamaan hak bagi laki-laki dan perempuan, kebebasan beragama, berekspresi, berkumpul dan profesi, dan hak milik). Pengaturan Hak-hak dalam hal itu

¹⁶³ Lihat pula Pasal 90 (1) FCCA. Article 93 (4 a) menyatakan: *on constitutional complaints, which may be filed by any person alleging that one of his basic rights or one of his rights under paragraph (4) of Article 20 or under Article 33, 38, 101, 103 or 104 has been infringed by public authority.*

bukanlah sekedar pemanis undang-undang dasar belaka, akan tetapi hak-hak dasar itu adalah hukum yang harus ditegakkan secara langsung yang mengikat legislatif, eksekutif dan yudikatif. Oleh karena itu apabila seseorang merasa bahwa salah satu hak dasar-nya telah dilanggar oleh tindakan otoritas publik, baik itu oleh pemerintah federal atau pemerintah negara bagian siapapun dapat akses langsung ke Mahkamah Konstitusi Federal, dan dia tidak perlu untuk mendapatkan seorang pengacara dan tidak perlu membayar biaya perkara.

Pada prinsipnya mekanisme pengaduan konstitusional memperkenankan setiap orang atau siapa saja memanfaatkan mekanisme ini. Oleh karenanya tidak hanya perorangan saja tapi juga badan hukum bisa memanfaatkan, misalnya gabungan individu yang menanamkan saham dalam perusahaan tertentu. Bahkan mekanisme ini tidak tertutup hanya untuk warga masyarakat Jerman, tetapi juga untuk warga asing, juga dapat memasukkan pengaduan konstitusional jika hak tersebut dilanggar.¹⁶⁴

Disisi lain, sebuah pengaduan konstitusional mungkin juga berhubungan dengan tindakan apapun oleh otoritas publik melanggar hak dasar yang diwujudkan dalam aturan hukum, kebijakan hukum dalam tataran tindakan administrasi, atau bahkan keputusan pengadilan. Namun, persyaratan untuk mengajukan pengaduan dalam hal ini ke Mahkamah Konstitusi Federal adalah bahwa tidak ada cara lain untuk menghilangkan pelanggaran hak dasar dengan upaya terlebih dahulu ke *ordinary court*. Pengaduan konstitusional dalam hal ini mengharuskan pemohon menempuh jalur di peradilan biasa terlebih dahulu, dan

¹⁶⁴ Lihat: *Article 28 (2) Basic Law 1949*

ketika *after exhausting all available means to find relief in the court*¹⁶⁵ atau setelah melelahkan (tertutup) segala cara yang tersedia untuk mencari bantuan di pengadilan biasa, seseorang yang merasa hak-hak konstitusionalnya dirugikan oleh tindakan hukum tertentu baru dapat diperkenankan mengajukan tuntutannya kepada Mahkamah Konstitusi. Dalam kasus khusus pengaduan konstitusional (tanpa akses ke pengadilan yang relevan terlebih dahulu) juga dapat dimasukkan secara langsung terhadap hukum atau ketentuan perundang-undangan. Namun ada syarat khusus yang harus dipenuhi, yakni hukum diwujudkan memang benar dan langsung merusak hak-hak spesifik individu.

b. *Concrete Judicial Review* (pengujian secara konkrit oleh pengadilan).

Mekanisme ini muncul berawal dari *ordinary lawsuit* (gugatan pada peradilan biasa). Sehingga hal ini dimaksudkan jika pengadilan biasa yakin bahwa undang-undang federal atau negara bagian yang relevan di mana kasus telah muncul, melanggar Undang-Undang Dasar. Dalam hal sedemikian, maka pengadilan biasa dapat merujuk pertanyaan konstitusional (*Constitutional Question*) kepada Mahkamah Konstitusi Federal sebelum kasus dapat diputuskan. Pertanyaan konstitusional ini lazim dikenal sebagai mekanisme "*judicial referral*" atau penyerahan yudisial. Penyerahannya itu tidak tergantung pada persoalan konstitusionalitas yang telah diajukan oleh salah satu pihak. Oleh karena itu yang dapat akses ke MK Federal Jerman adalah *ordinary court*.

Pengaturan akan mekanisme ini dapat dijumpai dalam *Article 100 (1) Basic Law 1949* yang menyatakan bahwa:

If a court concludes that a law on whose validity its decision depends is unconstitutional, the proceedings shall be stayed, and a

¹⁶⁵ Lihat UU tentang MK Federal Jerman *Article 90 (2)*.

decision shall be obtained from the Land court with jurisdiction over constitutional disputes where the constitution of a Land is held to be violated, or from the Federal Constitutional Court where this Basic Law is held to be violated. This provision shall also apply where the Basic Law is held to be violated by Land law and where a Land law is held to be incompatible with a federal law.

c. Request for Temporary Injunction (Permintaan penundaan sementara).

Pada dasarnya wewenang ini tidak eksplisit diatur dalam Basic Law 1949, namun wewenang ini merupakan wewenang turunan dan lebih tepatnya disebut hanya terkait saja dengan aturan pada *article 93 (2) Basic law*.¹⁶⁶ Aturan itu dapat dijumpai dalam *article 32 FCCA atau UU tentang MK Federal Jerman*.¹⁶⁷ Penundaan sementara ini misalnya dapat ditujukan atas tindakan Presiden agar tidak menandatangani sebuah rancangan UU tertentu. Kasus konkritnya akhir-akhir ini, Mahkamah Jerman mengumumkan “*temporary injunctions*” dalam hal “*to prevent for the ratification of the international agreements – the Treaty establishing the European Stability Mechanism (ESM Treaty) and the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (known as the Fiscal Compact)*” atau untuk menunda pengesahan perjanjian internasional-Perjanjian mendirikan Mekanisme Stabilitas Eropa (*ESM Treaty*) dan Perjanjian tentang Stabilitas, Koordinasi dan Tata Kelola dalam Ekonomi dan

¹⁶⁶ Article 93 (2) menyatakan: *in the event of disagreements or doubts concerning the formal or substantive compatibility of federal law or Land law with this Basic Law, or the compatibility of Land law with other federal law, on application of the Federal Government, of a Land government, or of one fourth of the Members of the Bundestag.*

¹⁶⁷ Article 32 FCCA menyatakan: (1) *In a dispute the Federal Constitutional Court may deal with a matter provisionally by means of a temporary injunction if this is urgently needed to avert serious detriment, ward off imminent force or for any other important reason for the common weal. (2) The temporary injunction may be issued without oral pleadings. In particularly urgent instances, the Federal Constitutional Court need not give the parties to the principal proceedings, the parties entitled to join them or the parties entitled to make a statement an opportunity to make a statement. (3) If the temporary injunction is issued or refused by an order, a protest may be lodged. This shall not apply to the complainant in proceedings on a constitutional complaint. The Federal Constitutional Court shall decide on the protest after oral pleadings. These must be held within two weeks of receiving the reasons for the protest.*

Moneter Union (lazim dikenal sebagai *Compact Fiskal*)”.¹⁶⁸ Inisiasi untuk melakukan *temporary injunction* ini pada dasarnya dapat diinisiasi oleh Mahkamah sendiri atau melalui sebagian lembaga *legislative* yang duduk di *Bundestag* atau *Bundesrat*. Inisiasi sendiri untuk secara aktif menjaga Konstitusi sebagai hukum tertinggi inilah yang membedakan antara Peradilan Konstitusi di Jerman dengan lainnya. Dengan demikian, dalam proses ini dapat berfungsi untuk melindungi kekuatan Pengadilan dan kepentingan publik untuk memenuhi perannya sebagai pelindung konstitusi secara maksimal.

d. *Disputes between High Federal Organ (Sengketa antar Organ Tinggi Federal).*

Konflik kewenangan yang dimaksud dalam hal ini adalah adanya konflik pelaksanaan kewenangan oleh “*the governmental organ*”. Sehingga oleh karena itu untuk pihak yang dapat mengajukan hal sengketa ini ke Mahkamah Konstitusi Federal Jerman adalah, *the governmental organ* itu sendiri, yang terdiri atas: Presiden Federal, *Bundesrat*, *Federal government*, *Bundestag* (yang kesemua organ ini mendapatkan hak independent-nya dari *Basic Law*). Selain organ-organ tersebut Anggota Parlemen Federal-pun juga dapat mempunyai hak untuk ini pula. Hal ini Sesuai dengan Pasal 93 (1) [1] *Basic Law 1949*, Mahkamah Konstitusi Federal dapat memutuskan pada interpretasi dari Undang-Undang Dasar dalam hal sengketa kewenangan *the Governmental Organ*. *Article 93 (1) [1]* menyatakan: *on the interpretation of this Basic Law in the event of disputes concerning the extent of the rights and duties of a supreme federal body or of*

¹⁶⁸ Lihat *Press Release no. 47/2012 of 2 July 2012 dalam <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg12-067en.html>*

other parties vested with rights of their own by this Basic Law or by the rules of procedure of a supreme federal body.

e. *Abstract Judicial Review* (pengujian secara abstrak oleh lembaga pengadilan).

Seluruh undang-undang produk legislative pada pemerintah pusat maupun negara bagian harus tunduk pada tatanan konstitusional. Hal ini sesuai dengan bunyi *article 20 (3) Basic Law* yang menyatakan bahwa: *The legislature shall be bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice.*

Sebuah aturan hukum yang diadopsi oleh prosedur yang benar tidak secara otomatis kompatibel atau sesuai dengan konstitusi. Substansinya juga harus sesuai dengan konstitusi, khususnya dalam hal ini tidak boleh melanggar hak-hak dasar individu. *Article 1 (3) Basic Law* menyatakan secara tegas bahwa hak-hak dasar yang tercantum di dalamnya bersifat mengikat bagi legislatif. Mahkamah Konstitusi Federal harus memeriksa bahwa legislatif bertindak sesuai dengan ketentuan Undang-Undang Dasar ketika mengeluarkan aturan hukum.

Pengujian secara abstrak pada umumnya dirujuk pada *Article 13 (6) FCCA jucto Article 93 (1) [2] the Basic Law*.¹⁶⁹ Dalam proses jenis ini, Mahkamah Konstitusi Federal memutuskan secara independen dari sengketa tertentu pada kesesuaian hukum federal atau hukum negara bagian dengan Undang-Undang Dasar atau pada kompatibilitas hukum negara bagian dengan hukum federal.

¹⁶⁹ *Article 93 (1) [2]* menyatakan: *in the event of disagreements or doubts concerning the formal or substantive compatibility of federal law or Land law with this Basic Law, or the compatibility of Land law with other federal law, on application of the Federal Government, of a Land government, or of one fourth of the Members of the Bundestag.*

Hanya Pemerintah Federal, pemerintah negara bagian atau setidaknya sepertiga dari Anggota *Bundestag* yang dapat akses mengajukan proses tersebut. Dengan ini berarti khususnya oposisi di *Bundestag*, asalkan memiliki minimal sepertiga dari kursi, memiliki jalan ke Mahkamah Konstitusi Federal jika menganggap hukum yang diadopsi oleh mayoritas anggota parlemen tidak konstitusional.

Subyek pengujian tidak saja berupa aturan hukum Federal atau negara bagian dengan kata lain, bukan hanya hukum yang diadopsi oleh parlemen, tetapi juga peraturan pemerintah atau oleh-hukum badan publik yang independen. Tidaklah penting apakah aturan itu diterbitkan sebelum atau setelah *Basic Law 1949*. Untuk lebih rici lihat Pasal 76-79 UU FCCA).

f. Federal-State Conflik

Dalam sebuah negara federal seperti Republik Federal Jerman, perselisihan hak dan kewajiban dapat terjadi tidak hanya antara organ federal saja tetapi juga antara Federasi dan *Laender* serta antara *Laender* individu sendiri. Secara khusus, perselisihan ini berhubungan dengan batas-kompetensi antara Federasi dan *Laender* tersebut sebagaimana ditetapkan dalam *Basic Law 1949*. Biasanya munculnya perselisihan dari dalam proses pengawasan administrasi oleh Pemerintahan Federal terhadap *Laender*. Mekanisme ini hanya dapat diajukan oleh Pemerintah Negara Bagian atau oleh Pemerintah Federal.¹⁷⁰ Selain itu, Pengadilan dapat mendengar "sengketa hukum publik lainnya" antara federasi dan

¹⁷⁰ untuk detail lihat Pasal 68-72 UU FCCA.

Ländernya. Oleh karena itu, sesuai dengan Article 93 (1) [3]¹⁷¹ dan 84 (4)¹⁷² *Basic Law*, Mahkamah Konstitusi Federal dapat memutuskan sengketa tersebut.

C. Sistem Pengujian Konstitusional di Indonesia

1. Ide Pengujian Konstitusional dalam Perubahan UUD 1945

Ide dasar untuk melembagakan pengujian konstitusional di Negara Indonesia pada dasarnya merupakan gagasan kuno yang telah lama diperdebatkan dalam beberapa momentum perdebatan, namun hingga saat ini sederhananya belum sampai pada tataran yang ideal pengaturannya.

Sekurang-kurangnya pernah didapati empat kali perdebatan, yaitu¹⁷³: *pertama*, saat penyusunan naskah UUD 1945 di badan BPUPKI¹⁷⁴; *kedua*, saat merumuskan UU No 14 Tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Perubahan-perubahannya; *ketiga*, pada saat sidang tahunan MPR RI Tahun 2000; dan *keempat*, pada saat merumuskan perubahan UUD 1945 Tahun 1999-2000. Pada perdebatan yang keempat barulah ide dasar untuk melembagakan pengujian konstitusional mendapatkan tempat untuk dapat diterapkan dan resmi berlaku di Indonesia setelah

¹⁷¹ Article 93 (1) [3] menyatakan: *in the event of disagreements concerning the rights and duties of the Federation and the Länder, especially in the execution of federal law by the Länder and in the exercise of federal oversight;*

¹⁷² Article 84 (4) menyatakan: *Should any deficiencies that the Federal Government has identified in the execution of federal laws in the Länder not be corrected, the Bundesrat, on application of the Federal Government or of the Land concerned, shall decide whether.*

¹⁷³ Zainal Arifin Hoesein, *JudicialReview...,op.Cit, hlm.1*

¹⁷⁴ Pada saat pembahasan rancangan UUD di Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), anggota BPUPKI Prof. Muhammad Yamin telah mengemukakan pendapat bahwa Mahkamah Agung (MA) perlu diberi kewenangan untuk membanding Undang-Undang. Namun ide ini ditolak oleh Prof. Soepomo berdasarkan dua alasan, pertama, UUD yang sedang disusun pada saat itu (yang kemudian menjadi UUD 1945) tidak menganut paham trias politika dan kedua, pada saat itu jumlah sarjana hukum kita belum banyak dan belum memiliki pengalaman mengenai hal ini. Akan tetapi realita alasan Soepomo tersebut di era Negara Hukum Indonesia saat ini telah terbantahkan. *Ibid.*

UUD pasca perubahan disyahkan. Perdebatan itu terlaksana, pada dasarnya akibat tuntutan reformasi di segala bidang pada tahun 1998.

Era reformasi kala itu muncul di Indonesia ditandai dengan peristiwa berhentinya Presiden H.M. Soeharto pada 21 Mei 1998. Adanya reformasi di segala bidang membuka peluang pula bagi dilakukannya reformasi konstitusi setelah mengalami fase “sakralisasi UUD 1945” selama pemerintahan Orde Baru. Perkembangan reformasi konstitusi waktu itu menjadi salah satu tuntutan berbagai kalangan, termasuk para pakar maupun akademisi hukum tata negara dan kelompok mahasiswa, yang kemudian diwujudkan oleh MPR melalui empat kali perubahan (1999-2002).

Reformasi konstitusi dipandang merupakan kebutuhan dan agenda yang harus dilakukan, hal itu didasarkan: bahwa UUD 1945 tidak lagi cukup untuk mengatur dan mengarahkan penyelenggaraan negara sesuai harapan rakyat, terbentuknya *good governance*, serta mendukung penegakan demokrasi dan hak-hak asasi manusia. Buruknya penyelenggaraan negara pada beberapa tahun terakhir pemerintahan Presiden Soeharto yang antara lain ditandai dengan maraknya korupsi, kolusi, dan nepotisme, menjadi bukti tidak terbantahkan mengenai hal ini. Oleh karena itu Jimly berpendapat dengan menyatakan seperti berikut¹⁷⁵:

“Beberapa aspek yang terdapat dalam UUD 1945 yang menyebabkan konstitusi Indonesia ini tidak cukup mampu mendukung penyelenggaraan negara yang demokratis dan menegakkan hak asasi manusia, antara lain sebagai berikut: *pertama*, UUD 1945 terlampau sedikit jumlah pasal dan ayatnya, hanya terdiri dari 37 pasal sehingga belum atau tidak mengatur berbagai hal mengenai penyelenggaraan negara dan kehidupan bangsa di dalamnya yang makin lama makin kompleks; *kedua*, UUD 1945 menganut paham Supremasi MPR yang menyebabkan tidak ada sistem *checks and balances* antar cabang kekuasaan negara; *ketiga*, UUD 1945 memberikan kekuasaan sangat besar kepada Presiden (*executive heavy*) sehingga peranan Presiden sangat besar dalam penyelenggaraan negara; *keempat*, beberapa

¹⁷⁵ Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan*, bahan ceramah pada Pendidikan Sespati dan Sespim Polri, Bandung, 19 April 2008, *hlm.* 1-2

muatan dalam UUD 1945 mengandung potensi multitafsir yang membuka peluang penafsiran yang menguntungkan pihak penguasa; dan *kelima*, UUD 1945 sangat mempercayakan pelaksanaan UUD 1945 kepada semangat penyelenggara negara.

Sebagai salah satu elemen perubahan UUD 1945 adalah lahirnya Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi lahir membawa perubahan dan lahir dengan membawa beberapa kewenangan, yang esensinya adalah untuk dapat dilaksanakannya ide pengujian konstitusional. Kesemua hal yang berkaitan dengan perdebatan politik pada saat dilembagakannya pengujian konstitusional, catatan resmi yang membicarakan hal itu dapat dikaji dalam naskah otentik Risalah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Tahun Sidang 1999-2002 yang terdiri atas 17 jilid dan diterbitkan Sekretariat Jenderal MPR RI pada 2008 dan 2009.

Dalam seluruh pembahasan perubahan Undang-Undang Dasar itu, diikuti oleh semua fraksi yang ada di MPR, yaitu: (1). Fraksi Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan (F-PDI Perjuangan); (2.) Fraksi Partai Golkar (F-PG); (3).Fraksi Partai Persatuan Pembangunan (F-PPP); (4).Fraksi Kebangkitan Bangsa (F-KB, yaitu dari Partai Kebangkitan Bangsa); (5). Fraksi Reformasi (F-Reformasi, terdiri atas Partai Amanat Nasional dan Partai Keadilan); (6). Fraksi Partai Bulan Bintang (F-PBB); (7). Fraksi Kesatuan Kebangsaan Indonesia (F-KKI, yang merupakan gabungan dari beberapa partai politik, yaitu PDI, IPKI, PNI-MM, PKP, PP, dan PKD); (8). Fraksi Perserikatan Daulat Ummat (F-PDU, yaitu gabungan dari PNU, PKU, PP Masyumi, PDR, dan PSII); (9).Fraksi Partai Demokrasi Kasih Bangsa (F-PDKB); (10). Fraksi Utusan Golongan (F-UG); serta (11). Fraksi TNI/Polri. Kemudian dalam Sidang Tahunan MPR tahun 2001 telah dibentuk Fraksi Utusan Daerah (F-UD)

yang sebelumnya para anggotanya menjadi anggota dari fraksi-fraksi lain menurut pilihannya. Dengan demikian secara Fraksi baru ikut dalam pembahasan pada Perubahan Keempat tahun 2002).¹⁷⁶

Pada tanggal 6 Oktober 1999 dibentuk Badan Pekerja Majelis Permusyawaratan Rakyat (BP-MPR) sebagai alat kelengkapan Majelis. Dalam rapat BP-MPR dimulai dengan Pemandangan Umum Fraksi MPR yang terdiri dari 11 (sebelas) fraksi, sebelum dibentuknya Fraksi Utusan Daerah (FUD) pada perubahan ketiga tahun 2001. Khusus untuk membahas lebih lanjut dari pandangan umum fraksi MPR tersebut, sesuai dengan materi bahasan dibentuk tiga Panitia Ad Hoc (PAH) BP-MPR sebagai alat kelengkapan BP-MPR. Untuk persiapan rancangan perubahan UUD 1945 dibentuk PAH-III BP-MPR. Adapun PAH I BP-MPR bertugas mempersiapkan rancangan ketetapan MPR tentang Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN) dan PAH II BP-MPR bertugas mempersiapkan rancangan Ketetapan MPR atau GBHN. Tugas Panitia Ad Hoc III sangat fundamental keberadaannya dalam konteks ketatanegaraan Indonesia sebab ini adalah sebuah keputusan MPR yang menjadi “peletak dasar” dilaksanakannya perubahan pertama UUD 1945.

Pembahasan dalam rangka melembagaan “pengujian konstitusional” pada dasarnya tidak mendapatkan porsi pembahasan pada masa pembahasan dan pengesahan Perubahan Pertama UUD 1945 dalam SU MPR 1999. Konsentrasi pembahasan pada masa perubahan pertama lebih banyak pada ketentuan tentang Kekuasaan Kehakiman secara umum yang selalu dikaitkan dengan Mahkamah Agung. Bahkan ditemukan dalam persidangannya ada keinginan

¹⁷⁶ Risalah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Tahun Sidang 1999-2002, Jilid 1-17, Sekretariat Jenderal MPR RI, 2008.

mendesain hanya Mahkamah Agung-lah satu-satunya lembaga peradilan dalam konteks kekuasaan kehakiman dan hal ini secara umum disuarakan oleh seluruh fraksi yang ada.¹⁷⁷ Pembahasan tentang pelebagaan pengujian konstitusional kemudian mendapatkan porsinya dalam pembahasan tentang Kekuasaan Kehakiman pada masa perubahan kedua setelah para perumus Konstitusi mendapatkan pencerahan dari elemen masyarakat, perguruan tinggi bahkan diperoleh juga dari study bandingnya ke luar negeri.

Dalam proses amendemen UUD 1945, pada tataran ringkasnya kemudian membentuk Panitia Ad Hoc (PAH) I 2000 untuk menindaklanjuti pembahasan pada tahun 1999. Pembentukan PAH I 2000 secara khusus ditujukan untuk membahas amendemen UUD 1945. Materi pembahasan yang dihasilkan PAH I kemudian diputuskan dalam sidang tahunan MPR secara bertahap, terhitung mulai dari Sidang Tahunan MPR 2000 hingga 2002.

Usulan pembentukan MK mulai muncul pada rapat-rapat beberapa bulan tepatnya, setelah PAH I BP MPR 2000 melakukan kunjungan ke daerah-daerah, studi banding, dan dengar pendapat dengan berbagai pihak. Dalam rapat dengar pendapat misalnya PAH I BP MPR 2000 mengundang lembaga Tinggi negara. Dalam hal ini rapat dengan pendapat dilakukan dengan Mahkamah Agung (MA) selaku institusi pelaku kekuasaan kehakiman di Indonesia. Rapat dengar pendapat dengan Mahkamah Agung dilangsungkan pada Rapat ke-15 PAH I BP MPR tanggal 17 Februari 2000, yang dipimpin oleh Harun Kamil. Paulus Efendi

¹⁷⁷ Misalnya dalam Rapat ke-3 PAH III BP MPR pada Sabtu, 9 Oktober 1999, Hendi Tjaswadi (F-TNI/Polri) melengkapi usulan yang ia sampaikan pada rapat ke-1, sebagai berikut. Mengenai Bab IX [tentang Kekuasaan Kehakiman], ... Jadi kami mengusulkan judulnya diganti menjadi Mahkamah Agung. Jadi ini, lembaga tinggi Negara. Lihat : Sekretariat Jenderal MPR RI, *Risalah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945 (1999-2002) Tahun Sidang 2000* Buku Dua, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2008), hlm. 233

Lotulung, salah satu wakil MA yang hadir pada rapat dengar pendapat menyampaikan pendapat bahwa pembentukan MK tergantung dari sistem hukum dan politik hukum yang ingin digariskan. Apabila ingin memberikan *review* pada badan peradilan tetapi bukan MA, harus dibentuk MK. Paulus Efendi Lotulung memberikan pendapat sebagai berikut:

Nah, tinggal sekarang kita tergantung politik hukum kita. Politik hukum yang menentukan adalah Bapak-Bapak, apakah *review* itu diberikan kepada badan legislatif atau diberikan pada badan *judicial*. Kalau diberikan pada badan *judicial* itulah Mahkamah Agung. Nah, sehingga masalahnya kita kaitkan dengan sistem kita sekarang. Kalau sistem kita sekarang memang menghendaki satu buah Mahkamah Agung saja seperti yang ada di dalam Pasal 24 tadi hanya sebuah Mahkamah Agung, maka mau tidak mau *judicial review* terhadap undang-undang itu diberikan pada Mahkamah Agung. Apakah mungkin di bawah Mahkamah Agung itu ada kamar konstitusi atau khusus konstitusi itu adalah masalah struktur organisatoris. Tetapi kalau kita ingin merubah sistem bahwa Mahkamah Agung itu bisa lebih dari satu itu kemungkinan. **Bisa ada Mahkamah Konstitusi seperti yang di Jerman contohnya tadi menjawab pertanyaan Pak Zain Badjeber.** Contohnya negara-negara mana yang ada *judicial review* dengan tersendiri. Di negara-negara yang sistem *city law sistem* seperti kita itu di Jerman, yaitu yang disebut *verfassungs*, itu merupakan Mahkamah Agung sendiri. Di sana ada 5 Mahkamah Agung, di Perancis itu dilaksanakan oleh *Contitutional Courts*, Mahkamah Konstitusi terpisah dari Mahkamah Agung. Di Turki juga demikian. Sedangkan yang melaksanakan *judicial review* oleh Mahkamah Agung sendiri satu-satunya Mahkamah Agung, itu di Amerika, yaitu *Supremme Court* dan itupun *Supremme Court* tidak berdasarkan undang-undang, dia melaksanakan *judicial review* itu berdasarkan suatu precedent. Putusannya yang sangat terkenal yaitu *landmark decision* yaitu putusan Madison lawan Merbury yang memberikan kewenangan atau saya tidak katakan memberikan tapi itu Mahkamah Agung merebut kewenangan itu. Karena di situ di dalam putusan itu dia menilai suatu undang-undang. ...¹⁷⁸

Melihat dari jalannya rapat tersebut, kemudian penulis menilai bahwa pada awalnya perumus Konstitusi (khususnya PAH I MPR) belum memiliki gambaran

¹⁷⁸ *Ibid*, hlm.113-114.

dan pemahaman yang komprehensif tentang apa itu pengujian konstiusional. Hal ini terlihat jelas dari uraian yang dinyatakan Paulus Efendi Lotulung tersebut.¹⁷⁹ Oleh karena itu pantaslah untuk dipertanyakan, bagaimana mereka (perumus) dapat melembagakan pengujian konstiusional dengan baik dan matang, kalau pemahaman lebih detail pengujian konstiusional saja belum dimiliki?. Inilah point awal yang penulis temukan, akibat tidak berfungsinya dengan baik pengujian konstiusional di Indonesia dalam mewujudkan supremasi konstiusi. Akan tetapi walaupun sedemikian dengan pelembagaan yang ada dan yang telah mereka rumuskan, hal ini merupakan pintu masuk mengaruhi luasnya pengujian konstiusional untuk Indonesia ke depannya.

Pembahasan mengenai kekuasaan kehakiman khususnya menyangkut keberadaan MK juga dilakukan dalam rapat pleno PAH ke-41 BP MPR tanggal 8 Juni 2000, yang dipimpin oleh Slamet Effendy Yusuf. Dalam rapat pleno ini, beberapa fraksi sudah menyinggung keberadaan MK. Dari usulan-usulan yang disampaikan anggota-anggota PAH, telah terjadi penguatan pandangan atas perlunya sebuah lembaga yang dapat menguji undang-undang terhadap UUD, dan menyelesaikan sengketa hukum ketatanegaraan.

Akan tetapi dalam jalannya persidangan PAH MPR tersebut menurut penulis, para perumus tidak juga belum memiliki pandangan yang cukup akan *constitutional review of constitutionality of law* atau pengujian konstiusional suatu produk peraturan perundang-undangan walaupun masukan-masukan dari berbagai pihak telah didengarnya. Pemahamannya disandarkan pada pokoknya sebuah UU (semata) yang melanggar atau bertentangan dengan Konstiusi perlu

¹⁷⁹ Lihat kata yang dicetak tebal diatas.

diuji. Padahal jika pandangan perumus komprehensif, *constitutional review of constitutionality of law* itu luas dalam hal ini bisa dikatakan dan diperdebatkan pengujian konstitusional atas hal tersebut dapat bersifat *a prior atau a posterior*, bisa abstrak atau juga konkrit dan juga tidak harus melulu didasarkan atas sebuah produk UU semata namun juga bisa atas Perjanjian International, *Treaties*, Referendum, atau bahkan atas semua produk hukum. Berikut ini sekelumit jalannya persidangan kala itu.

Dalam rapat pleno itu, dari 11 fraksi anggota PAH I BP MPR 2000 ada lima fraksi yang mengusulkan pembentukan MK, yaitu F-PG, F-PBB, F-PDKB, F-UG, dan F-PDI Perjuangan. Semua fraksi yang mengusulkan pembentukan MK tersebut, sepakat bahwa lembaga itu akan diberi kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD. Selain kewenangan tersebut, beberapa fraksi juga mengusulkan perlunya kewenangan yang lain. Berikut usulan dan pandangan yang disampaikan oleh fraksi-fraksi tersebut.

F-PG sebagaimana disampaikan oleh Agun Gunandjar Sudarsa mengusulkan penambahan 4 (empat) ayat pada Pasal 25 ayat 2, dalam hal ini diuraikan terkait pembentukan MK yang bersifat sementara untuk menangani terhadap sengketa yang bertentangan dengan UUD. Berikut bunyi usulan pada Ayat (2)¹⁸⁰: "*Mahkamah Agung berwenang mengusulkan kepada MPR untuk membentuk Mahkamah Konstitusi yang bersifat sementara (Ad Hoc) atas usul seseorang atau badan hukum dalam sengketa atau perkara yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar*".

¹⁸⁰ Sekretariat Jenderal MPR RI, *Risalah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945 (1999-2002) Tahun Sidang 2000 Buku Lima*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2008), hlm.175.

F-PBB melalui juru bicaranya Hamdan Zoelva mengajukan usulan pada bab Kekuasaan Kehakiman ditambahkan satu lembaga baru yaitu MK. Berikut usulannya¹⁸¹:

“...Mengenai Kekuasaan Kehakiman ini, yang diatur dalam bab ini, memuat tiga hal pokok yaitu mengenai empat hal pokok yang mengenai kekuasaan kehakiman ini sendiri. Kemudian mengenai Mahkamah Agung, kami tambahkan satu lembaga negara yang baru yaitu Mahkamah Konstitusi dan juga di dalamnya diatur Kejaksaan Agung, kemudian dalam bab ini kami usulkan berubah menjadi lima pasal...”

Dari **F-PDKB**¹⁸², Gregorius Seto Hariyanto menyampaikan usulan perubahan pasal 25 UUD 1945. Usulan yang disampaikan terkait dengan pembentukan MK berikut segala kewenangannya.

Dalam hal ini F-PDKB mengusulkan, Ayat (2): *“Mahkamah Agung bersama Dewan Perwakilan Rakyat membentuk Mahkamah Konstitusi”*. Ayat (3): *“Mahkamah Konstitusi berwenang melakukan pengujian atas peraturan perundang-undangan di bawah Undang Undang Dasar”*. Jadi di sini memang kami usulkan Mahkamah Konstitusi itu dibentuk oleh Mahkamah Agung bersama DPR karena punya hak uji atas peraturan perundang-undangan di bawah Undang Undang Dasar, artinya termasuk undang-undang. Itu artinya karena undang-undang memiliki nuansa politik yang juga sangat tinggi karena itu tidak hanya Mahkamah Agung tetapi Mahkamah Agung bersama DPR yang membentuk Mahkamah Konstitusi.

Soetjipto dari **F-UG**, mengusulkan agar wewenang MK bukan hanya menguji UU melainkan juga mengadili persengketaan antara pemerintah pusat dan daerah, pembubaran partai politik, dan persengketaan dalam pelaksanaan pemilihan umum.

Kita tahu bahwa undang-undang kita banyak produk-produk yang dihasilkan oleh Pemerintahan Belanda dan itu juga setingkat dengan UU, oleh karena itu Fraksi Utusan Golongan menganggap perlu adanya suatu Mahkamah Konstitusi yang menguji undang-undang. Jadi, punya hak menguji undang-undang. Fungsinya bukan hanya untuk hak uji undang-undang tetapi Mahkamah Konstitusi di negara lain juga mengadili

¹⁸¹ Ibid., hlm. 181-182.

¹⁸² Ibid., hlm.185

persengketaan antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah dan juga mengadili persengketaan adanya pembubaran partai politik dan juga mengadili apabila terjadi persengketaan dalam pelaksanaan pemilu. Oleh karena itu Fraksi Utusan Golongan menganggap perlunya suatu Mahkamah Konstitusi.

I Dewa Gede Palguna dari **F-PDIP** menyampaikan pendapat mengenai pembentukan MK di lingkungan Mahkamah Agung. Selain itu disampaikan pendapat mengenai kewenangan dan susunan MK. Selengkapnya pendapat tersebut sebagai berikut:

“...kami juga mengusulkan agar di dalam lingkungan Mahkamah Agung dibentuk suatu Mahkamah Konstitusi yang kewenangannya seperti yang akan kami ajukan dalam usulan Fraksi kami setelah ini. Anggota Mahkamah Konstitusi ditetapkan oleh Presiden dan terdiri atas sembilan orang hakim dengan ketentuan tiga orang calon dipilih oleh DPR, tiga orang diajukan oleh Mahkamah Agung dan tiga orang calon diajukan oleh Presiden. Ketua Mahkamah Konstitusi diangkat oleh Presiden dengan memperhatikan pertimbangan DPR.

Dari keseluruhan usulan yang disampaikan oleh anggota-anggota fraksi pada masa persidangan PAH I BP MPR tahun 2000, terdapat dua pandangan yang berbeda terkait keberadaan MK. Hal ini sebagaimana kesimpulan yang disampaikan oleh pimpinan rapat Slamet Effendy Yusuf dari F-PG. Menurut Slamet Effendy Yusuf, berkaitan dengan MK, ada beberapa pendapat. *Pertama*, MK bersifat *ad hoc*. Kedua, MK bersifat permanen. Berikut kesimpulan yang dibacakan pimpinan sidang:

Pada usulan tersebut disimpulkan bahwa sangat tidak relevan untuk meletakkan MK menjadi bagian MPR ataupun MA karena lebih banyak problematika yang akan dijumpai. Bagaimana MK akan menyelenggarakan fungsi dan kewenangannya, sementara MPR hanya berkumpul dalam waktu-waktu tertentu (sidang tahunan atau Istimewa MPR). Masalah lain, apa bentuk putusan yang akan dikeluarkan oleh MK, mengingat mereka merupakan bagian dari MPR? Hal yang sama apabila MK menjadi bagian dari MA. Tingkat kepercayaan masyarakat terhadap institusi peradilan termasuk MA berada pada tingkat yang sangat memprihatinkan, karena lembaga

ini dianggap gagal memberikan keadilan. Dengan demikian kurang tepat apabila, MK diletakkan menjadi bagian dari MA. Keraguan lainnya apabila MK satu atap dengan MA adalah tidak mungkin ada Mahkamah di dalam Mahkamah. Jika memang MK itu akan diletakkan menjadi bagian dari MA, tidak perlu disebut sebagai Mahkamah, cukup saja menjadi bagian dari MA yang dipimpin oleh seorang ketua muda. Kata mahkamah seyogianya dipergunakan oleh institusi yang memiliki kedudukan, tugas dan wewenang yang supreme atau tertinggi dalam lingkungan peradilan. MK harus berdiri sendiri, karena begitu banyak produk undang-undang di masa lalu yang bertentangan dengan Konstitusi. Bukan hanya menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar, diharapkan pula agar MK dapat menafsirkan Konstitusi.

Perkembangan pelembagaan pengujian konstitusional, pada dasarnya mendapat respon positif dari para perumus dan menjadi salah satu materi perubahan UUD yang diputuskan oleh MPR. Setelah melalui proses pembahasan yang mendalam, cermat, dan demokratis, akhirnya ide pembentukan MK menjadi kenyataan dengan disahkannya Pasal 24 ayat (2) dan Pasal 24C UUD 1945 yang menjadi bagian Perubahan Ketiga UUD 1945 tanggal 9 November 2001. Berkaitan dengan setelah ada dan lahirnya Mahkamah Konstitusi, Jimly As-shiddiqie¹⁸³ berpandangan bahwa:

Pada pokoknya, pembentukan Mahkamah Konstitusi perlu dilakukan karena bangsa kita melakukan perubahan mendasar atas UUD 1945¹⁸⁴. Dalam rangka Perubahan Pertama sampai Perubahan Keempat UUD 1945, bangsa kita telah mengadopsikan prinsip-prinsip baru dalam sistem ketatanegaraan, yaitu antara lain prinsip pemisahan kekuasaan dan *'checks and balances'* sebagai pengganti sistem supremasi parlemen yang berlaku sebelumnya. Sebagai akibat perubahan tersebut, maka (a) perlu diadakan mekanisme untuk memutus sengketa kewenangan yang mungkin terjadi antar lembaga-lembaga yang mempunyai kedudukan yang

¹⁸³ Jimly As-shiddiqie, *Kedudukan Mahkamah Konstitusi Dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Kuliah Umum di Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, Surakarta, Kamis, 2 September, 2004.

¹⁸⁴ Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR-RI, 2002), juga lihat: Jimly As-shiddiqie, *Konsolidasi Naskah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, (Jakarta: PSHTN-FHUI, 2002).

satu sama lain bersifat sederajat, yang kewenangannya ditentukan dalam UUD, (b) perlu dilembagakan adanya peranan hukum dan hakim yang dapat mengontrol proses dan produk keputusan-keputusan politik yang hanya mendasarkan diri pada prinsip *'the rule of majority'*.¹⁸⁵ Karena itu, fungsi-fungsi *judicial review* atas konstitusionalitas undang-undang dan proses pengujian hukum atas tuntutan pemberhentian terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden dikaitkan dengan fungsi MK. Di samping itu, (c) juga diperlukan adanya mekanisme untuk memutuskan berbagai persengketaan yang timbul yang tidak dapat diselesaikan melalui proses peradilan yang biasa, seperti sengketa hasil pemilu dan tuntutan pembubaran sesuatu partai politik. Perkara-perakara semacam ini berkaitan erat dengan hak dan kebebasan para warganegara dalam dinamika sistem politik demokratis yang dijamin oleh UUD. Karena itu, fungsi-fungsi penyelesaian sengketa atas hasil pemilihan umum dan pembubaran partai politik juga dikaitkan dengan kewenangan MK.

Ihwal yuridiksi kekuasaan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, kemudian dapat dijumpai dalam pasal 24 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan:

“Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi”.

Pasal 24 C UUD 1945 lebih lanjut menyatakan:

1). Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum; 2). Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.; 3). Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan

¹⁸⁵ Dalam pengertian inilah muncul doktrin 'demokrasi berdasar atas hukum' atau *'constitutional democracy'* yang berimbangan dengan doktrin negara hukum yang demokratis atau *'demokratische rechtsstaat'*. Lihat juga Dennis C. Mueller, *Constitutional Democracy*, (Oxford: University Press, 1996). Baca juga Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Oxford: Clarendon Press, 1989).

tiga orang oleh Presiden.; 4) Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi dipilih dari dan oleh hakim konstitusi; 5). Hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara; 6). Pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang.

Dari pasal tersebut sekiranya kemudian diperoleh hal yakni, Mahkamah Konstitusi dapat dikatakan mempunyai kedudukan yang sederajat dan sama tinggi dengan Mahkamah Agung. Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung sama-sama merupakan pelaksana cabang kekuasaan kehakiman (*judiciary*) yang merdeka dan terpisah dari cabang-cabang kekuasaan lain, yaitu pemerintah (*executive*) dan lembaga permusyawaratan-perwakilan (*legislature*). Kedua mahkamah ini walupun dalam satu organ kekuasaan kehakiman, namun mahkamah ini terpisah dan berbeda sama sekali satu sama lain. Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga peradilan tingkat pertama dan terakhir tidak mempunyai struktur organisasi sebesar Mahkamah Agung yang merupakan puncak sistem peradilan yang strukturnya bertingkat secara vertikal dan secara horizontal mencakup lima lingkungan peradilan, yaitu lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan tata usaha negara, lingkungan peradilan agama, dan lingkungan peradilan militer.

Sebagai organ kekuasaan kehakiman yang menjalankan fungsi kehakiman, Mahkamah Konstitusi bersifat independen, baik secara struktural maupun fungsional. Untuk mendukung independensinya, berdasarkan ketentuan Undang-Undang, Mahkamah Konstitusi juga mempunyai mata anggaran tersendiri, terpisah dari mata anggaran instansi lain. Hanya saja, sesuai dengan hukum administrasi yang berlaku umum, ketentuan mengenai organisasi dan tata kerja

kesekretariat-jenderal dan kepaniteraan serta administrasi kepegawaian Mahkamah Konstitusi tetap terikat kepada peraturan perundang-undangan yang berlaku mengenai hal itu.

Mengadopsi lembaga peradilan konstitusi semisal MK RI, dalam sistem ketatanegaraan di berbagai negara-negara hukum modern merupakan hal yang tidak terbantahkan urgensinya guna menegakkan prinsip negara hukum.¹⁸⁶ Peradilan konstitusi dalam praktik digambarkan di dalam konstitusi dan diterima secara universal. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, dalam catatan Jimly As-shiddiqie merupakan negara yang ke 78 yang melembagakannya dalam Konstitusi. Peradilan konstitusi di berbagai negara berfungsi untuk mengawal (*to guard*) konstitusi, agar konstitusi dilaksanakan dan dihormati baik penyelenggaraan kekuasaan negara maupun warga negara. Beberapa negara juga memfungsikan peradilan konstitusi sebagai pelindung (*protector*) konstitusi.

Sejak di-*inkorporasi*-kannya hak-hak asasi manusia kedalam UUD 1945 di Negara Indonesia, selain MK RI berfungsi sebagai pengawal konstitusi (*guardian of constitution*) juga berfungsi sebagai pelindung (*protector*) hak-hak asasi (*fundamental right*) yang terdapat didalam konstitusi dan bahkan MK RI berfungsi pula sebagai pengawal jalannya demokrasi (*guardian of democracy*). Untuk lebih jelasnya fungsi MK RI tersurat dan tersirat di dalam point penjelasan UU tentang MK sebagaimana petikan penjelasannya berikut¹⁸⁷:

”...salah satu substansi penting perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang berfungsi menangani perkara tertentu di bidang ketatanegaraan, dalam rangka menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung

¹⁸⁶ Jimly As-Shiddiqie, *Model-Model...op.Cit*

¹⁸⁷ Lihat Penjelasan UU No 23 Tahun 2004 Tentang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi. Keberadaan mahkamah konstitusi sekaligus untuk menjaga pemerintahan yang stabil, dan juga merupakan koreksi terhadap pengalaman kehidupan ketatanegaraan dimasa lalu yang ditimbulkan tafsir ganda terhadap konstitusi”.

2. Pengujian Konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi di Indonesia

Uraian pada pembahasan sebelumnya pada dasarnya telah menggambarkan bahwa sistem pengujian konstitusional memang telah nyata diadopsi di Indonesia. Sistem pengujian konstitusional pada dasarnya diatur dalam Pasal 24 ayat (2) dan Pasal 24 C UUD 1945. Untuk mengulas kembali kedua pasal tersebut, berikut akan penulis tuliskan ulang bunyi pasalnya, pasal 24 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa:

“Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi”.

Sedangkan, Pasal 24 C UUD 1945 lebih lanjut menyatakan:

1). Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum; 2). Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.; 3). Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden.; 4) Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi dipilih dari dan oleh hakim konstitusi; 5). Hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara; 6). Pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang.

Pada dasarnya berbicara tentang sistem pengujian konstiusional yang amat luas, setidaknya akan menjadi mudah jika kita melihat model pelebagaan pengujian konstiusional dan karakteristik tertentu yang dicakup dalam yurisdiksi yang dimiliki oleh suatu lembaga yang ditunjuk untuk melakukan kekuasaan menjalankan pengujian konstiusional. Di Indonesia lembaga yang ditunjuk itu adalah MK RI. Kedua hal yang berkaitan dengan model pelebagaan pengujian konstiusional dan karakteristiknya akan dibahas berikut ini.

Terkait model pelebagaan pengujian konstiusional, berdasarkan pengaturan yang terdapat didalam pasal 24 ayat (2) dan Pasal 24 C UUD seperti uraian yang telah diuraikan diatas, secara sederhana penulis dapat mengatakan bahwa negara Indonesia menganut pelebagaan model Eropa. Dikatakan sedemikian karena dalam pengujian konstiusional di Indonesia terkandung ciri-ciri khusus yang dimiliki oleh pengujian konstiusional model Eropa. Ciri khusus model lembaga versi Eropa adalah terdapat adanya lembaga khusus yang pengujiannya dilakukan secara terpusat (*centralized*) diluar *High Court* atau Mahkamah Agung di Indonesia. Pengujian konstiusional model Eropa kerap kali disebut oleh beberapa kalangan dengan sebutan *Austria Model*. Tentunya model ini dipengaruhi pemikiran Profesor hukum berkebangsaan Austria, yaitu Hans Kelsen (oleh karenanya ada yang menyebut *Kelsen's Model*) yang pencerminannya dapat dilihat dalam Mahkamahh Konstitusi Austria yang diadopsi oleh Austria kedalam konstitusinya pada tahun 1920 dengan membentuk *Vervassungsgerichtshof*.

Model Kelsen ini, dalam praktiknya tidak harus diwujudkan kedalam peradilan konstitusi (seperti MK RI misalnya) sebagai lembaga peradilan yang berwenang melakukan pengujian konstiusional. Namun dalam model ini sangat

tergantung pada prinsip yang dianut oleh suatu negara (misalnya prinsip supremasi konstitusi atau prinsip supremasi parlemen). Oleh karenanya hal pengujian konstitusionalnya tergantung pengaturan dari sebuah konstitusi, apakah membentuk *special constitutional court* atau diberikan saja kepada pengadilan umum atau bahkan memberikan wewenang itu kepada lembaga Legislatifnya. Akan tetapi walaupun beragam cara melembagakannya, satu hal yang perlu dicermati adalah pilihan model pelembagaannya dalam pengujian konstitusional yang terpusat, yang tidak menghendaki adanya lembaga yang lain yang berhak melakukan itu. Dalam implementasinya, lembaga yang ditunjuk konstitusi tersebut memeriksa konstitusional atas perkara yang abstrak akan tetapi juga dimungkinkan *concrete review*, baik *a posteriori review* maupun yang *a priori review* dengan putusannya yang *erga omnes*. Model Eropa yang sangat tersusun rapi dipraktekkan di Negara Jerman.¹⁸⁸

Lembaga-lembaga dalam model Eropa ini menurut Harutyunyan dan Arne Marjan Mavcic, memiliki ciri-ciri sebagai berikut¹⁸⁹:

- a. *Constitutional review is introduced under different circumstances, depending on the particular national sistem*, (Pengujian Konstitusional diterapkan dalam keadaan yang beragam, tergantung masing-masing sistem yang berlaku ditiap negara);
- b. *Institutionally independent structures of constitutional review located outside the judicial branch*, (Badan-badan pelaksana pengujian atau

¹⁸⁸ Lihat cara pelembagaan di Jerman pada bab sebelumnya.

¹⁸⁹ G Harutyunyan dan A Mavcic, *The Constitutional Review...*, op.Cit, hlm. 16-20

constitutional review yang bersifat independen, didirikan di luar cabang kekuasaan kehakiman yang berpuncak di Mahkamah Agung;

- c. *In the proceedings following a constitutional complaint problems are created by the separation of constitutional review from the ordinary courts*, dalam perkara yang menyangkut *constitutional complaint*, penyelesaian permasalahannya dilakukan dengan cara mengadakan pemisahan antara mekanisme *constitutional review* dari mekanisme yang berlaku di pengadilan-pengadilan biasa);
- d. *Constitutional status (administrative and financial autonomy) is a prerequisite for the independence of the Court*, (Konstitusi memberi jaminan (di bidang kemandirian administratif dan financial), hal ini merupakan prasyarat utama bagi independensi lembaga peradilan konstitusi);
- e. *A monopoly of constitutional review (specialisation in constitutional review), the concentration of power in one institution, most often with the power to abrogate statutes adopted by the Parliament*, (Sifat monopoli dalam melakukan *constitutional review* atau spesialisasi dalam rangka *constitutional review*, lebih cenderung untuk membatalkan undang-undang yang disyahkan parlemen (*legislative act*));
- f. *Constitutional court judges are appointed by bodies of political power*, (Para hakim Mahkamah Konstitusi biasanya dipilih oleh lembaga-lembaga politik);

- g. *The special nature of the jurisdiction: decisions are of a legal and political nature although they may also have a purely consultatory function*, (Sifat khusus dari proses peradilan yang diselenggarakan yaitu bahwa putusannya disamping bersifat yuridis juga bernuansa politis, meskipun lembaga-lembaga mahkamah tersebut dapat pula memiliki fungsi yang murni bersifat konsultatif (*a purely consultative function*));
- h. *Generally such constitutional review is repressive, although to a minor extent constitutional review is of a preventative nature*, (Mekanisme yang berlaku dalam rangka pengujian konstusionalitas atas undang-undang menurut model Austria pada umumnya berdifat *repressif*, meskipun untuk sebagian kecil tetap ada juga yang bersifat *preventif* yang diterapkan dalam praktek).

Untuk mempertegas argumen penulis, Negara Indonesia meniru gaya Eropa disebabkan karena berdasarkan Konstitusi UUD 1945, Negara Indonesia melembagakan kewenangan pengujian norma hukum itu secara umum ke dalam dua kekuasaan kehakiman yang ada yaitu Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung. Mahkamah Konstitusi berwenang melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, sedangkan Mahkamah Agung berwenang melakukan pengujian atas produk perundang-undangan di bawah UU terhadap UU. Dua lembaga kekuasaan kehakiman tersebut (MK dan MA) tidak memiliki hubungan satu sama lain. Kewenangan Mahkamah Konstitusi yang sedemikianlah yang dapat digolongkan dalam pengujian konstusional (*constitusal review*), sedangkan kewenangan Mahkamah Agung dalam menguji legalitas perundang-

undangan dibawah UU terhadap UU tidak merupakan pengujian konstitusional namun disebut *legal review* atau pengujian legalitas. Inilah dalil mengapa model pengujian konstitusional di Indonesia menganut gaya Eropa karena menghendaki hanya ada satu lembaga yang dapat melakukan pengujian konstitusional.

Akan tetapi dalam mengadopsi model pelembagaan pengujian konstitusional model Eropa, tidak secara mentah diadopsi oleh Negara Indonesia. Misalnya memang diketahui, dalam hal pilihan model lembaga menghendaki hanya satu lembaga yang berwenang melakukan pengujian konstitusional, namun disisi yang lain objek pengujiannya dibatasi hanya pada level UU semata, dan untuk level di bawah UU diberikan kewenangannya kepada lembaga yang lain.

3. Yurisdiksi Mahkamah Konstitusi Indonesia

Karakteristik MK RI pada dasarnya dapat dilihat pada yurisdiksi atau wewenangnya. Pada dasarnya secara sederhana, perihal itu telah diatur secara eksplisit dalam Pasal 24 C ayat 1 UUD 1945. Berdasarkan pasal tersebut, sehingga yang menjadi wewenang sekaligus objek yang dapat diajukan permohonan ke MK adalah: permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, permohonan untuk memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, permohonan untuk memutus pembubaran partai politik, permohonan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum, dan permohonan untuk memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar. Atas lima (5) hal itu, permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar (wewenang pengujian konstitusional norma hukum) adalah hal yang paling

domain dilakukan oleh MK RI disbanding wewenang yang lain (wewenang penilaian kesesuaian tindakan tertentu terhadap konstitusi).

Hal ini didasarkan pada fakta sejak dibentuk pada 13 Agustus 2003 hingga awal Juli 2011, Mahkamah Konstitusi telah menerima permohonan perkara sejumlah 840 permohonan dengan rincian 372 permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, 15 permohonan sengketa kewenangan antarlembaga negara, 116 permohonan perselisihan hasil pemilihan umum tingkat nasional, dan 337 permohonan perselisihan hasil pemilihan kepala daerah. Adapun dari seluruh perkara yang diperiksa oleh Mahkamah Konstitusi, 781 permohonan telah diputus sampai dengan awal Juli 2011.¹⁹⁰ Berikut analisis wewenang yang dimiliki MK.

a. Wewenang Pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945

Wewenang ini merupakan tugas yang paling penting sehingga menyita banyak waktu Mahkamah Konstitusi dan juga tidak ketinggalan para peneliti maupun akademisi ilmu hukum tata negara dalam berbagai penelitiannya. Pengujian norma hukum diarahkan pada pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Pengujian atas Undang-Undang dilakukan dengan tolok ukur atau batu uji Undang-Undang Dasar.

Sejarah pengujian norma hukum dalam perspektif institusi mengalami fase sejarah yang panjang dan dapat dikatakan dimulai sejak kasus *Marbury Vs Madison* ketika Mahkamah Agung Amerika Serikat dipimpin oleh John Marshall

¹⁹⁰ Lihat Maria Farida Indrati, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Menguatkan Prinsip-prinsip Demokrasi di Indonesia", makalah disampaikan pada Simposium Internasional "Negara Demokrasi Konstitusional", yang diselenggarakan dalam rangka ulang tahun ke-8 Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, Selasa 12 Juli 2011.

pada tahun 1803¹⁹¹. Sejak itu, ide pengujian UU menjadi populer dan secara luas didiskusikan dimana-mana¹⁹².

Ide *judicial review* yang muncul di Amerika Serikat, secara sederhana dapat dikatakan mempengaruhi *the founding fathers* Indonesia dalam Sidang BPUPKI tanggal 15 Juli 1945 yang mendiskusikannya secara mendalam tentang UUD. Tatkala itu misalnya Muhammad Yamin yang pertama sekali mengusulkan agar MA diberi kewenangan untuk "... membanding undang-undang...", demikian istilah Muhammad Yamin ketika itu¹⁹³. Akan tetapi, ide ini ditolak oleh Soepomo karena dinilai tidak sesuai dengan paradigma yang telah disepakati dalam rangka penyusunan UUD 1945, yaitu bahwa UUD Indonesia itu menganut sistem supremasi MPR dan tidak menganut ajaran *trias politica* Montesquieu, sehingga tidak memungkinkan ide pengujian UU dapat diadopsikan ke dalam UUD 1945.¹⁹⁴ Setelah UUD 1945 mengalami perubahan 4 kali, paradigma pemikiran yang terkandung di dalamnya jelas sudah berubah secara mendasar. Sekarang, UUD 1945 tidak lagi mengenal prinsip supremasi parlemen seperti sebelumnya. Oleh karena itu, semua argumen yang dipakai oleh Soepomo untuk menolak ide pengujian undang-undang seperti tergambar di atas, dewasa ini, telah mengalami perubahan, sehingga fungsi pengujian undang-undang itu tidak dapat lagi dihindari dari penerapannya dalam sistem ketatanegaraan Indonesia di bawah UUD 1945.

¹⁹¹ Untuk uraian lengkap mengenai kasus ini lihat Geoffrey R. Stone, et.al., *Constitutional Law*, 2nd edition, (Boston-Toronto-London: Little, Brown and Co., 1991) hlm. 21-44. Lihat juga Robert H. Borck, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, (London: The Free Press, Macmillan, 1990), hlm. 20-28.

¹⁹² Baca juga perdebatan tentang pandangan John Marshall itu dalam John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, (Harvard: Harvard College, Cet IV, 2002).

¹⁹³ Republik Indonesia, *Risalah Sidang BPUPKI dan PPKI 26 Mei 1945 – 22 Agustus 1945*, Sekretariat Negara RI, Jakarta, 1995, hlm.295.

¹⁹⁴ *Ibid.*, hlm 303-306.

Di Indonesia diatur, bahwa Menguji UU terhadap UUD dapat dilakukan secara materil dan formil. Pengujian materiel menyangkut pengujian atas materi UU, sehingga yang dipersoalkan harus jelas bagian mana dari UU yang bersangkutan bertentangan dengan ketentuan mana dari UUD. Yang diuji dapat terdiri hanya 1 bab, 1 pasal, 1 kalimat ataupun 1 kata dalam UU yang bersangkutan. Sedangkan pengujian formil adalah pengujian mengenai proses pembentukan UU tersebut menjadi UU apakah telah mengikuti prosedur yang berlaku atau tidak.

Pengujian formil secara singkat diatur di dalam pasal 51 ayat (3) huruf a UU Tentang MK, yang menyatakan pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa “ *Pembentukan Undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945*”. Pengujian secara formil akan dilakukan pengujian atas dasar kewenangan dalam pembentukan UU dan prosedur yang harus ditempuh dari tahap drafting sampai dengan pengumuman dalam lembaran negara yang harus memenuhi ketentuan yang berlaku untuk itu.

Lebih lanjut pengujian formil diatur didalam Peraturan MK. Menurut Peraturan MK No 01/PMK/ 2005 Tentang Pedoman Beracara Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 Pasal 4 angka 3, Pengujian formil adalah pengujian undang-undang berkenaan dengan bentuk pembentukan UU dan hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiel sebagaimana dimaksud ayat (2).

Konsekuensi dari pengujian formil demikian apabila permohonan diterima dan pembentukan undang-undang dipandang terbukti bertentangan dengan UUD 1945 maka undang-undang yang dimohonkan pengujian tersebut akan dinyatakan

bertentangan dengan UUD 1945 dan undang-undang tersebut dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara keseluruhan.

Pengujian materiil menurut Peraturan MK No 01/PMK/ 2005 Tentang Pedoman Beracara Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, dalam Pasal 4 angka 2 menyatakan: *pengujian materiil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal dan /atau bagian UU yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945.*

Konsekuensi dari pengujian materiil demikian apabila permohonan diterima dan menyatakan materi muatan ayat, pasal, dan /atau bagian undang-undang bertentangan dengan UUD 1945 maka materi muatan ayat, pasal, dan /atau bagian undang-undang yang dimohonkan pengujian tersebut akan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.¹⁹⁵

Pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, pada dasarnya mengikuti paradigma pemikiran tentang pengujian norma hukum yang secara umum telah dikenal. Dalam praktek, dikenal adanya tiga macam norma hukum yang dapat diuji atau yang biasa disebut sebagai *norm control mechanism* (mekanisme pengendalian norma hukum), yaitu: *pertama*, keputusan normatif yang berisi dan bersifat pengaturan (*regelling*); *kedua*, keputusan normatif yang berisi dan bersifat penetapan administratif; dan *ketiga*, keputusan normatif yang berisi dan bersifat penghakiman (*judgment*) yang biasa disebut vonis.¹⁹⁶

Pengujian-pengujian ini perlu dilakukan untuk menjaga superioritas konstitusi dalam negara hukum. Bahkan di era modern dan demokrasi ini, pengujian konstitusional terus berkembang. Pada umumnya mekanisme ini diterima sebagai

¹⁹⁵ Lihat pasal 57 ayat (1) UU No 24 tahun 2003 Tentang MK.

¹⁹⁶ Lihat Jimly As-shiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Cet:II, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2006), hlm.98

cara negara hukum modern mengendalikan dan mengimbangi kecenderungan kekuasaan yang ada di genggaman para pejabat pemerintahan untuk menjadi sewenang-wenang.¹⁹⁷

Pengujian yang dilakukan oleh MK RI pada dasarnya merupakan hal yang pertama yakni, hanya menguji keputusan normatif yang berisi dan bersifat pengaturan (*regelling*), dan lebih spesifiknya yang diuji adalah Undang-undang. Dalam hal ini terdapat beberapa hal yang perlu diperhatikan yaitu adanya pembatasan dalam hal objek yang dapat diperiksa. Objeknya adalah UU dan bukan atas rancangan UU seperti yang dikenal di Negara Perancis. Oleh karena itu, terkait waktu atas objek yang dapat diuji ini bersifat dan masyhur disebut “*a posteriori*”, yang secara sederhana dapat dikatakan setelah UU itu disyahkan, Sedangkan gaya Negara Perancis itu biasa disebut “*a prior*”, karena pengujianya dilakukan sebelum UU disyahkan. Setelah ditemukan adanya pembatasan atas objek yakni atas UU, kemudian juga didapati tidak semua UU dapat diuji, hanya UU yang dalam pembentukan dan substansinya melanggar konstitusi yang dapat diajukan ke MK. Pengujian yang disandarkan pada pembentukan dan substansi ini dikenal dengan istilah *abstract review* dan bukan *concrete review*. Oleh sebab itu pengujian yang dilakukan di Indonesia lebih spesifiknya secara teoritis bersifat “*a posteriori on abstract review*”.

Untuk dapat akses ke Mahkamah Konstitusi, diatur tentang kedudukan hukum (*legal standing*) yang mencakup syarat formal sebagaimana ditentukan dalam UU, dan syarat materiil yaitu kerugian hak atau kewenangan konstitusional dengan berlakunya UU yang dimohonkan

¹⁹⁷ Lihat: Michael Supperstone QC and James Goudie QC, *Judicial Review*, (London: Butterworths, 1992), Hlm.22

pengujiannya, sebagaimana diatur dalam Pasal 51 ayat (1) UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, sebagai berikut: *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.*

Pengaturan dalam Pasal 51 ayat (1) UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi tersebut diatur lebih lanjut dengan ketentuan yang sama dalam Pasal 3 PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Jimly Asshiddiqie mengemukakan tiga syarat yang harus dipenuhi untuk sahnya kedudukan hukum (*legal standing*) pemohon dalam perkara pengujian UU terhadap UUD di Mahkamah Konstitusi, yaitu:

Keempat pihak atau subyek hukum tersebut di atas (perorangan WNI, kesatuan masyarakat hukum adat, badan hukum publik atau privat, dan lembaga negara), pertama-tama haruslah terlebih dahulu membuktikan identitas dirinya memang memenuhi syarat sebagaimana dimaksud oleh Pasal 51 UU Nomor 24 Tahun 2003 tersebut. Kedua, pihak yang bersangkutan haruslah membuktikan bahwa dirinya memang mempunyai hak-hak tertentu yang dijamin atau kewenangan-kewenangan tertentu yang ditentukan dalam Undang-Undang Dasar 1945. Ketiga, hak-hak atau kewenangan konstitusional dimaksud memang terbukti telah dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang bersangkutan.

b. Sengketa kewenangan antar Lembaga Negara

Wewenang ini disebut sebagai wewenang memutus sengketa kewenangan antar lembaga negara yang kewenangannya diberikan UUD. Hal ini dapat dilihat dari dua sudut pandang.¹⁹⁸ Yaitu sudut pandang subjek (*subjektif*) dan objek (*objektif*). Sudut pandang subjek cenderung mendekatinya dari sudut pandang lembaga negaranya. Dari sudut ini, yang dipersoalkan apa yang dimaksudkan oleh Undang-Undang Dasar dengan kata “lembaga negara” dan badan atau institusi apa saja yang dapat disebut sebagai lembaga negara seperti yang dimaksud dalam Undang-Undang Dasar? Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan ini, orang seringkali tidak dapat keluar dari paradigma lama ketika Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 belum diubah, yaitu bahwa pengertian lembaga negara hanya dikaitkan dengan pengertian alat-alat perlengkapan negara yang menjalankan fungsi-fungsi legislatif, eksekutif, dan yudikatif yang biasa dikenal selama ini dengan istilah lembaga tinggi dan lembaga tertinggi negara.

Sedangkan pada sudut pandang objek, yang dipersoalkan bukan subjek kelembagaannya tetapi objek kewenangan yang dipersengketakan, yaitu kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar atau disebut sebagai kewenangan konstitusional. Artinya, sejauh berkenaan dengan kewenangan-kewenangan yang diberikan oleh UUD kepada organ-organ yang disebutkan dalam UUD, apabila timbul persengketaan dalam pelaksanaannya oleh lembaga-lembaga atau antar lembaga-lembaga yang dimaksudkan dalam UUD itu, maka Mahkamah Konstitusi yang dianggap paling tahu apa maksud konstitusi

¹⁹⁸ Lihat Jimly Asshidiqie, *Kedudukan Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, makalah diperoleh dari www.jimly.com, diakses tanggal 1 November 2010.

memberikan kewenangan-kewenangan tersebut kepada lembaga yang mana di antara yang bersengketa.

Cara pandang demikian akan mudah bagi kita memahami lembaga-lembaga apa saja yang disebut dalam UUD dan kewenangan-kewenangan apa saja yang diberikan kepadanya oleh UUD. Jika ternyata ada lembaga yang namanya disebut dalam UUD, tetapi kewenangannya tidak secara eksplisit ditentukan dalam UUD, melainkan hanya dikatakan akan diatur dalam UU, berarti kewenangan lembaga tersebut tidak diberikan oleh UUD, melainkan oleh UU. Bahkan ada pula seperti Komisi Pemilihan Umum, yang ditentukan dalam Pasal 22E ayat (5) UUD sebagai lembaga penyelenggara pemilu, tetapi ditulis dengan huruf kecil, sehingga penamaan resminya dan juga rincian kewenangannya diatur dan diberikan oleh UU, bukan oleh UUD. Hal yang sama dengan Bank Indonesia, yang di dalam Pasal 23D tidak ditegaskan namanya, melainkan hanya menyatakan: *“Negara memiliki suatu bank central yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggungjawab, dan independensiya, diatur dengan undang-undang”*. Dari ketentuan tersebut dapat diketahui bahwa penentuan nama dan kewenangan bank central itu diatur oleh UU bukan oleh UUD.

Sebaliknya, Tentara Nasional Indonesia dan Kepolisian Negara Republik Indonesia sama-sama disebut namanya dan pembagian kewenangannya dalam Pasal 30 UUD 1945. Jika dalam pelaksanaannya timbul persengketaan pendapat diantara keduanya, siapakah yang harus memutuskan? Jawabannya tidak lain adalah Mahkamah Konstitusi yang secara juridis dikonstruksikan sebagai lembaga yang paling tahu maksud UUD menentukan pengaturan tentang pembagian kewenangan di antara keduanya. Meskipun TNI dan POLRI selama ini tidak

dipahami sebagai lembaga “tinggi” negara dalam pengertian yang lazim, tetapi keduanya bukanlah lembaga di luar Negara, melainkan adalah “lembaga negara” (*state organ*) yang kewenangannya ditentukan dalam dan diberikan oleh UUD.

c. Memutuskan Perselisihan hasil Pemilihan Umum

Ketentuan pasal 74 ayat (1) huruf a,b dan c UU No 24 Tahun 2003 Tentang MK menyebutkan pemohon perkara perselisihan hasil pemilihan umum adalah :

a). Perorangan warga Negara Indonesia calon anggota Dewan Perwakilan Daerah peserta pemilihan umum; b). Pasangan calon Presiden dan /atau Wakil Presiden peserta pemilihan umum Presiden dan /atau Wakil Presiden; dan c). Partai politik peserta pemilihan umum.

Berdasarkan Pasal 22E ayat (2) UUD 1945, pemilihan umum bertujuan untuk memilih presiden dan wakil presiden, anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Preisden dan Wakil Presiden, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Peserta Pemilihan Umum itu ada tiga, yaitu (i) pasangan calon presiden/wakil presiden, (ii) partai politik peserta pemilihan umum anggota DPR dan DPRD, dan (iii) perorangan calon anggota Dewan Perwakilan Daerah (DPD). Sedangkan penyelenggara pemilihan umum adalah Komisi Pemilihan Umum (KPU) yang diawasi oleh Panitia Pengawas Pemilihan Umum (PANWASLU). Apabila timbul perselisihan pendapat antara peserta pemilihan umum dengan penyelenggara pemilihan umum, dan perselisihan itu tidak dapat diselesaikan sendiri oleh para pihak, maka hal itu dapat diselesaikan melalui proses peradilan di Mahkamah Konstitusi.

Yang menjadi persoalan yang diselesaikan di Mahkamah Konstitusi adalah soal perselisihan perhitungan perolehan suara pemilihan umum yang telah

ditetapkan dan diumumkan secara nasional oleh Komisi Pemilihan Umum, dan selisih perolehan suara dimaksud berpengaruh terhadap kursi yang diperebutkan. Jika terbukti bahwa selisih peroleh suara tersebut tidak berpengaruh terhadap peroleh kursi yang diperebutkan, maka perkara yang dimohonkan akan dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*). Jika selisih yang dimaksud memang berpengaruh, dan bukti-bukti yang diajukan kuat dan beralasan, maka permohonan dikabulkan dan perolehan suara yang benar ditetapkan oleh Mahkamah Konstitusi sehingga perolehan kursi yang diperebutkan akan jatuh ke tangan pemohon yang permohonannya dikabulkan. Sebaliknya, jika permohonan tersebut tidak beralasan atau dalil-dalil yang diajukan tidak terbukti, maka permohonan pemohon akan ditolak. Ketentuan-ketentuan demikian itu berlaku baik untuk pemilihan anggota DPR, pemilihan anggota DPD, pemilihan anggota DPRD (kabupaten/kota ataupun provinsi), maupun untuk pemilihan pasangan calon presiden dan calon wakil presiden (*capres/cawapres*).

d. Memutuskan Pembubaran Partai Politik

Kewenangan memutus pembubaran partai politik pada dasarnya merupakan ketentuan yang multitafsir, karena secara normatif wewenang ini kurang didukung oleh perangkat hukum yang memadai. Terlebih-lebih tidak adanya ketentuan konstitusional yang secara tegas mengatur bagaimana cara membubarkan partai politik oleh MK menurut UUD 1945 atau aturan turunannya. Idealnya ketentuan yang mengatur masalah ini adalah ketentuan yang konstitusionalnya dan parameter yang jelas diatur dalam UUD 1945. Legal standing atas pembubaran partai politik lebih sempit dibanding wewenang MK RI yang lain, karena yang memiliki standing hanyalah pemerintah. Dalam penjelasan UU MK yang

dimaksud pemerintah adalah pemerintah pusat dalam hal ini pemerintah pusat adalah sebagai satu kesatuan organisasi dibawah kepemimpinan seorang Presiden.

Undang-undang No 31 tahun 2002 tentang partai politik dalam bab XI pasal 20 menyebutkan bahwa salah satu cara bubarnya partai politik yaitu apabila dibubarkan oleh MK RI. Akan tetapi terdapat inkonsistensi peraturan dengan UU tentang MK. Pada pasal 16 UU Tentang Partai Politik misalnya menentukan bahwa: *"Perkara partai politik berkenaan dengan ketentuan undang-undang ini diajukan melalui Pengadilan Negeri yang hanya dapat diajukan upaya hukum kasasi"*. Tentu perkara partai politik yang berkenaan dengan UU tentang Partai Politik adalah juga mengandung dan menyangkut masalah ideology, asas, tujuan yang bertentangan dengan UUD 1945, yang hal tersebut juga diatur dalam UU tentang MK khususnya pasal 68 ayat (2).

Kebebeasan Partai politik dan berpartai adalah cermin kebebasan berserikat yang dijamin dalam Pasal 28 jo Pasal 28E ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Oleh karena itu, setiap orang, sesuai ketentuan Undang-Undang bebas mendirikan dan ikut serta dalam kegiatan partai politik. Karena itu, pembubaran partai politik bukan oleh anggota partai politik yang bersangkutan merupakan tindakan yang bertentangan dengan konstitusi atau inkonstitusional. Untuk menjamin perlindungan terhadap prinsip kebebasan berserikat itulah maka disediakan mekanisme bahwa pembubaran suatu partai politik haruslah ditempuh melalui prosedur peradilan konstitusi. Dengan mekanisme ini, dapat pula dihindarkan timbulnya gejala dimana penguasa politik yang memenangkan pemilihan umum memberangus partai politik yang kalah

pemilihan umum dalam rangka persaingan yang tidak sehat menjelang pemilihan umum tahap berikutnya.

e. *Impeachment* Presiden dan/ atau Wakil Presiden

Pembahasan *impeachment* atau pema'zulan akan dimulai dari kata *impeachment* yang akhir-akhir ini menghiasi berbagai media massa baik cetak maupun elektronik. Bahkan dalam hampir setiap aksi demo yang terjadi akhir-akhir ini kata-kata yang paling sering diteriakkan adalah "*impeach* SBY" atau "*impeach* Boediono". Kondisi itu tentunya dipicu oleh masalah pertanggungjawaban kedua tokoh tersebut terkait dengan kebijakan *bailout* bank Century yang diduga merugikan keuangan negara sebesar 6,7 triliun. *Impeachment* memang terkait dengan pertanggungjawaban Presiden atau Wakil Presiden. Namun, di kalangan masyarakat awam ada kesalahan persepsi mengenai *impeachment*. Kata *impeachment* dimaknai sebagai pemberhentian Presiden atau Wakil Presiden dari jabatannya. Pemahaman ini jelas keliru, sebenarnya yang dimaksud dengan *impeachment* adalah tuduhan atau dakwaan. Sehingga *impeachment* lebih menitikberatkan pada prosesnya dan tidak mesti berakhir dengan berhenti atau turunnya Presiden atau pejabat tinggi negara lain dari jabatannya.¹⁹⁹

Setelah amandemen UUD 1945 regulasi mengenai *impeachment* diatur dalam pasal 7A dan 7B. Pasal 7A menyatakan "*Presiden dan/atau Wakil Presiden dapat diberhentikan dalam masa jabatannya oleh MPR atas usul DPR,.....*".²⁰⁰ Kemudian dalam pasal 7B dikatakan "*Usul pemberhentian Presiden dan/atau*

¹⁹⁹ Jimly Asshiddiqie, *Impeachment*, dalam <http://www.celi.com>, diakses tanggal 25 Oktober 2010.

²⁰⁰ Lebih lengkapnya lihat pasal 7A UUD 1945 setelah perubahan.

*Wakil Presiden dapat diajukan oleh DPR kepada MPR hanya dengan terlebih dahulu mengajukan permintaan kepada Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, mengadili dan memutus pendapat DPR.....”.*²⁰¹ Ketentuan ini memperlihatkan bahwa proses *impeachment* tersebut tidak *pure* proses politik (*political process*). *Impeachment* bermula dari proses politik di DPR, kemudian proses hukum di MK dan berakhir pada proses politik lagi di MPR. Dengan demikian *Impeachment* yang diadopsi UUD 1945 setelah perubahan merupakan gabungan (kolaborasi) proses politik dan proses hukum (*legal process*).

²⁰¹ Lebih lengkapnya lihat pasal 7B UUD 1945 setelah perubahan.

BAB IV

AKSES INDIVIDUAL KE MAHKAMAH KONSTITUSI DI JERMAN DAN INDONESIA

A. Akses Individual Ke Peradilan Konstitusi

Kedudukan akses individual dalam sistem pengujian konstitusional ditempatkan sebagai salah satu elemen pokok kunci kesuksesan dibalik proses pelaksanaan pengujian konstitusional. Sehingga oleh karena itu, peran individu sangat penting dalam rangka mewujudkan prinsip supremasi konstitusi dan mempertahankan hak-hak dasar manusia (warga negara) secara maksimal dalam Konstitusinya di suatu negara.

Pada waktu bersamaan, dalam seluruh proses mekanisme persidangan yang dijalankan oleh suatu Mahkamah Konstitusi di berbagai negara, secara umum kecenderungannya mempunyai sifat proses yang diusulkan atau dimohonkan (*juridiccion voluntaria*).²⁰² Hal ini pada prinsipnya mengandung maksud bahwa, Mahkamah Konstitusi tidak bisa sendiri melakukan proses pengujian. Sehingga sebagai suatu sistem, dalam pelaksanaan pengujian konstitusional, biasanya diatur siapa saja yang tergolong dalam para pihak (pemohon) yang dapat akses ke Mahkamah Konstitusi.

Pada dasarnya seperti yang telah di uraikan pada awal penulisan ini, *access to constitutional review* atau akses untuk melakukan pengujian konstitusional, dibagi

²⁰² Arne Marjan Mavcic, *Individual Complaint As A Domestic Remedy To be Exhausted or Effective with Meaning of the EHCR (Comparative and Slovenia Aspect)*, 2011, artikel diunduh dari <http://www.concourts.net>

kedalam dua hal yakni, *direct* dan *indirect acces*. Untuk lebih jelasnya kita pahami uraian berikut.²⁰³

*Indirect access means that any individual question reaches the constitutional court for adjudication through the intermediary of another body, whereas direct access comprises all legal means given to individuals to directly petition the constitutional court without the intervention of a third body.*²⁰⁴ (Akses tidak langsung berarti bahwa setiap pertanyaan individu (klaim) mencapai mahkamah konstitusi untuk ajudikasi melalui perantaraan suatu lembaga, sedangkan akses langsung terdiri dari semua sarana hukum yang diberikan kepada individu untuk langsung mengajukan petisi kepada pengadilan konstitusional tanpa intervensi dari tubuh ketiga).

Berbicara mengenai akses pada umumnya, secara tidak langsung pada dasarnya sama halnya dengan kita mempelajari dan memahami tentang “*legal standing*”. *Standing* dalam Black’s Law Dictionary, disebut sebagai *standing to sue*, yang diartikan sebagai: “*A party’s right to make a legal claim or seek judicial enforcement of a dutybor right*” (Para Pihak yang memiliki hak atau dasar untuk mengajukan suatu tuntutan hukum...).²⁰⁵ Dan pihak yang dimaksud dalam penulisan ini adalah para individu yang memiliki hak untuk mengajukan tuntutan hukum atas hak-hak dasarnya yang telah dilanggar oleh tindakan hukum tertentu.

Dalam perspektif perbandingan pengujian konstitusional, Ginsburg pernah menekankan suatu hal tentang akses untuk dapat diajukannya sebuah “*claim*” atau tuntutan ke Peradilan Konstitusi, dan hal itu lazim pula disebut

²⁰³ G. Harutyunyan, et.al, “*Draft Study on Individual Acces to Constitutional Justice*”, *op.cit*, hlm, 16.

²⁰⁴ Ibid

²⁰⁵ Bryan A. Garner, ed., *Black’s Law Dictionary*, 9th edition, (St Paul, MN: Thomson Reuters, 2009), hal. 1536.

“*standing*”.²⁰⁶ Pada praktiknya di berbagai negara, ada dijumpai suatu tatanan sistem pengujian konstiusional yang mengatur sangat terbatas untuk akses ke Peradilan Konstitusi dan ada juga yang mengatur sangat luas. Dalam hal ini Ginsburg menyatakan: *Constitutional review systems differ widely on the question of who is allowed to bring a claim, a concept known as “standing.” One can array access to the court on a spectrum from very limited access to very wide access* (Sistem pengujian konstiusional membedakan secara jelas atas pertanyaan tentang siapa yang diperkenankan mengajukan klaim (permohonan pengujian), yang dalam hal ini konsepnya dapat disebut “*standing*”). Salah satu tatanan ada yang mengatur akses dengan sangat terbatas dan yang lainnya ada yang mengatur perihal akses yang luas.²⁰⁷ Oleh karenanya untuk melihat bagaimana peran dan kedudukan akses individual itu dalam perspektif perbandingan, diperlukan suatu kajian dengan jalan melihat hal tentang (*acces*) akses di dalam pengaturannya yang ada pada hukum positif yang berlaku di suatu negara yang dikehendaki.

B. Pengaturan Akses Individual ke Peradilan Konstitusi di Jerman dan Indonesia

Uraian pada point ini pada dasarnya merupakan jawaban atas rumusan masalah yang pertama yakni tentang, bagaimana pengaturan akses ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstiusional di Indonesia dan Jerman?. Mengkaji tentang ”pengaturan” pada umumnya, akan menjadi tepat jika kajian itu diarahkan dengan jalan mengkaji tentang aturan yang ada didalam hukum positif yang berlaku dan mengkaji pula tentang alasan filosofis yang mendasari keberadaan pengaturannya.

²⁰⁶ Tom Ginsburg, *Comparative Constitutional Review*, artikel diunduh dari www.constitutionmaking.org/files/constitutional_review.pdf

²⁰⁷ Ibid

Secara garis besar pengaturan (norma hukum) tentang akses individual untuk dapat mengajukan perkara ke Mahkamah Konstitusi di Jerman dan Indonesia bisa dijumpai dalam Konstitusinya (di Jerman diatur dalam Basic Law 1949, sedangkan di Indonesia diatur didalam UUD 1945) dan UU organik (di Jerman diatur dalam FCCA, sedangkan di Indonesia diatur dalam UU tentang MK) yang mengatur keberadaan sistem pengujian konstitusional dan Mahkamah Konstitusinya.

1. Pengaturan Akses Individual ke Peradilan Konstitusi di Jerman

Perihal akses individual baik secara langsung maupun secara tidak langsung ke Mahkamah Konstitusi Federal Jerman dapat dijumpai dalam *Basic Law 1949* dan FCCA seperti yang telah diuraikan pada uraian di bab III. Untuk lebih jelasnya, tabel berikut akan memberikan pemahaman yang lebih tentang akses individual ke Mahkamah Konstitusi Federal Jerman .

Tabel 5
Pengaturan Akses Individual di Jerman

Mekanisme	<i>Standing</i>	Pengaturan dalam <i>Basic Law</i> atau <i>FCCA</i>	Akses
<i>Constitutional Complaint</i>	<i>Any Person</i> (setiap orang)	<i>Article 93 (1), (4 a) Basic Law 1949 dan Article 90 (1) FCCA.</i>	<i>Individual direct acces</i>
<i>Concerete Judicial Review</i>	<i>ordinary court (Pengadilan Biasa)</i>	<i>Article 100 (1) Basic Law 1949 Dan Article 80 FCCA</i>	<i>Individual indirect acces</i>
<i>Request for Temporary Injunction</i>	Anggota <i>Bundestag</i> atau <i>Bundesrat</i> .	<i>Article 32 UU FCCA</i>	<i>Bukan Individual Acces</i>
<i>Disputes between Federal Organs</i>	“ <i>the governmental organ</i> ” (Presiden Federal, <i>Bundesrat</i> , <i>Federal government</i> , <i>Bundestag</i>)	<i>93 (1) [1] Basic Law 1949</i>	<i>Bukan Individual Acces</i>
<i>Abstract Judicial</i>	Pemerintah Federal, Pemerintah Negara	<i>Article 93 (1) [2] the Basic Law dan</i>	<i>Bukan Individual Acces</i>

<i>Review</i>	bagian dan 1/3 Anggota <i>Bundestag</i>	<i>Article 13 (6) FCCA</i>	
<i>Federal State Conflict</i>	Pemerintah Negara Bagian dan Pemerintah Federal	<i>Article 93 (1) [3] dan 84 (4) Basic Law</i>	<i>Bukan Individual Acces</i>

Berdasarkan pada tabel 5 diatas, perihal akses individual dapat digambarkan secara jelas bahwa akses individual memperoleh tempat untuk dapat mengajukan pengujian di Mahkamah Konstitusi Federal Jerman melalui dua mekanisme, yaitu: (i). *direct acces* melalui mekanisme *constitutional complaint* atau pengaduan konstitusional; dan (ii). *indirect acces* melalui mekanisme *concrete review* atau pengujian *judicial* secara konkrit.

a. Pengaduan Konstitusional (*Constitutional Complaint*)

Dasar yuridis bagi akses individual untuk dapat menggunakan mekanisme pengaduan konstitusional ke Mahkamah Konstitusi Federal Jerman adalah *Article 93 (4 a) Basic Law 1949* yang menyatakan bahwa: *on constitutional complaints, which may be filed by any person alleging that one of his basic rights or one of his rights under paragraph (4) of Article 20 or under Article 33, 38, 101, 103 or 104 has been infringed by public authority*. Berdasarkan pada Pasal 93 ayat 4 a tersebut, beberapa hal yang dapat digali adalah bahwa setiap orang dapat memasukkan keluhan inkonstitusionalitas jika hak dasarnya atau salah satu haknya yang telah diatur dalam Konstitusi *Basic Law* (yakni Pasal 20 (4) atau Pasal 33, 38, 101, 103 atau Pasal 104) telah dilanggar oleh "otoritas publik" dalam penyelenggaraan negara dan pemerintahan. Di Jerman pengaduan konstitusional diistilahkan dengan '*verfassungbechwarde*'.

Lebih lanjut pengaturan tentang pengaduan konstitusional ini diatur dalam Pasal 90 FCCA yang menyatakan:

(1). Any person who claims that one of his basic rights or one of his rights under Articles 20 (4), 33, 38, 101, 103 and 104 of the Basic Law has been violated by public authority may lodge a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court.

(2). If legal action against the violation is admissible, the constitutional complaint may not be lodged until all remedies have been exhausted. However, the Federal Constitutional Court may decide immediately on a constitutional complaint lodged before all remedies have been exhausted if it is of general relevance or if recourse to other courts first would entail a serious and unavoidable disadvantage for the complainant.

Oleh karena itu, berdasarkan pada pasal *Article 93 (4 a) Basic Law 1949* dan pasal 90 FCCA tersebut, ada dua hal mendasar untuk dapat diajukannya pengaduan konstitusional, yaitu: *pertama*, adanya hak dasar atau salah satu hak individu yang diatur dalam Konstitusi *Basic Law* (yakni Pasal 20 (4) atau Pasal 33, 38, 101, 103 atau Pasal 104) telah dilanggar oleh "otoritas publik"; *kedua*, mekanisme ini mengharuskan individu untuk menggunakan terlebih dahulu mekanisme yang tersedia sampai memang benar-benar mekanisme yang tersedia tidak dapat digunakan (*If legal action against the violation is admissible, the constitutional complaint may not be lodged until all remedies have been exhausted.*²⁰⁸

Menurut Donald Kommer yang dimaksud "otoritas publik" adalah seluruh tindakan pemerintah baik Federal maupun negara bagian, didalamnya juga termasuk putusan pengadilan, tindakan administrasi dan tindakan legislative dalam pembentukan suatu peraturan perundang-undangan. Donald Kommer dalam hal ini menyatakan: *The Public authority clause of Article 93 (1) [4a] permits constitutional complaint to be*

²⁰⁸ Akan tetapi walaupun sedemikian, individu dapat saja langsung menggunakan mekanisme ini untuk mengadu secara langsung ke MK, jikalau memang kerugian individu itu memang serius membahayakan hak-hak yang bersangkutan. Lihat Pasal 90 ayat 2 FCCA.

*brought against any governmental action, including judicial decisions, administrative decrees and legislative act.*²⁰⁹

Pengaduan konstitusional dalam catatan sejarah bukanlah suatu hal yang baru di Jerman. Akan tetapi, jauh hari sebelum *Basic Law 1949* dilahirkan perihal pengaduan konstitusional itu telah ada. Lebih tepatnya menurut Arne Mavcic pengaduan konstitusional telah muncul sejak abad ke 15.²¹⁰ Walaupun sedemikian, memang mekanisme ini efektif baru berjalan bagi sistem ketatanegaraan Jerman setelah diadopsinya Konstitusi *Basic Law 1949*.

Di Negara Jerman, kemungkinan bagi seorang individu untuk langsung mengakses Mahkamah Konstitusi untuk melindungi hak-hak dasar dengan melalui mekanisme ini, konsisten dan sejalan dengan semangat umum (*general spirit*) dari Konstitusi Jerman sendiri.²¹¹ Semangat umum yang dibangun itu adalah diletakkannya pada posisi yang sentral akan martabat manusia dan hak-hak dasar pada konstitusinya. Hal sedemikian dimaksudkan untuk mencegah terjadinya kembali pelanggaran hak asasi manusia yang sangat tragis yang pernah dialami negara ini baik pada rezim kekuasaan Nazi maupun selama perang dunia berlangsung.²¹²

Lebih lanjut berkaitan dengan semangat umum akan upaya melindungi hak asasi manusia itu, di Jerman misalnya dapat dilihat pada *article 1 the Basic Law* yang secara garis besar membahas dan mengatur tentang *Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights*, artikel ini berbunyi:

²⁰⁹ Donald. P Komer dan Rusell A Miller, *The Constitutional Jurisprudence...*, op.Cit.hlm.12. Lihat pula Gotthard Wohrmann, *The Federal Constitutional Court:the Introduction*, artikel dapat dilihat dalam www.iuscomp.org/gla/literature/Inbverfg/htm. Lihat pula pada Herman Schwartz, *the Struggle for the Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago: University of Chicago Press (2000), hlm.. 34-35.

²¹⁰ Arne Mavcic, *Individual Complaint...*, op.cit, hlm.5

²¹¹ Gianluca Gentili, *A Comparison ...*, op.Cit, hlm. 9.

²¹² Ibid.

1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority; (2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world; (3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.

Dalam *article 1* tersebut, beberapa hal penting dan fundamental yang dapat diambil adalah *pertama*, martabat manusia tidak dapat diganggu gugat dan oleh karena itu untuk menghormati dan melindungi martabat manusia menjadi tugas dari seluruh otoritas negara; *kedua*, Orang-orang Jerman oleh karena itu mengakui hak asasi manusia yang tidak dapat diganggu gugat dan tidak dapat dicabut sebagai dasar Negara untuk turut serta menciptakan perdamaian dan keadilan di dunia; dan *ketiga*, Hak-hak dasar itu mengikat legislatif, eksekutif dan yudikatif sebagai hukum yang dapat diterapkan secara langsung.²¹³

Pengaduan konstitusional ini berbeda dengan *the popular complaint (actio popularis)* yang dikenal di Spanyol pada tataran pelaksanaannya, karena untuk bisa mengajukan *actio popularis* ini di Spanyol merupakan *legal standing* dari *ombudperson* atau *ombudsman*.²¹⁴

Kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mendengar pengaduan konstitusional yang digunakan untuk melawan tindakan otoritas publik yang melanggar hak-hak dasar individu ini merupakan tujuan utama dari peradilan konstitusi dalam golongan *Kelsen's model*. Oleh karena itu, sarana ini lebih utamanya secara filosofis digunakan untuk melindungi secara maksimal akan hak asasi manusia.²¹⁵

²¹³ Artikel I ini akan tepat apabila dikaitkan dengan artikel 2 basic law yang membahas tentang *personal freedom*.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Herman Schwartz, loc.Cit, lihat pula, Alec Stone Sweet, *Politics of Constitutional Review of Legislation in France and Europe*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 5, Issue 1, pp. 69-92, 2007, hlm. 85.

Menurut Jutta Limbach, dari mekanisme *constitutional complaint* ini ada dua pelajaran utama yang dapat dipetik. Dalam hal ini Jutta Limbach menyatakan:

*Mechanism of individual complaint carries the educational function that is important in two respects: On the one hand, by developing the skills of individuals to be active and not to tolerate the abuse on the part of the public authorities, it contributes to the formation of the society the members of which know their rights. On the other hand, through the mechanism of individual complaints the constitutional court gives lessons to the public authorities on human rights protection and by redressing violations serves as a deterrent from future human rights abuses. In this way, the constitutional court breaks with the authoritarian traditions and outlines the principles of the free and democratic rule-of-law state.*²¹⁶

Dua hal yang dapat diambil dari adanya mekanisme ini adalah *pertama* untuk menyadarkan individu untuk lebih mengetahui akan hak-hak dasarnya dan *kedua*, untuk memberikan pelajaran dan mengingatkan kepada otoritas publik agar tidak melanggar hak-hak dasar konstitusional warga negara. Pelajaran berharga ini sangat wajar, disamping karena alasan filosofis di atas, alasan historis Negara Jerman yang pernah berada dalam kungkungan rezim nazi yang sangat otoriter, pengalaman tersebut sangat mendukung perkembangan yang lebih baik dari pada *constitutional complaint* ini di Jerman.²¹⁷

Untuk melihat secara nyata *aces individual* dalam perkara pengaduan konstitusional ini, penulis akan menyisipkan satu perkara pengaduan konstitusional yang sukses diterima sebagai pengaduan konstitusional dan yang telah diperiksa dan diputus oleh Mahkamah Konstitusi Federal Jerman. Perkara itu tergambar dalam putusan MK Federal Jerman dengan judul "*Leitsätze*" *zum Urteil des Ersten Senats vom 30. Juli 2008 , 1 BvR 3262/07 - 1 BvR 402/08 -1 BvR 906/08* Atau *Press release*

²¹⁶ Jutta Limbach, *The Role of the Federal Constitutional Court*, 53 Southern Methodist University Law Review, Volume 53 Spring 2000, hlm. 429

²¹⁷ Neil Kritz, *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Volume II, Country Studies, (Washington D.C.: United States Institute of the Peace Press, 1995). Hlm.1

putusan tertanggal 30 July 2008 dalam perkara 1 BvR 3262/07; 1 BvR 402/08; 1 BvR 906/08.²¹⁸

Putusan diatas itu, sebenarnya terkandung tiga perkara yang berbeda namun pemeriksaan dan putusannya dijadikan satu. Untuk memudahkan pembahasan, penulis akan mengambil satu perkara yakni, perkara 1 BvR 3262/07. Perkara 1 BvR 3262/07 ini, secara singkat merupakan perkara yang berkaitan dengan pengaduan konstitusional atas “*ban on smooking*” atau larangan merokok yang diajukan oleh *operates a small single-room pub in Tübingen* (pelaku usaha kecil tempat hiburan di *Tübingen* (negara bagian di Jerman)).²¹⁹

Substansi perkara itu adalah UU Baden-Württemberg maupun UU Berlin yang mengatur perihal merokok, mewajibkan pemilik tempat hiburan untuk menyediakan kamar bagi perokok ketika merokok. Para pemohon mendalihkan bahwa salah satu aturan dalam UU tersebut telah melanggar hak-hak fundamental mereka di bawah Pasal 12 ayat 1 dan Pasal 14 ayat 1 *the Basic Law*, yang menjamin kebebasan dalam bekerja dan juga menjamin hak kepemilikan. Akibat dari pada kewajiban menyediakan tempat khusus itu adalah bahwa pemilik tempat hiburan pada skala kecil tidak mampu menyediakan tempat khusus bagi perokok. Konsekwensi lebih lanjut apabila tempat hiburan kecil tidak mampu menyediakan apa yang dimaksud, maka izin operasionalnya akan dicabut. Pada tataran ringkasnya, kemudian para pihak mengajukan tuntutan tersebut ke Mahkamah Konstitusi Federal, dan Mahkamah menerima pengaduan ini sebagai pengaduan konstitusional.

Satu hal yang penting pada perkara tersebut guna kepentingan penulisan ini adalah keberadaan *acces individual*. Pada perkara itu *legal standing*-nya dimiliki oleh

²¹⁸ Lihat, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080730_1bvr326207.html

²¹⁹ Lihat juga Press Release dalam bahasa Inggris dalam <http://www.bverfg.de/en/press/bvg08-078en.html>

pemilik suatu Tempat hiburan yang hak kebebasan bekerja dan kepemilikan dilanggar oleh adanya aturan UU tentang larangan merokok. Oleh karenanya untuk dapat akses ke Mahkamah Konstitusi dalam pengaduan konstitusional, para pihak harus memang benar-benar didapati adanya pelanggaran oleh otoritas publik secara nyata atas hak-hak dasar warga negara yang dilindungi oleh Konstitusi.

b. Pengujian oleh Pengadilan Secara Konkrit (*Concrete Judicial Review*)

Dasar hukum dilakukannya *concrete judicial review* adalah *Article 100 (1)*

Basic Law 1949. Article 100 (1) Basic Law 1949 yang menyatakan bahwa:

If a court concludes that a law on whose validity its decision depends is unconstitutional, the proceedings shall be stayed, and a decision shall be obtained from the Land court with jurisdiction over constitutional disputes where the constitution of a Land is held to be violated, or from the Federal Constitutional Court where this Basic Law is held to be violated. This provision shall also apply where the Basic Law is held to be violated by Land law and where a Land law is held to be incompatible with a federal law.

Lebih lanjut pasal 80 ayat 1 FCCA menguatkan pengaturan pada *article 100 (1) Basic Law* dengan menyatakan: *If the requirements of Article 100 (1) of the Basic Law are met, the Court shall directly obtain a decision by the Federal Constitutional Court.*

Berdasarkan ketentuan-ketentuan yang ada dalam pasal 100 (1) Basic Law dan pasal 80 ayat (1) FCCA, *concrete judicial review* terlaksana apabila²²⁰:

1. Suatu pengadilan menganggap bahwa suatu undang-undang tidak konstitusional, baik tidak konstitusional dengan Konstitusi Negara Bagian (*land*) maupun dengan Konstitusi Federal Jerman .
2. Suatu pengadilan menganggap bahwa suatu undang-undang Negara Bagian tidak sesuai dengan suatu undang-undang Federal.

²²⁰ Lihat I Dewa Palguna, *Constitutional Question : Latar Belakang dan Praktik Di Negara Lain Serta Kemungkinan Penerapannya Di Indonesia*, Dalam Buku *Constitutional Question Alternatif Baru Pencari Keadilan Konstitusional*, UB Press, Malang, 2009, hlm.36.

3. Suatu pengadilan, selama berlangsungnya persidangan dalam suatu kasus, merasa ragu apakah suatu ketentuan hukum internasional merupakan bagian dari undang-undang federal dan apakah ketentuan hukum internasional itu secara langsung melahirkan hak dan kewajiban pada individu.
4. Mahkamah Konstitusi dari suatu Negara Bagian, dalam menafsirkan *Basic Law*, bermaksud menyimpang dari putusan MK Federal Jerman atau putusan Mahkamah Konstitusi Negara Bagian lainnya.

Dari beberapa ketentuan diatas, sederhananya perkara *concrete judicial review* ini terlaksana akibat penyerahan (*referral*) yang dilakukan oleh *ordinary judge* (hakim pada pengadilan biasa), yang meragukan konstitusionalitas suatu peraturan perundang-undangan dalam memeriksa suatu perkara tertentu di *ordinary court* (pengadilan biasa). Penyerahannya ditujukan kepada Mahkamah Konstitusi untuk memperoleh jawaban (resolusi) atas keraguannya. David O’Brein seperti yang dikutip oleh Jimly As-shiddiqie menyatakan:

*“Concrete constitutional review arise from litigation in the court when ordinary judge uncertain about the constitutionality or the application of statute or ordinance; in case the judge ‘refer’ the constitutional question or complaint to the constitutional court for resolution”.*²²¹

Pada *concrete judicial review* ini, Peradilan Umum hanya terlibat pada pemeriksaan tahap awal saja. Sehingga dalam hal ini Peradilan Umum tidak memiliki otoritas untuk memutus final apakah produk hukum yang ditanganinya itu konstitusional atau tidak. Namun walupun sedemikian, posisi dan peran Peradilan

²²¹ David M. O’Brein, *Constitutional Law and Politics; Struggles for Power and Governmental Accountability*, Volume One, University of Virginia, W.W. Norton and Company, New York, 2000, hlm.163. dalam Jimly As-shiddiqie dan Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi di Sepuluh Negara*, op.Cit hlm.61

Umum sangatlah penting karena hakim pada Peradilan Umum tidak hanya sekedar menerapkan Undang-Undang semata, akan tetapi juga mengemban tugas dan kewajiban untuk mempertahankan nilai-nilai konstitusi melalui proses *referral* itu ke Mahkamah Konstitusi. Oleh karenanya, secara tidak langsung kepentingan individu akan hak-hak dasarnya (konstitusionalitas suatu undang-undang yang diterapkan kepadanya) terwakili oleh pemikiran brilian hakim-hakim di Peradilan Umum. Oleh karena itu, inilah pemikiran filosofis tertinggi terkait individual akses, karena dalam hal akses individu ke MK terkait perlindungan hak-hak dasar tidak semata merupakan hak individu, namun kedudukan dan peran hakim pengadilan biasa juga turut berperan dalam hal sedemikian.

Dalam mekanime ini, lebih lanjut menurut Jimly menggambarkan contoh proses dialog konstitusional. Proses dialog itu berlangsung secara *triumvirat*, karena dalam hal ini melibatkan hakim peradilan umum, hakim konstitusi dan legislator (maupun *governmental organ* yang lain).²²²

Untuk memahami akses individual dalam proses dan pelaksanaan *concrete review* di Jerman, berikut akan penulis sajikan sebuah analisis atas perkara *concrete review* yang telah diperiksa dan diputus oleh MK Federal Jerman. Perkara tersebut telah diputus pada tanggal 27 Mei 2008 dengan nomor perkara No 1 BvL 10/05, yang secara umum merupakan perkara *concrete judicial review* tentang “*the Transsexuals Act*” atau *Transsexuellengesetz–TSG* atau UU tentang Transeksual. Perkara ini diajukan oleh *the Schöneberg Local Court (Amtsgericht)* salah satu *ordinary court* di Jerman.

²²² *ibid*

Kasus posisi perkara tersebut dapat digambarkan secara sederhana seperti uraian berikut. Di Jerman ada seorang Laki-laki dewasa yang lahir pada tahun 1929. Lelaki itu telah menikah dengan seorang Perempuan selama 56 Tahun dan telah melahirkan tiga orang anak dari hasil pernikahannya itu. Namun walaupun sedemikian keadaannya, telah lama dia memendam sebuah perasaan selama bertahun-tahun yang menyakini bahwa dia memiliki naluri dan gender seorang perempuan. Kemudian, dengan dalih aturan yang pada UU Transeksual, pada tahun 2001 dia memiliki nama perempuan, dan bahkan di Tahun 2002 dia melakukan operasi perubahan kelamin.

Namun pada waktu yang bersamaan didapati ada pula aturan yang mengganjal dia untuk merubah statusnya menjadi perempuan yakni, *Article 8.1 no. 2 TSG* yang secara sederhana mengatur bahwa perubahan gender hanya dikhususkan bagi mereka yang belum menikah. Walaupun ada penghalang yang sedemikian rupa, orang tersebut masih tetap pada pendiriannya untuk melakukan perubahan status sex-nya dan bahkan orang tersebut tetap *kekeh* untuk tidak melakukan perceraian atas pernikahannya.

Pada akhirnya, perkara itu masuk ke meja *the Schöneberg Local Court (Amtsgericht)* untuk mendapatkan status hukum atas perubahan gender. Singkat cerita, dikarenakan *ordinary court* itu ragu atas konstitusionalitas pasal 8.1 no. 2 TSG kemudian mengajukan perkara ini melalui mekanisme *concrete judicial review* ke Mahkamah Konstitusi Federal. Pada pungkasnya Mahkamah Konstitusi Federal menyimpulkan atas perkara tersebut dengan menyatakan, *the First Senate of the Federal Constitutional Court reached the conclusion that § 8.1 no. 2 TSG is unconstitutional* (senat pertama menyimpulkan pasal tersebut tidak konstitusional).²²³

²²³ *ibid*

Setelah mencermati proses dan pelaksanaan *concrete review* di Jerman. Apresiasi patut penulis berikan kepada pengujian yang sedemikian (diluar substansi perkara diatas), karena pada dasarnya secara filosofis pelaksanaan *concrete review* ini memusatkan pandangan kepada upaya mengakui supremasi konstitusi secara maksimal, melindungi hak-hak dasar manusia dan menegakkan keadilan warga negara melalui peran hakim-hakim pada peradilan umumnya. Hakim-hakim di Jerman tidak menegakkan aturan hukum semata, namun juga mampu bertindak sebagai motor penegak keadilan dan pelindung hak-hak dasar manusia yang hal ini secara tidak langsung merupakan pengamalan dari *article 1 Basic law* seperti yang telah dibahas pada point pembahasan tentang pengaduan konstitusional di atas.

2. Pengaturan Akses Individual ke Peradilan Konstitusi di Indonesia

Perihal Individual akses di Indonesia diatur bahwa, individu dapat mengajukan permohonan pengujian konstitusional ke Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia hanya pada tataran pengujian Undang-undang terhadap UUD dan perselisihan hasil pemilihan umum.²²⁴ Sedangkan pada mekanisme yang lainnya, Individu tidak diperkenankan, karena *legal standing*-nya dimiliki oleh selain individu misalnya Pemerintah atau Dewan Perwakilan Rakyat. Hal ini dapat dimaklumi karena Mahkamah Konstitusi Indonesia hanya memiliki 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban. Empat kewenangan itu adalah: Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil

²²⁴ Akan tetapi perselisihan hasil pemilihan umum bukan focus pada kajian ini, karena kajian ini diarahkan bagaimana bisa seorang individu dapat mempertahankan hak-hak dasarnya yang telah diatur dalam UUD secara maksimal.

pemilihan umum. Sedangkan satu kewajibannya adalah Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar. Untuk lebih detailnya, tabel berikut akan menyajikan data tentang bagaimana pengaturan *standing* dimiliki oleh para pihak dalam sistem pengujian konstitusional di Indonesia.

Tabel 6
Pengaturan Akses Individual ke Mahkamah Konstitusi di Indonesia

Mekanisme	<i>Standing</i>	Pengaturan dalam UUD 1945, UU MK dan Per-MK	Akses
- Pengujian UU terhadap UUD 1945 (Formil dan Materil)	- Perorangan WNI; - kesatuan masyarakat hukum adat...; - badan hukum (publik/privat); - lembaga negara.	- Pasal 24 C ayat 1 UUD 1945; - Pasal 50-60 UU MK; - PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang	<i>Individual direct acces</i>
- Sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar	- Lembaga tinggi Negara	- Pasal 24 C ayat 1 UUD 1945; - Pasal 61-67 UU MK - Peraturan Mahkamah Konsitusi Nomor 08/PMK/2006 Tentang Pedoman Beracara Dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara	<i>Bukan Individual acces</i>
- Perselisihan hasil Pemilihan Umum	- Perorangan warga Negara Indonesia calon anggota Dewan Perwakilan Rakyat dan Daerah	- Pasal 24 C ayat 1 UUD 1945; - Pasal 74 -79 UU MK; dan - Peraturan Mahkamah	<i>Bukan Individual Acces</i>

	<p>peserta pemilihan umum;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Pasangan calon Presiden dan /atau Wakil Presiden peserta pemilihan umum Presiden dan /atau Wakil Presiden; dan - Partai politik peserta pemilihan umum. 	<p>Konsitusi Nomor 14/PMK/2008 (Pemilu DPR, DPRD dan DPD);</p> <p>Peraturan Mahkamah Konsitusi Nomor 17/PMK/2009 (Pemilu Presiden-Wakil)</p>	
- Pembubaran Partai Politik	- Pemerintah	<ul style="list-style-type: none"> - Pasal 24 C ayat 1 UUD 1945; - Pasal 68-73 UU MK; dan - Peraturan Mahkamah Konsitusi Nomor 12/PMK/2008 	<i>Bukan Individual Acces</i>
- <i>Impeachment</i> Presiden dan/ atau Wakil Presiden	- $\frac{3}{4}$ anggota DPR	<ul style="list-style-type: none"> - Pasal 24 C ayat 1 UUD 1945; - Pasal 80-85 UU MK - Peraturan Mahkamah Konsitusi Nomor 21/PMK/2009 	<i>Bukan Individual Acces</i>

Berdasarkan pada tabel 6 diatas, kemudian dapat dikatakan bahwa akses individual ke Mahkamah Konstitusi di Indonesia dapat dilakukan melalui mekanisme pengujian UU terhadap UUD. Dasar yuridis dapat dilakukannya pengujian UU terhadap UUD adalah pasal 24 C ayat 1 yang ke 1 UUD 1945 yang menyatakan: *Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar*. Pasal tersebut kemudian diperkuat dengan adanya UU tentang MK yang terdapat dalam pasal 50-60 dan PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman

Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Mekanisme pengujian ini pada dasarnya menghendaki adanya pengujian secara materil dan formil.

a. Pengujian UU terhadap UUD secara Formil

Dasar hukum dapat dilakukannya pengujian UU terhadap UUD secara formil adalah Pasal 51 ayat (3) huruf a UU MK yang mengatur mengenai pengujian formil, yang dimana dalam ketentuan tersebut diatur bahwa Pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa pembentukan UU tidak memenuhi ketentuan berdasarkan UUD 1945.²²⁵

Menurut Sri Soemantri, Sri Soemantri yang dimaksud dengan hak menguji formal adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang, misalnya terjelma melalui cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah ditentukan atau diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau-kah tidak.²²⁶ Jimly Asshiddiqie mengemukakan bahwa secara umum, yang dapat disebut sebagai pengujian formil (*formeele toetsing*) tidak hanya mencakup proses pembentukan UU dalam arti sempit, tetapi juga mencakup pengujian mengenai aspek bentuk UU, dan pemberlakuan UU. Juga dijelaskan bahwa pengujian formal biasanya terkait dengan soal-soal prosedural dan berkenaan dengan legalitas kompetensi institusi yang membuatnya.²²⁷ Sehingga oleh karena itu model pengujian sedemikian tidak berkaitan dengan suatu ayat atau pasal tertentu di dalam UU. Pengujian yang berkaitan dengan suatu pasal atau ayat di Indonesia diarahkan kedalam pengujian

²²⁵ Yang dimaksud dengan “Undang-Undang” adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden. Lihat pasal 1 angka 4 UU NO 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sebagaimana diubah terakhir menjadi UU No 11 Tahun 2011.

²²⁶ Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, op.Cit, hlm. 28

²²⁷ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara...*, op.Cit., hal. 62-63.

secara material. Untuk bisa menjadi pemohon baik itu pengujian secara formil maupun materil diatur pasal 51 ayat 1 yang menyatakan:

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.*²²⁸

Untuk melihat lebih mendalam tentang akses individual secara mendalam untuk dapat berpekar ke Mahkamah Konstitusi dalam sebuah perkara pengujian UU terhadap UUD secara formil, berikut uraian perkara yang telah diputus dan diperiksa oleh MK RI yakni pada Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009. Perkara ini pada dasarnya telah diputus oleh MK, walaupun pada dasarnya putusan atas perkara ini tidak dapat diterima. Namun yang terpenting dalam penulisan ini bukan pada diterima atau tidak diterimanya sebuah perkara. Akan tetapi dalam hal ini penulis hanya ingin mengetahui dan kemudian menunjukkan tentang bagaimana individu mendapatkan ruang untuk mengajukan permohonan pengujian UU terhadap UUD secara formil di Indonesia.

Perkara ini pada dasarnya diajukan oleh Asfinawati, S.H., Zainal Arifin Mochtar, SH, L.L.M. dan kawan-kawan. Para Pemohon pada pokoknya mengajukan permohonan Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun

²²⁸ Lebih lanjut pasal ini diperkuat oleh PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.

1945 dengan berbagai alasan-alasan yang pada pokoknya menilai bahwa dalam revisi UU tersebut didapati cacat formil dalam perubahan UU tersebut. Misalnya pembahasan RUU Mahkamah Agung yang dilakukan tertutup dan tergesa-gesa, sehingga terkesan mengejar kepentingan tertentu, di tingkatan Sidang Paripurna, sejumlah pelanggaran mendasar terjadi, dan bahkan dugaan pelanggaran tata tertib dan kode etik dilakukan dan lain sebagainya.

Pada intinya kepentingan konstitusional dan kedudukan pemohon adalah, bahwa para Pemohon merupakan individu warga negara Republik Indonesia yang berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan di Indonesia baik berdasarkan UUD 1945 maupun perundang-undangan telah memberikan mandat, keterwakilannya melalui anggota dan institusi DPR RI yang salah satu tugasnya adalah membentuk Undang-Undang (legislasi). Bahwa kemudian juga anggota DPR dan DPR RI sebagai sebuah intitusi perwakilan dari pemohon seharusnya melaksanakan tugas dan kewajibannya dalam pembentukan perundang-undangan dengan baik, benar serta bertanggung jawab sesuai dengan ketentuan yang ada. Dengan tidak dilakukannya tugas dan kewajiban DPR dalam proses yang baik dan benar terkait dengan permohonan *a quo* maka jelaslah bahwa Pemohon yang telah memberikan mandatnya kepada anggota DPR telah berpotensi dirugikan hak konstitusionalnya.

Akan tetapi walaupun sedemikian rupa kepentingan hukum pemohon diuraikan secara jelas, namun memang kenyataanya uji formil ini tidak dapat diterima MK walaupun secara nyata memang MK RI pada dasarnya menemukan cacat prosedural dalam pembentukan UU tersebut. Dalam putusan ini beberapa hal yang diperhatikan dan hal ini merupakan konklusi (kesimpulan) dari perkara

tersebut adalah, *pertama*, Mahkamah berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan *a quo*; *kedua*, Para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*); dan *ketiga*, Terdapat cacat prosedural dalam pembentukan Undang-Undang *a quo*, namun demi asas kemanfaatan hukum, Undang-Undang *a quo* tetap berlaku. Oleh karena itu yang terpenting disini adalah bahwa individu dapat akses ke Peradilan Konstitusi melalui pengujian UU terhadap UUD secara formil.

b. Pengujian UU terhadap UUD secara Materil

Pengujian UU terhadap UUD secara materil mendapatkan tempat dalam pengaturannya pada Pasal 51 ayat (3) huruf b UU MK. Pasal tersebut mengatur mengenai pengujian materil, dimana dalam ketentuan tersebut diatur bahwa: *Pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa: materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian UU dianggap bertentangan dengan UUD 1945.* Lebih lanjut mengenai hal tersebut kemudian juga diatur Mengenai hal tersebut diatur dalam Pasal 4 ayat (2) PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, mengatur mengenai pengujian materil sebagai berikut: *“Pengujian materil adalah pengujian UU yang berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian UU dianggap bertentangan dengan UUD 1945.*

Harun Alrasid mengemukakan bahwa hak menguji material ialah mengenai kewenangan pembuat UU dan apakah isinya bertentangan atau tidak dengan peraturan yang lebih tinggi. Jimly Asshiddiqie berpendapat bahwa pengujian materiel berkaitan dengan kemungkinan pertentangan materi suatu peraturan dengan peraturan lain yang lebih tinggi ataupun menyangkut kekhususan-

kekhususan yang dimiliki suatu aturan dibandingkan dengan norma-norma yang berlaku umum.²²⁹

Untuk melihat lebih mendalam tentang akses individual secara mendalam untuk dapat berpekara ke Mahkamah Konstitusi dalam sebuah perkara pengujian UU terhadap UUD secara materil, berikut uraian perkara yang telah diputus dan diperiksa oleh MK RI. Perkara itu diputus melalui perkara dengan judul Putusan Nomor 133/PUU-VII/2009. Yang menjadi objek perkara dalam kasus ini adalah atas pengujian Pasal 32 Ayat 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang diajukan oleh Bibit Samad Rianto dan Chandra M Hamzah, pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi yang dinonaktifkan akibat dikriminalisasi. Permohonan tersebut diajukan dengan tujuan agar mereka tidak dinonaktifkan sebelum terbukti secara meyakinkan melalui putusan yang berkekuatan hukum tetap. Pasal 32 Ayat 1 Huruf c tersebut berbunyi: "*Pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan karena menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan*".

Pemohon mempermasalahkan ketentuan pemberhentian secara tetap tanpa putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap melanggar hak para Pemohon atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil, dalam hal ini hak atas praduga tidak bersalah (*presumption of innocence*), dijamin dalam UUD 1945 terutama pada Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 menyatakan: "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.*" Pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil

²²⁹ Jimly As-shiddiqie, Ibid

sebagaimana dimaksud di atas juga mencakup pengakuan, jaminan, dan perlindungan atas asas-asas hukum yang berlaku universal. Salah satu asas hukum yang dihormati dan juga diakui eksistensinya dalam sistem hukum Indonesia adalah asas “praduga tidak bersalah” atau “*presumption of innocence*”. Hal terpenting dalam perkara ini adalah bahwa individu dapat akses ke MK RI melalui mekanisme pengujian UU terhadap UUD secara materil.

Secara garis besar tentang alasan yang mendasari individu untuk dapat akses ke Mahkamah Konstitusi Indonesia melalui mekanisme pengujian UU terhadap UUD adalah karena hak dan/atau kewenangan konstitusional individu dirugikan oleh berlakunya UU, yang dimana hal ini dapat dilihat dalam pasal 51 ayat 1 UU MK. Logika pemikiran perumus yang sedemikian tentunya merujuk pada tataran suatu keadaan yang dimana saat ini Konstitusi Indonesia lebih terperinci mengatur hak-hak dasar manusia dalam konstitusinya, dan oleh karena itu hak-hak dasar itu apabila dilanggar diperlukan mekanisme untuk memulihkannya. Hal ini berbeda dengan masa Konstitusi sebelum perubahan, yang dimana sebelum perubahan UUD 1945, ketentuan mengenai hak konstitusional diatur dalam alinea pertama Pembukaan UUD 1945, Pasal 27, Pasal 28, Pasal 29, Pasal 30, Pasal 31, dan Pasal 34 UUD 1945. Setelah perubahan UUD 1945, maka banyak ketentuan mengenai HAM dirumuskan dalam UUD 1945, yaitu dalam Bab XA dari Pasal 28A hingga Pasal 28J Perubahan Kedua UUD 1945.

3. Perbedaan dan Persamaan Pengaturan Akses Individual ke Peradilan Konstitusi di Jerman dan Indonesia

Berdasarkan uraian pada point 2 dan 3 diatas, pada dasarnya telah dapat ditemukan pengaturan tentang akses individual ke Peradilan Konstitusi di dua negara, yakni di Negara Jerman dan Indonesia. Pengaturan tentang bagaimana individu dapat akses ke Peradilan Konstitusi di dua negara tersebut memang nampak perbedaan yang sangat tajam antar keduanya. Namun walaupun sedemikian juga penulis temukan persamaan yang mendasar.

Sekurang-kurangnya telah ditemukan 5 (lima) perbedan dan satu persamaan. *Pertama*, akses individual di Jerman pada dasarnya mendapatkan tempat dalam pengaturannya yang lebih strategis dibandingkan dengan pengaturannya di Indonesia, yakni di dalam Konstitusi *Basic Law* (sebagai hukum tertingginya), sedangkan di Indonesia pengaturannya hanya ditemukan pada UU organik dan Peraturan MK.

Kedua, Akses individual untuk dapat berpekar ke Mahkamah Konstitusi Federal Jerman telah didapati dua mekanisme yang disediakan yaitu, *direct acces* melalui pengaduan konstitusional dan *indirect acces* melalui pengujian konstitusional secara konkrit, dan sedangkan di Indonesia hanya dapat menggunakan mekanisme pengujian konstitusional UU terhadap UUD.

Ketiga, di Jerman tidak ada pembatasan objek dapat diujikannya sebuah pengujian apabila adanya pelanggaran hak-hak dasar konstitusional (dalam hal ini, semua bentuk norma hukum maupun tindakam hukum *govermental organ* apapun itu) dapat serta merta dilawan ke Peradilan Konstitusinya apabila memang kenyataanya melanggar hak-hak dasar individu, sedangkan di Indonesia dibatasi pada

pembentukan dan muatan UU yang melanggar UUD saja yang dapat dilakukan pengujian ke MK;

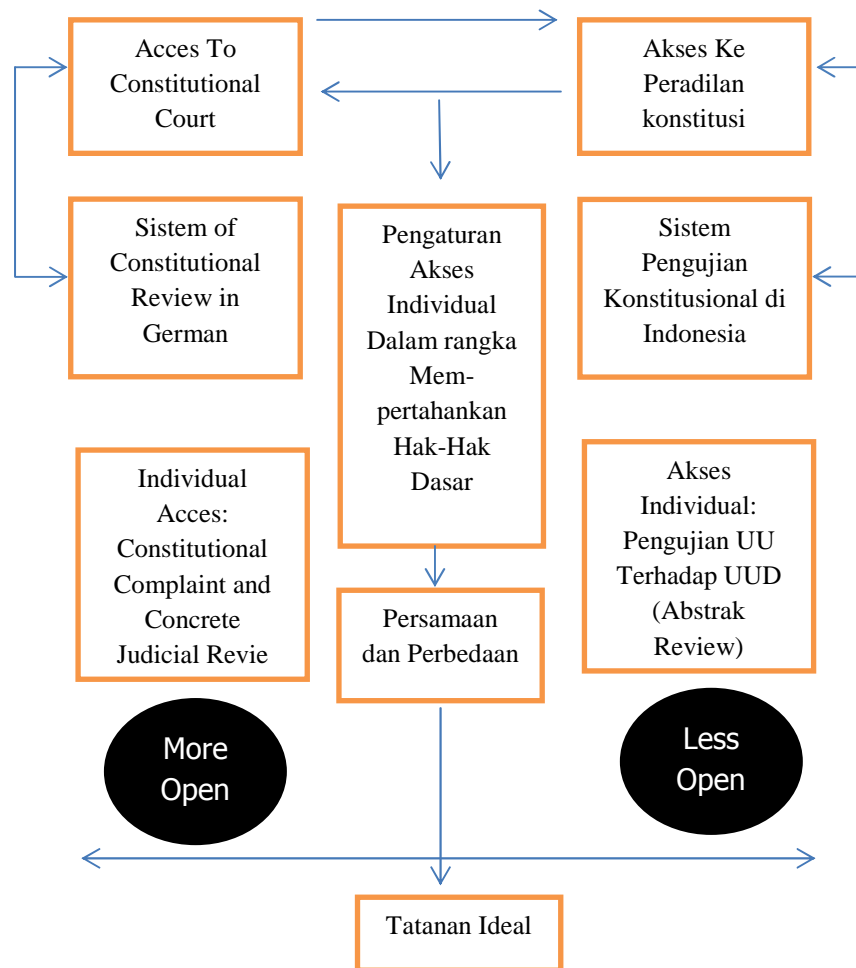
Keempat, di Indonesia pengujian UU terhadap UUD (yang dalam hal ini digolongkan kedalam pengujian secara abstrak) dapat diajukan oleh individu, namun di Jerman perihal sedemikian kaitannya dengan pengujian konstiusional secara abstrak *legal standing*-nya dimiliki oleh anggota Pemerintah Federal, Pemerintah Negara bagian dan sepertiga dari Anggota *Bundestag*;

Kelima, yang terpenting dalam melihat *individual acces* ini adalah Jerman menunjukkan kedewasaan berpikir dalam menerapkan sistem pengujian konstiusional dengan memberikan sangat luas kepada individu untuk memiliki *legal standing* ke Peradilan Konstitusi, dan sedemikian sebaliknya Negara Indonesia masih membutuhkan perbaikan dalam tatanan sistem pengujian konstiusionalnya dalam hal ini tercermin dalam pengaturan *individual akses* yang sangat terbatas untuk dapat mengajukan perkara uji konstiusional ke MK RI.

Sedangkan dalam hal persamaan antara kedua negara tersebut terkait akses individual adalah, dalil adanya pelanggaran hak-hak dasar merupakan syarat utama dapat diajukannya permohonan atau klaim ke Mahkamah Konstitusi. Sehingga oleh karena itu secara filosofis pada tataran yang bersamaan dapat ditarikkannya sebuah prinsip umum yang menggambarkan bahwasanya kedua negara menempatkan akses individual itu untuk berperkara ke Mahkamah Konstitusi dalam rangka untuk mempertahankan hak-hak dasar yang dimilikinya apabila dilanggar oleh suatu tindakan hukum tertentu dalam penyelenggaraan Negara dan Pemerintahan.

Untuk mempertajam pemahaman perbedaan akses individual ke Mahkamah Konstitusi antara Negara Jerman dan Indonesia lihat gambar berikut ini.

Gambar 6
Perbandingan akses individual antara Jerman dan Indonesia



4. Pembatasan Akses Individual ke Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Pengujian Konstitusional di Indonesia

Uraian pada point ini pada dasarnya merupakan jawaban atas rumusan masalah yang ketiga, yakni pertanyaan tentang: Mengapa akses individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstitusional di Indonesia dibatasi?.

Menurut hemat penulis, secara teoritis dengan berdasarkan pada teori konstitusi, pembatasan itu terjadi karena Konstitusi menghendaki adanya suatu pembatasan. Hal sedemikian wajar terjadi dalam penyelenggaraan suatu Negara

dan pemerintahan, karena pembatasan yang diinginkan merupakan kesepakatan perumus konstitusi yang bersifat fundamental memang harus ada didalam konstitusi. Misalnya diantaranya: *Pertama*, pembatasan kekuasaan secara tegas antar cabang kekuasaan Negara; *Kedua*, Jaminan Hak-hak warga negara yang tegas; *Ketiga*, Mengatur susunan organ kekuasaan negara yang efektif dan jelas; *Keempat*, prosedural atau tata cara mengubah konstitusi.

Akan tetapi permasalahan yang kemudian timbul dengan adanya pembatasan tersebut, perlu diperhatikan pula konsekwensinya. Seperti yang telah dipaparkan pada bab sebelumnya, bahwa dengan pembatasan ini akses individu ke Mahkamah Konstitusi hanya dapat disalurkan melalui mekanisme pengujian UU terhadap UUD 1945.

Masih dalam kerangka pemikiran yang menyebabkan pembatasan itu terjadi adalah karena tidak lepas daripada sebuah teori yang menyatakan bahwa Konstitusi merupakan produk kesepakatan. Dalam tarik-ulur sebuah kesepakatan pasti tidak lepas dari pada alasan yang mendasari Negara Indonesia (khususnya para perumus Konstitusi) mengadopsi system pengujian konstitusional ini dalam system hukum positifnya.

Pada tataran alasan yang mendasari sebuah negara mengadopsi pengujian konstitusional. Secara teoritis, telah banyak dan berkembang beberapa teori-teori yang lahir untuk mengetahui alasan yang mendasari sebuah negara mengadopsi pengujian konstitusional,²³⁰ beberapa teori-teori itu diantaranya adalah: pertama,

²³⁰ Teori-teori itu lahir satunya untuk menjawab sebuah pertanyaan, yakni: mengapa beberapa negara-negara di akhir abad 19 atau awal abad ke 20 telah mengadopsi pengujian konstitusional dalam system ketatanegaraanya?. Lebih lanjut untuk kajian lebih mendalam akan penulis bahas pada pembahasan kerangka teori yang membahas tentang teori adopsi pengujian konstitusional.

teori “*ideational in character*”²³¹; kedua, teori “*multilevel governance*”²³²; ketiga, teori “*electoral market*”, beranjak dari teori ini, Ginsburg mengembangkan teori “*political insurance*”²³³, serta Hirschl yang memaparkan teori “*hegemonic preservation*”²³⁴; dan kemudian pada pungkasnya terdapat juga teori “*diffusion of constitutional rules*”²³⁵.

Akan tetapi yang menjadi keprihatinan penulis adalah, bahwa teori-teori yang disebutkan diatas masih jarang ditemui dalam beberapa bahasan penelitian dan/ atau *literature* hukum yang ada di Indonesia. Atas hal yang sedemikian ini, menyebabkan *literature* hukum yang berkaitan dengan lahirnya pengujian konstitusional di Indonesia sangat minim dan miskin akan hadirnya teori-teori hukum. Padahal teori-teori itu telah banyak menyita perhatian beberapa kalangan peneliti dan akademisi ilmu hukum di berbagai negara (global), serta terlebih-lebih teori-teori itu dapat digunakan untuk mengungkap kaitannya dengan penyebaran dan lahirnya pelembagaan pengujian konstitusional di suatu negara tertentu.²³⁶

Pendalaman akan beberapa teori tentang pelembagaan dan perkembangan pengujian konstitusional, dan kemudian lebih lanjut untuk perlu dikaitkan dengan

²³¹ Martin Shapiro, *The Success of Judicial Review*, (The University of Chicago Press, 1999), lihat juga, S. Kenny, W. Rieseinger and J. Reitz, eds., *Constitutional Dialogues Comparative Perspective*, (New York: St. Martin’s Press), 2000. Lihat pula, Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (New York: Oxford University Press, 1989).

²³² Martin Sapiro and Barry Weingast, *The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development*, (Journal of Law, Economics & Organization Volume 11 1995), hlm 1-31.

²³³ Tom Ginsburg, Op.cit.

²³⁴ Ran Hirschl, *Toward Juristocracy*, (Cambridge: Harvard University Press, 2004).

²³⁵ Goderis, Benedikt and Mila Versteeg, *The Transnational Origins of Constitutions: An Empirical Investigation*. Working Paper, Artikel diunduh dari papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1865724 diakses tanggal 10 November 2012.

²³⁶ Terlebih-lebih teori “*political insurance*” itu digagas oleh Tom Ginsburg pada tahun 2003 dengan melakukan sebuah study kasus mengenai judicial review di negara-negara di Asia. Teori-teori itu dapat dijumpai dalam Buku Ginsburg berjudul “*Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*”.

peran dan kedudukan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK RI) merupakan suatu hal yang amat penting bagi negara Indonesia. Hal ini didasarkan pada bahwasanya, Negara Indonesia merupakan salah satu negara hukum yang belum lama ini juga telah mengadopsi system pengujian konstiusional ketika Konstitusi UUD 1945 itu diamandemen.²³⁷ Sehingga dalam hal sedemikian akan menarik untuk dilihat adalah, mengapa perumus konstitusi UUD 1945 memasukkan pula perihal pelebagaan pengujian konstiusional ketika merumuskan Konstitusi yang baru?.

Selama ini beberapa pandangan dari ahli hukum yang ada di Indonesia memandang dengan sangat normatif, dan penulis rasa masih belum bisa menjangkau lebih mendalam untuk menjawab sebuah pertanyaan tentang mengapa Negara Indonesia mengadopsi pengujian konstiusional. Misalnya Jimly As-shiddiqie²³⁸ hanya menyampaikan sebatas bahwa:

Pada pokoknya, pembentukan Mahkamah Konstitusi perlu dilakukan karena bangsa kita melakukan perubahan mendasar atas UUD 1945²³⁹. Dalam rangka Perubahan Pertama sampai Perubahan Keempat UUD 1945, bangsa kita telah mengadopsikan prinsip-prinsip baru dalam sistem ketatanegaraan, yaitu antara lain prinsip pemisahan kekuasaan dan ‘*checks and balances*’ sebagai pengganti sistem supremasi parlemen yang berlaku sebelumnya. Sebagai akibat perubahan tersebut, maka (a) perlu diadakan mekanisme untuk memutus sengketa kewenangan yang mungkin terjadi antar lembaga-lembaga yang mempunyai kedudukan yang satu sama lain bersifat sederajat, yang kewenangannya ditentukan dalam UUD,

²³⁷ Pelebagaanya itu di Indonesia secara kuantitas tergolong masih sangat muda umurnya, sehingga dibutuhkan perbaikan-perbaikan dan inovasi-inovasi tertentu pada segi pelebagaannya beserta dengan karakteristik yang dimilikinya.

²³⁸ Jimly As-shiddiqie, *Kedudukan Mahkamah Konstitusi Dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Kuliah Umum di Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, Surakarta, Kamis, 2 September, 2004. Uraian yang semacam ini dalam pandangan penulis belum dapat mewakili alasan mengapa negara Indonesia mengadopsi pengujian konstiusional, sehingga diperlukan kajian yang mendalam dengan ilmu “Politik Hukum” untuk membantu kajiannya agar permasalahan dapat dilihat lebih komprehensif, walaupun sedemikian, doktrin Jimly ini sering diikuti oleh beberapa penulis pada kajian semacam ini.

²³⁹ Republik Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR-RI, 2002, juga Jimly Asshiddiqie, *Konsolidasi Naskah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta: PSHTN-FHUI, 2002.

(b) perlu dilembagakan adanya peranan hukum dan hakim yang dapat mengontrol proses dan produk keputusan-keputusan politik yang hanya mendasarkan diri pada prinsip *'the rule of majority'*.²⁴⁰ Karena itu, fungsi-fungsi *judicial review* atas konstitusionalitas undang-undang dan proses pengujian hukum atas tuntutan pemberhentian terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden dikaitkan dengan fungsi MK. Di samping itu, (c) juga diperlukan adanya mekanisme untuk memutuskan berbagai persengketaan yang timbul yang tidak dapat diselesaikan melalui proses peradilan yang biasa, seperti sengketa hasil pemilu dan tuntutan pembubaran sesuatu partai politik. Perkara-perakara semacam ini berkaitan erat dengan hak dan kebebasan para warganegara dalam dinamika sistem politik demokratis yang dijamin oleh UUD. Karena itu, fungsi-fungsi penyelesaian sengketa atas hasil pemilihan umum dan pembubaran partai politik juga dikaitkan dengan kewenangan MK.

Pertama-tama teori adopsi pengujian konstitusional ini dapat dilihat pada karya Tom Ginsburg dalam bukunya yang berjudul: *Judicial Review in New Democracies-Constitutional Court in Asian Cases*.²⁴¹ Salah satu teori penting yang dipaparkan olehnya adalah teori *"Political Insurance of Constitutional Review"* atau lebih singkatnya disebut teori *"Political Insurance"*. Teori ini merupakan sebagian hasil dari *research*-nya atas fenomena pengujian konstitusional yang sangat berkembang di era demokrasi baru, yang dimana banyak negara kecenderungannya melembagakan pengujian konstitusional guna mengawal jalannya demokrasi pada masa transisi demokrasi. Oleh karena itu, dalam buku tersebut secara umum membahas beberapa hal tentang: *pertama*, dari mana pengujian konstitusional itu lahir; *kedua*, bagaimana pengujian konstitusional itu berkembang di era demokrasi baru; dan *ketiga*, membahas tentang kondisi atau keadaan yang mendukung arus deras penyebaran

²⁴⁰ Dalam pengertian inilah muncul doktrin 'demokrasi berdasar atas hukum' atau *'constitutional democracy'* yang berimbangan dengan doktrin negara hukum yang demokratis atau *'demokratische rechtsstaat'*. Lihat juga Dennis C. Mueller, *Constitutional Democracy*, Oxford University Press, 1996. Baca juga Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press, 1989.

²⁴¹ Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Op.Cit

pengujian konstitusional di beberapa negara. Lebih sederhana dan konkrit, *research*-nya untuk mengetahui alasan yang mendasari mengapa banyak negara mengadopsi pengujian konstitusional pada saat penyusunan konstitusi baru di suatu negara.²⁴²

Selain teori “*political insurance*” dan sebelum teori itu lahir, dalam *frame* teori adopsi pengujian konstitusional itu, muncul pula beberapa teori yang lainnya, beberapa teori itu diantaranya adalah: *pertama*, teori ‘*ideational in character*’²⁴³; *kedua*, teori ‘*multilevel governance*’²⁴⁴; *ketiga*, teori ‘*electoral market*’; dan *keempat* adalah “*diffusion theories*”. Beberapa teori tersebut akan penulis uraikan seperti berikut ini.

a. *Ideational Theories*

Teori “*ideational*” ini lebih focus menitikberatkan pandangannya pada hubungan antara pengujian konstitusional dan adanya *rights* (hak-hak dasar manusia).²⁴⁵ Salah satu inti “*ideational*” adalah “*mature democracy*”. Ronald Dworkin menyatakan²⁴⁶: “*mature democracies*” subscribe to the view that *democracy must protect itself against the tyranny of majority rule through constitutionalization and judicial review* (demokrasi harus melindungi dirinya

²⁴² Ibid, hlm.11-21

²⁴³ Hal itu banyak diuraikan oleh Martin Shapiro, lihat: Martin Shapiro, *The Success of Judicial Review*, 1999, in S. Kenny, W. Rieseinger and J. Reitz, eds., *Constitutional Dialogues Comparative Perspective*. New York: St. Martin’s Press. Dan juga oleh Mauro Cappelletti, lihat Cappelletti, Mauro. 1989. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. New York: Oxford University Press.

²⁴⁴ Sapiro, dan Weingast, Barry. 1995. *The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development*, *Journal of Law, Economics & Organization* 11: 1-31.

²⁴⁵ Tom Ginsburg and Milla Versteeg, *Why do Country Adopt Constitutional Review*, Loc.Cit, hlm.14

²⁴⁶ Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1990., lihat pula pada, Ran Hirchl, *The Politic Origin’s of The Constitutionalism*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* Volume 11, Issue 1, Winter 2004. Hlm.71-108

sendiri terhadap tirani kekuasaan mayoritas melalui *constitutionalization* dan *judicial review*).

Perkembangan “*mature democracy*” ini dapat ditelusuri kebelakang pada era perang Dunia II: dimana kekejaman fasis selama perang dunia ke II menyuguhkan potensi yang buruk bagi stabilitas laju demokrasi, dan oleh karenanya negara-negara Eropa mulai meragukan kekuasaan tertinggi negara untuk diberikan kepada parlemen pasca perang Dunia ke II. Atas perlakuan yang keji selama perang Dunia II ini kemudian lebih lanjut memberikan dorongan bagi pengembangan dan tumbuhnya rezim hak asasi manusia internasional. dan lebih umum lagi, pada akhirnya juga memicu akan tumbuh dan berkembangnya kesadaran di seluruh dunia akan hak asasi manusia. Kemudian pada akhirnya pemikiran *logic* ini bermuara pada pemikiran yang menyebabkan negara-negara untuk mempraktikkan versi yang lebih matang dari demokrasi, dimana kebebasan mayoritas perlu dibatasi oleh hukum dan harus ditegakkan.

b. *Multilevel Governance Theories*

Teori ini lebih cocok digunakan untuk negara yang menganut system pemerintahan Federal. Teori ini lebih memfokuskan pandangannya pada permasalahan antara “*the sparation of power and multi-level governance*” dalam praktik di negara yang berbasis Federal.²⁴⁷ Teori ini menghendaki bahwa “*constitutional review*” diharapkan dapat membantu untuk mengefektifkan penataan system pemerintahan pada berbagai tingkatan kekuasaan dengan mengetatkan pemisahan kekuasaan antara pemerintahan pusat ataupun daerah dengan pihak legislatif. Dalam hal ini peran lembaga *constitutional review*

²⁴⁷ Tom Ginsburg and Milla Versteeg, *Why do Country Adopt Constitutional Review*, Loc.Cit, hlm.14

diharapkan dapat menjadi “*arbiter*” guna memecahkan permasalahan dalam *political game*.²⁴⁸ Teori ini sangat berkembang di negara-negara yang berbasis Federal semisal, Negara Amerika Serikat, Austria, Australia dan Kanada.²⁴⁹ Oleh karenanya hal ini menunjukkan kemungkinan adanya hubungan antara federalisme dan keberadaan dari *constitutional review*.

c. *Electoral Market Theories*

Berbeda dengan dua teori yang dipaparkan diawal, “*Electoral Market Theories*” lebih condong mengaitkan pengujian konstitusional itu teradopsi guna merespon dan mengikuti arus permasalahan politik yang ada di dalam negeri (*domestic political*) suatu negara. Hal ini telah lama berkembang untuk dipahami bahwa Peradilan Konstitusi merupakan bagian integral dari penataan politik yang amat besar dan dengan demikian tidak dapat diungkapkan bahwa peradilan konstitusi dapat berdiri secara sendiri terlepas dari system politik yang sedang berjalan.²⁵⁰

Berangkat dari logika pemikiran yang sedemikian, Ginsburg kemudian memaparkan dan beragumen bahwa “penyebaran pengujian konstitusional itu melaju cepat untuk “*political insurance*”.²⁵¹ Pengujian konstitusional menurut argumennya adalah merupakan solusi atas permasalahan ketidakjelasan politik pada saat perubahan konstitusi. Pihak-pihak (dalam hal ini partai yang lemah) cenderung takut kehilangan kekuasaan di masa depan, oleh karenanya lebih memilih pengujian konstitusional oleh pengadilan yang independen, karena

²⁴⁸ Ibid

²⁴⁹ Ibid

²⁵⁰ Kaji kembali Martin Shapiro, *Law and Politics in the Supreme Court*, (Glencoe, IL: Free Press of Glencoe, 1964). Dan juga Robert Dahl, *Democracy and Its Critics*, (New Haven, CT: Yale University Press, 1991).

²⁵¹ Tom Ginsburg, Op.Cit.

pengadilan menyediakan sebuah forum alternatif bagi ketidakjelasan politik itu.²⁵² Di sisi lain, partai politik yang lebih kuat akan memiliki keinginan pengujian konstitusional agar tidak independen, dan hal ini dikarenakan mereka mengantisipasi beberapa program dan kepentingan mereka dalam legislatif (pembentukan hukum) pasca penyusunan konstitusi.²⁵³

Berangkat dari logika mengikuti kepentingan politik domestic ini pula, Hirschl juga menawarkan teori “*hegemonic preservation*”.²⁵⁴ Dalam pandangannya pengujian konstitusional merupakan *strategy* yang diadopsi oleh elit-elit politik yang meramalkan kehilangan kekuasaan. Teori ini tepat berfokus pada isu penting yakni pada waktu pengujian konstitusional diadopsi. Pada tahap terakhir pemerintahan mereka, elit yang meramalkan dirinya kehilangan kekuasaan mengatur dan mendesign sebuah pengadilan untuk melestarikan beberapa nilai substantif mereka dengan menempatkan mereka di luar bidang pembuatan undang-undang biasa.²⁵⁵

d. *Diffusion Theories*

Diffusion theories ini merupakan sebuah teori terhubung dengan kajian yang banyak dibahas pada *literature* politik, khususnya yang membahas pada kajian “*policy diffusion*”. Gagasan yang mendasari banyak negara mengadopsi sebagian politik atau model institusi suatu lembaga negara lain adalah lebih

²⁵² David Erdos, *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*, New York: Oxford University Press 2010. Lihat pula, Jodi Finkel, *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru and Mexico in the 1990s*, (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2008).

²⁵³ Matthew Stephenson, *When the Devil Turns...: The Political Foundations of Independent Judicial Review*. *Journal of Legal Studies* 32: 59-89. 2003. Lihat juga, Rebecca Bill Chavez, *The Rule-of-law in Nascent Democracies*. (Stanford: Stanford University Press). 2004.

²⁵⁴ Ran Hirschl, *Toward Juristocracy*, (Cambridge, MA: Harvard University Press). 2004.

²⁵⁵ *ibid*

condong pada kesenangan atau pilihan suka dan tidak suka untuk mengikuti.²⁵⁶ Penelitian yang pernah diteliti oleh Polillo dan Guilen misalnya mengambil sampel adanya negara dipengaruhi oleh satu sama lainnya dalam mendirikan bank-bank sentral yang independen.²⁵⁷ Karya terbaru juga menemukan bukti difusi transnasional di bidang hak-hak konstitusional.²⁵⁸ Sehingga hal ini dimaksudkan adalah terdapat adanya kemungkinan bahwa logika yang sama berlaku untuk negara yang mengadopsi pengujian konstitusional. Karena negara-negara cenderung mengadopsi pengujian konstitusional dan tingkat penyebarannya semakin tinggi maka kemungkinan banyak negara berbondong-bondong akan melakukan hal yang sama. Dalam *diffusion theories* ini terdapat empat macam mekanisme, yaitu: (1) *coercion*; (2) *economic competition*; (3) *learning*, and (4) *acculturation*.

Pertama adalah *coercion* (pemaksaan). Negara yang yang adikuasa (pemberi donor) memaksa negara yang sedikit memiliki *power* atau bahkan suatu negara yang berada dalam kungkungan penjajahan untuk mengadopsi model suatu Konstitusi dari negara penjajah yang memiliki *power* atau bahkan negara pendonor itu. Semisal di Afrika dan Carribean yang merupakan koloni Negara Inggris, Konstitusi yang dimilikinya didesign oleh Inggris, sehingga dalam konstitusinya sangat *intens* dijumpai pengaturan akan “*a bill of right*”.²⁵⁹ Model yang lainnya adalah semisal negara Amerika Serikat yang secara langsung

²⁵⁶ *ibid*

²⁵⁷ Simone Polillo and Mauro F. Guillén, *Globalization Pressures and the State: The Worldwide Spread of Central Bank Independence*, *American Journal of Sociology* 19: 1764-1802. 2005.

²⁵⁸ Benedikt Goderis, and Mila Versteeg, *The Transnational Origins of Constitutions: An Empirical Investigation*. Working Paper. 2011. David Law and Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*. *California Law Review* 99: 1163-1257. 2011.

²⁵⁹ Charles Parkinson, *Bills of Rights and Decolonization: The Emergence Of Domestic Human Rights Instruments in Britain's Overseas Territories*. (Oxford: Oxford University Press, 2007), hlm. 1-19

mendesignkan Konstitusi Philipina pada tahun 1935, Konstitusi Mikronesia pada tahun 1986 dan Irak pada tahun 2005.²⁶⁰

Kedua, *economic competition*. Mekanisme ini merupakan strategi suatu negara meng-copy sebagian pengaturan dalam tatanan hukumnya untuk menarik perhatian investor dan pembeli luar negeri.²⁶¹ Sebagai contoh, rezim Mubarak di Mesir menyadari bahwa paham sosialis dan nasionalis menghalangi arus masuk modal, karena itu investor cenderung tidak akan mengambil resiko yang besar atas beberapa kerugian dalam investasinya. Akibatnya, kemudian rezim Mubarak menciptakan mahkamah konstitusi yang independen yang berwenang untuk menegakkan jaminan konstitusional.²⁶²

Ketiga, adalah *learning*, yang pada dasarnya menitikberatkan pada mengkaji dan mengambil pembelajaran beberapa ketentuan konstitusi atau beberapa system hukum yang terbaik yang telah dipraktekkan oleh beberapa negara. Dengan hal ini, Negara mendapatkan berbagai informasi atas kesuksesan suatu negara menerapkan suatu konstitusi atau system hukum tertentu, dan kemudian negara pengkaji tersebut ingin melakukan hal yang sama dalam menyusun suatu konstitusi. Hal ini menurut Brady pernah dipraktekkan oleh Negara Irlandia.²⁶³

Keempat, adalah *acculturation*. Hal ini focus untuk menunjukkan bahwa suatu negara meniru aturan konstitusi negara lainnya bukan karena semata-mata mereka yakin dengan manfaat *intrinsic* dari aturan-aturan yang ada. Akan tetapi hal ini perlu dilakukan hanya untuk mendapatkan legitimasi dan penerimaan

²⁶⁰ George Athan Billias, *American Constitutionalism Heard Round the World 1776-1989: A Global Perspective*, (New York: NYU Press: 2010).

²⁶¹ Benekdit Goderis and Mila Versteeg, Op.Cit

²⁶² Tamir Moustafa, *The Struggle For Constitutional Power: Law, Politics and Economic Development in Egypt*, (Cambridge: Cambridge University Press. 2007), Hlm. 67-70, 77-79.

²⁶³ Paul Brady, *The Social and Political Foundations of The Irish Constitutional Order*, in D. Galligan and M. Versteeg, eds., *The Social and Political Foundations of Constitutions*, (New York: Cambridge University Press, 2000).

internasional.²⁶⁴ Setelah sejumlah kritis negara mengadopsi tertentu aturan konstitusional, aturan ini dapat menjadi *script* global masyarakat internasional atau masyarakat dunia. Dalam hal ini pula dimaksudkan dalam rangka untuk dapat diterima dalam masyarakat dunia, negara anggota harus sesuai dengan kesepakatan bersama. Sebagai contoh, Pemerintah Taiwan suatu ketika kehilangan hubungan diplomatik biasa dengan sebagian besar dunia, akhirnya meniru gaya konstitusional reformasi barat untuk menumbuhkan niat baik dari negara-negara lain.²⁶⁵

Seperti diakui oleh Goderis dan verSteege (2011), sering tidak mungkin untuk secara empiris membedakan mekanisme dari satu sama lain, atau untuk menentukan apakah negara memang "belajar," "*Acculturating*", atau mungkin mengadopsi ketentuan konstitusional asing untuk beberapa alasan lainnya. Meskipun demikian, mekanisme ini sangat membantu dalam pembuatan konsep saluran yang lebih spesifik melalui difusi yang mungkin terjadi. Ini semua secara sederhana merupakan "*global world polity*".

e. *Political Insurance*

Pada pembahasan sebelumnya telah sedikit diuraikan oleh penulis bahwa, beranjak dari "*Electoral Market Theories*", Ginsburg mengembangkan "*Political Insurance Theories*". Teori Ginsburg yang sedemikian itu pada umumnya digunakan untuk menganalisa atas sebuah pertanyaan, yakni: *Why would constitutional drafters choose to include provisions for judicial review in the*

²⁶⁴ Ryan Goodman, and Derek Jinks, *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, (Duke Law Journal 54, 2009), hlm. 621-703

²⁶⁵ David Law and Mila Verteg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, California Law Review, Vol. 99, p. 1163, 2011, APSA 2010 Annual Meeting Paper on 5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 10-10-01.

constitutional text?²⁶⁶ (Mengapa perancang konstitusi memilih untuk menyertakan ketentuan *judicial review* dalam konstitusi?)

Untuk menjawab pertanyaan ini, kita harus mulai dengan pertanyaan mendasar tentang konstitusi dan kepentingan siapa yang tercermin dalam pembentukannya. Ginsburg mengawali pandangannya, dengan sepakat pada pandangan Jhon Locke tentang “Teori Kontrak Sosial”, yang dimana dari gagasannya kita tergambar bahwa konstitusi merupakan kontrak antara masyarakat dan pemerintah. Dari hal ini pula, kita tergambar bahwa warga negara memberdayakan dan mengembangkan sistem konstitusi sebagai mekanisme untuk memenuhi hak-hak individu melalui tindakan kolektif yang diwakilkan kepada politisi-politisinya.²⁶⁷ Oleh karena itu dalam pandangan analogi kontrak social ini, *Judicial review* digunakan untuk mencegah politisi dari mengingkari tawar-menawar dengan warga.²⁶⁸ Pada tataran ringkasnya kemudian Ginsburg berpendapat:

I argue that the answer to the question of why self-interested politicians would design a system of judicial review depends on the prospective power positions of constitutional designers in postconstitutional government. Assume that constitutional drafters are themselves politicians, who are interested in governing after the adoption of a new constitution. It follows that they will seek to design institutions that maximize their ability to govern under the new constitutional order. The key factor from the drafters’ perspective is the uncertainty of the future political configuration at the time of constitutional drafting.

Dari pandangannya itu diperoleh hal yakni, perancang konstitusi berusaha untuk merancang lembaga yang dapat memaksimalkan pemerintahannya di bawah

²⁶⁶ Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies...Op.cit*, hlm.22

²⁶⁷ Ibid

²⁶⁸ Perspektif kontraktarian ini cenderung sangat normatif daripada positif, dan hal itu terbuka terhadap kritik atas dasar empiris. Ada banyak alasan yang dapat dijadikan penolakan. Misalnya, apakah desain konstitusional yang sebenarnya lebih condong mencerminkan dan menguntungkan diri mereka sendiri, lembaga mereka, atau kepentingan mereka yang sempit daripada mereka warga lebih luas. Lihat, Ibid.,hlm.23

tatanan konstitusional baru. Faktor kunci dari perspektif perancang adalah ketidakpastian dari konfigurasi politik di masa depan pada saat penyusunan konstitusi baru.²⁶⁹

Atas ketidakjelasan konfigurasi politik ini, maka Pihak-pihak (dalam hal ini partai yang lemah) cenderung takut kehilangan kekuasaan di masa depan, oleh karenanya lebih memilih pengujian konstitusional oleh pengadilan yang independen, karena pengadilan menyediakan sebuah forum alternatif bagi ketidakjelasan politik itu.²⁷⁰ Di sisi lain, partai politik yang lebih kuat akan memiliki keinginan pengujian konstitusional agar tidak independen, dan hal ini dikarenakan mereka mengantisipasi beberapa program dan kepentingan mereka dalam legislatif (pembentukan hukum) pasca penyusunan konstitusi.²⁷¹

Untuk memperjelas pertanyaan fundamental yang diajukan Ginsburg dalam bukunya tentang mengapa sistem *judicial review* atau *constitutional review* telah menyebar dan berkembang dengan pesat di beberapa negara yang ada di dunia?. Penulis mendapatkan sebuah *Rountable* hasil seminar di salah satu perguruan tinggi di Taiwan yang sangat relevan untuk mengkaji lebih mendalam akan Teori Ginsburg itu.²⁷² Pertanyaan akan buku itu penting dijawab dan perlu diungkapkan,

²⁶⁹ Ibid

²⁷⁰ Ginsburg, 2003. David Erdos, *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*, New York: Oxford University Press 2010. Lihat pula, Jodi Finkel, *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru and Mexico in the 1990s*, (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2008), hlm.4

²⁷¹ Matthew Stephenson, *When the Devil Turns...: The Political Foundations of Independent Judicial Review*. *Journal of Legal Studies* 32: 59-89. 2003. Lihat juga, Rebecca Bill Chavez, *The Rule-of-law in Nascent Democracies*. (Stanford: Stanford University Press, 2004), hlm. 56

²⁷² Seminar dengan tema: *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, dengan speaker Prof. Tom Ginsburg (University of Chicago, School of Law, U.S.A, moderator, Prof. Jiunn-Rong Yeh (College of Law, National Taiwan University, Taiwan), dengan para commentator Prof. Hong Sik Cho (College of Law, Seoul National University, South Korea), Prof. Narufumi Kadomatsu (Graduate School & Faculty of Law, Kobe University, Japan), Prof.

karena pada dasarnya telah diketahui bersama, berabad-abad telah terlampaui, teori politik yang selalu didengungkan dan ditanamkan adalah pada gagasan bahwa demokrasi identik dengan suara rakyat, yaitu mayoritas.²⁷³ Oleh karena itu, ketika suatu negara pada keadaan memiliki sembilan atau lima belas hakim terpilih memutuskan atau bahkan melawan keputusan mayoritas, bukankan hal sedemikian ini jelas “*fundamental undemocratic*”.²⁷⁴ Kebanyakan sarjana hingga saat ini, atas hal itu menerima ketegangan ini dan mengakui bahwa hubungan antara demokrasi dan *judicial review* memang sangatlah kontradiksi. Mereka pada dasarnya mempertanyakan legitimasi *constitutional review* dan menganggap hal itu sebagai masalah. Namun walaupun secara fundamental hal ini tidak demokratis, mengapa kita melihat penyebaran yang luar biasa dari *constitutional review* hingga saat ini?. Itulah argument Ginsburg.

Demokrasi dan *judicial review* keduanya menyebar di seluruh dunia pada waktu yang hampir bersamaan. Mungkin ada beberapa hubungan kausal antara dua fenomena ini yang kebanyakan sarjana belum memahami secara baik. Tentu saja, pada tingkat normatif, Profesor di bidang hukum banyak yang telah mengembangkan teori-teori yang rumit (namun kadang tidak berdasar), untuk menjelaskan mengapa *judicial review* diterima walaupun hal ini tidak demokratis. Misalnya, beberapa darinya memandang secara normatif memahami penyebaran *constitutional review* sebagai menjadi bagian dari penyebaran akan kesadaran

Tay-Sheng Wang (College of Law, National Taiwan University, Taiwan), Prof. Jau-Yuan Hwan (College of Law, National Taiwan University, Taiwan), Prof. Li-Jue Lee (School of Law, Chung Yuan Christian University, Taiwan), Prof. Wen-Chen Chang (College of Law, National Taiwan University, Taiwan), seminar dan bedah buku Tom Ginsburg *College of Law, National Taiwan University, Taiwan*.

²⁷³ Ibid

²⁷⁴ Ibid

hak.²⁷⁵ Memang dapatlah diterima pandangan dari mereka ketika pada abad ke-20 (setelah Perang Dunia II) banyak orang mulai lebih memperhatikan hak-hak mereka, dan perhatiannya itu menghantarkan pada perubahan sosial. Perubahan sosial itu ditandai dengan tuntutan melembagakan pengujian konstitusional sebagai salah satu mekanisme untuk melindungi hak-hak mereka. Tentu saja, konteks hak pada saat itu dengan konteks hak di era *new* demokrasi sangatlah berbeda. Pandangan Ginsburg yang sedemikian ini bukanlah tanpa alasan. Beberapa alasan yang dapat dijadikan *counter* atas pandangan itu adalah misalnya, teori yang menunjukkan bahwa orang menuntut *constitutional review* karena mereka peduli tentang hak-hak mereka, bagaimana hal itu dijelaskan bagi beberapa golongan masyarakat di mana tidak ada mekanisme pengujian konstitusional namun orang-orang tersebut masih peduli tentang hak mereka. Seperti Negara Zimbabwe pada saat ini, Apakah tanpa adanya mekanisme itu, orang-orang Zimbabwe tidak peduli tentang hak mereka?. Memang dapat dimaklumi, tentu saja atas timbulnya kesadaran akan hak-hak masyarakat itu juga memiliki peran tertentu dalam menjelaskan penyebaran *constitutional review* di negara tertentu pula, tetapi tidak efektif untuk menjelaskan mengapa kita melihat pengujian konstitusional di beberapa system politik tertentu tetapi tidak pada system politik yang lain. (Cerita yang disebutkan di atas dalam pandangan Ginsburg difokuskan pada sisi analisis permintaan institusional bukan pada sisi penawaran).²⁷⁶

Di sisi penawaran, harus dijelaskan mengapa politisi bersedia untuk menghasilkan pengujian konstitusional dan mengapa mereka mengaturnya. Untuk

²⁷⁵ Ibid, lihat kembali *ideational theory*.

²⁷⁶ Dalam bahasa Ginsburg diungkapkan, *The story mentioned above is focused on the demand side of institutional analysis rather than on the supply side.*

melakukan ini, seseorang dapat mengadopsi asumsi yang sederhana bahwa, perumus konstitusi memiliki beberapa kepentingan subyektif dalam membuat pilihan pelembagaan. Ginsburg tidak mengatakan bahwa setiap orang mementingkan diri sendiri sepanjang waktu. Tentu saja tidak semua perumus konstitusi mencerminkan kepentingan pribadi mereka. Namun, tampaknya masuk akal untuk menyatakan bahwa sampai batas tertentu, perumus konstitusi akan mempertimbangkan posisi politik mereka di masa depan ketika merumuskan konstitusi. Kadang-kadang hal ini mereka lakukan mungkin ingin menciptakan sebuah forum alternatif di mana untuk menantang kebijakan pemerintah, jika mereka mengantisipasi beberapa kesempatan berada di luar kekuasaan. Ini teori dasar yang Ginsburg menyebutnya sebagai *“insurance theory of constitutional review”* atau *“teori asuransi pengujian konstitusional”*.

Teori Ginsburg ini juga untuk menjelaskan lebih mendalam mengapa banyak negara mengembangkan pengujian konstitusional dan sampai saat ini masih terus ada. Untuk beberapa hal itu, Ginsbur pernah menyatakan:

I think this analogy works to explain why you develop constitutional review and when you get it. The basic idea is this when we have a situation of constitutional design, different parties will anticipate different positions in the post-constitution election. One anticipated situation may be divided political environment. The extreme illustration is the situation like South Korea in 1987, when the three political parties negotiated for the new constitution, none of them could predict that it would win the legislature in post-constitution election. Under this circumstance, they might allow either presidency or judiciary to have a certain power to constrain the legislature in case they lose. If you do not think that you will win the legislature, you need another forum or arena to proclaim rights in order to limit the legislature. That is really what constitutional courts do. They provide another forum for constraints in the post-constitution election. It is thus a form of political insurance.

Inti dari ungkapan Ginsburg adalah untuk mengantisipasi posisi yang berbeda pasca perumusan konstitusi. Ilustrasi ekstrim itu dicontohkan pada saat perumusan

konstitusi di Korea Selatan pada tahun 1987. Ketika itu Tiga partai politik melakukan negoisasi untuk membentuk konstitusi baru, namun tidak satupun dari mereka bisa memprediksi akan menang (terakomodir seluruh kepentingannya. Dalam keadaan ini, mereka mungkin mengizinkan baik Presiden atau lembaga peradilan untuk memiliki kekuatan tertentu untuk membatasi kekuasaan legislatif atau perlu dipilihlah forum lain atau arena untuk menyatakan hak untuk membatasi legislatif. Dan inilah bagian dari pada bentuk politik asuransi menurut Ginsburg.²⁷⁷

Apabila dipahami lebih mendalam bentuk asuransi politik Ginsburg ini sedikit mirip dengan asuransi pasar. Memang kita tahu bahwa asuransi hadir dalam transaksi pasar untuk memfasilitasi transaksi yang mungkin tidak terjadi. Misalnya, Profesor X dan Profesor Y akan membuat kesepakatan, tapi X tidak percaya Y, dan X tidak yakin tentang beberapa hal yang ditawarkan. Dalam hal ini, X tidak mungkin bersedia untuk menyimpulkan kontrak dengan dia. Namun, jika X bisa membeli asuransi dari sebuah perusahaan asuransi untuk melindungi kepentingan X dari risiko tertentu, X akan dapat masuk ke dalam kontrak dan mendapatkan manfaat dari transaksi. Di sini kita bisa melihat bagaimana asuransi membantu fungsi pasar. Dengan cara yang sangat mirip, Teori asuransi politik yang dikembangkan Ginsburg, pengujian konstitusional bekerja pula untuk memfasilitasi transaksi konstitusional. Ini membantu untuk membuat tawar-menawar konstitusional yang mungkin dan yang mungkin tidak dinyatakan terjadi. Ketika partai-partai politik menegosiasikan konstitusi, mereka tidak bisa memprediksi dengan akurasi lengkap akan posisi mereka di *post*-konstitusional

²⁷⁷ Ibid

politik. Namun, setidaknya mereka semua dapat setuju bahwa adanya pengadilan konstitusi, mungkin akan mengurangi kerugian yang diderita jika mereka kehilangan kepentingannya pasca perumusan konstitusi.²⁷⁸

5. Tatanan Ideal tentang Akses Individual ke Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Pengujian Konstitusional di Indonesia

Seperti yang telah dipaparkan sebelumnya, saat ini negara Indonesia telah merumuskan hak-hak dasar individu secara lebih terperinci didalam konstitusinya dibanding konstitusi sebelum diamandemen. Akan tetapi dalam rangka individu mempertahankan hak-hak dasarnya itu apabila dilanggar oleh suatu perbuatan tertentu dibatasi hanya pada adanya muatan maupun prosedur pembentukan UU yang bertentangan dengan UUD. Hal ini menunjukkan sangat terbatasnya akses bagi individu untuk memperjuangkan hak-hak dasarnya.

Atas hal sedemikian, diperlukan perluasan bagi akses individu dalam rangka mempertahankan hak-hak dasarnya. Dengan mengambil pembelajaran tentang bagaimana akses individual itu diatur di Jerman, maka sudah sepantasnya akses individual itu semestinya dapat dilakukan melalui mekanisme pengaduan konstitusional atas seluruh tindakan hukum pemegang kekuasaan publik (*public authority*) yang melanggar hak-hak dasar individu. Hal ini dimaksudkan karena pelanggaran hak-hak dasar individu itu tidak mesti terjadi akibat adanya muatan maupun prosedur pembentukan UU yang bertentangan dengan UUD semata, namun pelanggaran itu bisa saja terjadi dan dilakukan pada tataran yang lain, misalnya tindakan pemerintah daerah bersama-sama dengan DPRD dalam pembentukan Peraturan Daerah yang dinilai, langsung melanggar ketentuan konstitusi.

²⁷⁸ ibid

Mekanisme yang lainnya, di Jerman memperkenalkan *indirect acces* melalui tangan dan pemikiran brilian para hakim-hakim pada peradilan umum atau biasa. Hal sedemikian memperlihatkan kedewasaan dalam melaksanakan sistem dan fungsi pengujian konstitusional. Hakim-hakim peradilan biasa di Jerman diposisikan agar tidak mengkedepankan kapastian hukum semata dalam pemeriksaan perkara di peradilan umum, namun nilai-nilai guna menegakkan keadilan-pun juga turut diperhatikan. Oleh karena itu, jika para hakim menemukan suatu UU yang bertentangan dengan nilai keadilan dan hal itu melanggar hak-hak dasar manusia, para hakim diperkenankan meminta resolusi atas kebimbangannya itu ke MK. Tindakan para hakim-hakim itu secara tidak langsung mewakili kepentingan dasar individu dalam rangka pemenuhan dan perlindungan hak-hak dasarnya.

BAB V

KESIMPULAN

A. Simpulan

Beberapa hal yang dapat disimpulkan dari penelitian ini adalah:

1. Pengaturan akses Individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstitusional di Negara Jerman sangat komprehensif dapat ditemukan di dalam Konstitusi maupun UU tentang MK Federal Jerman. Akses individual ke Mahkamah Konstitusi di Negara Jerman dapat dilakukan melalui mekanisme yang dapat disebut sebagai mekanisme *constitutional complaint* (pengaduan konstitusional) dan *concrete constitutional judicial review* (pengujian konstitusional oleh lembaga peradilan secara konkrit). Sedangkan Pengaturan akses Individual ke Mahkamah Konstitusi dalam sistem pengujian konstitusional di Negara Indonesia kurang komprehensif diatur didalam konstitusi. Akses individual ke Mahkamah Konstitusi di Negara Indonesia dapat dilakukan hanya melalui pintu pengujian UU terhadap UUD baik secara formil dan materil. Terkait dengan alasan yang mendasari akses individu ke Mahkamah Konstitusi, pada dasarnya di kedua negara dapat ditarik sebuah prinsip yang sama yakni sebuah prinsip untuk mempertahankan hak-hak dasar manusia.
2. Terdapat perbedaan dan persamaan pengaturan antara Negara Jerman dan Indonesia dalam hal memberi akses individu guna mempertahankan hak-hak dasar-nya dalam sistem pengujian konstitusional. Perbedaan yang paling penting yang ditemukan adalah Negara Jerman *more open* atau

sangat terbuka mengatur bagi akses individual guna mempertahankan hak-hak dasar-nya dalam sistem pengujian konstitusional, sedangkan Negara Indonesia *less open* atau kurang terbuka pada tataran yang sama. Sedangkan persamaan yang ditemukan adalah pada dasarnya secara filosofis antara kedua sistem ini menempatkan akses individual guna mempertahankan Hak-hak dasarnya secara maksimal maka oleh karena itu dalil adanya pelanggaran hak-hak dasar merupakan syarat utama dapat diajukannya permohonan atau klaim ke Mahkamah Konstitusi bagi individu dalam pengujian konstitusional.

3. Terkait adanya pembatasan akses individual ke Mahkamah Konstitusi Indonesia pada dasarnya tidak dapat dilepaskan dari pada kesepakatan perumus konstitusi dalam mengadopsi system pengujian konstitusional ini ke dalam hukum positif di Indonesia dan hal ini lebih tepatnya dalam tataran teoritis merupakan pencerminan dari sebuah praktik "*political insurance*".
4. Terkait mencari tatanan yang ideal bagi akses individual ke Mahkamah Konstitusi Indonesia dapat dilakukan dengan mengambil pembelajaran dari praktik yang ada di Negara Jerman. Tatanan yang ideal itu adalah tatanan yang membuka seluas-luasnya bagi individu untuk dapat akses ke Mahkamah Konstitusi baik secara langsung maupun diwakilkan melalui tangan dan pemikiran hakim-hakim pada peradilan biasa sehingga akses individual dapat diwujudkan secara maksimal.

B. Saran

Penulis kemudian menyarankan bagi pemangku kewajiban yang berwenang dalam hal amandemen UUD 1945 untuk segera melakukan amandemen lanjutan. Hal ini disebabkan karena, pengaturan tentang sistem pengujian konstitusional yang terdapat dalam UUD 1945 kurang komprehensif mengaturnya. Hal sedemikian ini terlihat pada tataran pengaturan akses individual yang sangat sempit dalam rangka mempertahankan hak-hak dasar yang telah diatur dalam konstitusi melalui mekanisme pengujian konstitusional. Oleh karena itu, apabila dilakukan perubahan UUD 1945, penulis kemudian pada tataran konkritnya mengusulkan agar akses individual dibuka seluas-luasnya untuk dapat akses ke Mahkamah Konstitusi melalui mekanisme “pengaduan konstitusional” maupun mekanisme “pengujian konstitusional secara konkrit”. Sehingga akses individual tidak hanya terpaku pada tataran pengujian UU terhadap UUD semata.

DAFTAR PUSTAKA

Peraturan Perundang-undangan

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945
UU No 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi
Basic Law 1949, diterjemahkan oleh Professor Christian Tomuschat and Professor David P. Currie, Revisi Terjemahan oleh: Professor Christian Tomuschat and Professor Donald P. Kommers, 2010
Federal Constitutional Court of Act
Risalah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Tahun Sidang 1999-2002, Jilid 1-17, Sekretariat Jenderal MPR RI, 2008.
Sekretariat Jenderal MPR RI Risalah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945 (1999-2002) Tahun Sidang 2000 Buku Dua, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2008

Buku

- Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat Majemuk*, Jakarta: UI-Press, 1995.
A. Kosasih Djahiri, *Ilmu Politik*, Parmaco, Bandung, 1971
Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi (Suatu Studi Tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif)*. Cet I, Jakarta: Pradnya Paramita, 2006.
Alec Stone-Sweet, *Governing with Judge-Constitutional Politic in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
Bagir manan, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, Pusat Penerbitan Universitas LPPM Unisba, Bandung, 1995.
Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary*, 9th edition, (St Paul, MN: Thomson Reuters, 2009
Church and Edwards, "Comparative law/Comparative method" in Hosten et al, *Introduction to South African Law and Legal Theory*. Butterworths, 1995.
Currie, D. P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, (Chicago: Chicago University Press, 1994.
Dahlan Thaib dkk., *Teori Konstitusi dan Hukum Konstitusi*, cet. kelima, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2005.
David Erdos, *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*, New York: Oxford University Press 2010
David M. O'Brein, *Constitutional Law and Politics; Struggles for Power and Governmental Accountability*, Volume One, University of Virginia, W.W. Norton and Company, New York, 2000,
Dennis C. Mueller, *Constitutional Democracy*, (Oxford: University Press, 1996.
Djokosutono, *Ilmu Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1985.
Donald. P Komer dan Rusell A Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*,. Third Edition-Revised and Expanded, Durham and London: Duke University Press, 2012.

- Enhard Denninger, *Judicial Review Revisited: The German Experience*. Tulane Law Review: 1985.
- Fred W. Ringss, *Administracion in Developing Countries, The Concept of Prismatic Society*, (Boston : Hongton Mifflin Company, 1964.
- Geoffrey R.Stone, et.al., *Constitutional Law*, 2nd edition, (Boston-Toronto-London: Little, Brown and Co., 1991.
- G. Harutyunyan and A Mavcic, *The Constitutional Review And Its Development In The Modern World (A Comparative Constitutional Analysis)*. Armenia:Yerevan-Ljubljana,1999.
- Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg , et.al, New York: 1973.
- Herman Schwartz, *the Struggle for the Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago: University of Chicago Press (2000
- Imam Soebechi, *Implementasi Teori Norma Hukum Berjenjang dalam Uji Materil Perda Pajak dan Retribusi Daerah di Mahkamah Agung*. Cet I, Jakarta: Sinar Grafika, 2012.
- Jhon Bell, *French Constitutional Law*, (New York:Oxford University Press, 1992
- Jimly Asshiddiqie. *Hukum Acara Pengujian Undang-undang*, Jakarta, Konstitusi Press, 2005.
- _____ . *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*. Edisi Revisi. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
- _____ . *Konsolidasi Naskah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta: PSHTN-FHUI, 2002
- _____ . *Model-Model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara*. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
- Jimly Asshiddiqie dan Ahmad Syahrizal. *Peradilan Konstitusi Di Sepuluh Negara*, Jakarta, Konstitusi Press, 2006.
- John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, (Harvard: Harvard College, Cet IV,2002
- Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law. 3d ed.*, Oxford: Clarendon Press, 1998.
- M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*. Bandung: CV. Mandar Maju, 1994
- Martin Shapiro, *The Success of Judicial Review*, The University of Chicago Press, 1999.
- Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*. New York: the bobs-Merril Inc, 1971.
- _____, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Oxford: Clarendon Press, 1989
- Merryman, et.al, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America dan East Asia*. New York: Michie, 1994.
- Michael Supperstone QC and James Goudie QC, *Judicial Review*, London: Butterworths,1992.
- Miriam Budiharjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia:Jakarta, 1982.

- Moh. Mahfud. MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia; Study tentang Interaksi Politik dan Kehidupan Ketatanegaraan*, Rineka Cipta, Jakarta, 1999.
- Moh. Mahfud MD, et.al, *Constitutional Question Alternatif Baru Pencari Keadilan Konstitusional*. Malang: UB Press, 2009.
- Padmo Wahjono, *Perlindungan Hukum di Indonesia*, Indo-Hill Co, Jakarta, 1989.
- Paul Brady, *The Social and Political Foundations of The Irish Constitutional Order*, in D. Galligan and M. Versteeg, eds., *The Social and Political Foundations of Constitutions*, New York: Cambridge University Press, 2000.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*. Cet Ke III, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007.
- Phillipus M. Hadjon, *Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Kumpulan Tulisan dalam rangka 70 Tahun Sri Soemantri Martosoewignjo, Media Pratama: Jakarta, 1996.
- Ralf Rogowski & Thomas Gowron., ed. *Constitutional Court in Comparison; The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. New York: Oxford Berghahn, 2002.
- Ran Hirschl, *Toward Juristocracy*, (Cambridge: Harvard University Press, 2004).
- Robert Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven, CT: Yale University Press, 1991.
- Robert H. Borck, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, London: The Free Press, Macmillan, 1990.
- Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1990.
- Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti: Bandung, 1991.
- S. Kenny, W. Rieseinger and J. Reitz, eds., *Constitutional Dialogues Comparative Perspective*, (New York: St. Martin's Press), 2000
- Sri Soemantri. *Hak Uji Material di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1997.
- Tahir Azhari, *Negara Hukum*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992
- Tahir Azhari, *Negara Hukum Suatu Study tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madidanh dan Masa Kini*, Bulan Bintang: Jakarta 1992.
- Tamir Moustafa, *The Struggle For Constitutional Power: Law, Politics and Economic Development in Egypt*, (Cambridge: Cambridge University Press. 2007
- Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.
- Zainal Arifin Hoesein, *Pengujian Peraturan Perundang-undangan Menurut Konstitusi Indonesia (Studi tentang Perkembangan Pengaturan dan Pelaksanaannya oleh Mahkamah Agung RI Kurun Waktu 1970-2003*. Cet I, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2009.

Makalah

- Alec Stone Sweet, *Politics of Constitutional Review of Legislation in France and Europe*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 5, Issue 1, pp. 69-92, 2007

- Clark B Lombardi, *The Challenges and Opportunities of Islamic review: Lesson for Afghanistan from the Experiences of other Muslim Countries*, University of Washington School of Law, makalah dipresentasikan di *US Institute of Peace* dalam “workshop on the Afghan constitution” held in Kabul on September 20-21, 2011
- Clark B. Lombardi dan Nathan J. Brown, *Do Constitution Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Right?: How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law*, American University International Law Review, 2006. article dapat dilihat dalam http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910426.
- David Law and Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*. California Law Review 99: 1163-1257. 2011
- G. Harutyunyan et.al, “Draft Study on Individual Acces to Constitutional Justice”, Venice Commission, Study N 538/2009, CDL-JU(2010) 018rev, *Versi English Langguage*, dipublikasikan di Strasbourg, 11 Oktober 2010.
- Gianluca Gentili, *A Comparison of European Sistem of Direct Acces to Constitutional Judge: Exploring Advantage for the Italian Constitutional Court*, artikel dalam www.ssrn.com.
- Jerg Gutman.,et.al, *Determinants of Constitutionally Safeguardded Judicial Review Insight Based on New Indicator*, dalam papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1947244 makalah diakses tanggal 10 november 2012
- Jhon Ferejhon and Pasquale Pasquino, *Constitutional Adjudication; Lesson from Europe*, Makalah disampaikan pada Place Main Hall, German Culture Centre (Goethe Institute Tokyo, OAG Haus), 24 Agustus 2004
- Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan*, bahan ceramah pada Pendidikan Sespati dan Sespim Polri, Bandung, 19 April 2008
- Jutta Limbach, *The Role of the Federal Constitutional Court*, 53 Southern Methodist University Law Review, Volume 53 Spring 2000
- Maria Farida Indrati, “Peran Mahkamah Konstitusi dalam Menguatkan Prinsip-prinsip Demokrasi di Indonesia”, makalah disampaikan pada Simposium Internasional “Negara Demokrasi Konstitusional”, yang diselenggarakan dalam rangka ulang tahun ke-8 Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, Selasa 12 Juli 2011
- Martin Sapiro and Barry Weingast, *The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development*, Journal of Law, Economics & Organization Volume 11 1995
- Neil Kritz, *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Volume II, Country Studies, (Washington D.C.: United States Institute of the Peace Press, 1995
- Simone Polillo and Mauro F. Guillén, *Globalization Pressures and the State: The Worldwide Spread of Central Bank Independence*, American Journal of Sociology 19: 1764-1802. 2005
- Tom Ginsburg and Mila Versteeg, *Why Do Countries Adopt Constitutional Review*, dalam <http://www.utexas.edu/law/colloquium/papers-public>, akses 20 Desember 2012

Surat Kabar Harian

Mahfud MD, *Masalah Konstitusionalitas dan Legalitas*, Essay dalam Harian Seputar Indonesia Edisi Cetak, Sabtu 9 Juni 2012.

Internet

Arne Marjan Mavcic, *Individual Complaint As A Domestic Remedy To be Exhausted or Effective with Meaning of the EHCR (Comparative and Slovenia Aspect)*, 2011, artikel diunduh dari <http://www.concourts.net>

Danielle E. Finck, *Judicial Review: The United State Supreme Court Versus The Germany Constitutional Court*, 20 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 123 (1997), dalam <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol20/iss1/5>

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/constitutionality>, diakses tanggal 10 November 2012

Goderis, Benedikt and Mila Versteeg, *The Transnational Origins of Constitutions: An Empirical Investigation*. Working Paper, Artikel diunduh dari papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1865724 diakses tanggal 10 November 2012.

Gotthard Wohrmann, *The Federal Constitutional Court: the Introduction*, artikel dapat dilihat dalam www.iuscomp.org/gla/literature/Inbverfg/html.

Jimly Asshiddiqie, tanpa tahun, *Impeachment* dalam <http://www.celi.com>, diakses tanggal 25 Oktober 2010.

Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, (Oxford Scholarship Online: January 2010), artikel dalam: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199260997.001.0001/acprof-9780199260997-chapter-3?rskey=FxUgr9&result=5&q=German%20courts>

Press Release no. 47/2012 of 2 July 2012 dalam <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg12-067en.html>

Ridwan Khairandy, *Comparative Legal System*, artikel dalam <http://ridwankhairandy.staff.uui.ac.id/2012/01/14/materi-kuliah-perbandingan-hukum-comparative-law/>

TJ Scott, *the Comparative Methode of Legal Research*, artikel dalam web.up.ac.za

Tom Ginsburg, *Comparative Constitutional Review*, artikel diunduh dari www.constitutionmaking.org/files/constitutional_review.pdf