

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Kekuasaan kehakiman di Indonesia berdasarkan BAB IX Kekuasaan Kehakiman UUD NRI 1945 terdapat dua lembaga peradilan, yaitu Mahkamah Agung (selanjutnya disebut MA) dan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut MK). Mahkamah Agung dan MK memiliki kewenangan yang berbeda, walaupun mereka memiliki fungsi yang sama, yaitu dalam hal peradilan.

Berdasarkan Pasal 24A ayat (1) UUD NRI 1945, MA berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan dibawah Undang-Undang (selanjutnya disebut UU) terhadap UU, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh UU. Selain itu, MA menaungi badan peradilan di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer dan peradilan tata usaha negara.

Sedangkan MK berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 berwenang untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dalam hal menguji UU terhadap UUD NRI 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil pemilu. Wewenang MK tersebut sangat menarik sebab MK memiliki kewenangan yang berkaitan erat langsung dengan konstitusi Indonesia, dalam hal ini UUD NRI 1945.

Lembaga peradilan MK tergolong baru dalam peradilan di Indonesia. Mahkamah Konstitusi lahir sejak amandemen ketiga UUD 1945. Sebelum

amandemen UUD 1945, lembaga peradilan di Indonesia hanya MA saja. Gagasan awal membentuk lembaga peradilan selain MA, yaitu MK berawal dari adanya gagasan tentang *judicial review*. Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga yang dibuat khusus untuk menangani peradilan dalam hal membanding UU. Istilah *judicial review* merupakan suatu proses pengujian peraturan perundang-undangan terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi sebagai batu ujinya. Namun, *judicial review* di Indonesia lebih dikenal perihal pengujian UU terhadap UUD NRI 1945. Sejak amandemen ketiga UUD 1945, dibuatlah kewenangan *judicial review* yang diberikan kepada MK yang tercantum pada Pasal 24C UUD NRI 1945.

Pemberian kewenangan kepada MK untuk melakukan *judicial review* tidak serta merta dipilih begitu saja. Adanya pertimbangan sebelumnya untuk memilih lembaga mana yang tepat untuk melakukan *judicial review*, antara MPR, MA atau MK. Sebelum lahirnya MK, wewenang menguji UU terhadap UUD 1945 dipegang oleh MPR. Hal itu diatur dalam Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan. Pasal 5 ayat (1) Ketetapan tersebut menyatakan : “*Majelis Permusyawaratan Rakyat berwenang menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945, dan Ketetapan MPR.*” Namun, pengujian ini tidak dapat disebut sebagai *judicial review* karena dilakukan oleh MPR yang bukan merupakan lembaga peradilan.¹

¹Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Cetakan 2, Jakarta, 2019, h. 13.

Beralihnya wewenang pengujian UU terhadap UUD NRI 1945 kepada MK merubah konsep ketatanegaraan yang awalnya supremasi MPR menjadi supremasi konstitusi. Dengan begitu konstitusi menjadi penentu siapa yang berwenang dan bagaimana pelaksanaan kedaulatan rakyat dalam penyelenggaraan negara dengan batas-batas dan wewenang yang sudah ditentukan dalam konstitusi. Selain itu, substansi konstitusi juga menjadi orientasi dan batas dalam penyelenggaraan negara, yaitu ketentuan tentang hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara yang perlindungan, pemenuhan, dan pemajuannya adalah tanggung jawab negara.²

Perlu diketahui pentingnya *judicial review* di suatu negara hukum sehingga di Indonesia melahirkan MK sebagai lembaga peradilan yang menangani *judicial review*. Munculnya keinginan untuk mengadakan *judicial review* dalam UUD telah ada sejak rapat besar BPUPKI. Moh. Yamin sebagai anggota BPUPKI mengusulkan untuk mengadakan *judicial review*. Moh. Yamin dalam menyatakan pendapatnya menyatakan bahwa “...‘... apakah undang-undang yang dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat tidak melanggar Undang-Undang Dasar Republik atau bertentangan dengan hukum adat yang diakui, ataukah tidak bertentangan dengan syariah agama Islam’...”.³ Dari hal tersebut menunjukkan bahwa sebagai negara hukum yang salah satunya diwujudkan dengan adanya peraturan perundang-undangan, dimungkinkan adanya suatu kesalahan dari pembuat peraturan perundang-undangan. Kesalahan tersebut dapat berupa melanggar peraturan yang lebih tinggi maupun norma yang dibuat tidak berdasarkan kepentingan umum.

²*Ibid*, h. 15.

³M. Laica Marzuki, “Judicial Review di Mahkamah Konstitusi”, *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol 1, No 3, 2004, h. 1.

Sehingga dari hal tersebut diperlukan *judicial review* untuk mengevaluasi peraturan perundang-undangan yang telah dibuat, tanpa menghilangkan esensi fungsi dari legislasi.

Pada dasarnya semua UU dapat diuji di MK. Pengujian tersebut juga mempunyai dasar hukum tersendiri, yaitu adanya materi muatan dalam UU yang dalam penyelenggaraannya seseorang atau warga negara Indonesia menganggap bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya UU. M.Laica Marzuki dalam jurnalnya juga menerangkan bahwa :

Berdasarkan Pasal 51 ayat 3 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi memberikan 2 (dua) macam pengujian UU, yaitu :

- a. Pengujian undang-undang secara formal (*formelee toetsing*), yakni pengujian terhadap suatu undang-undang dilakukan karena proses pembentukan undang-undang tersebut dianggap pemohon tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar.
- b. Pengujian undang-undang secara materiil (*materieele toetsing*), yakni pengujian terhadap suatu undang-undang dilakukan karena terdapat materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang yang dianggap pemohon bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.⁴

Permohonan *judicial review* yang diuji ke MK dalam beberapa putusannya menyatakan bahwa UU yang diajukan tidak bertentangan dengan konstitusi. Sehingga amar putusannya menyatakan bahwa permohonan ditolak. Sementara itu dari adanya keberlakuan suatu UU yang dirasa merugikan hak konstitusional warga negara dan ternyata putusan MK menyatakan bahwa UU yang diajukan tidak bertentangan, menyisakan masalah yang sangat penting, yaitu aspek kerugian pemohon yang belum terselesaikan. Aspek kerugian tersebut belum terselesaikan karena norma yang diujikan hanya diukur sebatas bertentangan

⁴*Ibid*, h. 3.

dengan konstitusi atau tidak. Namun lebih lagi, aspek kerugian yang diajukan pemohon perlu diuji juga dengan menitik beratkan pada pertanyaan, yaitu pertama, apakah norma yang diajukan untuk *judicial review* tersebut jika dilaksanakan atau dalam pelaksanaannya merugikan masyarakat secara umum atau tidak. Kedua, UU yang telah dibuat apakah telah sesuai dengan tujuan dibuatnya norma tersebut atau tidak, sehingga tidak menimbulkan kerugian.

Hakim MK dalam pertimbangan hukumnya lebih banyak melakukan penafsiran UUD NRI 1945 atau bahkan dalam putusannya hanya “cukup dengan menggunakan (mengutip) pasal-pasal dalam UUD sebagai dasar pengujian (tanpa mengelaborasi lebih lanjut makna dibalik teks konstitusi tersebut).”⁵ Ketika memang ditemukan norma yang diajukan tidak bertentangan dengan UUD NRI 1945, maka putusan tersebut ditolak dengan pertimbangan hukum bahwa norma yang diajukan merupakan kebijakan hukum terbuka pembuat UU atau *open legal policy*.

Open legal policy merupakan salah satu pertimbangan hakim MK dalam memutus perkara *a quo*. Dalam laporan penelitian mengenai klasifikasi putusan-putusan MK menunjukkan bahwa “apabila setelah diuji oleh MK ternyata substansi permasalahan norma tersebut dinyatakan oleh Mahkamah merupakan kebijakan hukum terbuka (*open legal policy*) maka MK akan menyatakan norma tersebut tidak melanggar atau sejalan dengan konstitusi.”⁶

⁵Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Laporan Hasil Penelitian : Penafsiran Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar*, Jakarta, 2016, h. 28.

⁶*Ibid*, h. 72.

Mendukung hal tersebut, hasil penelitian tentang penafsiran konstitusi dalam pengujian UU terhadap UUD yang diterbitkan oleh Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi RI menunjukkan bahwa ada kelompok putusan yang cukup dengan menggunakan (mengutip) pasal-pasal dalam UUD sebagai dasar pengujian. Selain itu, kelompok penelitian ini juga mendapatkan hasil penelitian yang menyatakan bahwa hasil dari penelitian ini :

“dapat mengungkapkan asumsi awal bahwa kebanyakan putusan yang masuk dalam kelompok putusan ini adalah putusan yang menggunakan batu uji pasal-pasal yang mengatur mengenai jaminan perlindungan hak asasi manusia. Asumsi ini didasarkan pula pada kenyataan bahwa banyak dari permohonan yang diregistrasi oleh Mahkamah Konstitusi berawal dari kasus konkret yang dialami pemohon dan kemudian pemohon menganggap bahwa hak konstitusionalnya dirugikan berkaitan dengan peristiwa yang dialaminya tersebut.”⁷

Dari penjelasan tersebut diketahui bahwa proses *judicial review* di MK hanya sebatas mengukur UU yang diujikan dalam proses pembuatannya apakah telah sesuai dengan Undang-Undang Dasar atau tidak dan kedua mengukur substansi dari UU yang diujikan apakah bertentangan dengan UUD atau tidak. Kuncinya, ialah, ‘bertentangan atau tidak’. Sehingga aspek lain seperti materi muatan dari *open legal policy* pembuat UU tidak diperhitungkan. Adanya kewenangan *open legal policy* seharusnya juga mempertimbangkan Undang-Undang Dasar dan kepentingan umum warga negara Indonesia secara proporsional. Tidak dapat dipungkiri jika UU yang dibuat, materi muatannya yang mengandung *open legal policy* bersifat merugikan kepentingan umum dan hal itu yang harus diperhatikan juga.

⁷*Ibid*, h. 29.

Selain itu, aspek kerugian yang diajukan pemohon dalam permohonannya tidak diperhitungkan lebih lanjut. Padahal dimungkinkan suatu norma yang diujikan di MK dan putusan MK tersebut menyatakan ditolak, ternyata ditemukan bahwa dalam implementasi UU yang diujikan tersebut memang merugikan pemohon atau bahkan merugikan kepentingan umum. Hal tersebut yang saat ini terjadi dalam pengujian UU di MK, terkhusus masalah *competing rights* (hak yang bersinggungan) yang sering diajukan pengujiannya ke MK.

Dari hal tersebut menunjukkan bahwa tidak adanya proporsionalitas dalam pertimbangan hakim. Tidak proporsional antara tolak ukur pengujian hakim (bertentangan dengan konstitusi atau tidak) dengan permasalahan yang diajukan pemohon (UU yang merugikan pemohon). Hakim menguji UU terhadap UUD untuk mengukur UU telah sesuai dan tidak bertentangan dengan konstitusi atau tidak. Sedangkan aspek yang merugikan pemohon yang dijadikan dasar *judicial review* tidak dipertimbangkan lebih dalam. Dari hal ini terdapat suatu pertanyaan krusial, jika MK menyatakan bahwa suatu UU tidak bertentangan dengan UUD apakah menjamin bahwa implementasi UU tersebut tidak menimbulkan kerugian bagi pemohon khususnya dan bagi seluruh warga negara Indonesia secara umum. Jika tidak menjamin, keadaan tersebut dikatakan tidak proporsional.

Sebenarnya norma dalam UU yang diujikan oleh pemohon yang didasari oleh adanya kerugian ketika norma tersebut diimplementasikan atau ke depan dimungkinkan akan memberikan kerugian bagi pemohon sendiri atau pun warga negara lainnya perlu dipertimbangkan juga dengan prinsip proporsionalitas ketika diujikan di MK. Sehingga hakim MK tidak sekedar menginterpretasikan UUD

atau hanya mengutip pasal dalam UUD. Apabila hal tersebut tetap terjadi, maka persoalan *judicial review* yang diajukan ke MK tetap tidak menyelesaikan masalah.

Selain aspek kerugian yang perlu diselesaikan juga dalam *judicial review* ke MK seperti penjelasan diatas, selain itu ada hal lain lagi yang perlu dicermati berkaitan dengan proporsionalitas, yaitu terhadap hak konstitusional yang berkaitan dengan *limitation clause* dalam UUD NRI 1945. *Limitation clause* (pembatasan hak) adalah seperti yang kita temui pada Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945. Kewenangan pembatasan hak tersebut dianggap perlu, sebab “Sebenarnya, apa yang diatur dalam konstitusi Indonesia tersebut hakekatnya merupakan perimbangan antara hak dan kewajiban. Negara menjamin berbagai hak, namun demikian negara memiliki kewenangan untuk melakukan pembatasan atau pengurangan.”⁸ Sehingga, dari penjelasan tersebut dapat dikatakan bahwa pembatasan hak juga merupakan salah satu upaya untuk menyeimbangkan pelaksanaan hak antar warga negara.

Bentuk *limitation clause* yang sering kita ketemui, ialah, dilanggarnya hak-hak konstitusional dengan diaturnya suatu norma dalam UU untuk suatu tujuan. Selanjutnya, Sefriani dalam jurnalnya juga menerangkan bahwa “Pelanggaran-pelanggaran hak konstitusional yang dirasakan warga pada umumnya tidak lepas dari pembatasan (*limitation*) atau pencabutan (*derogation*) terhadap hak-hak yang dijamin oleh konstitusi yang dilakukan negara sebagai pemegang kedaulatan

⁸Sefriani, “Kewenangan Negara Melakukan Pengurangan Dan Pembatasan Terhadap Hak Sipil Politik”, *Jurnal Konstitusi*, Vol 1, No 1, November 2012, h. 3.

melalui berbagai undang-undang.”⁹ Sampai disitu, yang menjadi permasalahan dalam aspek yang kedua ini, ialah, sampai batas apa negara dapat membatasi hak konstitusional warga negara dan apakah tujuan pembatasan hak konstitusional tersebut memiliki tujuan-tujuan yang sah.

Kedua permasalahan tersebut berkaitan dengan prinsip proporsionalitas dalam *judicial review*. Secara singkat Bisariyadi mengungkapkan bahwa prinsip proporsionalitas dikenal juga sebagai suatu ukuran atau formula. Lebih lengkapnya ia menyatakan bahwa prinsip proporsionalitas, ialah ;

“formula untuk mengukur bilamana terjadi tumpang tindih antara hak-hak yang harus dilindungi oleh pengadilan dengan kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah untuk kepentingan bersama seluruh masyarakat. Formula proporsionalitas digunakan sebagai acuan untuk memutus perkara dalam persidangan.”¹⁰

Berbagai peradilan konstitusi di negara-negara lainnya mengenal prinsip proporsionalitas dalam kewenangan *judicial review*nya. Penggunaan prinsip tersebut dalam praktiknya telah diselenggarakan di berbagai negara, antara lain Jerman, Kanada, Afrika Selatan, dan India.¹¹

Prinsip proporsionalitas atau sering disebut sebagai asas proporsionalitas jarang sekali didengar dan diketahui keberadaannya dalam lingkungan *judicial review* oleh MK. Proporsionalitas lebih sering diketahui dan digunakan dalam ranah hukum pidana, yaitu asas yang digunakan hakim pengadilan untuk memutus

⁹*Ibid*, h. 2.

¹⁰Bisariyadi, “Penerapan Uji Proporsionalitas Dalam Kasus Pembubaran Partai Politik: Sebuah Perbandingan”, *Jurnal Hukum & Pembangunan*, Vol. 48, No. 1, 2018, h. 87.

¹¹Aharon Barak, *Proportionality :Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012. h. 182.

perkara. Selain itu, proporsionalitas juga digunakan dalam ranah hukum perdata dan hukum administrasi.

Prinsip proporsionalitas dalam ranah hukum administrasi telah digunakan sebagai asas yang melekat dalam penyelenggaraan dan penegakan hukumnya. Beberapa Peraturan Perundang-undangan pun secara eksplisit memasukan asas proporsionalitas atau prinsip proporsionalitas dalam UU. Undang-Undang tersebut, yaitu Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU PTUN), Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme (UU Anti KKN), Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (UU Pemda), dan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil Negara (UU ASN).

Asas proporsionalitas dalam UU PTUN, UU Anti KKN, dan UU Pemda memiliki unsur-unsur, yaitu pertama, keseimbangan antara hak dan kewajiban. Kedua, unsur penyelenggara negara. Sedangkan unsur-unsur dalam UU ASN, ialah, pertama, keseimbangan antar hak dan kewajiban. Kedua, pegawai ASN.¹² Lebih lanjut, dijelaskan bahwa “Makna dari azas keseimbangan (proportionality) sesungguhnya menghendaki adanya keseimbangan yang wajar apabila memuat pemberian sanksi dalam keputusan kepada yang melakukan

¹²Cekli Setya Pratiwi et al, *Penjelasan Hukum Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*, LeIP, Jakarta, 2016, h.11.

kesalahan/pelanggaran. Sanksi hukuman tersebut hendaknya seimbang dengan kesalahannya.”¹³

Dalam hukum administrasi, keberadaan prinsip proporsionalitas (yang merupakan salah satu asas-asas umum pemerintahan yang baik) sangat penting keberadaannya sebab merupakan bagian dari hukum positif yang berlaku dan dapat dijadikan dasar untuk mengajukan gugatan yang pada akhirnya dijadikan “alat uji” oleh hakim administrasi untuk menilai sah atau tidaknya, atau batal atau tidaknya keputusan administrasi Negara.¹⁴ Sehingga dari hal tersebut dapat disimpulkan bahwa prinsip proporsionalitas merupakan bagian dari hukum positif yang berlaku, bahkan secara eksplisit dicantumkan dalam ketentuan suatu UU. Lebih dari itu, prinsip proporsionalitas juga digunakan hakim administrasi sebagai alat uji dalam memutus perkara TUN. Maka prinsip proporsionalitas ini dianggap sangat penting untuk dijadikan dasar dalam penegakan hukum yang secara eksplisit diatur dalam peraturan perundang-undangan dan tidak hanya ada dalam filosofi saja.

Berbanding terbalik dengan proporsionalitas dalam *judicial review* oleh MK, sampai saat ini prinsip atau asas proporsionalitas dalam peraturan perundang-undang tentang MK tidak mengatur secara eksplisit prinsip proporsionalitas dalam penggunaannya sebagai alat batu uji untuk memutus perkara. Meski demikian, beberapa putusan MK telah menggunakan prinsip proporsionalitas sebagai pertimbangan hakimnya, antara lain Putusan MKRI

¹³*Ibid*, h.112.

¹⁴*Ibid*, h.55.

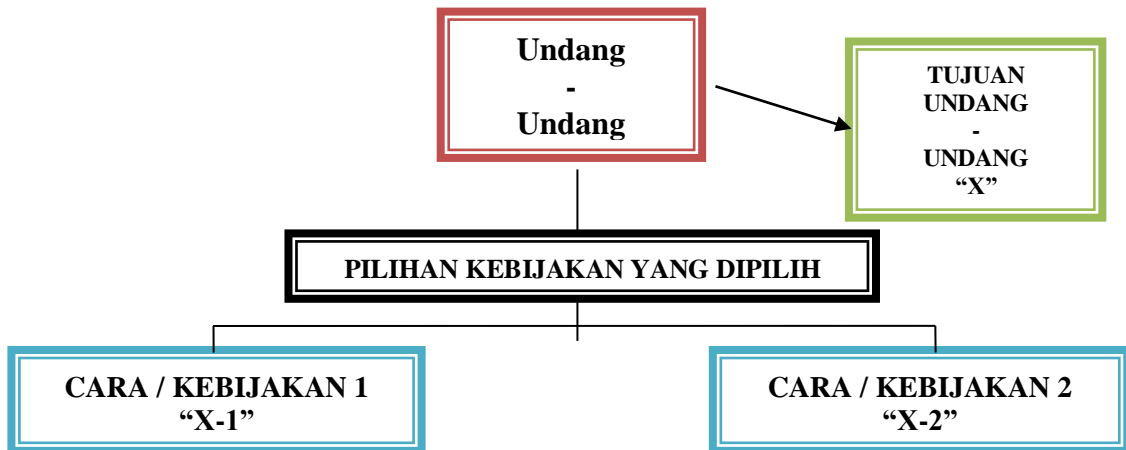
Nomor 011-017/PUU-I/2003, Putusan MKRI Nomor 14-17/PUU-V/2007 , dan Nomor 9/PUU-VII/2009.

Secara umum, prinsip proporsionalitas dalam *judicial review* dalam peradilan konstitusi memiliki aspek-aspek pengujian yang harus dipenuhi dan/ atau tahapan-tahapan yang harus dilakukan untuk mengetahui sesuatu yang diuji tersebut dapat dikatakan proporsionalitas atau tidak. Ukuran dan tahapan tersebut, yaitu, **pertama**, *legitimate aim*, untuk mengetahui apakah pembatasan hak memiliki tujuan yang sah. **Kedua**, *suitability*, untuk mengetahui apakah ketentuan yang diatur dalam UU memiliki kemampuan untuk mencapai tujuannya. **Ketiga**, *necessity*, untuk mengetahui apakah pelanggaran hak yang diatur dalam UU tersebut merupakan langkah yang diambil dengan pelanggaran hak yang paling sedikit. **Keempat**, *balancing in narrow sense*, untuk mengetahui apakah ketentuan tersebut menghasilkan keuntungan dengan mengurangi realisasi hak.¹⁵

Beralih ke area prinsip proporsionalitas. Terdapat tiga macam area prinsip proporsionalitas dalam peradilan konstitusi. Pertama, proporsionalitas dalam pengujian UU terhadap UUD terkait dengan aspek kerugian konstitusional dari adanya suatu UU. Kedua, proporsionalitas dalam pengujian UU terhadap UUD terkait dengan pembatasan hak konstitusional (*limitation clause*). Ketiga, proporsionalitas MK dalam pengujian UU terhadap UUD. Dari ketiga macam tersebut prinsip proporsionalitas memiliki peran dan tujuannya masing-masing.

¹⁵Ilham Magribi, *Penerapan Prinsip Proporsionalitas Dalam Penafsiran Mahkamah Konstitusi Terhadap Limitation Clause Dalam UUD 1945*, Skripsi pada Program Sarjana Universitas Padjadjaran, Bandung, 2018, h. 56.

Area yang pertama terkait pengujian UU dengan menggunakan prinsip proporsionalitas dalam memutus perkara yang terkait dengan aspek kerugian konstitusional dari adanya suatu UU dapat digambarkan sebagai berikut :



Bagan 1 : Ilustrasi Pilihan Kebijakan

Jika suatu UU dibuat dengan tujuan ‘X’, maka pilihan kebijakan untuk mewujudkan ‘X’, ialah, ‘X-1’ atau ‘X-2’. Setelah dilakukan pertimbangan dengan menggunakan prinsip proporsionalitas ternyata kedua jalan tersebut sama-sama menimbulkan kerugian untuk mewujudkan ‘X’. Selain itu, dalam uji proporsionalitas yang telah dilakukan, ditemukan bahwa kerugian yang ditimbulkan ‘X-1’ lebih banyak daripada ‘X-2’. Akan tetapi, pembentuk UU memilih ‘X-1’ dibanding ‘X-2’ karena alasan politis, yaitu jalan untuk mewujudkan ‘X’ lebih cepat menggunakan cara ‘X-1’ dibanding ‘X-2’.¹⁶ Namun, setelah dilakukan pengujian proporsionalitas oleh peradilan. Berdasarkan bukti-bukti yang kuat, maka peradilan memutuskan bahwa meskipun “X-1” lebih cepat sampai pada tujuan “X”, lalu dengan pertimbangan bahwa kerugian yang diderita oleh warga negara lebih besar daripada melalui jalan “X-2” maka jalan “X-1”

¹⁶Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia II *Op.Cit.*, , h.33. (Gambaran tersebut berasal dari Laporan Penelitian MK, lalu dinarasikan kembali dengan penjelasan yang telah disesuaikan dengan kebutuhan).

harus dibatalkan karena bertentangan dengan konstitusi.¹⁷ Sehingga pengujian UU terhadap UUD yang menerapkan prinsip proporsionalitas adalah untuk mengukur pilihan kebijakan yang diambil oleh pembentuk UU diantara pilihan-pilihan cara atau jalan untuk mewujudkan tujuan pembentukan UU¹⁸, apakah proporsional atau tidak.

Pada area yang kedua, yaitu terhadap *limitation clause*. Pada area ini secara singkat prinsip proporsionalitas digunakan untuk menentukan apakah pelanggaran terhadap *prima facie rights* (pembatasan hak konstitusional) dapat dibenarkan, pelanggaran tersebut membutuhkan justifikasi karena terdapat kemungkinan kebijakan yang sedang dibahas gagal untuk menempatkan hak dari pemegang hak itu sendiri sehingga pembatasan hak tersebut tidak sah menurut konstitusi.¹⁹

Terakhir terhadap macam yang ketiga, yaitu proporsionalitas MK dalam pengujian UU. Hal tersebut dapat diartikan sebagai bentuk upaya untuk mencari proporsionalitas MK (yang dipandang sebagai lembaga peradilan yang mandiri akibat dari adanya prinsip pemisahan kekuasaan) dalam membuat suatu putusan pengujian UU terhadap UUD. Mencari proporsionalitas MK tersebut sebab adanya dua macam model putusan MK, yaitu “...yang mengandung argumentasi kebijakan dan yang merumuskan norma baru...”²⁰ sedangkan, dalam penjelasan lebih lanjut kedua jenis putusan tersebut “....merupakan putusan yang melanggar

¹⁷*Ibid*, h.33-34.

¹⁸*Ibid*.

¹⁹Ilham Magribi, *Op.Cit.*, , h.52-53.

²⁰Radian Salman, *Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perspektif Konstitusionalisme dan Demokrasi*, Disertasi pada Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2017, h. 85.

prinsip konstitusionalisme dalam pengertian pemisahan kekuasaan dan prinsip demokrasi, khususnya dalam kaitan fungsi pembuatan kebijakan dan undang-undang oleh badan perwakilan.”²¹

Dari ketiga area tersebut, dalam penelitian ini yang dipilih sebagai studi perbandingan, ialah, pada area yang pertama, yaitu dalam pengujian UU terhadap UUD terkait dengan aspek kerugian konstitusional dari adanya suatu UU dan pada area yang kedua, yaitu proporsionalitas terhadap pengujian UU terhadap UUD terkait dengan *limitation clause*.

Prinsip proporsionalitas jarang sekali digunakan hakim MK di Indonesia. Namun di berbagai negara Eropa maupun Amerika telah mengenal prinsip tersebut dan digunakan untuk memutus perkara *judicial review* di negaranya, contohnya, Jerman. Mahkamah Konstitusi Jerman atau *Germany Federal Constitutional Court* (GFCC) ketika dihadapkan dengan *competing rights*, maka para hakim menggunakan prinsip proporsionalitas. Hakim tidak serta merta menguji dari UU yang diuji saja. Namun, hakim mencari keseimbangan antara hak konstitusional warga negara dan kepentingan umum dalam norma UU yang diuji tersebut.

Germany Federal Constitutional Court sangat identik dengan prinsip proporsionalitas yang dianutnya. Banyak negara di Eropa menganut prinsip proporsionalitas dalam peradilan konstitusi di negaranya yang koornya berasal dari Jerman. Sehingga mempelajari prinsip proporsionalitas yang dianut GFCC akan membantu untuk memahami prinsip tersebut dan dapat menjadi bahan

²¹*Ibid.*

pembelajaran bagi hukum tata negara di Indonesia, khususnya MK untuk mempertimbangkan prinsip proporsionalitas dalam hal *judicial review*.

Dengan demikian, dalam penelitian ini akan membahas tentang perbandingan prinsip proporsionalitas dalam *judicial review* oleh Mahkamah Konstitusi (Indonesia) dan *Germany Federal Constitutional Court* (GFCC) Jerman. Memang bentuk negara dan sistem pemerintahan Indonesia dengan Jerman berbeda. Bentuk negara Indonesia adalah kesatuan, sedangkan Jerman berbentuk Republik Federasi.²² Selain itu sistem pemerintahan Indonesia menganut sistem pemerintahan presidensiil, sedangkan Jerman menganut sistem pemerintahan Demokrasi Parleментар.²³ Kendati begitu, Indonesia dan Jerman masih memiliki kesamaan.

Kesamaan antara Indonesia dan Jerman, ialah, sama-sama menganut asas *Trias Politica*, yaitu adanya lembaga legislatif, eksekutif dan judicial.²⁴ Sebagai konsekuensi adanya lembaga *judicial*, Indonesia dan Jerman memiliki lembaga peradilan, salah satunya, ialah, peradilan konstitusi. Peradilan konstitusi di Indonesia dan Jerman sama-sama memiliki kewenangan untuk *judicial review*, yaitu menguji undang-undang terhadap konstitusi negara. Kewenangan *judicial review* MK tertuang pada Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945, sedangkan GFCC tertuang dalam Pasal 93 ayat (1) angka 2 *The German Constitution* 1949 atau *Basic Law* 1949, dalam bahasa Jerman disebut *Grundgesetz*. Persamaan lainnya

²²Kementerian Luar Negeri untuk Kedutaan RI Jerman, <https://kemlu.go.id/berlin/en/read/jerman/1294/etc-menu>, diakses pada 7 Agustus 2020.

²³*Ibid.*

²⁴Anggeriani Sulistia Ningsih, *Sebab-Sebab Munculnya Diskriminasi Terhadap Islam Di Jerman*, Skripsi pada Program Studi Hubungan Internasional Fakultas Ilmu Sosial Dan Politik Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, Yogyakarta, 2016, h. 1 (pada bab II Skripsi).

yang menjadi pertimbangan Jerman sebagai studi perbandingan adalah model atau corak dari peradilan konstitusi Indonesia dan Jerman, yaitu model sentralisasi dan kedudukannya sama-sama berada disamping MA.²⁵ Lahirnya GFCC tidak terlepas dari usainya perang dunia ke-II yang mengakibatkan rakyat ingin penegakan konstitusi Jerman (*Grundgesetz*), yaitu dengan melahirkan GFCC sebagai penegak hukum *Grundgesetz*. Sedangkan di Indonesia, lahirnya MK juga tidak terlepas dari masa reformasi, semangat bangsa saat itu adalah penegakan konstitusi dengan mengamandemen UUD 1945.

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang telah dijelaskan diatas, maka permasalahan yang akan dibahas dalam penulisan ini, yaitu :

1. Prinsip Proporsionalitas dalam Pengujian Undang-Undang (*Judicial Review*) oleh Peradilan Konstitusi (*Constitutional Court*)
2. Perbandingan Prinsip Proporsionalitas dalam *Judicial Review* oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan *Germany Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht)*

1.3 Tujuan Penelitian

Berdasarkan rumusan masalah yang telah disusun, tujuan dari penelitian ini antara lain untuk menganalisis dan menghasilkan penjelasan secara sistematis mengenai :

²⁵Muhammad Zaky, “Perbandingan Judicial Review Mahkamah Konstitusi Indonesia Dengan Germany Federal Constitutional Court Dan Implikasinya Secara Global”, *Transnasional*, Vol 11, No 1, Juni 2016, h.30.

1. Prinsip Proporsionalitas dalam Pengujian Undang-Undang (*Judicial Review*) oleh Peradilan Konstitusi (*Constitutional Court*)
2. Perbandingan Prinsip Proporsionalitas dalam *Judicial Review* oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan *Germany Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht)*

1.4 Manfaat Penelitian

Hasil dari penelitian ini diharapkan dapat digunakan untuk :

1. Manfaat Teoritis

Dapat dimanfaatkan bagi pengembangan ilmu hukum khususnya hukum tata negara di bidang kekuasaan kehakiman, yaitu Mahkamah Konstitusi, serta dijadikan referensi bagi penelitian hukum selanjutnya.

2. Manfaat Praktis

Dapat menjadi rujukan untuk menambah pengetahuan bagi para pembaca, pemerintah, serta masyarakat pada umumnya. Selain itu diharapkan juga agar tulisan ini dapat digunakan sebagai referensi bagi perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Airlangga.

Diharapkan penelitian ini dapat menjadi acuan bagi pihak-pihak yang berwenang dalam merumuskan peraturan perundang-undangan. Selain itu dapat berguna untuk menjadi salah satu bahan pembuatan peraturan di bidang hukum tata negara khususnya di bidang kekuasaan kehakiman, yaitu Mahkamah Konstitusi.

1.5 Metode Penelitian

1.5.1 Tipe penelitian hukum

Penelitian ini menggunakan tipe penelitian hukum *Reform Oriented Research*. “*Reform Oriented Research* merupakan suatu penelitian yang secara intensif mengevaluasi kecukupan dari aturan-aturan hukum yang ada dan yang merekomendasikan perubahan-perubahan terhadap beberapa aturan hukum yang ditemukan sesuai yang diinginkan.”²⁶ Tipe penelitian ini bertujuan untuk mereformasi aturan-aturan hukum yang ada sesuai parameter yang dikehendaki. Mereformasi asas-asas dan/ atau prinsip-prinsip dalam aturan-aturan hukum acara Mahkamah Konstitusi.

1.5.2 Pendekatan (*approach*)

Dalam penelitian hukum, dimungkinkan untuk menggunakan lebih dari 1 (satu) pendekatan. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah *statute approach*, *case approach*, *comparative approach* dan *conceptual approach*.

“*Statute approach* adalah suatu pendekatan yang dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang ditangani.”²⁷ “Pendekatan ini dalam kegiatan akademis bertujuan untuk mencari *ratio legis* dan dasar ontologis lahirnya suatu undang-undang.”²⁸ Mengetahui *ratio legis* dan dasar ontologisnya akan

²⁶Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada, Media Group, Jakarta, 2005, h. 32.

²⁷Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada, Media Group, Jakarta, 2019, h. 133.

²⁸*Ibid*, h. 134.

mempermudah dalam menjawab isu hukum yang diangkat. *Statute approach* ini dimaksudkan untuk mengkaji dan menganalisis isu hukum tentang asas dan/ atau prinsip dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi, khususnya tentang *Judicial Review*. Perundang-undangan yang akan dianalisa, yaitu UUD NRI 1945, Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi beserta perubahannya, serta regulasi lainnya yang berkaitan dengan isu hukum.

“*Case approach* adalah pendekatan dalam penelitian hukum yang dilakukan dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan yang tetap.”²⁹ “Yang menjadi kajian pokok dalam pendekatan kasus adalah *ratio decidendi* atau alasan-alasan hukum yang digunakan oleh hakim untuk sampai kepada putusannya.”³⁰ Penelitian ini akan merujuk kepada putusan-putusan Mahkamah Konstitusi di Indonesia, serta beberapa putusan peradilan GFCC guna menelaah *ratio decidendi* para hakim. Penggunaan *case approach* sebagai salah satu pendekatan, diharapkan akan membantu menjawab isu hukum dengan mendapatkan suatu gambaran pola pengambilan putusan dan asas-asas atau prinsip yang dipakai para hakim untuk mengambil suatu putusan.

“*Comparative approach* merupakan salah satu pendekatan dalam penelitian hukum yang dilakukan dengan membandingkan undang-undang suatu negara dengan undang-undang dari satu atau lebih negara lain

²⁹*Ibid.*

³⁰*Ibid*, h. 158.

mengenai hal yang sama.”³¹ “Membandingkan undang-undang suatu negara dengan undang-undang negara lainnya untuk menyingkap latar belakang terjadinya ketentuan hukum tertentu untuk masalah yang sama dari dua negara atau lebih.”³² Namun, pendekatan perbandingan ini harus dilakukan dengan membandingkan terhadap suatu hal sama. Untuk penelitian ini akan dibandingkan antara prinsip proporsionalitas dalam *Judicial Review* oleh Mahkamah Konstitusi dan prinsip proporsionalitas dalam *Judicial Review* oleh GFCC. Selain itu dibandingkan juga peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang *judicial review* oleh peradilan konstitusi di Indonesia dan Jerman. Perbandingan tidak hanya diungkapkan perbedaan semata namun juga dipaparkan pula persamaan-persamaan yang ada.

“*Conceptual approach* atau pendekatan konseptual beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum.”³³ Pendekatan ini digunakan manakala dalam penelitian tidak menemukan suatu aturan hukum untuk masalah yang dihadapi. Dengan mempelajari pendapat, doktrin, dan prinsip yang berkaitan dengan isu hukum yang diteliti, diharapkan akan membantu menjawab isu hukum tersebut. Penelitian ini fokus terhadap asas, doktrin maupun pandangan-pandangan para ahli hukum tentang prinsip proporsionalitas dalam peradilan konstitusi.

³¹*Ibid*, h. 135.

³²*Ibid*, h. 173.

³³*Ibid*, h. 135.

1.5.3 Sumber bahan hukum (*legal sources*)

Bahan hukum dalam penelitian ini dibedakan menjadi dua, yaitu bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. “Bahan hukum primer adalah bahan yang bersifat autoritatif, artinya mempunyai otoritas. Bahan-bahan hukum primer terdiri dari perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim.”³⁴

Penelitian ini akan menggunakan bahan hukum primer berupa, UUD NRI 1945, Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, PMK Nomor 006/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang dalam pertimbangan hukumnya terdapat pendapat hakim tentang prinsip proporsionalitas dan putusan yang pertimbangannya menggunakan *open legal policy*. Sedangkan dari negara Jerman menggunakan *Grundgesetz Republik Federal Germany 1949* dan beberapa putusan dan regulasi tentang GFCC Jerman.

Bahan hukum sekunder berupa dokumen non resmi tentang hukum yang meliputi buku, jurnal, artikel, skripsi, tesis, disertasi dan berbagai bentuk karya tulis lainnya.

³⁴*Ibid*, h. 181.

1.6 Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum

Dalam hal pengumpulan bahan-bahan hukum yang cukup untuk penelitian ini dilakukan dengan studi kepustakaan. Setelah mendapatkan bahan-bahan hukum tersebut, selanjutnya dikumpulkan, diklasifikasi dan diseleksi mana saja yang relevan dengan isu hukum yang diangkat. Bahan hukum yang telah diseleksi lalu diolah, masuk ke dalam setiap bab dan sub bab yang diharapkan akan membantu menjawab setiap isu hukum yang dikaji.

1.7 Analisis Bahan Hukum

Analisa bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini menggunakan metode interpretasi konsep dan konstruksi hukum yang terdapat dalam bahan hukum yang ada. Selain itu, analisa juga dilakukan dengan menggunakan pendekatan-pendekatan yang telah dijabarkan sebelumnya.

1.8 Sistematika Penulisan

Agar pembahasan dalam penelitian ini mudah dipahami, maka sistematikanya disusun seperti halnya dibawah ini:

Bab I, yaitu Bab Pendahuluan akan berisi mengenai Latar Belakang, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian, Metode Penelitian, dan Pertanggungjawaban Sistematika.

Bab II berjudul Prinsip Proporsionalitas dalam Pengujian Undang-Undang (*Judicial Review*) oleh Peradilan Konstitusi (*Constitutional Court*) yang akan membahas tentang pengertian secara umum prinsip proporsionalitas dalam *judicial review*. Selain itu, menerangkan juga tentang ukuran-ukuran atau formula,

batasan-batasan yang digunakan dalam menerapkan prinsip proporsionalitas dalam *judicial review* dan perkembangannya dalam praktik peradilan konstitusi. Terakhir akan dijelaskan sekilas prinsip proporsionalitas di Indonesia

Bab III yang berjudul Perbandingan Prinsip Proporsionalitas dalam *Judicial Review* Jerman dan Indonesia, akan membahas tentang prinsip proporsionalitas dalam perkara *Judicial Review* di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan *Germany Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht)*. Lalu kedudukan atau posisi prinsip proporsionalitas dalam hukum positif di Indonesia dan Jerman. Terakhir dari bab ini akan diberikan suatu analisa perbandingan mengenai implikasi prinsip proporsionalitas dalam perkara *Judicial Review* di peradilan konstitusi Indonesia dan Jerman.

Bab IV yaitu Bab Penutup akan berisi kesimpulan dan saran yang diambil dari seluruh bab pembahasan, yaitu bab II dan bab III. Diharapkan bab penutup ini akan memberikan suatu ringkasan yang menjelaskan dari keseluruhan topik yang ada. Selain itu, saran yang disajikan diharapkan dapat memenuhi tujuan dan manfaat dari penulisan ini.