

SKRIPSI

**EKSISTENSI PASAL 50 UNDANG - UNDANG REPUBLIK INDONESIA
NO. 24 TAHUN 2003
TENTANG MAHKAMAH KONSTITUSI
(ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI PERKARA
NOMOR : 004/PUU - I/2003)**



ABDUL GHOFFAR

NIM : 030015104

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA
2005**

**EKSISTENSI PASAL 50 UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA
NO. 24 TAHUN 2003
TENTANG MAHKAMAH KONSTITUSI
(ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI PERKARA
NOMOR: 004/PUU-I/2003)**

SKRIPSI

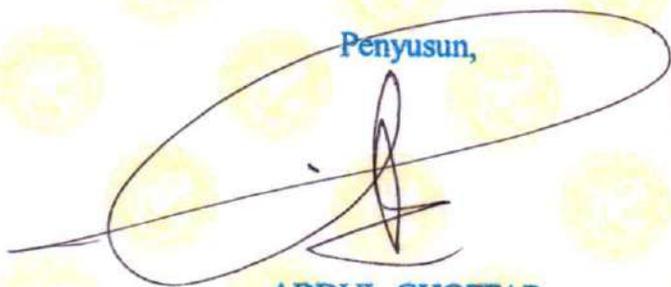
Diajukan Untuk Melengkapi Tugas Dan Memenuhi Syarat Untuk
Mencapai Gelar Sarjana Hukum

Dosen Pembimbing,



SUKARDI, S.H., M.H.
NIP. 131 855 885

Penyusun,



ABDUL GHOFFAR
NIM. 030 015 104

**FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA
2005**

Telah Diuji Panitia Penguji Pada Tanggal : 7 Februari 2005

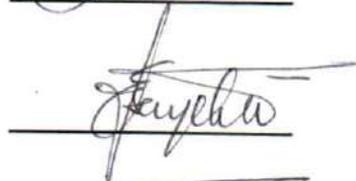
Panitia Penguji Skripsi :

Ketua : Hj. Romlah Sartono, S.H., M.S.

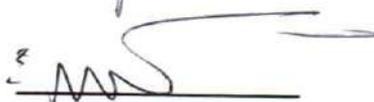
Handwritten signature of Hj. Romlah Sartono in black ink, written over a horizontal line.

Anggota : Sukardi, S.H., M.H.

Endang Sayekti, S.H., M.H.

Handwritten signature of Endang Sayekti in black ink, written over a horizontal line.

Emanuel Sujatmoko, S.H., M.S.

Handwritten signature of Emanuel Sujatmoko in black ink, written over a horizontal line.

Untuk
Kedua Orangtuaku
Serta Orang-Orang Yang Dilupakan Dan Terlupakan

KATA PENGANTAR

“Kematian tidak akan berarti

Jika Anda tidak menghantui ingatan seseorang....

Jika Anda tidak meninggalkan secerca rasa.”

(Ghoffar diilhami Peter Ustinov).

Hamdan Wasukron Laka Yaa Allah—Tuhan yang tidak pernah ingin dibela dan dibantu, Tuhan yang maha cerdas—yang sudi menghilangkan penyakit turunku berupa “KEMALASAN”. Mungkin sangat memalukan bagi orang yang selama ini selalu melawan Tuhan, namun menyebutnya kembali untuk berterimakasih. Andaikan Nietzsche masih hidup, mungkin dialah orang pertama yang akan membunuhku karena tidak mau membunuh Tuhan. Makianpun akan di lontarkan oleh Jean Paul Satre seandainya dia masih hidup, karena tidak tahu diri untuk mengerjakan skripsi saja membutuhkan Tuhan. Sekali lagi Allah Tuhanku, telah berbesar hati terhadap hambanya yang kristis dan tidak bermental budak.

Skripsi ini ditulis bukan semata-mata untuk mengejek teman-teman yang tidak bisa sekolah akibat jadi tumbal mahalny biaya pendidikan, begitu mahalny sampai ada pomeo yang mengatakan; “orang miskin dilarang sekolah.” Skripsi ini adalah wujud nyata betapa mahalny biaya pendidikan. Berapa rupiah yang telah dihabiskan untuk mengumpulkan bahan-bahan skripsi ini. Penulis harus rela mengorbankan waktu berbulan-bulan untuk mencari referensi yang dibutuhkan. Dari satu kota ke kota lainnya, dari satu perpustakaan ke perpustakaan lainnya,

serta dari satu kampus ke kampus yang lain. Bahkan yang paling menyedihkan di perpustakaan Nasional Jakarta pun tidak ada referensi yang dibutuhkan.

Meskipun begitu, sampai skripsi ini selesai dibuat, penulis merasa tidak mendapat apa-apa. Mungkin benar kata nenek saya dulu; “Kalau ingin pintar jangan sekolah.” Saya merasa malu kepada kedua orang tua yang begitu berharap anaknya menjadi Sarjana—suatu sebutan yang identik dengan orang pintar serta punya kedudukan tinggi. Harapan tersebut akan sirna tatkalah melihat sulitnya lapangan pekerjaan.

Skripsi ini juga telah menjadi saksi sejarah, mengingat pembuatannya bertepatan dengan pesta demokrasi Bangsa Indonesia yang berupa Pemilu 2004—pemilihan umum untuk memilih anggota DPR, DPD, DPRD, serta Presiden dan Wakil Presiden—dan diakhiri dengan bencana Internasional berupa gempa diiringi gelombang tsunami yang merenggut korban jiwa di Sumatera Utara dan Nangroe Aceh Darussalam sedikitnya 250.000 orang (sesuai data Depkes RI). Untuk itu semua, skripsi ini dipersembahkan kepada saudara-saudara penulis yang terkena musibah, untuk mereka yang dilupakan dan terlupakan, semoga masa depan kalian lebih baik dan tidak mengalami mahalnya biaya pendidikan.

Menurut hemat penulis, skripsi ini adalah bagian dari produk reformasi bangsa Indonesia. Dengan adanya reformasi maka UUD 1945 mengalami amandemen yang melahirkan suatu lembaga negara baru bernama Mahkamah Konstitusi. Lembaga negara baru yang oleh sebagian orang dianggap sebagai tuhan (‘t’ kecil bukan ‘T’ besar—berdasarkan Teologi-nya Ibnu Shina) Indonesia. Anggapan itu didasarkan pada kewenangan lembaga tersebut yang

begitu luar biasa. Bahkan pada putusan pertamanya yaitu putusan MK No.004/PUU-I/2003, Mahkamah Konstitusi telah berani mengenyampingkan pasal 50 UU No. 24 tahun 2003. Ini adalah sesuatu yang luar biasa dan belum pernah dilakukan oleh lembaga *judisial* sebelum reformasi..

Ditengah harapan perubahan yang luar biasa, penulis ingin mengucapkan ribuan terimakasih kepada yang terhormat :

1. Bapak Machsoen Ali, S.H., M.S., Selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya yang telah memberikan kebebasan berserikat dan meniupkan angin demokrasi di kampus tercinta yang berupa terbentuknya BEM dan BLM Mahasiswa FH UNAIR.
2. Ibu Romlah Sartono, S.H., M.S., Selaku Ketua Bagian Hukum Tata Negara dan Ketua Tim Penguji Skripsi. Sosok pemimpin (Ketua) Tim Penguji Skripsi yang mampu menjembatani perbedaan pendapat antara penulis dengan dosen-dosen penguji. Perbedaan pendapat tersebut baru bisa diperoleh titik temu setelah mencapai waktu sekitar 3 (tiga) jam—durasi waktu yang tidak pernah terjadi dalam sidang-sidang skripsi sebelumnya di FH Unair.
3. Bapak Sukardi, S.H., M.H., Selaku Dosen Pembimbing bahkan lebih dari itu, penulis telah menganggap beliau sebagai orang tua dan contoh dalam menjalani hidup. Beliaulah yang memberikan semangat ketika penulis malas menyelesaikan kuliah dan hampir mau keluar dari FH Unair—sekali lagi *Matur Sembah Nuwun*.
4. Ibu Endang Sayekti, S.H., M.H., dosen penguji sekaligus aktivis perempuan yang sampai sekarang tetap eksis memperjuangkan *gender* dan Hak Asasi

Manusia. Terimakasih atas sarannya untuk menerbitkan skripsi ini menjadi dua buku, sekali lagi terimakasih.

5. Bapak Emanuel Sujatmoko, S.H., M.S., dosen penguji yang telah berhasil membuat penulis tersentak diawal ujian karena analisisnya mengenai konsep kewenangan yang dilontarkan oleh penulis. Ketajaman analisis tersebut memaksa penulis untuk merevisi skripsi di depan komputer *full time* tiga hari tiga malam. Terimakasih dan semoga segera dapat meraih Doktor, Amiin.
6. Ibu Soelistyowati, S.H., M.H., selaku Dosen Wali yang sabar dan tidak henti-hentinya mengingatkan kepada penulis untuk memperbaiki IPK, terimakasih mudah-mudahan IPK yang diperoleh penulis nantinya layak jual, Amiin.
7. Dr. Harjono, S.H., MCL, Dosen FH UNAIR sekaligus Hakim Mahkamah Konstitusi, terimakasih atas waktu untuk wawancara dan referensi-referensi yang diberikan kepada penulis. Referensi tersebut menjadi referensi utama dalam penulisan ini.
8. Prof. Dr. Philipus M. Hadjon, S.H., selaku Guru Besar Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi FH UNAIR, terimakasih atas segala ilmu yang diberikan kepada penulis. Profesor-lah yang telah membongkar logika berfikir penulis. Sekali lagi terimakasih.
9. Keluarga Besar Almarhum Prof. Mr. Kuntjoro Poerbodipoero yang telah memberikan kepercayaan kepada Skripsi ini untuk menerima "penghargaan" berupa uang sebesar Rp. 1000.000,- sekali lagi terimakasih dan semoga Tuhan Yang Maha Esa membalasnya dengan yang lebih baik, Amiin.

10. Dosen-Dosen yang selama ini dengan ikhlas memberikan ilmunya kepada penulis. *Wabillkhusus* kepada Bapak Rahadian Salman, S.H., Dosen Muda kaya referensi, terimakasih atas pinjaman referensi-referensinya selama ini. Tidak lupa juga kepada Bapak Dr. H. M. Hadi Subhan, S.H., M.H., C.N., dosen mudah berbakat, terimakasih atas sumbangsih pemikiran yang diberikan kepada penulis selama ini. Tulisan Anda di Media Massa betul-betul menjadi inspirasi.

11. Bapak Husnan dan Ibu Rohimah, orang tua penulis yang selalu sabar membiayai kuliah penulis sampai bisa menyelesaikan S1 Fak. Tarbiyah IAIN Sunan Ampel Surabaya dan S1 FH UNAIR (UMPTN), *Matur Sembah Nuwun*.

Tidak lupa juga ucapan terimakasih kepada Saudara-saudara penulis; Mas Nur Wahid, S.Ag, dan Shohibul Umam, terimakasih untuk semuanya. Tersepesial untuk Offie Nurtresnaningtyas Putri (Opi '03 ITS), seorang perempuan berwajah oriental yang mampu menghantui ingatan penulis—yang mampu meninggalkan secerca rasa.

Terakhir, untuk teman-temanku; Ahmad Budi Prayoga alias So-Mad (Sang Nietzsche FH Unair) terimakasih atas ketulusannya menemani penulis ke Jakarta selama dua minggu yang hampir terkena musibah “bom kuning” di depan Kedubes Australia, Wiwik Budi Al-Bubudi + Aidah FKM (pasangan muda berbakat), Adam al-Jombang (aktivis *Mout Courts* yang tetap jomblo), Pak Huda, S.H., (Pengacara Muda), Haris '99 (*selek dadi tumbal kampus 'ndang luluso*), U-Ung (pakare komputer), Andre alias Tahong + Rosyinda ITS (semoga cepat *married*), Salim Al-Langitani, Sauqi Al-Maskani, Eko Karimbo, S.H., (Jaksa

Muda), Emma '00, S.H, (Jaksa Muda), Gembul '99 (penghuni setia Kantin Mami), Fajar "Tempe", Andika "Irung", Andik "Pak De", Andre "Pak RT", Taufik '00 al-Cangkru'i (dosen termuda di FH Unair yang belum nerima SK, semoga sukses), serta teman-teman seangkatan yang tidak bisa disebut satu persatu, doakan *Komting* mu jadi orang sukses Amiin.

Akhirnya, semoga skripsi ini bermanfaat khususnya bagi penulis dan umumnya bagi pembaca sekalian, Amiiin..!

Surabaya, 7 Pebruari 2005

Abdul Ghoffar

DAFTAR ISI

	Hal
Kata Pengantar.....	i
Daftar Isi.....	vi
BAB I: PENDAHULUAN.....	1
1. Latar Belakang Masalah.....	1
2. Rumusan Masalah.....	22
3. Penjelasan Judul.....	22
4. Alasan Pemilihan Judul.....	23
5. Tujuan Penelitian.....	24
6. Manfaat Penelitian.....	24
7. Metodologi Penelitian.....	25
A. Pendekatan Masalah.....	25
B. Sumber Bahan Hukum.....	26
C. Prosedur Pengumpulan Bahan hukum.....	27
D. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum.....	28
9. Pertanggungjawaban Sistematika.....	28
 BAB II : Argumentasi Hukum Mahkamah Konstitusi RI Mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi	 30
1. Sebuah Pengantar.....	30

2. Konsep Kekuasaan dan Kewenangan.....	35
A. Teori Supremasi Parlemen.....	39
B. Teori Pemisahan Kekuasaan Dan Penerapannya.....	41
C. Sumber Kewenangan.....	43
3. Perbandingan Wewenang Mahkamah Konstitusi di Beberapa Negara.....	48
A. Wewenang Dewan Konstitusi di Perancis.....	58
B. Wewenang Mahkamah Konstitusi di Thailand.....	62
C. Wewenang Mahkamah Konstitusi di Afrika Selatan.....	65
D. Wewenang Mahkamah Konstitusi di Jerman.....	68
E. Wewenang Mahkamah Konstitusi di Korea (Selatan).....	75
1) Memeriksa Konstitusionalitas Suatu Peraturan Perundang-undangan... ..	76
2) <i>Impeachment</i> (Pemberhentian Jabatan).....	78
3) <i>Dissolution of a Political Party</i> (Pembubaran Partai Politik).....	80
4) Sengketa Antara Lembaga Negara.....	81
5) Memeriksa Petisi Yang Berkenaan Dengan Konstitusi.....	82
4. Wewenang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.....	83
5. Konsep <i>Legal Standing</i> dan Ruang Lingkupnya.....	86
A. Definisi <i>Legal Standing</i> ; Mencari Pengertian Bersama.....	86
B. <i>Legal Standing</i> Dalam Berbagai Sistem Hukum Di Dunia.....	88
1) Mencari konsep <i>Legal Standing</i> di <i>Common Law System</i>	92
a. Aturan <i>Standing</i> di <i>Common Law</i>	93
b. Pertimbangan Batasan Aturan <i>Standing</i>	94

c. <i>Standing</i> Dalam Kaitan HAM.....	96
d. Persyaratan <i>Standing</i>	99
(1) Setiap Orang Yang Bertindak Demi Kepentingan Sendiri.....	99
(i) Cukup Berkepentingan.....	100
(ii) Kepentingan Personal.....	103
(iii) Kepentingan Langsung.....	106
(iv) Pengecualian Persyaratan <i>Common Law</i>	107
(2) Bertindak Atas Nama Orang Lain Yang Tidak Bisa Bertindak Atas Nama Diri Mereka Sendiri.....	108
(3) Bertindak Sebagai Anggota Dari, Atau Atas Kepentingan Dari Kelompok Atau Kelas.....	111
(4) Bertindak Untuk Kepentingan Publik.....	116
(5) Asosiasi Yang Bertindak Bagi Kepentingan Anggotanya.....	119
2) Karakteristik Legal Standing Dalam UU No. 24 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi RI.....	121
a) Perorangan Warga Negara Indonesia.....	124
b) Masyarakat Hukum Adat Yang Masih Hidup.....	130
c) Badan Hukum Publik Atau Privat.....	133
d) Lembaga Negara.....	137
6. Analisis Argumentasi Hukum Mahkamah Konstitusi Mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003.....	139

BAB III : Eksistensi Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 Setelah Adanya Putusan MK No. 004/PUU-I/2003	172
1. Sebuah Pengantar.....	172
2. Konsep “Hak Menguji” Dalam Kontek Negara Hukum Dan Demokrasi.....	174
A. Urgensi Institusionalisasi “Hak Menguji” Dalam Merekonstruksi Demokratisasi Negara Hukum.....	174
B. Letak Esensi Institusionalisasi “Hak Menguji” dalam merekonstruksi Demokratisasi Negara Hukum.....	177
C. “Hak Menguji” Sebagai Pengawal Konstitusi.....	180
D. Institusionalisasi “Hak Menguji” dalam konteks Negara Indonesia.....	184
1) “Hak Menguji” Menurut Konstitusi RIS tahun 1949.....	184
2) “Hak Menguji” Menurut UUDS Tahun 1950.....	186.
3) “Hak Menguji” Menurut UUD 1945 (Sebelum Amandemen).....	188
a. UU No. 5/1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara.....	198
b. Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No. 1 Tahun 1993.....	199
4) “Hak Menguji” Menurut UUD 1945 (Sesudah Amandemen).....	207
3. Konsep Pengenyampingan Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi RI.....	209
4. Eksistensi Pasal UU No. 24 Tahun 2003 Setelah Adanya Putusan MK No. 004/PUU-I/2003.....	217
5. Perlunya Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian atas Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 kepada dirinya sendiri.....	227

BAB IV : PENUTUP	232
1. Kesimpulan.....	232
2. Saran-saran.....	239
DAFTAR PUSTAKA	242
LAMPIRAN	

BAB I

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang Masalah

Sejarah mencatat awal mula munculnya ide untuk dibentuk sebuah lembaga yang diberikan kewenangan menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 dikeluarkan oleh M. Yamin dalam sidang BPUPKI Juli 1945. Ketika itu, M. Yamin mengusulkan agar Mahkamah Agung diberi kewenangan untuk membanding Undang-Undang. Usul tersebut akhirnya ditolak oleh Soepomo dengan alasan UUD 1945 tidak menganut *Trias Politica* Montesquieu sementara “Hak Menguji”¹ terhadap UU itu hanya di jumpai di negara-negara yang menganut *trias politica*. Alasan lain menurut Soepomo, karena kita belum mempunyai tenaga-tenaga ahli (Sarjana Hukum) yang banyak untuk itu.²

Ketika Indonesia menjadi negara federal berdasarkan konstitusi RIS 1949, “Hak Menguji” terhadap Undang-Undang Daerah Bagian dilakukan oleh Mahkamah Agung jika berlawanan dengan konstitusi atau tidak menganut konstitusi. Ini dapat disimpulkan dari ketentuan-ketentuan yang dimuat Pasal 156, 157 dan Pasal 158 Konstitusi RIS 1949.

¹ Di dalam skripsi ini penggunaan istilah *Judicial Review* atau *Hak uji Materiil* tidak digunakan dan akan digunakan istilah “Hak Menguji”. Hal ini dikarenakan skripsi ini mengkaji tentang kewenangan Mahkamah Konstitusi menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar yang didalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 setelah amandemen digunakan istilah “Hak Menguji” dan bukan istilah yang lain. Untuk itu mohon dimaklumi apabila penulis menggunakan istilah teknis juridis sesuai apa yang tertera didalam pasal tersebut.

² Jimly Assididqie, *Mahkamah Konstitusi RI*, Makalah yang disampaikan dalam seminar sistem pemerintahan Indonesia pasca amandemen UUD 1945, diadakan oleh BPHN Depkeham RI dan FH UNAIR dan Kanwil Depkeham Prop. Jatim, Surabaya 9-10 Juni 2004, hal. 1

Di bawah Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS) 1950 tidak dikenal lembaga “Hak Menguji” terhadap Undang-Undang, sebab Undang-Undang adalah wujud dari pelaksanaan kedaulatan rakyat yang menurut UUDS 1950 dilakukan oleh pemerintah bersama DPR. Sri Soemantri menulis tentang ini:

“...menurut sistem yang dianut dalam Undang-Undang Dasar 1950. Undang-Undang itu tidak dapat diganggu gugat atau tidak diuji apakah isinya bertentangan dengan undang-undang dasar atau tidak.”³

Menurut Jamal Adnan, demi ketertiban hukum meskipun tidak dikembangkan di Indonesia dan tidak dicantumkan secara eksplisit dalam UUD bukan berarti dilarang untuk dilembagakan, seperti halnya pelembagaan pemilu dan hal-hal yang lain. Sri Soemantri berpendapat bahwa UUD 1945 memberi peluang bagi pelaksanaan “Hak Menguji” UU, karena UU bukan produk pelaksanaan kedaulatan rakyat. Urgensinya adalah agar UU yang sebenarnya merupakan produk politik, dapat dikontrol dengan UUD atau Tap MPR.⁴

Pada awal orde baru, sistem politik pemerintahan cenderung otoriter, masalah “Hak Menguji” UU terhadap UUD mulai diperdebatkan. Panitia *Ad Hoc* II (membidangi reorganisasi pemerintahan) ini ditolak oleh pemerintah, seperti yang dialami oleh panitia *Ad Hoc* IV (yang membidangi dan menyusun rancangan UU tentang Hak Asasi). Melalui Menteri Kehakiman, Oemar Seno Adji, pemerintah menolak hampir setiap *premis* dan kesimpulan panitia *Ad Hoc* II dengan mengatakan hanya MPR yang dapat sebagai pengawal konstitusi dan MPR telah melakukan fungsi itu ketika memerintahkan kepada Presiden dan

³ Sri Soemantri M, *Hak Uji Material di Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung, 1997, hal.32

⁴ Adnan Jamal, *Konsepsi judicial review dalam tataran negara hukum dan demokrasi*, Jurnal Meritokrasi, Vol.1 No.3, 2003. hal 253.

Parlemen untuk mencabut beberapa produk peraturan perundang-undangan yang diwariskan oleh Pemerintahan Orde Lama.⁵

Masalah “Hak Menguji” ini kerap muncul dan pernah mendapat pembahasan luas. Pada tahun 1982, Ketua Mahkamah Agung, Ali Said, ketika memasuki masa pensiun, berpendapat Mahkamah Agung perlu diberi “Hak Menguji” terhadap undang-undang. Bahkan Ali Said menganggap pemberian “Hak Menguji” UU bagi Mahkamah Agung adalah sesuatu yang proporsional karena Mahkamah Agung merupakan salah satu pilar demokratis. Jika pilar yang lain yaitu Presiden dan DPR bertugas membuat dan menetapkan UU, maka MA menurut Ali Said, bertugas untuk menguji. Gagasan tersebut merupakan gagasan berdasar pada prinsip *check and balance*.

Selain itu, jika pelembagaan “Hak Menguji” terhadap UU ditolak dengan alasan karena hal tersebut tidak dikenal dalam konstitusi, maka hal itu secara argumentatif juga tidak dapat diterima, sebab dengan alasan itu akan sekaligus berarti bahwa kita menerima asas “UU tidak dapat diganggu gugat.” Padahal asas tersebut tidak dikenal dalam UUD 1945.

Pelembagaan “Hak Menguji” dengan penyediaan perangkat hukum yang diusulkan di atas adalah pelembagaan dalam arti pembukaan peluang dan pengaturan bagi pengujian suatu UU dalam prosedur dan acara tertentu yang untuk itu sampai sekarang belum ada. Dalam prakteknya, MA sering melakukan “Hak Menguji” secara “spontan” dalam arti sikap pengabaian hakim atas isi UU

⁵ Adnan J., *ibid*, hal. 254

dalam membuat putusan atau keluarnya Surat Edaran MA yang juga berisikan pengabaian atas isi UU telah beberapa kali terjadi, misalnya Surat Edaran MA No. 3 Tahun 1963. begitu juga Mahkamah Agung dapat memberikan semacam *legal opinion* (pendapat hukum) kepada pemerintah.

Upaya-upaya untuk melembagakan “Hak Menguji” terhadap produk peraturan perundang-undangan “sedikit” mendapat hasil ketika pada tahun 1970, pemerintah mengundang UU No. 14 Tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman. Pasal 26 UU No. 14 Tahun 1970 menyebutkan bahwa “Hak Menguji” dimiliki oleh MA terhadap peraturan perundang-undangan yang derajatnya dibawah UU atau terhadap Peraturan Pemerintah ke bawah. Ketentuan pasal 26 ini kemudian dikuatkan atau dituangkan dalam Tap MPR No. VI/1973 (pasal 11), dan Tap MPR No.III/MPR/1978 (pasal 11). Pasal 26 UU No. 14 Tahun 1970 berbunyi sebagai berikut:

- “(1). Mahkamah Agung berwenang untuk menyatakan tidak sah semua peraturan perundang-undangan dari tingkat yang lebih rendah dari undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
- “(2). Putusan tentang pernyataan tidak sahnya peraturan perundang-undangan tersebut dapat diambil berhubung dengan pemeriksaan dalam tingkat kasasi. Pencabutan dari peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah tersebut, dilakukan oleh instansi yang bersangkutan.”⁶

Dengan demikian, sejak tahun 1970 tata hukum Indonesia telah melakukan pelembagaan atas “Hak Menguji” dengan pembatasan dan prinsip sebagai berikut: *Pertama*, yang dapat diuji adalah peraturan perundang-undangan yang derajatnya bawah undang-undang. *Kedua*, pengujian dilakukan pada pemeriksaan di tingkat

⁶ UU No. 14 Tahun 1970 *tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman*.

kasasi dan pencabutan atas peraturan perundang-undangan yang dinyatakan batal oleh MA dilakukan oleh instansi yang mengeluarkannya.

Jika didekati secara optimistik, disamping adanya lembaga "Hak Menguji", upaya untuk menjaga konsistensi peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih tinggi telah dikembangkan secara lebih maju sejak dikeluarkannya UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Pasal 37 UU tersebut menyebutkan bahwa:

"Mahkamah Agung dapat memberikan pertimbangan-pertimbangan dalam bidang hukum baik diminta maupun tidak kepada lembaga tinggi negara lain".

Ketentuan pasal 37 tersebut dapat dipergunakan oleh Mahkamah Agung untuk memberikan *legal opinion* bagi setiap rencana peraturan perundang-undangan yang akan dikeluarkan oleh pemerintah. Sebaliknya, jika ingin berhati-hati pemerintah dapat juga memanfaatkan peluang tersebut untuk meminta pendapat hukum kepada Mahkamah Agung lebih dulu bagi setiap rencana peraturan perundang-undangan yang akan dikeluarkannya. Tentu saja secara teknis permintaan dan pemberian *legal opinion* harus dilakukan antara Mahkamah Agung dan Presiden. Sebab dipihak pemerintah yang berkedudukan sebagai lembaga tinggi negara hanyalah Presiden. Presiden dapat meneruskan *legal opinion* tersebut kepada aparat-aparat dibawahnya menurut relevansinya masing-masing.

Jika peluang meminta dan memberi *legal opinion* ini dapat dimanfaatkan secara efektif, maka kemungkinan adanya inkonsistensi peraturan perundang-undangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi akan dapat

diminimalisir. Tetapi adanya peluang memberi dan meminta *legal opinion* tidak dapat menimbulkan konsekuensi hilangnya perhatian akan pentingnya “Hak Menguji”, sebab secara yuridis *legal opinion* ini tidak mengikat. Artinya pemerintah tidak harus meminta dan tidak harus mengikuti *legal opinion* dari Mahkamah Agung. Oleh sebab itu, diperlukan perangkat hukum yang memungkinkan kehendak dari luar eksekutif untuk melakukan “Hak Menguji” terhadap peraturan perundang-undangan.

Pada masa itu, belum pernah ada produk “Hak Menguji” terhadap peraturan perundang-undangan tersebut. Hal itu disebabkan oleh ketentuan pasal 26 huruf b UU No. 14 Tahun 1970 yang tidak memungkinkan dilaksanakannya “Hak Menguji”. Menurut ketentuan tersebut, “Hak Menguji” hanya dapat dilakukan di tingkat kasasi, artinya harus ada perkara atau gugatan terlebih dahulu ke pengadilan. Dari sudut teknis peradilan pemeriksaan kasasi baru dapat dilakukan jika sudah ditempuh peradilan di bawah Mahkamah Agung dulu, karena Mahkamah Agung hanya dapat memeriksa pada tingkat kasasi, jika sudah selesai diperiksa dan diputus oleh pengadilan tingkat pertama dan/atau tingkat banding.

Pengertian kasasi menurut UU No. 1 tahun 1950 tentang Mahkamah Agung menyebutkan bahwa kasasi adalah “pembatalan atas putusan-putusan pengadilan-pengadilan lain dan para hakim yang bertentangan dengan hukum” (pasal 61). Sedangkan menurut UU No. 13 tahun 1965 mengartikan kasasi sebagai kekuasaan Mahkamah Agung untuk membatalkan putusan dan penetapan pengadilan-pengadilan yang lebih rendah (pasal 51) dari semua lingkungan peradilan dalam tingkat terakhir (pasal 49). Sejalan dengan hal tersebut, pasal 29 UU No. 14 tahun

1985 tentang Mahkamah Agung yang menyebutkan bahwa Mahkamah Agung memutus permohonan kasasi terhadap putusan pengadilan tingkat pertama atau tingkat banding dari semua tingkat peradilan. Sedangkan pasal 43 UU ini menegaskan bahwa permohonan kasasi dapat diajukan, jika pemohon terhadap perkaranya telah menggunakan upaya hukum banding kecuali ditentukan lain oleh undang-undang.

Ketentuan-ketentuan tersebut tidak secara eksplisit menyebutkan “Hak Menguji” harus melalui prosedur tersebut. Tetapi bagaimanapun rumusan kedua pasal tersebut memperkuat pengertian prosedural tentang lembaga kasasi, yakni pemeriksaan pada tingkat Mahkamah Agung setelah ditempuh peradilan-peradilan di tingkat pertama dan/atau banding.

Pada tataran pelaksanaan tentu akan terjadi kebuntuhan operasional “Hak Menguji” tersebut. Hal ini dikarenakan: *Pertama*, Mahkamah Agung baru akan melakukan pemeriksaan terhadap perkara “Hak Menguji” jika sudah ditempuh secara tuntas peradilan pada tingkat pertama dan/atau banding berdasarkan adanya gugatan terhadap sebuah perundang-undangan.

Kedua, peradilan pada tingkat pertama dan/atau banding tidak akan memeriksa dan memutuskan perkara “Hak Menguji” itu karena menurut UU pemeriksaan dan pemutusan tentang “Hak Menguji” hanya menjadi wewenang (kompetensi absolut) Mahkamah Agung. Oleh karena terjebak ke dalam kesulitan untuk masuk seperti itu, maka “Hak Menguji” atas peraturan perundang-undangan di bawah UU menurut UU yang berlaku sekarang ini tidak akan dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya.

Secara proporsional menurut UU No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, orang perseorangan atau badan hukum perdata hanya dapat menggugat keputusan tata usaha negara yang konkret, individual, dan final yang mengena pada dirinya. Artinya, tidak ada proporsionalitas untuk menggugat sebuah peraturan (*regeling*) yang bersifat abstrak-umum sebab untuk menggugat peraturan yang umum tersebut memerlukan legalitas untuk bertindak atas nama masyarakat umum. Inilah persoalan lain dari ketentuan-ketentuan “Hak Menguji” yang secara khusus dilihat dari subyek hukumnya.

Dengan demikian, dipandang dari sudut teknis-prosedural maupun dari sudut *legal standing*, ketentuan-ketentuan “Hak Menguji” terhadap peraturan perundang-undangan di bawah UU itu tidak dapat (sulit) dilaksanakan dalam perakteknya karena mengandung kekacauan teoritis.

Sambutan hangat diberikan oleh masyarakat pencari keadilan ketika Mahkamah Agung mengeluarkan PERMA No.1 tahun 1993 dan PERMA No.3 tahun 1999 yang membuka jalan bagi permintaan “Hak Menguji” melalui permohonan atau gugatan, sehingga kesulitan masuk dari segi teknis dan prosedural dapat diatasi. Prosedur permohonan memungkinkan “Hak Menguji” dapat langsung ke Mahkamah Agung.

Meskipun tampaknya PERMA tersebut merupakan suatu terobosan yang memberi jalan atas kesulitan pelaksanaan “Hak Menguji”, tetapi kajian materi atas PERMA tersebut mengantar pada kesimpulan “Hak Menguji” belum bisa dilaksanakan secara normal. Karena, selain belum menghilangkan kekacauan teoritis, PERMA itu dipandang menimbulkan masalah baru yaitu berbenturan

dengan peraturan yang ada di atasnya. Hal ini dikarenakan, kalau PERMA tersebut isinya membuka peluang pengajuan “Hak Menguji” melalui gugatan maupun permohonan, berarti MA telah melakukan “Hak Menguji” terhadap peraturan perundang-undangan tentang “Hak Menguji” itu sendiri karena lembaga tersebut mengubah prosedur (atau minimal pengertian tentang) kasasi yang baku dalam peraturan perundang-undangan. PERMA tersebut jelas bertentangan dengan Tap MPR No. III/MPR/1978, UU No. 14 Tahun 1970, dan UU No. 14 Tahun 1985. Arti kasasi yang sudah baku sebagai pemeriksaan tingkat terakhir setelah melalui pengadilan tingkat bawah telah disimpangi oleh PERMA tersebut, padahal ketentuan tersebut telah dimuat secara jelas dalam Tap MPR dan kedua UU tersebut.

Masalah ini wajar dikemukakan, karena dalam tata urutan perundang-undangan sebagaimana diatur Tap MPR No. XX/MPR/1996 yang telah diubah dengan Tap MPR No. III/MPR/2000, posisi hierarkis produk MA yang berbentuk PERMA tidak tampak secara eksplisit sehingga jika perlu diberi tempat, maka penempatannya mungkin ada pada derajat keenam (dalam kelompok peraturan lainnya) yang jauh di bawah Tap MPR maupun UU. Jika ini benar, maka tindakan MA mengeluarkan PERMA tersebut berarti tindakannya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, itu artinya PERMA tersebut harus batal demi hukum.

Selain itu, PERMA tersebut juga telah memuat materi pengaturan (*regeling*) yang berlaku secara eksternal, sesuatu yang biasanya menjadi wewenang lembaga diluar *judicial*. Meskipun berdasar *frist ermessen* ada juga yang mengatakan

bahwa bisa saja MA melakukan itu tetapi perdebatan teoritis dapat menimbulkan kontroversi.

Telaah tersebut mengantar pada kesimpulan bahwa sebenarnya ketentuan-ketentuan “Hak Menguji” atas peraturan perundang-undangan belum dapat dioperasionalkan dalam hukum Indonesia. Padahal untuk keperluan tertib tata hukum dan untuk meminimalkan intervensi politik atas produk peraturan perundang-undangan, adanya ketentuan-ketentuan yang dapat dioperasionalkan tentang “Hak Menguji” itu sangat diperlukan. Oleh sebab itu, yang diperlukan adalah adanya perombakan secara mendasar dan total atas semua ketentuan mengenai “Hak Menguji” yang ada hingga saat ini.

Memasuki era reformasi, rakyat Indonesia melalui wakilnya di MPR telah melakukan perubahan UUD 1945 secara mendasar. Pada awal amandemen UUD 1945, belum sampai mengatur tentang “Hak Menguji”, namun hanya sebatas menerapkan prinsip-prinsip pemisahan kekuasaan yang tegas antara cabang-cabang kekuasaan legislatif, eksekutif dan judicial yang diwujudkan dalam pelembagaan organ-organ negara yang sederajat sekaligus saling mengontrol dan mengimbangi satu sama lain (*check and balance*). Dalam rangka itu, struktur parlemen digagaskan berubah menjadi dua kamar (*bikameral*) yang terdiri atas DPR (Dewan Perwakilan Rakyat) dan DPD (Dewan Perwakilan Daerah). Kedua kamar parlemen tersebut secara bersama-sama tetap dapat disebut sebagai MPR (Majelis Permusyawaratan Rakyat), seperti Kongres di Amerika Serikat yang terdiri atas *House of Representatif* dan *Senat*.

Sehubungan dengan prinsip *check and balance* tersebut, maka perlu diadakan suatu lembaga yang diberikan kewenangan untuk memutus sengketa diantara lembaga negara yang sederajat. Urgensi pembentukan lembaga tersebut di Indonesia tidak terlepas dari segi politis-sosiologis, yuridis dan filosofis serta segi historis. Dari segi politis-sosiologis, Indonesia yang menerapkan prinsip pembagian kekuasaan sering tumpang tindih kewenangan diantara ketiga kewenangan lembaga negara. Presiden Soekarno diberhentikan oleh MPRS tahun 1967 dengan ketetapan MPRS yang dikenal dengan pidato Nawaksara. Golkar (Golongan Karya) digugat untuk dibubarkan oleh 11 partai hasil pemilihan umum tahun 1999 karena dianggap melakukan kecurangan dalam pemilu 1999, serta terlalu banyak melakukan kesalahan di zaman orde baru, kemudian diputus oleh Mahkamah Agung dengan alasan “gugatan tidak dapat diterima, ” dan akhirnya berubah menjadi Partai Golkar.

Dari segi politis-yuridis, Soeharto berhenti dari jabatan presiden bukan melalui jalur pergantian atau pertanggungjawaban, tetapi melalui jalur “berhenti” dari jabatan Presiden dan tanpa pelimpahan jabatan ke Wakil Presiden (B.J. Habibie), tetapi B.J. Habibie diambil sumpahnya menjadi Presiden di hadapan MA (Mahkamah Agung), dasar hukum yang dipakai adalah ketetapan MPR No. VII/MPR/1973.

Dari segi filosofis, Presiden B.J. Habibie mempercepat pelaksanaan pemilu tahun 1999 (seharusnya tahun 2002) berdasarkan hasil kompromi internal dengan DPR (Dewan Perwakilan Rakyat) hasil pemilu tahun 1998, serta membuat Keppres untuk mensahkan hasil pemilu 1999 yang seharusnya disahkan oleh

KPU, dimana 15 anggota KPU menolak menandatangani hasil pemilu itu, sebagai syarat sahnya pemilu.

Berdasarkan hasil pemilu tahun 1999, akhirnya B.J. Habibie diberhentikan oleh MPR melalui jalur pertanggungjawaban tanpa ketetapan MPR sekaligus memilih Presiden Abdurrahman Wahid dengan ketetapan MPR. Secara de facto B.J Habibie pernah menjadi presiden Indonesia yang ketiga, tetapi secara de jure B.J. Habibie tidak pernah diangkat dan tidak pernah diberhentikan oleh MPR hasil pemilu 1999. Soeharto secara yuridis adalah Presiden ke dua yang belum pernah diberhentikan sampai sekarang, dan B.J. Habibie secara historis tidak dapat disangkal bahwa ia adalah Presiden Indonesia yang ketiga menggantikan Soeharto, sehingga sejarah hukum tata negara Indonesia tidak pernah memberikan legalitas terhadap realitas empirik pergantian kekuasaan presiden.

Demikian pula halnya nasib Presiden Abdurrahman Wahid dari segi yuridis-politis, diberhentikan oleh MPR hasil pemilu tahun 1999 ditengah masa jabatan akibat dugaan melakukan tindak pidana korupsi karena diduga menerima aliran dana Yanatera Bulog dan menerima dana dari Sultan Brunai tanpa diketahui negara dan tidak dipertanggungjawabkan. Atas kasus tersebut Abdurrahman Wahid minta fatwa kepada Mahkamah Agung tentang *impeachment* kepada dirinya sah atau tidak, sampai sekarang belum ada jawaban.

Melihat sejarah yang begitu panjang, maka hanya ada satu kata yaitu wajib untuk segera membuat suatu lembaga yang mempunyai kewenangan melakukan "Hak Menguji" UU terhadap UUD dan memutus sengketa kewenangan antara lembaga negara.

Sebelum lembaga negara tersebut terbentuk, diantara para ahli Hukum Tata Negara terjadi silang pendapat mengenai bentuk lembaga negara yang cocok untuk tugas tersebut. Jimly Asshiddiqie berpendapat ada lima bentuk yang bisa dibuat referensi bagi Indonesia dalam upaya pembentukan lembaga tersebut, yaitu: *Pertama*, negara yang mengikuti bentuk Jerman, yaitu membentuk Mahkamah Konstitusi di samping Mahkamah Agung. *Kedua*, negara-negara yang mengikuti bentuk Prancis yang tidak menyebutnya dengan istilah pengadilan (*court*) melainkan hanya dewan, yaitu *Counseil Constitutionnel (Constitutiobal Council)*. Di Afrika tercatat beberapa negara yang mengikuti bentuk Prancis ini, seperti misalnya Aljazair. *Ketiga*, adalah yang relatif berbeda seperti yang terdapat di Belgia, yaitu *Constitutional Arbitrage*. Fungsi yang kita bayangkan sebagai Mahkamah Konstitusi seperti di Jerman disebut oleh orang Belgia sebagai Arbitrase Konstitusional.⁷

Selain ketiga bentuk tersebut di atas, banyak pula negara-negara yang mengikuti bentuk Amerika Serikat, sebagai bentuk *keempat*, dimana fungsi Mahkamah Konstitusi dijalankan sendiri oleh Mahkamah Agung. Karena itu, di Amerika Serikat dan begitu pula di banyak negara bekas Uni Soviet dan Asia, termasuk misalnya di Filipina, pembentukan Mahkamah Konstitusi yang berdiri sendiri tidak dianggap perlu. Fungsinya dinilai cukup dilaksanakan oleh Mahkamah Agung.

⁷ Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi di Berbagai Negara*, Jurnal Meritokrasi, Vol. 1 No. 3, 2003, hal 201.

Sedangkan bentuk kelima adalah negara-negara yang biasanya menganut sistem supremasi parlemen seperti dilingkungan negara-negara komunis dan begitu juga di Indonesia sebelum diadakan perubahan Ke-III UUD 1945. dalam bentuk kelima ini, beberapa aspek dari fungsi Mahkamah Konstitusi itu dijalankan oleh lembaga perwakilan rakyat yang tertinggi. Dalam sistem UUD 1945 sebelum dimandemen, lembaga tertinggi itu adalah MPR. Dalam sistem ini, fungsi seperti pengujian atas konstitusionalitas Undang-Undang yang seharusnya dijalankan Mahkamah Konstitusi dianggap tidak dapat dilakukan kecuali oleh lembaga yang membuat undang-undang itu sendiri, karena pemikiran konseptual yang melandasinya tidak menganut paham pemisahan kekuasaan melainkan pembagian kekuasaan yang bersifat vertikal.⁸

Perdebatan tersebut akhirnya berakhir dengan diamandemennya UUD 1945. Di dalam pasal 24 C dan 25 UUD 1945. Indonesia memilih memisahkan antara Mahkamah Agung dengan Mahkamah konstitusi. Perintah tersebut ditindaklanjuti dengan perintah pembentukan lembaga negara tersebut melalui aturan peralihan yang mengatakan Mahkamah Konstitusi harus telah terbentuk sebelum tanggal 17 Agustus 2003.

Dalam pengamatan Violaine Autheman dan Keith Hendarson, sistem Mahkamah Konstitusi di Indonesia tidak menganut sistem salah satu negara di dunia secara murni akan tetapi memadukan dua sistem yang ada yaitu sistem Eropa dan sistem Amerika.⁹

⁸ Jimly, *ibid*, hal 202

⁹ Violaine Autheman dan Keith Hendarson, *Constructional Courts: The Contribution of constitutional review to judicial independence and democratic processes from a global and regional comparative perspective*, IFES, tanpa tahun penerbitan.

Menurut Jimly Asshiddiqie, Ketua Mahkamah Konstitusi, secara yuridis, *legal establishment*, Mahkamah Konstitusi telah terbentuk sejak tanggal 10 Agustus 2002, yaitu dengan adanya amandemen ketiga, dan untuk sementara waktu kewenangan untuk menguji UU dijalankan oleh MA. Selama satu tahun masa persiapan tersebut di kepaniteraan MA telah terregistrasi 14 perkara Pengujian UU, dan tak satupun yang sempat diselesaikan oleh MA. Setelah Mahkamah Konstitusi terbentuk semua perkara tersebut dilimpahkan MA ke Mahkamah Konstitusi.

Secara nyata (*actual establishment*), Mahkamah Konstitusi baru dibentuk dengan ditetapkannya pengangkatan 9 Hakim Konstitusi dengan Keppres tanggal 15 Agustus 2003 dan pengucapan sumpah pada tanggal 16 Agustus 2003. Hal ini dikarenakan, rekrutmen para hakim mesti dilakukan menurut UU yang baru mendapat persetujuan bersama di DPR tanggal 13 Agustus 2003 dan disahkan oleh Presiden 15 Agustus 2003.

Oleh UUD 1945, Mahkamah Konstitusi diberi kewenangan secara atributif yaitu pada pasal 24C UUD '45. Meminjam "redaksi kata" Ketua Mahkamah Konstitusi, ada empat kewenangan dan satu kewajiban yang dimiliki oleh lembaga ini yaitu; *pertama*, menguji konstiusionalitas undang-undang. *Kedua*, memutus sengketa kewenangan konstiusionalitas antar lembaga negara. *Ketiga*, memutus pembubaran parpol. *Keempat*, memutus perselisihan hasil pemilu. Sementara satu kewajiban Mahkamah Konstitusi adalah memutus konstiusionalitas dan legalitas pendapat DPR dalam rangka tuntutan untuk pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Jimly Assiddiqie mengatakan; keempat kewenangan dan satu kewajiban konstitualitas tersebut merupakan bentuk-bentuk kegiatan yang dilakukan dalam rangka: a) Pengawal terhadap konstitusi (*the guardian of the constitution*). b) Penafsir konstitusi (*the highest interpreter of the constitution*). c) *Implied and Non Constitutionally Entrusted Power*.¹⁰

Dalam kesempatan lain Jimly Asshiddiqie juga menerangkan lebih *gamblang* tentang visi Mahkamah Konstitusi sesuai dengan fungsi ideal Mahkamah Konstitusi seperti yang diadopsi dalam UUD 1945. *Pertama*; dia dikonstruksikan sebagai pengawal konstitusi. Sebagai pengawal konstitusi dia berfungsi untuk menjamin, mendorong, mengarahkan, membimbing, serta memastikan bahwa UUD dijalankan dengan sebaik-baiknya oleh segenap penyelenggara negara dan subyek hukum konstitusi lainnya seperti warga negara, supaya nilai-nilai dan norma yang terkandung di dalamnya dijalankan dengan benar dan bertanggungjawab. *Kedua*, dia juga harus bertindak sebagai penafsir, karena dia dikonstruksikan sebagai lembaga yang tertinggi, satu-satunya, dengan maksud bahwa tidak mengabaikan lembaga penafsir, lembaga-lembaga atau individu atau pakar dan sebagainya, tapi ini adalah penafsir resmi UUD 1945. Melalui fungsinya yang kedua ini Mahkamah Konstitusi berfungsi untuk menutupi segala kelemahan atau kekurangan yang terdapat dalam UUD 1945.

Sementara dalam kegiatan *Strategic Planning* Mahkamah Konstitusi, 31 Oktober sampai 2 November 2003 di Hotel Santika Jakarta, Mahkamah Konstitusi

¹⁰ Jimly Assiddiqie, *Kedudukan Dan Peranan Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Pasca Amandemen UUD 1945*, Makalah, Disampaikan Dalam Seminar Sistem Pemerintahan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945, Surabaya, 9-10 Juni 2004

secara resmi berhasil merumuskan visi dan misinya yaitu; “Terjaganya konstitusi dalam rangka mewujudkan cita negara hukum dan demokrasi, demi kehidupan bangsa yang bermartabat.”¹¹

Keberadaan Mahkamah Konstitusi ini merupakan angin segar bagi semakin terpenuhinya syarat-syarat sebagai sebuah negara hukum, yang berkembang dari konsep *Rechtsstaat* maupun tradisis *rule of law*. Ciri-ciri *Rechtsstaat* menurut Frederich Julius adalah adanya perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak asasi manusia yang biasa dikenal dengan *Trias Politica*, pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan, dan peradilan administrasi dalam perselisihan. Sedangkan ciri-ciri *rule of law* menurut A. C. Dicey adalah supremasi hukum dalam arti tidak boleh kesewenang-wenangan sehingga seseorang hanya boleh dihukum jika melanggar hukum, kedudukan yang sama di depan hukum baik bagi rakyat biasa maupun pejabat, dan terjaminnya hak-hak asasi manusia oleh undang-undang dan keputusan pengadilan.¹²

Meskipun keberadaan Mahkamah Konstitusi saat ini ibarat seorang bayi yang baru saja dilahirkan, tetapi mempunyai tanggungjawab layaknya orang dewasa. Pada saat Mahkamah Konstitusi baru berada di rahim ibunya sudah 14 perkara yang harus ditangani. Ketika lahir dan menghirup udara segar di dunia serta membutuhkan kasih sayang dan bantuan ibu, ia harus melaksanakan tugas-

¹¹ *BMK (Berita Mahkamah Konstitusi)*, No. 01 Desember 2003, hal. 14-15.

¹² Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum Di Indonesia*, LP3ES, Jakarta 1998, hal 8.

tugas peradilan di bidang konstitusi yang menumpuk dan membutuhkan kemampuan seperti orang dewasa.

Dalam putusan pertamanya, Mahkamah Konstitusi telah membuat putusan yang dianggap oleh kalangan umum sebagai putusan kontroversial. Putusan tersebut adalah putusan dengan perkara nomor 004/PUU-I/2003 tentang permohonan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh Machri Hendra, Hakim Pengadilan Negeri Padang (ulasan kasus tersebut akan dipaparkan secara lengkap di Bab III dalam skripsi ini).

Putusan tersebut dianggap kontroversial mengingat undang-undang yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi adalah undang-undang yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama. Hal ini penting mengingat adanya ketentuan di dalam pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 yang mengatakan bahwa Mahkamah Konstitusi hanya berwenang menguji UU terhadap UUD 1945 yang diundangkan sesudah amandemen UUD 1945 yang pertama.

Menanggapi kasus tersebut di atas diantara Hakim Konstitusi tidak menemukan kata mufakat. Yang menjadi perdebatan adalah; a) Apakah Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan (kompetensi) menangani perkara tersebut? b) Apakah pemohon mempunyai *legal standing* ? adanya perbedaan pendapat tersebut dibenarkan oleh Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Pasal 45 ayat (10) yang berbunyi:” Dalam hal putusan

tidak tercapai mufakat bulat sebagaimana dimaksud pada ayat (7) dan ayat (8), pendapat anggota Majelis Hakim yang berbeda dimuat dalam putusan”.¹³

Perbedaan pendapat tersebut sampai pada akhirnya dicapai satu putusan dengan jalan voting. Enam Hakim Konstitusi menyatakan Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan memeriksa perkara tersebut dengan jalan mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 tahun 2003, dan pemohon mempunyai *legal standing*, sementara tiga Hakim Konstitusi lainnya menyatakan sebaliknya.

Keenam Hakim Konstitusi yang menerima (mengenyampingkan pasal 50 UU No. 24 tahun 2003) tersebut adalah: Jimly Asshiddiqie, (Ketua MK dan Ketua Sidang), Abdul Mukthie Fadjar, Harjono, I Gede Palguna, Maruarar Siahaan, dan Soedarsono. Sedangkan tiga Hakim Konstitusi yang menolak adalah: Laica Marzuki (Wakil Ketua MK), Ahmad Syarifudin Natabaya, dan Achmad Rustandi.¹⁴

Tentunya putusan tersebut menarik untuk dikaji, karena dalam konsideran putusan tersebut memuat pengenyampingan suatu pasal dalam Undang-Undang yaitu pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang dianggap bertentangan dengan Pasal 24 C UUD 1945.

Dilain pihak, salah satu Hakim Konstitusi yang menolak menguji UU No. 14 tahun 1985, Achmad Roestandi, mengkhawatirkan akan timbulnya anggapan oleh khalayak umum bahwa Mahkamah Konstitusi telah melakukan tindakan semena-mena dengan memperluas kewenangannya sendiri. Menurutny, akan lebih *fair*

¹³ Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

¹⁴ *BMK (Berita Mahkamah Konstitusi)*, No. 01 Desember 2003, hal. 14-15.

kalau pengeyampingan pasal 50 tersebut dilakukan oleh pihak lain, misalnya oleh pembuat undang-undang melalui *legislative review*.¹⁵

Selain masalah pengenyampingan suatu pasal dalam undang-undang, yang tidak kalah penting adalah mengenai *legal standing*. Pasal 51 ayat (2) mengatakan:” Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1)”. Enam Hakim Konstitusi berpendapat bahwa meskipun pemohon belum pernah mendaftarkan diri sebagai Hakim Agung, akan tetapi dengan adanya pasal 7 ayat (1) huruf g UU No. 14 tahun 1985 tersebut, maka tertutup kemungkinan pemohon untuk jadi Hakim Agung. Sementara tiga Hakim Konstitusi berpendapat bahwa *legal standing* hanya diberikan pada pemohon yang sudah mengalami kerugian secara langsung atau nyata, sehingga pemohon dianggap tidak mempunyai *legal standing*.¹⁶

Perdebatan seputar *legal standing* juga menarik perhatian khalayak ramai. Salah satu yang kurang sependapat dengan Mahkamah Konstitusi tersebut adalah Refly Harun,¹⁷ Asisten Hakim Konstitusi. Dia menolak pasal 51 (2) tersebut tetap diberlakukan. Kalau pasal tersebut tetap diberlakukan maka seharusnya pasal 50 juga tetap diberlakukan, atau sebaliknya, jika Mahkamah Konstitusi berani mengesyampingkan pasal 50 maka pasal 51 juga harus dikesampingkan.

Menurutnya, disatu sisi dengan gagahnya Mahkamah Konstitusi menyebut dirinya sebagai penjaga konstitusi (*the guardian of constitution*) yang bertugas

¹⁵ BMK, *ibid*, hal. 16

¹⁶ BMK, *ibid*, hal. 17

¹⁷ BMK (*Berita Mahkamah Konstitusi*), No. 04 April-Mei 2004, hal. 26-27.

melindungi kemurnian konstitusi dari kemungkinan dicemarkan oleh *power games* atau *political sharing* di DPR. Tetapi di sisi lain, Mahkamah Konstitusi masih juga mempersoalkan apakah seorang warga negara yang berupaya menunjukkan telah terjadi pelanggaran konstitusi dengan menunjukkan telah terjadi pelanggaran konstitusi dengan mengajukan *judicial review*, harus terlebih dahulu membuktikan apakah dirinya betul-betul dirugikan hak konstitusionalnya atau tidak. Seharusnya Mahkamah Konstitusi berkonsentrasi saja pada materi permohonan, tanpa harus mempersoalkan apakah status pemohon sepanjang ia memang seorang warga negara. Alasannya, setiap warga negara juga berkewajiban menjaga dan menegakkan konstitusi. Terlebih lagi Ketua Mahkamah Konstitusi, Jimly Assididqie, kerap kali menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi tidak mengadili orang, tetapi undang-undang. Mahkamah Konstitusi adalah Mahkamah sistem hukum, bukan mahkamah keadilan orang perorang.¹⁸

Apapun putusan Mahkamah Konstitusi dalam kasus tersebut adalah bersifat *final and binding*, artinya tidak ada satu lembaga negara pun atau siapapun yang mempunyai kewenangan untuk membatalkan putusan tersebut dan tentunya harus diterima oleh semua kalangan termasuk para pihak yang berperkara.

¹⁸ *BMK*, *ibid*, hal. 27.

2. Rumusan Masalah

Berangkat dari persoalan-persoalan tersebut diatas, maka ada beberapa isu hukum yang ingin digali oleh penulis (peneliti) dalam skripsi ini, yaitu:

- A. Argumentasi Hukum Mahkamah Konstitusi Mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003
- B. Eksistensi Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 Setelah Adanya Putusan MK No.004/PUU-I/2003

3. Penjelasan Judul

Skripsi ini saya beri judul “Eksistensi Pasal 50 Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi” dengan sub-judul “Analisis Putusan MK No. 004/PUU/2003.” Tambahan sub-judul ini dimaksudkan untuk menunjukkan sasaran pengamatan studi penelitian kali ini yang berawal dari adanya putusan Mahkamah Konstitusi yaitu Putusan MK No. 004/PUU/2003 yang dianggap kontroversial oleh sebagian kalangan sarjana hukum.

“Eksistensi” diartikan sebagai keberadaan, wujud (yang tampak); adanya; sesuatu yang membedakan antar suatu benda dengan benda lain.¹⁹ kalau disepakati tentunya kita akan mendefinisikan secara sederhana “eksistensi” sebagai “keberadaan.” Sedangkan pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, bisa diartikan sebagai norma

¹⁹ Pius A. Partanto dan M. Dahlan Al Barry, *Kamus Ilmiah Populer*, Penerbit Arkola Surabaya, 1994, hal. 133

hukum yang terdapat dalam pasal tersebut. Pengertian ini beranjak dari pengertian norma hukum yang diartikan sebagai norma petunjuk tingkah laku²⁰. Norma hukum terdapat dalam isi pasal-pasal sebuah aturan.

Kalau digabung dalam sebuah rangkaian kalimat judul utama tentu judul tersebut bisa dimaknai sebagai “keberadaan norma hukum yang mengatur tentang Undang-Undang yang boleh diuji oleh Mahkamah Konstitusi adalah Undang-Undang yang diundangkan sesudah amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang pertama”. Sesuai dengan *mafhum mukhalafah*-nya, berarti menurut norma hukum yang terdapat dalam pasal 50 tersebut, Mahkamah Konstitusi tidak boleh menguji Undang-Undang yang diundangkan sebelum amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang pertama

4. Alasan Pemilihan Judul

Eksistensi Pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi di pilih sebagai judul utama dalam skripsi ini karena studi ini ingin mengkaji eksistensi atau keberadaan Pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003. Persoalan tersebut sengaja ingin dikaji mengingat keberadaan pasal tersebut dipertanyakan oleh banyak kalangan setelah adanya putusan MK No. 004/PUU/2003 yang di dalam konsideran putusan tersebut, pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 telah dikesampingkan oleh Mahkamah konstitusi.

²⁰ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Penerbit PT Citra aditya Bakti, Bandung: 1991, hal. 32.

Konsep pengenyampingan ini kemudian menjadi wacana publik yang diperdebatkan oleh banyak kalangan. Apakah pengenyampingan sama dengan pencabutan, atau pengenyampingan hanya diterapkan untuk kasus pengujian Undang-Undang No. 14 tahun 1985 saja.

Dengan dasar pertanyaan tersebut studi ini dimulai. Meskipun menurut Gus Dur—yang diamini oleh penulis—di dunia ini tidak ada jawaban yang abadi, yang abadi hanyalah sebuah pertanyaan. Meskipun begitu, paling tidak kita mengetahui jawaban *relatif* untuk sampai pada jawaban *absolut* yang hanya diketahui oleh Tuhan.

5. Tujuan Penelitian

- A. Untuk mengetahui Argumentasi Hukum Mahkamah Konstitusi Mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003
- B. Untuk mengetahui Eksistensi Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 Setelah Adanya Putusan MK No. 004/PUU-I/2003

6. Manfaat Penelitian

- A. Menambah kepustakaan Ilmu Hukum khususnya Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi, Teori Konstitusi dan Ilmu Negara.
- B. Menjadi renungan bersama akan pentingnya suatu putusan Mahkamah Konstitusi yang transparan dan dapat dipertanggungjawabkan baik secara teoritis maupun secara empiris.

- C. Menambah daya nalar dan untuk mengetahui asas-asas dan norma-norma hukum lebih mendalam tentunya berkaitan dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi.

7. Metodologi Penelitian

A. Pendekatan Masalah

Dalam melakukan penelitian seputar “Eksistensi Pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi” penulis menggunakan metode penelitian hukum normatif dengan *Case Approach* (pendekatan kasuistis) dan metode perbandingan. Pendekatan kasus ini dimaksudkan yaitu penelitian yang dimulai dari adanya suatu kasus kemudian dicarikan pemecahan masalahnya melalui pencarian dasar hukum yang ada, sementara metode perbandingan yaitu membandingkan kewenangan Mahkamah Konstitusi RI dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi negara lain.

Kasus yang dimaksudkan dalam penelitian ini adalah adanya putusan MK No. 004/PUU/2003 yang mengenyamping Pasal 50 Undang-undang No. 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Selain pendekatan kasuistis, penelitian ini juga menerapkan pendekatan yuridis dogmatis dan yuridis-historis. Dengan langkah-langkah menginterpretasikan, mengkonstruksi dan mensistемasisasi

dalam kesatuan yang logis. Penelitian ini berupaya menjelaskan aturan hukum positif secara menyeluruh dalam kerangka sistem tata hukum yang dianut oleh tata hukum kita, yakni tata hukum yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.²¹

UUD 1945 merupakan perwujudan dari cita-cita (idea) pembuat Undang-Undang Dasar, maka pembatasan terhadapnya secara tajam adalah tidak mungkin karena bagian-bagian dari UUD 1945 sangat terkait dengan asas-asasnya. Ketika memasuki obyek permasalahan, di dahului dengan membicarakan asasnya, doktrin dan pandangan yang berkembang waktu pembentukan Undang-Undang Dasar, sehingga pendekatan yuridis-historis digunakan. Termasuk dalam hal ini, yakni metode filsafat, sosiologi, politis adalah sangat membantu mengetahui latar belakang, asas-asas dan pengertian yang sebenarnya yang terdapat dalam tiap-tiap hukum, dengan tidak menghilangkan karakter sebagai ilmu hukum dogmatik.

B. Sumber Bahan Hukum

Sumber bahan hukum dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer yang dimaksudkan berupa Undang-Undang dasar, Undang-Undang, dan peraturan pelaksana lainnya. Sedangkan bahan hukum sekunder meliputi

²¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta: 1986, hal. 51

bahan-bahan yang mendukung bahan hukum primer. Bahan hukum primer (*authoritative record*) diperoleh dari Konstitusi di beberapa negara, peraturan perundang-undangan, dan putusan Mahkamah Konstitusi. Bahan hukum sekunder (*non authoritative record*) diperoleh dari buku teks/literatur, artikel dalam berbagai majalah ilmiah atau jurnal hasil penelitian di bidang hukum, disertasi, makalah-makalah yang disampaikan dalam berbagai forum pertemuan ilmiah seperti diskusi, seminar, lokakarya, dengar pendapat yang berisi tentang prinsip dasar ilmu hukum Mahkamah Konstitusi, termasuk *wibe site* di internet dan wawancara dengan Hakim Konstitusi.

C. Prosedur Pengumpulan Bahan hukum

Dalam mengumpulkan bahan pustaka dilakukan dengan identifikasi dan inventarisasi bahan-bahan hukum primer dan sekunder secara kritis, untuk selanjutnya diklasifikasi secara logis-sistematis sesuai dengan tema yang terumus dalam tujuan penelitian ini dengan menggunakan sumber informasi baik dokumen, catatan resmi maupun wawancara.

Dan untuk memperoleh bahan hukum pustaka yang dikehendaki dilakukan dengan penelusuran dengan katalog. Setelah bahan-bahan diperoleh dibuat catatan-catatan pada karut-kartu yang disebut bibliografi dengan cara-cara tertentu. kartu-kartu disusun berdasarkan nama pengarang, tetapi dalam penguraian dan analisis berdasarkan pokok masalah dalam skripsi ini. Kepustakaan utama adalah bidang hukum tata

negara, hukum administrasi negara, ilmu negara, teori kontitusi dan ilmu politik berkaitan dengan hak uji material.

D. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Data kepustakaan diolah dengan melakukan identifikasi dan inventarisasi peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan masalah dalam skripsi ini. Melalui proses klasifikasi untuk selanjutnya dianalisa dengan menggunakan analisa kualitatif. Penyajian hasil-hasil penulisan banyak yang disatukan dengan analisa data. Langkah-langka dalam analisis dilakukan dengan cara-cara berfikir logis, sistematis, dan runtut.

9. Pertanggungjawaban Sistematika

Skripsi ini dibagi atas 4 Bab. Di dalam Bab I memuat Pendahuluan yang memuat antara lain; Latar Belakang, Rumusan Masalah, Penjelasan Judul, Alasan Pemilihan Judul, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian, Kajian Teori, Metodologi Penelitian serta Pertanggungjawaban Sistematika.

BAB II akan mengkaji tentang Argumentasi Hukum Mahkamah Konstitusi Mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003. Di dalam bab ini akan dikupas secara mendetail seputar konsep kewenangan secara teoritis serta perbandingan kewenangan Mahkamah Konstitusi di beberapa negara lain dengan Kewenanangan Mahkamah Konstitusi RI. Selain itu juga

akan dikupas konsep *Legal Standing*, secara teoritis dan akan dilengkapi dengan kajian *Legal Standing* dalam berbagai sistem hukum di dunia seperti *Common Law System*, dan *Civil Law System*. Di *common Law*, penulis memberikan contoh salah satu contoh negara yang menganut sistem tersebut yaitu Afrika Selatan untuk mengetahui bagaimana *Legal Standing* di negara tersebut. Sementara itu, di sistem *Civil Law*, penulis mengambil contoh Indonesia, mengingat bangsa ini termasuk negara yang menganut sistem *civil law*. Setelah itu, akan dilakukan analisis argumentasi hukum Mahkamah Konstitusi mengenyampingkan pasal 50 UU No. 24 tahun 2003.

BAB III akan mengkaji seputar Eksistensi Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 setelah adanya Putusan MK No. 004/PUU-I/2003. Kajian akan dimulai dari pemaparan Konsep “Hak Menguji” , institusionalisasi “Hak Menguji”, “Hak Menguji” sebagai pengawal konstitusi, “Hak Menguji” dalam konteks Indonesia, dan konsep pengenyampingan undang-undang secara teoritis. Setelah semua tersaji kemudian akan dilakukan analisis eksistensi Pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 setelah adanya putusan MK No. 004/PUU-I/2003.

BAB IV Penutup, yang berisi tentang kesimpulan dan saran-saran untuk pengembangan ilmu hukum khususnya hukum pemerintahan.

Terakhir akan dilampirkan daftar pustaka yang dipakai sebagai literatur dalam penulisan skripsi ini yang berguna bagi pembaca untuk penelusuran kembali kerangka pemikiran dalam skripsi ini.

BAB II

Argumentasi Hukum Mahkamah Konstitusi RI Mengenyampingkan

Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

1. Sebuah Pengantar

Mahkamah Konstitusi dalam rapat permusyawaratan Hakim Mahkamah Konstitusi pada hari Selasa tanggal 23 Desember 2003 dan diucapkan dalam sidang Pleno Mahkamah Konstitusi yang terbuka untuk umum pada hari Selasa tanggal 30 Desember 2003 telah mengeluarkan Putusan Perkara Nomor: 004/PUU-I/2003. Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Sebagaimana yang telah ditulis pada bab sebelumnya, putusan itu lahir akibat adanya permohonan pengujian undang-undang oleh Machri Hendra, Hakim Pengadilan Negeri Padang. Dalam permohonannya, pemohon merasa dirugikan hak konstitusionalnya oleh Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 yang mengatur syarat-syarat seorang Calon Hakim Agung, untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung, yaitu: "Berpengalaman sekurang-kurangnya 5 (lima) tahun sebagai Ketua Pengadilan Tingkat Banding atau 10 (sepuluh) tahun sebagai Hakim Tingkat Banding". Syarat tersebut dapat ditafsirkan oleh maksud pembentuk undang-undang hanya berlaku bagi seseorang yang berprofesi dan menjabat sebagai Hakim di Pengadilan Tinggi (hakim karir).

Dia juga mendalilkan rumusan Pasal 7 ayat (2) Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 menyebutkan: "Dalam hal-hal tertentu dapat dibuka kemungkinan untuk mengangkat Hakim Agung yang tidak didasarkan atas sistem karir dengan syarat bahwa yang bersangkutan berpengalaman sekurang-kurangnya 15 (lima belas) tahun di bidang hukum".

Atas dasar tersebut di atas, pemohon merasa telah diperlakukan secara diskriminatif oleh ketentuan pasal tersebut. Pemohon sebagai seorang Hakim karir untuk menjadi Hakim Agung dipersyaratkan harus berpengalaman sekurang-kurangnya 15 (lima belas) tahun di bidang hukum yang berprofesi atau menjabat baik sebagai Hakim di Pengadilan tingkat pertama (Pengadilan Negeri) maupun sebagai Hakim di tingkat banding (Pengadilan Tinggi) dibandingkan dengan seseorang yang tidak berprofesi sebagai Hakim (jabatan non karir) sebagaimana yang diatur dalam Pasal 7 ayat (2) Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 yang hanya cukup berpengalaman sekurang-kurangnya 15 (lima belas) tahun di bidang hukum

Sekedar informasi, dengan disyaratkannya Calon Hakim Agung harus minimal telah menjadi Hakim Tingkat Banding minimal 10 tahun. Sedangkan untuk menjadi Hakim Tingkat Banding seorang hakim harus sudah bekerja selama 20 tahun. Hal ini dikarenakan, seseorang pertama kali menjadi hakim biasanya mulai bekerja dalam pangkat/golongan III/a dan untuk bisa menjadi hakim tingkat banding minimal harus berpangkat IV/b berdasarkan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 41 Tahun 2002 (peraturan tentang Kenaikan Jabatan dan Pangkat Hakim) pada umumnya telah bekerja dan berpengalaman di bidang

hukum selama 20 (dua puluh) tahun. Karena, untuk kenaikan jabatan dan pangkat yang diberikan kepada Hakim yang tidak menduduki pimpinan pengadilan, diberikan kenaikan pangkat setiap kali setingkat lebih tinggi apabila sekurang-kurangnya telah 4 (empat) tahun dalam jabatan dan pangkat terakhir (*vide* Pasal 7 ayat (1) huruf a Peraturan Pemerintah Nomor 41 Tahun 2002). Dengan disyaratkan bagi hakim karir, untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung, seorang calon harus memenuhi syarat berpengalaman sekurang-kurangnya 10 (sepuluh) tahun sebagai Hakim tingkat banding sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, maka bagi seseorang yang menjabat sebagai Hakim (sistem karir) memerlukan suatu pengalaman bekerja di bidang hukum di Pengadilan sekurang-kurangnya selama 30 (tiga puluh) tahun. Karena, untuk mencapai jenjang sebagai Hakim Tingkat Banding berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 41 Tahun 2002 adalah serendah-rendahnya berpangkat sebagai Pembina Tingkat I (golongan IV/b) atau sebagai Hakim Madya Muda.

Berbeda dengan calon hakim agung dari non-karier yang hanya disyaratkan telah berpengalaman dibidang hukum – seperti Advocat/Pengacara, Notaris, Dosen/Pengajar, Jaksa, Polisi, Karyawan di Biro Hukum atau suatu Instansi Swasta/Pemerintah Pusat atau Daerah dan pekerjaan-pekerjaan di sektor lainnya yang berpengalaman di bidang hukum – selama 15 tahun. Waktu 15 tahun bagi hakim karir masih menjadi hakim pada tingkat pertama. Bagi pemohon kenyataan tersebut dirasakan syangat diskriminatif.

Dengan posita di atas, maka Machri Hendra, selaku pemohon mengajukan petitum yang antara lain: *Pertama*, memohon kepada Mahkamah Konstitusi untuk menyatakan isi Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang syarat calon Hakim Agung untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung berpengalaman sekurang-kurangnya 5(lima) tahun sebagai Ketua Pengadilan Tingkat Banding atau 10 (Sepuluh) tahun sebagai Hakim Tingkat Banding bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Tahun 1945. *Kedua*, menyatakan isi Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang syarat calon Hakim Agung untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung berpengalaman sekurang-kurangnya 5 (lima) tahun sebagai Ketua Pengadilan Tingkat Banding atau 10 (sepuluh) tahun sebagai Hakim Tingkat Banding tidak mempunyai kekuatan Hukum mengikat.²²

Menanggapi kasus tersebut di atas, diantara Hakim Konstitusi tidak menemukan kata mufakat. Yang menjadi perdebatan adalah; a) Apakah Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan (kompetensi) menangani perkara tersebut? b) Apakah pemohon mempunyai *legal standing* ? Perbedaan pendapat tersebut dibenarkan oleh Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Pasal 45 ayat (10) yang berbunyi:” Dalam hal putusan tidak tercapai mufakat bulat sebagaimana dimaksud pada ayat (7) dan ayat (8), pendapat anggota Majelis Hakim yang berbeda dimuat dalam putusan”.²³

²² Putusan MK No. 004/PUU-I/2003 Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

²³ Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316

Perbedaan pendapat tersebut sampai pada akhirnya dicapai satu putusan dengan jalan voting. Enam Hakim Konstitusi menyatakan Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan memeriksa perkara tersebut, dan pemohon mempunyai *legal standing*, sementara tiga Hakim Konstitusi lainnya menyatakan sebaliknya.

Keenam Hakim Konstitusi yang menerima tersebut adalah: Jimly Asshiddiqie, (Ketua MK dan Ketua Sidang), Abdul Mukthie Fadjar, Harjono, I Gede Palguna, Maruarar Siahaan, dan Soedarsono. Sedangkan tiga Hakim Konstitusi yang menolak adalah: Laica Marzuki (Wakil Ketua MK), Ahmad Syarifudin Natabaya, dan Achmad Rustandi.

Argumentasi hukum para Hakim Konstitusi baik yang menerima perkara tersebut atau yang menolak akan disajikan dibagian akhir bab ini sekaligus akan diadakan analisis terhadap masing-masing argumentasi hukum para Hakim Konstitusi tersebut.

Untuk sampai pada kemampuan menganalisis argumentasi hukum para Hakim Konstitusi baik yang menerima maupun yang menolak perkara tersebut, perlu disajikan konsep kewenangan secara teoritis, juga akan disajikan perbandingan wewenang Mahkamah Konstitusi di beberapa negara dengan wewenang Mahkamah Konstitusi RI. Tidak lupa juga akan dikaji tentang konsep *Legal Standing* secara teoritis baik di *Common Law System* maupun di *Civil Law system*. Setelah semua selesai dikaji, selanjutnya akan dilakukan analisis terhadap isi putusan tersebut.

2. Konsep Kekuasaan dan Kewenangan

Di dalam kepustakaan sering dibedakan antara kekuasaan dan wewenang atau kewenangan. Wewenang adalah kekuasaan yang sah. Kekuasaan yang sah adalah kekuasaan yang bersumber pada peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Menurut Henc van Maarseveen, wewenang (*bevoegdheid*) dan kekuasaan (*macht*) memiliki pengertian yang berbeda.²⁴ Hukum senantiasa membutuhkan kekuasaan, terutama dalam rangka penegakannya, namun sebaliknya tidak semua kekuasaan dalam pelaksanaannya membutuhkan bantuan hukum. Fakta telah menunjukkan bahwa tidak semua gejala kekuasaan timbul dari wewenang. Dengan pengertian bahwa kekuasaan adalah kemampuan seorang pelaku untuk mencapai tujuan, tentunya dapat saja kekuasaan tidak bertumpu pada hukum. Namun semua wewenang mengandung kekuasaan.

Wewenang dan kekuasaan dapat menampilkan diri dalam bentuk kekuatan, yaitu kekuatan fisik atau moral yang tujuannya menimbulkan

²⁴ Di dalam khasanah kesusasteraan Jawa arti wewenang ("wewenang") tidak berbeda dengan kekuasaan ("kuasa"). Pengertian ini yang nampaknya berpengaruh terhadap perumusan Undang-Undang Dasar 1945. Kekuasaan Pemerintahan negara yang dimaksudkan dalam titel Bab III UUD 1945, sama sekali tidak berbeda dengan pengertian wewenang. Oleh karena penggunaan "kekuasaan" dalam Skripsi ini dimaksudkan juga sebagai "wewenang". Pelimpahan kekuasaan dikenal dalam kesusasteraan Jawa sebagai pendelegasian. Istilah "Purbowaseso" yang diberikan kepada penerima kuasa, mengandung makna pemberian kekuasaan penuh untuk mengambil kebijaksanaan. Konsep kekuasaan Jawa mengenal demokrasi, karena "penhguasa" atau "sang Noto" diharapkan merangkap "warga Masyarakat" atau Kawulo". "Kawulo ngiras sang Noto" artinya warga masyarakat diikutsertakan untuk mengatur, oleh karena itu berfungsi pula sebagai "sang Noto". Suwoto, kekuasaan dan tanggungjawab Presiden Republik Indonesia, Suatu penelitian segi-segi teoritik dan yuridik pertanggungjawaban kekuasaan, Disertasi, Fakultas Pascasarjana Universitas Airlangga Surabaya, 1990: hal. 46

pengaruh pada orang lain. Dari sisi ini pengaruh (*invloed* atau *influence*) merupakan gejala dari wewenang atau kemungkinan gejala kekuasaan.

Suwoto mengatakan kekuasaan negara adalah kekuasaan hukum. Sahnya kekuasaan negara ditentukan oleh hukum. Namun begitu ini tidak berarti bahwa dalam hubungan dengan hal lain, kekuasaan sama sekali tidak dapat dipisahkan dengan hukum. Kekuasaan yang tidak berkait dengan hukum oleh Henc Van Maarseveen disebut sebagai *blote macht*. Kekuasaan yang berdasar pada hukum disebut sebagai wewenang. Bernard Lonergan yang dikutip oleh Suwoto, memberikan arti wewenang sebagai kekuasaan yang sah (*authority is legitimate power*).²⁵

Adapun istilah kewenangan sering disejajarkan begitu saja dengan istilah wewenang. Istilah wewenang digunakan dalam bentuk kata benda dan sering disejajarkan dengan istilah "*bevoegheid*" dalam istilah hukum Belanda.²⁶ Menurut Philipus M. Hadjon jika dicermati istilah kewenangan ada sedikit perbedaan dengan istilah "*bevoegheid*." Perbedaan terletak pada karakter hukumnya. Istilah "*bevoegheid*" digunakan baik dalam konsep hukum publik maupun dalam konsep hukum privat. Dalam hukum kita istilah kewenangan atau wewenang seharusnya digunakan dalam konsep hukum publik.²⁷

Dalam konsep hukum tata negara, "*bevoegheid*"(wewenang) dideskripsikan sebagai "*rechtmacht*" (kekuasaan hukum), jadi dalam hukum

²⁵ Suwoto, *ibid*, hal. 28-30.

²⁶ Abdul Rasyid T, *Wewenang Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Desartasi Program Doktor Pascasarjana Fakultas Hukum Unair Surabaya, 2004:, hal. 173

²⁷ Philipus M. Hadjon, *Tentang Wewenang*, Makalah Universitas Airlangga. Tanpa tahun, hal. 1

publik, wewenang berkait dengan kekuasaan. Dalam konsep hukum administrasi Belanda, soal wewenang selalu menjadi bagian penting dan bagian awal dari hukum administrasi karena obyek hukum administrasi adalah "*bestuursbevoegheid*" (wewenang pemerintah).²⁸

Menurut Harjono, membicarakan masalah wewenang terlebih dahulu harus mengetahui apa beda antara fungsi dengan tugas, baru kemudian membicarakan masalah apa yang dimaksud dengan wewenang, serta kapan kata "kewajiban" lebih tepat untuk dipergunaan. Penggunaan kata-kata tersebut tidaklah hanya didasarkan atas makna kata secara harfiah tetapi juga perlu untuk dipertimbangkan kaitannya secara utuh antara yang satu dengan yang lain.²⁹

Fungsi, menurut Harjono mempunyai makna yang lebih luas dibandingkan dengan tugas. Jika kata tugas akan digunakan, akan lebih tepat untuk menyebutkan aktivitas-aktivitas yang diperlukan agar supaya fungsi dapat terlaksana. Hal ini disebabkan fungsi memerlukan banyak aktifitas agar dapat terlaksananya fungsi tersebut. Sebuah aktifitas perlu dilakukan oleh sebuah lembaga untuk mendukung terlaksananya sebuah fungsi. Hubungan antara aktifitas dan terlaksananya fungsi merupakan hubungan atas dasar *necessary*, artinya sesuatu yang dibutuhkan adanya agar sesuatu yang diharapkan dapat terlaksana. Sebuah aktifitas dilakukan oleh sebuah lembaga,

²⁸ Hadjon, *Ibid*, hal. 2

²⁹ Harjono, *kedudukan dan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia.*, Makalah disampaikan di diskusi Jurusan Hukum Administrasi., Universitas Airlangga., Tanggal 6 Juni 2003. Hal. 8

sehingga hubungan antara lembaga dengan aktifitas tersebut sangat erat sekali dan dapat dikatakan tidak akan diperlukan lembaga tersebut kalau aktifitas tersebut tidak dibutuhkan.³⁰

Hubungan antara lembaga dan aktifitas tersimbolkan dengan penggunaan kata tugas. Gabungan antara tugas-tugas yang dilakukan oleh sebuah lembaga adalah operasionalisasi dari sebuah fungsi yang sifatnya ke dalam. Penggunaan kata tugas tidak dapat dipisahkan dengan kata wewenang, oleh karenanya seharusnya kata tugas dan wewenang dipergunakan secara bersama-sama dalam pembuatan suatu perundang-undangan.

Dibandingkan dengan fungsi, ataupun tugas, kata wewenang lebih mempunyai makna yang berkaitan dengan hukum secara langsung, oleh karena itu diperlukan pengkajian secara lebih mendalam penggunaan kata wewenang yang di-asas-kan oleh hukum publik dengan di-asas-kan oleh hukum perdata (privat). Dalam hukum perdata, wewenang selalu dikaitkan dengan hak, sedangkan fungsi selalu berkonotasi dengan kewajiban. Apa konsep hukum perdata itu dapat diterapkan begitu saja pada hukum publik khususnya sengketa tatanegara—bukan sengketa perdata, pidana ataupun tata usaha negara³¹.

Adapun aktifitas perlu diadakan agar fungsi dapat terrealisasikan dan lembaga yang melakukan aktifitas tersebut dikatakan mempunyai tugas. Aktifitas disamping mempunyai aspek ke dalam juga mempunyai aspek ke

³⁰ Harjono, *Ibid*, hal. 9

³¹ Harjono, *Ibid*, hal. 9

luar. Pelaksanaan sebuah tugas dapat mempunyai akibat kepada pihak di luar lembaga pelaksana tugas. Atas akibat keluar yang dapat ditimbulkan oleh pelaksana tugas tersebut, lembaga yang melaksanakan tugas tersebut memerlukan dasar hukum agar pihak di luar tersebut terikat pula, oleh karenanya kepada lembaga tersebut, oleh hukum diberi wewenang.

Dengan diberikannya wewenang kepada lembaga tersebut, maka akan timbul akibat yang sifatnya kategorial, eksklusifistis. Kategorial artinya membedakan antara lembaga yang mempunyai wewenang dengan lembaga yang tidak mempunyai wewenang, dan bersifat eksklusifistis, artinya menjadikan lembaga-lembaga yang tidak disebut sebagai tidak menjadi bagian dari lembaga yang diberi wewenang.³²

Selanjutnya, dibawah ini akan dijabarkan bentuk-bentuk kekuasaan negara. Hal ini dipandang oleh penulis penting mengingat sesuai dengan permasalahan yang ada yaitu Mahkamah Konstitusi telah menyampingkan pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Apakah penyampingan tersebut legal atau ilegal. Tentu kita tidak akan lepas dari konsep teori kekuasaan dan kewenangan serta tidak lupa akan dikaji tentang cara memperoleh kewenangan (sumber kewenangan).

A. Teori Supremasi Parlemen

Sistem parlementer merupakan sistem yang lebih tua usianya dari sistem Pemisahan Kekuasaan atau Sistem Presidensial. Sistem ini pertama

³² Harjono, *Ibid*, hal. 10

kali diterapkan di Kerajaan Inggris, sebagai pengganti sistem pemerintahan kerajaan yang absolut. Ciri pertama dimaksudkan dalam pembuatan undang-undang dan pendelegasian pembuatan hukum kepada kekuasaan eksekutif.

Dalam sistem parlementer ada kerjasama yang erat antara pemegang kekuasaan eksekutif dengan parlementer dalam membuat undang-undang. Kekhawatiran terjadinya kekuasaan yang tyrani dalam pembuatan dan pelaksanaan undang-undang, oleh Charles Louis de Secondat Baron de la Brede et du Montesquieu (yang terkenal dengan sebutan Montesquieu) diusulkan dengan penerapan Sistem Pemisahan Kekuasaan. Namun dalam kenyataannya sifat kerjasama antara eksekutif dengan parlemen dalam pembuatan undang-undang, di negara-negara bersistem presidensial masih tetap dipertahankan. Dalam hal yang khusus saja Amerika Serikat menerapkan atau melaksanakan ajaran pemisahan kekuasaan.³³

Sistem pemerintahan Kerajaan Inggris merupakan *prototipe* dari sistem pemerintahan parlementer, namun pengaruhnya sangat kuat terhadap pemerintahan yang menggunakan Sistem Presidensial. Pengaruh dari sistem Parlementer terhadap sistem pemerintahan di Indonesia adalah:

- a) Supremasi parlemen dengan modifikasi tertentu, seperti yang nampak adanya lembaga MPR dan DPR;
- b) Adanya kerjasama yang erat antara eksekutif dengan parlemen dalam pembuatan undang-undang.

³³ Suwoto, Op Cit, hal. 49

- c) Kedudukan Kepala Negara tidak dapat dipersalahkan, yang merupakan suatu tradisi Pemerintahan Kerajaan Inggris yang berpengaruh terhadap pemerintahan demokrasi bersistem presidensial.
- d) Peran menteri yang besar yang dapat menetapkan berbagai macam kebijaksanaan.³⁴

B. Teori Pemisahan Kekuasaan Dan Penerapannya

Teori pemisahan kekuasaan (*Separation of powers*) pada awalnya dikemukakan oleh John Locke pada tahun 1690 dan kemudian dikemukakan oleh Montesquieu pada pertengahan abad XVIII. Doktrin ini bertujuan mencegah terkonsentrasinya kekuasaan secara absolut di satu tangan, sehingga cenderung sewenang dan berpeluang menimbulkan penyalagunaan kekuasaan (*misuse power*).³⁵

Ajaran pemisahan kekuasaan yang dikemukakan oleh Montesquieu dalam bukunya “L’esprit des Loi”, oleh Emmanuel Kant disebut sebagai doktrin “*Trias Politica*”. Dasar pemikiran doktrin “*Trias Politica*” sudah pernah ditulis oleh Aristoteles. Dengan begitu ajaran *Separation of Powers* bukan merupakan ajaran yang baru bagi Montesquieu.³⁶

Didalam UUD 1945 tidak secara tegas menganut sistem “*separation of powers*” (pemisahan kekuasaan) atau sistem “*distribution of powers*” (pembagian kekuasaan). Dalam khasanah bahasan hukum ada tiga *term* yang

³⁴ Suwoto, *ibid*, hal. 58

³⁵ Sumali, *Reduksi Kekuasaan Eksekutif, Di Bidang Perturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu)*, UMM Pres, Malang: 2002, hal. 9.

³⁶ *Op Cit*, 58

sepadan dengan kekuasaan yang dibagi atau terbagi, yaitu: 1) pemisahan kekuasaan (*separation of powers*); 2) pembagian kekuasaan (*distribution of powers*), dan pembagian kerja (*distribution of function*).³⁷

Menurut I Dewa Gede Atmadja, di dunia Barat (Eropa dan Amerika Serikat), dapat diketahui ada tiga ajaran "*separation of powers*", meliputi: 1) Ajaran *Trias Politica*; 2) *Dikotomi*; dan 3) *Catur Praja*. *Dikotomi* dianut oleh Godnow yang membagi kekuasaan negara atas *policy making* dan memiliki fungsi menetapkan kebijaksanaan. Ajaran *Catur Praja*, dianut oleh Van Vollenhoven yang membagi empat kekuasaan yaitu; perundang-undangan, pemerintahan, peradilan, dan polisi. Dalam kepustakaan, ternyata masalah pembagian kekuasaan, selalu dikaitkan dengan ajaran Montesquieu yang terkenal dengan sebutan "*Trias Politika*".³⁸

UUD 1945 sebelum amandemen tidak menganut *Trias Politica*, dan juga tidak menganut *Dikotomi*, tetapi menganut asas pembagian kekuasaan yang merujuk pada pola pembagian kerja untuk mencapai tujuan negara sebagaimana tersirat dalam pembukaan UUD 1945 alinea ke-IV UUD 1945.³⁹

Dalam literatur ilmu politik, ilmu pemerintahan dan ilmu hukum, sering ditemukan istilah kekuasaan, kewenangan dan wewenang. Kekuasaan sering disamakan begitu saja dengan kewenangan dan kekuasaan sering diperlukan dengan istilah kewenangan, demikian pula sebaliknya. Bahkan sering

³⁷ I Dewa Gede Atmadja, *Hak Menguji Mahkamah Agung Dalam Pembagian Kekuasaan Menurut UUD 1945*, Makalah, Universitas Bhayangkara Surya, Surabaya tanggal 10-11 April 1997. hal. 2

³⁸ I Dewa Gede Atmadja, *ibid*, hal. 2

³⁹ Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung: 1997. hal. 10

kewenangan disamakan pula dengan kekuasaan. Tetapi yang jelas, ilmu hukum dan ilmu politik dan ilmu pemerintahan titik kajiannya adalah negara.⁴⁰

Kekuasaan menurut ilmu politik merupakan suatu ilmu seni yang sifatnya abstrak yang berasal dari dunia Barat (Eropa dan Amerika Serikat) dan oleh dunia Timur (termasuk Indonesia) diberi makna konkrit yang berwujud, misalnya keris, jumlah pasukan. Dan kekuasaan itu merupakan unsur esensial dari suatu negara dalam proses penyelenggaraan pemerintahan disamping unsur lainnya, yaitu: 1) Hukum; 2) Kewenangan (wewenang); 3) keadilan; 4) Kejujuran; 5) Kebijaksanaan; 6) Kebajikan.⁴¹

Kekuasaan merupakan inti dari penyelenggaraan negara agar negara dalam keadaan bergerak sehingga negara tersebut bisa berkiprah, bekerja, berkapasitas, berprestasi, berkinerja melayani warganya, oleh karena itu negara harus diberi kekuasaan. Kekuasaan menurut Miriam Budiarjo adalah kemampuan seseorang atau sekelompok orang manusia untuk mempengaruhi tingkah laku seseorang atau kelompok lain sedemikian rupa, sehingga tingkah laku itu menjadi sesuai dengan keinginan dan tujuan dari orang atau negara.⁴²

C. Sumber Kewenangan

Kewenangan yang dimiliki oleh organ (institusi) pemerintahan dalam melakukan perbuatan nyata (riil), mengadakan pengaturan atau mengeluarkan keputusan selalu dilandasai oleh kewenangan yang diperoleh dari konstitusi

⁴⁰ Rasyid, *op cit.* hal. 172

⁴¹ Rudasi Kantaprawira., *Hukum dan Kekuasaan, Makalah: Basis Teoritis atas lahirnya Negara dan Hukum.* Fakultas Hukum UII, Jogjakarta, 1998. hal. 37-38

⁴² Miriam Budiarjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia. Jakarta. Hal. 35

secara “atribusi”, “delegasi”, maupun “mandat”. Suatu atribusi menunjuk kepada kewenangan yang asli atas dasar Konstitusi (UUD) atau ketentuan hukum tatanegara. Pada kewenangan delegasi harus ditegaskan suatu pelimpahan wewenang kepada organ pemerintahan yang lain. Adapun mandat tidak terjadi pelimpahan apapun dalam arti pemberian wewenang, akan tetapi pejabat yang diberi mandat bertindak atas nama pemberi mandat. Dalam pemberian mandat, pejabat yang diberi mandat menunjuk pejabat lain untuk bertindak atas nama mandator (pemberi mandat).⁴³

Kewenangan harus dilandasi oleh suatu ketentuan hukum yang ada (konstitusi), sehingga kewenangan merupakan kewenangan yang sah, sehingga pejabat dalam mengeluarkan keputusan didukung oleh sumber kewenangan tersebut. Stroink menjelaskan bahwa sumber kewenangan dapat diperoleh bagi pejabat atau organ pemerintahan dengan cara atribusi, delegasi, dan mandat. Kewenangan organ pemerintah adalah suatu kewenangan yang dikuatkan oleh hukum positif guna mengatur dan mempertahankannya. Tanpa suatu kewenangan tidak dapat dikeluarkan suatu keputusan yuridis yang benar. Pengertian kewenangan kemudian juga merupakan inti pengertian yang ada dalam hukum tata negara maupun hukum administrasi.⁴⁴

Kewenangan juga berhubungan dengan asas negara hukum, bagian paling sentral dari pemikiran negara hukum (*rechtstaatsdenken*) diformulasikan melalui asas “*wetmatigheids*” ataupun “*legaliteit beginset*”.

⁴³ Philipus M. Hadjon, et al, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta: 1999, hal. 130

⁴⁴ Rasyid, op cit, hal. 178

Dalam pengertian, hanya dengan kekuatan (*krachtens*) undang-undang maka kewenangan pemerintah dapat dinyatakan menurut UUD atau undang-undang organik, yang dibentuk oleh parlemen.⁴⁵

Berdasarkan pengertian di atas, maka dalam penulisan (penelitian) ini sengketa wewenang dapat dideskripsikan sebagai aturan hukum yang berlaku dalam hukum publik, dan istilah kekuasaan dipakai untuk membagi kekuasaan diantara lembaga tinggi negara (legislatif, eksekutif, dan yudisial), sedangkan kewenangan dan wewenang dipakai dalam rangka penggunaan kekuasaan yang bersifat formal dari suatu organ atau lembaga negara yang sekurang-kurangnya memiliki tiga komponen, yaitu: 1) Pengaruh; 2) Dasar Hukum; 3) Konformitas hukum.⁴⁶

Komponen pengaruh, artinya penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subyek hukum. Komponen dasar hukum, artinya bahwa wewenang itu selalu harus dapat dirujuk dasar hukumnya. Komponen konformitas hukum, artinya mengandung makna adanya standart wewenang, yaitu standart umum (semua jenis wewenang) dan standart khusus (jenis wewenang tertentu).⁴⁷

UUD 1945 pasca amandemen menganut pola pembagian kekuasaan yang tidak terlepas dari teori hukum formal yang dianut, yaitu sistem pemerintahan negara yang menyatakan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum (pasal 1 ayat 3) dan tidak berdasarkan kekuasaan belaka (penjelasan

⁴⁵ Rasyid, Ibid, hal. 178

⁴⁶ Philipus M. Hadjon, *Tentang Wewenang*, Universitas Airlangga, Tanpa tahun, hal. 2

⁴⁷ P.M.Hadjon, *ibid*, hal, 3

UUD 1945 sebelum amandemen). Isi dari penjelasan tersebut dimasukkan ke dalam Pasal 1 ayat (3), dengan tujuan untuk menghapuskan penjelasan. Menurut pakar negara hukum dari Eropa, Friedrich Julius Stahl berpendapat bahwa negara hukum dalam arti formal mengandung unsur-unsur berupa: 1) Pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia; 2) Pemisahan kekuasaan; 3) Pemerintahan berdasarkan undang-undang, dan; 4) Peradilan administrasi.⁴⁸

Menurut pandangan Paul Scholten, unsur-unsur negara hukum ialah: 1) Diakuinya hak-hak asasi manusia; 2) Adanya pemisahan kekuasaan; 3) Adanya pemerintahan yang berdasar undang-undang.⁴⁹ Sedangkan menurut Friedman, negara hukum identik dengan “*rule of law*”. Istilah “*recht staat*” mengandung arti pembatasan kekuasaan negara oleh hukum. A.V Dicey, memberi rumusan unsur-unsur “*rule of law*,” yaitu:

- 1) Supremasi hukum, dalam arti tidak boleh ada kesewenang-wenangan. Seseorang hanya bisa dihukum jika melanggar hukum;
- 2) Kesamaan warganegara di dalam hukum baik dari rakyat biasa maupun bagi pejabat;
- 3) Terjaminnya hak-hak asasi manusia oleh undang-undang dan keputusan-keputusan pengadilan.⁵⁰

Perubahan ke-IV UUD 1945 menerapkan prinsip pemisahan kekuasaan antara cabang-cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, yudisial dan auditatif yang diwujudkan dalam pelembagaan organ-organ negara yang sederajat sekaligus saling mengontrol dan mengimbangi satu sama lain (*checks and balances*). Akibatnya struktur parlemen berubah menjadi “dua kamar”

⁴⁸ Padmo Wahjono., *Pembangunan Hukum Indonesia*., Indhill Co. Jakarta. 1989. hal. 30

⁴⁹ Rasyid, op cit, hal. 180

⁵⁰ Moh. Mahfud MD., *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*., Liberty. Yogyakarta. 1993. hal. 19

(*bikameral*) yang terdiri dari DPR dan DPD. Kedua kamar parlemen tersebut secara bersama-sama menjadi MPR, seperti Kongres Amerika Serikat yang terdiri dari *House of Representatives* dan Senat

Sehubungan dengan prinsip *checks and balances* (pengawasan dan keseimbangan) itu, fungsi kelembagaan yang tertinggi tidak ada lagi, tetapi yang ada adalah lembaga tinggi negara. Adapun hubungan antara lembaga tinggi negara lebih bersifat fungsional, bukan hirarki (vertikal dan horisontal), sehingga jika terjadi sengketa antara lembaga negara diselesaikan melalui lembaga kekuasaan kehakiman, yaitu Mahkamah Konstitusi.

Selain memutus sengketa antar lembaga negara yang kewenangannya diatur dalam UUD 1945, menurut pasal 24C UUD 1945 Mahkamah Konstitusi juga diberti kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum, serta berkewajiban memberi putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran Presiden dan/atau Wakil Presiden..

Dari keempat wewenang dan satu kewajiban tersebut, penulis hanya akan menitik beratkan kajian pada wewenang Mahkamah Konstitusi untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar. Sebelum sampai kepada pembahasan apakah pengeyampingan pasal 50 UU No 24 tahun 2003 yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi legal atau ilegal, terlebih dahulu akan dibahas seputar perbandingan wewenang hak menguji dan lembaga yang melakukan pengujian dibeberapa negara di dunia.

3. Perbandingan Wewenang Mahkamah Konstitusi di Beberapa Negara

Pada bagian ini akan di sajikan perbandingan wewenang Mahkamah Konstitusi di beberapa negara dengan tujuan untuk membandingkan dan memperdalam isi materi yang akan dibahas. Wewenang hak menguji yang berlaku di beberapa negara di dunia dan yang berlaku di negara Indonesia, tidak terlepas dari ajaran konstitusionalisme yang dikembangkan oleh James Bryce dan C.F. Strong⁵¹ dimana konstitusi itu harus: *Constitution is a collection of principles according to which the power of the government, the rights of the governed, and the relation between the two are adjusted* (memuat kumpulan asas-asas yang menyelenggarakan kekuasaan pemerintah (arti luas) memuat hak-hak yang diperintah, serta memuat hubungan antara pemerintah dan yang diperintah menyangkut di dalamnya hak asasi manusia) yang konotasinya adalah pembatasan kekuasaan dalam negara.

Untuk mengontrol kekuasaan dalam negara, maka diperlukan pengawasan, baik bersifat preventif, maupun represif. Pengawasan preventif dan represif dalam kepustakaan ilmu hukum dikenal dengan sebutan *political review* (hak menguji secara politis) dan *judicial review* (hak menguji secara hukum). *Political review* dan *judicial review* sebenarnya merupakan salah satu bagian dari suatu kesatuan yang lebih besar, yaitu demi keadilan konstitusioanl, dimana warga negara dapat

⁵¹ C. F. Strong., *Modern Political Constitutions*, London, Sidgwich & Jackson Limited. 1996. hal. 20

mempercai pemerintahannya untuk melindungi hak-hak yang tidak boleh dilanggar.⁵²

Pada kenyataannya, di beberapa negara antara *political review* dengan *judicial review*⁵³ sering terjadi pertentangan berkait dengan fungsi dan kelembagaan—terutama negara yang menganut ajaran trias politica—antara legislatif dan yudisial, antara undang-undang dengan keputusan hakim. *Judicial Review* dipandang sebagai salah satu metode yang dapat digunakan untuk membuat agar tindakan-tindakan yang dilakukan oleh negara tunduk pada prinsip-prinsip konstitusionalisme yang menekankan bahwa konstitusi memiliki supremasi atas peraturan biasa yang ada di bawahnya.

Di Amerika Serikat, Konstitusi itu harus menjadi hukum dan peraturan tertinggi di negara, dan hakim-hakim di semua negara bagian harus tunduk dan terikat kepadanya, sehingga di satu sisi pasal-pasal dalam suatu undang-undang merupakan sumber dari supremasi konstitusi. Sedangkan disisi lain, pasal-pasal dalam suatu undang-undang memberi tugas dan kekuasaan kepada lembaga yudisial untuk mengabaikan hukum-hukum atau peraturan-peraturan yang bertentangan dengan konstitusi. Namun demikian, sebenarnya menurut Mauro Cappelletti dan William Cohen yang dikutip oleh Abdul T. Rasyid, *political review* lebih tepat disebut hak menguji formal dan *judicial review* disebut hak menguji materiil, keduanya demi *constitutional justice* (keadilan konstitusioanl).⁵⁴

⁵² Jimly Asshiddiqie, Mahkamah Konstitusi RI, Makalah disampaikan dalam seminar " Sistem Pemerintahan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945" , di Surabaya pada tanggal 9-10 Juni 2004, hal. 4

⁵³ Jimly, *Ibid*, hal. 4

⁵⁴ Abdul T. Rasyid., op cit., hal 182

Lain lagi dengan Sri Soemantri M, menurutnya yang dimaksud dengan hak menguji formal ini adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang misalnya terjelma melalui cara-cara (*prosedure*) sebagaimana telah ditentukan atau diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku ataukah tidak.⁵⁵

Artinya, yang dinilai atau diuji oleh hak uji formal adalah tata cara (*procedure*) pembentukan suatu undang-undang, apakah sesuai ataukah tidak dengan apa yang telah ditentukan/digariskan dalam peraturan perundang-undangan. Sebagai contoh adalah tatacara (*procedure*) pembentukan Undang-Undang di Indonesia berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945.

Sementara Hak Uji Materiil menurut Sri Soemantri M,⁵⁶ adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai, apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu (*verordenende macht*) berhak mengeluarkan suatu pearaturan tertentu.

Jadi hak uji materiil ini berkenaan dengan isi dari suatu peraturan dalam hubungannya dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya. Apabila suatu undang-undang dilihat dari isinya bertentangan dengan undang-undang dasar, maka undang-undang tersebut harus dinyatakan tidak mempunyai daya mengikat.

Di negara-negara tertentu, misalnya Prancis, *political review* dilaksanakan secara terpisah atau berbeda dengan *judicial review*. Di dalam sistem *political*

⁵⁵ Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung 1997, hal. 6

⁵⁶ Sri Soemantri, *ibid*, hal 11

review pengawasan atau kontrol tidak dilakukan sesudah berlakunya suatu aturan hukum, melainkan lebih bersifat preventif, yaitu dilakukan sebelum suatu aturan hukum mulai diberlakukan dalam suatu negara. Misalnya, dengan cara konsultasi, membuka opini publik di pers. Namun, konsultasi dan opini publik itu tidak memiliki kekuatan mengikat terhadap legislatif dan eksekutif.

Sementara itu, ada pula negara yang menerapkan *political review* secara tidak langsung, tetapi dilakukan secara formal dan termuat dalam konstitusinya, yaitu dengan cara mempersulit atau menghambat lembaga legislatif untuk melakukan perubahan, misalnya Amerika Serikat dan Indonesia.

Memasuki abad XVIII dan abad XIX, banyak negara melakukan kombinasi menerapkan *Political Review* bersamaan dengan *Judicial Review* misalnya kontrol yang dilakukan oleh pemerintah pusat terhadap pemerintah daerah, kontrol yang dilakukan oleh Presiden, dimana Presiden sebagai pelaksana suatu undang-undang yang telah disetujui oleh parlemen (DPR), namun di sisi lain Presiden juga memiliki kewenangan dan kekuasaan untuk tidak melaksanakan suatu undang-undang, misalnya Amerika Serikat dan Italia (Pasal 127 paras 1-3 Konstitusi Italia), atau Presiden yang telah menyetujui suatu rancangan undang-undang, tetapi tidak mau mensahkan suatu undang-undang (pasal 20 ayat (5) UUD 1945 perubahan ke-IV). Disinilah terlihat adanya potensi konflik kompetensi antar wewenang lembaga negara, sehingga mendorong diterapkannya *Judicial Review* yang dijalankan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, misalnya Mahkamah Konstitusi yang memiliki kewenangan tertinggi untuk menguji peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan UUD dan Mahkamah

Agung mempunyai hak menguji terhadap peraturan perundang-undangan yang derajatnya di bawah undang-undangan.⁵⁷

Judicial Review sebenarnya merupakan kewenangan yang diberikan ke badan peradilan untuk menguji apakah suatu perbuatan tidak bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi (*higher law*). Kewenangan itu diberikan agar peraturan yang dibuat oleh lembaga legislatif dan eksekutif sesuai dengan peraturan yang lebih tinggi dan peraturan yang sederajat tidak saling bertentangan.

Menurut Rasyid T., Secara historis, *Judicial Review* berasal dari negara eropa dan Amerika Serikat yaitu akibat tidak terlindunginya hak asasi manusia—*natural justice*—dari tindakan sewenang-wenang negara (raja). Hukum hanya dijadikan alat untuk mempertahankan kehendak kekuasaan, sehingga banyak hak-hak rakyat tidak terlindungi serta tidak adanya kebebasan untuk mengembangkan pikiran yang demokratis.⁵⁸

Pasca revolusi Perancis, kewenangan negara dibatasi melalui ajaran pemisahan kekuasaan yang dikembangkan oleh Jhon Locke dan Montesquieu, walaupun dalam perkembangannya yang diperaktekkan di negara Eropa mengalami perbedaan dalam negara yang menganut *civil law* maupun *common law*.

Negara yang menganut *civil law*, *judicial review* diserahkan kepada satu lembaga tertinggi saja yang terkenal dengan *Constitutional Court* atau Mahkamah Konstitusi. Oleh karena itu tata cara pengujian dilakukan oleh satu Mahkamah

⁵⁷ Rasyid T., op cit, hal 180

⁵⁸ Rasyid T., ibid, hal. 184

saja, maka sistem tersebut dikenal dengan “sentralisasi”, sedangkan metode pengujiannya disebut “*parincipaliter*”.⁵⁹

Di beberapa negara lainnya yang menganut sistem *common Law*, *judicial review* diberikan kepada para hakim yang bertugas untuk menguji apakah peraturan yang dipermasalahkan dalam kasus yang sedang diperiksa bertentangan dengan konstitusi. Oleh karena prosedur pengujian tersebut dapat dilakukan oleh para hakim dalam pemeriksaan perkara secara konkrit, maka sistem tersebut disebut sistem “desentralisasi”, dan metode pengujiannya disebut *incidenter*.⁶⁰ Atas putusan hakim itu dapat dimintakan banding kasasi ke pengadilan tertinggi di negara tersebut, yaitu Mahkamah Agung (*Supreme Court*).

Perancis yang mengikuti sistem sentralisasi, mendirikan Mahkamah Konstitusi yang disebut *Conseil Constitutionel* dan dalam perkembangan kemudian berubah menjadi Dewan Konstitusi yang merupakan badan yang dapat mengontrol tindakan parlemen. Sistem ini di ikuti oleh negara Austria pada tahun 1920 sampai tahun 1926 yang termuat dalam UUD Austria tanggal 1 Oktober 1920 yang terkenal dengan nama “*Oktoberverfassung*” yang disusun oleh Hans Kelsen.

Berbeda dengan Perancis, Amerika Serikat kewenangan untuk menentukan apakah undang-undang bertentangan dengan UUD dilaksanakan oleh para hakim melalui pemeriksaan perkara di pengadilan. Menurut Paulus Effendi Lotulung, dasar pemberian kewenangan Hak Menguji kepada para hakim (desentralisasi)

⁵⁹ Paulus Effendi Lotulung., *Analisa dan Evaluasi Hukum Tentang Wewenang Mahkamah Agung Dalam Melaksanakan Hak Uji Materiil (Judicial Review)*., Badan Pembinaan Hukum Nasional. Jakarta, 1999/2000. hal. 19

⁶⁰ Lotulung, *ibid*, hal. 19

melalui perkara di pengadilan yang diterapkan di Amerika Serikat yang disebut

“*American System of Control*” adalah:

1. Fungsi dari semua hakim ialah untuk menafsir undang-undang, agar diterapkan sesuai dengan kasus konkrit yang diterimanya.
2. Salah satu prinsip hukum yang harus diterapkan ialah bahwa apabila dua undang-undang bertentangan satu sama lainnya, maka harus melaksanakan salah satu yang dianggap paling utama.
3. Dalam hal kedua undang-undang itu mempunyai tingkatan yang sama, maka diterapkan kriteria “*lex posterior derogat legi priori*”, dan “*lex specialis derogat legi generali*”, dan lain-lain.
4. Kriteria tersebut tidak berlaku apabila pertentangan itu antara peraturan perundang-undangan yang berbeda tingkatannya. Dalam hal ini diperlakukan kriteria “*lex superior derogat legi inferior*”⁶¹

Kerangka dasar pemberian kewenangan Hak Menguji kepada satu badan pengadilan saja yang disebut sistem sentralisasi, adalah:

1. Sistem sentralisasi di dasarkan pada doktrin pemisahan kekuasaan yang tegas dan penghormatan atas supremasi hukum seperti yang dianjurkan oleh Montesquieu dan Rosseau, yang mengkhawatirkan tindakan peradilan yang tidak demokratis, dan bahwa pernyataan hakim yang dapat membatalkan suatu undang-undang adalah suatu tindakan politis (*encoachment*) kekuasaan eksklusif dari badan legislatif untuk membuat undang-undang, sehingga menolak pemberian kewenangan hak menguji kepada peradilan umum, tetapi perlu dibentuk peradilan khusus, yaitu Mahkamah Konstitusi.....;
2. Sistem desentralisasi hanya cocok diperlakukan pada negara-negara yang mengikuti sistem “*stare decisis*”....Hal mana disebabkan oleh karena putusan hakim yang menyatakan suatu undang-undang tidak berlaku dalam kasus yang ia hadapi, hanya mempunyai akibat hukum pada pihak yang berperkara saja, sedangkan undang-undang itu sendiri tetap berlaku, hal mana menyebabkan orang lain yang mempunyai kasus yang sama harus mengajukan gugatan tersendiri lagi.
3. Sistem sentralisasi tidak tepat diterapkan pada negara-negara yang menganut civil law karena hakim karier tidak punya pengetahuan yang cukup untuk menjadi law-maker.⁶²

Mahkamah Agung Amerika Serikat tidak dapat disamakan dengan *constitutional court* oleh karena mahkamah ini juga mempunyai kewenangan

⁶¹ Lotulung, *Ibid*, hal. 21

⁶² Lotulung, *Ibid*, hal. 23-24

sebagai pengadilan tingkat banding bagi perkara-perkara tertentu, sedangkan Mahkamah Konstitusi hanya menangani masalah pelanggaran terhadap Konstitusi atau Undang-Undang Dasar.⁶³

Pembentukan Mahkamah Konstitusi atau lembaga yang menjalankan fungsi sebagai atau seperti Mahkamah Konstitusi adalah Mahkamah Agung, pada perinsipnya dapat dibedakan dalam tiga kelompok, yaitu: 1) Negara yang mengikuti pola Jerman, yaitu membentuk Mahkamah Konstitusi di samping Mahkamah Agung. 2) Negara yang mengikuti pola Perancis yang tidak menyebutkan dengan istilah "*Court*" (pengadilan) melainkan hanya Dewan, yaitu "*Counseil Constitutionnel*" (*Constitutional Council*). Aljazair mengikuti istilah Perancis; 3) Negara yang mengikuti pola Belgia, yaitu "*Constitutional Arbitrage*" (Arbitrasi Konstitusional).⁶⁴

Selain tiga bentuk diatas, ada juga negara yang mengikuti pola Amerika dimana fungsi Mahkamah Konstitusi dijalankan oleh mahkamah Agung, misalnya Filipina mengikuti pola Amerika Serikat, dan ada pula pola negara yang menganut sistem Supremasi Parlemen, misalnya Uni Sovyet (sebelum bubar) dan Indonesia berdasarkan ketetapan MPR No. VII tahun 1973 dan ketetapan MPR No. III tahun 1978 (sebelum amandemen UUD 1945) serta ketetapan MPR No. III tahun 2000. dalam pola ini, fungsi Mahkamah Konstitusi itu dijalankan oleh lembaga perwakilan rakyat yang tertinggi, sebab Mahkamah Konstitusi tidak dapat melakukan Hak Menguji atas pekerjaan dari lembaga pembuat undang-undang

⁶³ Lotulung, *ibid*, hal. 3

⁶⁴ Lotulung, *ibid*, hal. 4

kecuali oleh lembaga itu sendiri, konsep pemikirannya adalah karena tidak dianutnya paham pemisahan kekuasaan, melainkan pembagian kekuasaan secara vertikal.⁶⁵

Sebelum menguraikan lebih mendalam tentang wewenang Mahkamah Konstitusi dalam bab ini akan diuraikan wewenang Hak Menguji Mahkamah Konstitusi di beberapa negara

A. Wewenang Dewan Konstitusi di Perancis

Hak Menguji yang dianut dalam suatu negara tidak terlepas dari konsep hukum yang dianutnya. Konsep negara hukum (*rechtsstaat*) bertumpuk atas sistem hukum kontinental yang disebut *civil law* atau *modern common law*, sedangkan konsep negara hukum (*the rule of law*) bertumpu atas sistem hukum yang disebut *common law*. Karakteristik *civil law* adalah administratif, sedangkan karakteristik *common law* adalah *judicial*⁶⁶. Perbedaan karakteristik itu disebabkan perbedaan latar belakang sejarah. Konsep *rechtsstaat* lahir dari perjuangan menentang *absolutisme* sehingga sifatnya revolusioner, sebaliknya konsep *the rule of law* berkembang secara evolusioner.

Negara Perancis menganut karakteristik *civil law*, dimana peranan administrasi negara dominan. Tidaklah mengherankan dalam sistem kontinental

⁶⁵ Lotulung, *ibid*, hal. 4

⁶⁶ Philipus M. Hadjon., *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya Oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*, Bina Ilmu. Surabaya. Hal. 72

muncul cabang hukum yang disebutkan *droit administratif* yang intinya hubungan antara administrasi negara dengan rakyat.⁶⁷

Mahkamah Konstitusi di Perancis dikenal dengan *De Councel Constitutionel* (Dewan Konstitusi). Dewan Konstitusi tidak bisa disamakan dengan Mahkamah Konstitusi, sebab menurut Paulus Effendy Lotulung, Dewan Konstitusi merupakan suatu badan yang anggotanya bukan terdiri dari hakim-hakim karier, tetapi terdiri dari tiga orang mantan politisi, tiga orang dari perguruan tinggi dan tiga orang mantan Presiden yang masing-masing memiliki masa kerja selama sembilan tahun. Tugas dan wewenang Dewan Konstitusi tidak hanya terbatas pada pemeriksaan atau penilaian (pengujian) undang-undang organik yang belum diundangkan, melainkan juga termasuk memeriksa atau menilai (menguji) tata tertib Majelis Nasional dan Senat.⁶⁸

Menurut Philipus M. Hadjon, Dewan Konstitusi di Perancis, tugas dan wewenangnya ditekankan pada fungsi pengawasan (pengujian) preventif, misalnya pengujian terhadap undang-undang dimungkinkan kalau undang-undang tersebut belum diundangkan, pengujian terhadap Perjanjian Internasional dimungkinkan kalau belum diratifikasi, dan beberapa tugas lainnya, misalnya

⁶⁷ Bandingkan dengan pasal 1 ayat (2) UUDS 1950 dimana kedaulatan ada ditangan rakyat dan dilakukan oleh Pemerintah bersama-sama DPR, Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 1945 (sebelum amandemen) kedaulatan berada ditangan rakyat dilakukan sepenuhnya oleh MPR, Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 (pasca amandemen) kedaulatan berada ditangan rakyat dan dilaksanakan menurut UUD.

⁶⁸ Paulus Effendy Lotulung., *Merambah Jalan Pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia.*, Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN). 2002.hal. 3

pengawasan penggunaan wewenang lembaga negara. Hal tersebut diatur dalam pasal 58 sampai dengan pasal 63 Konstitusi tahun 1958.⁶⁹

Menurut Sri Soemantri, tugas dan wewenang yang sangat prinsipil Dewan Konstitusi adalah yang diatur dalam pasal 61 Konstitusi 1958, yaitu:

- Pertama, Sebelum suatu undang-undang organik diundangkan, harus terlebih dahulu disampaikan kepada Dewan Konstitusi untuk diadakan pemeriksaan atau pengujian serta ditetapkan apakah bertentangan atau tidak dengan UUD.
- Kedua, Sebelum peraturan tata tertib Majelis Nasional dan Senat diterapkan/dilaksanakan, harus terlebih dahulu disampaikan kepada Dewan Konstitusi untuk diperiksa atau diuji serta ditetapkan, apakah bertentangan atau tidak dengan UUD;
- Ketiga, Presiden, Ketua Majelis Nasional, Ketua Senat atau 60 (enam puluh) orang anggota Senat, dapat menyampaikan kepada Dewan Konstitusi undang-undang biasa (bukan organik) untuk diperiksa atau diuji serta ditetapkan apakah bertentangan atau tidak dengan UUD;
- Keempat, Dalam hal-hal tersebut di atas, Dewan Konstitusi harus membuat keputusan dalam waktu satu bulan. Sekalipun demikian, pemerintah karena alasan yang mendesak, waktu satu bulan itu dapat dipersingkat (dikurangi) menjadi 8 (delapan) hari;
- Kelima, Penyampaian hal-hal di atas kepada Dewan Konstitusi akan menunda batas waktu pengundangan.⁷⁰

Kalau kita amati ketentuan diatas, ternyata tugas dan wewenang Dewan Konstitusi tidak hanya terbatas pada pemeriksaan atau penilaian (pengujian) undang-undang organik yang belum diundangkan, melainkan termasuk memeriksa atau menilai (menguji) tata tertib "*Assembly National*" (Majelis Nasional dan Senat) kalau di Indonesia adalah MPR dan DPR, Perjanjian-Perjanjian Internasional. Undang-undang organik yang belum diundangkan oleh

⁶⁹ Philipus M. Hadjon., Pokok-Pokok Pikiran Tentang Jenjang/Tingkatan Aturan Hukum (tertulis) (*the Hierarchy of Written rules*)., Bahan Kuliah Fak. Hukum Universitas Airlangga., tanpa tahun. hal. 3

⁷⁰ Sri Soemantri, op cit, hal 41

Perdana Menteri wajib terlebih dahulu diserahkan kepada mahkamah Konstitusi untuk dikaji.

Apabila setelah dikaji/diperiksa memang terdapat hal-hal yang bertentangan dengan UUD maka undang-undang atau peraturan tata tertib yang bersangkutan tidak dapat diundangkan atau diberlakukan. Dalam hal suatu Perjanjian Internasional mengandung hal yang tidak sesuai dengan UUD, maka ratifikasi tidak dapat dilakukan kecuali kalau UUD dirubah. Dalam melakukan pengkajian yang dijadikan acuan atau tolok ukur adalah Konstitusi, dan yang dimaksud dengan Konstitusi adalah selain UUD juga *preambul* (termasuk Deklarasi tahun 1789, *Preambul* tahun 1946) dan asas-asas fundamental yang diakui oleh perundang-undangan dari Republik Ke-III dan Ke-IV.

Khusus terhadap penilaian atau pengujian undang-undang organik yang sudah disahkan (oleh badan legislatif) tetapi belum diundangkan, lepas dari pandangan bahwa wewenang semacam ini dianggap sebagai suatu kekurangan karena tidak dapat menguji undang-undang yang sudah diundangkan, maka tindakan yang bersifat preventif ini mengandung segi positif. Sebab, kemungkinan timbulnya resiko atau dampak yang tidak diinginkan akan dapat dihindari, karena undang-undang itu belum dilaksanakan (belum diundangkan), yang berarti belum mempunyai akibat hukum yang mengikat).

Di samping Mahkamah Konstitusi, Perancis masih mempunyai lembaga peradilan khusus lain yaitu "*Houte Cour de Justice*," yaitu badan peradilan yang tugasnya untuk memeriksa dan mengadili perkara tindak pidana tertentu, yaitu perkara "*houte traison*" (penghianatan besar) yang dilakukan oleh Presiden,

tindak pidana jabatan yang dilakukan oleh pejabat pemerintah dan para kelompoknya. Badan ini terdiri dari 24 anggota, 12 anggota dipilih oleh dan dari anggota "*Assemblée*" (kamar kedua parlemen) dan 12 lagi oleh dan dari anggota Senat. Proses pemeriksaan baru dapat dimulai apabila keputusan dari kedua kamar parlemen membuat keputusan yang sama, yang diambil dengan mayoritas dari jumlah anggota, dan menjadikan Presiden atau menteri yang tersangka menjadi terdakwa. Putusan dari *Houte Cour de Justice* adalah final, terhadapnya tidak terbuka kesempatan untuk naik banding atau kasasi.⁷¹

Adapun mereka yang dapat atau berhak mengajukan tuntutan atau permintaan agar suatu peraturan perundang-undangan atau tindakan pemerintah dibatalkan dengan alasan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar atau suatu peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, atau *standing* untuk menuntut (*standing to sue*) hingga tahun 1974, menurut Pasal 61 amandemen UUD 1958 (di amandemen tahun 1974) adalah seorang dari pejabat negara yang meminta, meliputi:

- 1) Presiden
- 2) Perdana Menteri;
- 3) Ketua Majelis Nasional atau;
- 4) Ketua Senat
- 5) Sekurang-kurangnya 60 (enam puluh) anggota Majelis Nasional atau 60 (enam puluh) anggota senat⁷².

Adapun struktur organisasi dari keanggotaan Dewan Konstitusi terdiri dari sembilan orang, ditambah dengan semua mantan Presiden (yang masih hidup)

⁷¹ Rasyid, op cit, hal 191

⁷² Sri Soemantri, op cit, hal. 43

sebagai anggota *ex officio* (Pasal 56 konstitusi 1958). Pengisian keanggotaan Dewan Konstitusi dilakukan dengan cara dan oleh:⁷³

- 1) Tiga orang diangkat oleh Presiden;
- 2) Tiga orang diangkat oleh Ketua *Assemblée National* (Majelis Nasional); dan
- 3) Tiga orang diangkat oleh Ketua Senat.

Keanggotaan mantan Presiden adalah jabatan seumur hidup, sedangkan masa jabatan 9 anggota di atas adalah 9 tahun dan sesudahnya tidak dapat dipilih kembali. Pemberhentian dan berakhirnya masa keanggotaan 9 orang itu tidak dilakukan serempak pada waktu yang bersamaan, melainkan 1/3 (sepertiga) dari padanya (3 orang) berhenti tiap 3 tahun sekali, artinya setiap tiga tahun akan ada tiga orang baru yang menggantikan 3 orang anggota yang berhenti.

Dewan Konstitusi dipimpin oleh seorang ketua yang diangkat oleh Presiden. Dalam mengambil keputusan, ketua hanya mempunyai hak suara apabila suara sama kuat (pasal 56), dan anggota Dewan Konstitusi dilarang merangkap jabatan Menteri, anggota parlemen, maupun jabatan lainnya yang diatur dalam undang-undang organik.

Dewan Konstitusi bukan merupakan lembaga yudisial (*yudicial*), tetapi ia berfungsi sebagai lembaga penjamin konstitusi dan bertugas untuk mengawal isi Undang-undang Dasar baik yang menyangkut tentang hak-hak maupun lembaga-lembaga negara yang ada, sehingga cara yang dipakai untuk menilai dan menguji suatu masalah tidak mempergunakan tolok ukur politik, tetapi tolok ukur hukum. Putusan Dewan Konstitusi tidak bersifat dan tidak pula berdasarkan pada

⁷³ Rasyid, *op cit*, hal 191

pertimbangan politik, melainkan didasarkan dengan kaidah-kaidah hukum yang terdapat dalam konstitusi itu sehingga putusan itu bersifat putusan hukum.⁷⁴

B. Wewenang Mahkamah Konstitusi di Thailand

Walaupun negara Thailand merupakan negara Kerajaan yang tidak pernah mengalami penjajahan, tetapi dalam perkembangan demokrasi dan sistem pemerintahannya juga membutuhkan Mahkamah Konstitusi. Menurut Amara Raksasataya (hakim Mahkamah Konstitusi Thailand), Konstitusi Thailand tahun 1997 terjadi perombakan struktur sistem ketatanegaraan Thailand, antara lain⁷⁵:

- (1) Sistem peradilan paralel menggantikan sistem peradilan tunggal dengan menambahkan Mahkamah Konstitusi dan Peradilan Administrasi.
- (2) Sistem peradilan yang baru merupakan sistem yang independen dari cabang eksekutif sehingga kementerian kehakiman yang dulunya mengatur semua peradilan dalam cabang eksekutif kini merupakan kementerian yang bertanggungjawab atas administrasi badan-badan yang berhubungan dengan proses yudikatif seperti kepolisian nasional, Kejaksaan Agung, departemen koreksi, kantor pelaksana keputusan pengadilan, departemen rehabilitasi pemuda. Ketiga badan yang pertama sedang dalam proses transfer dari kantor menteri pemuda ke kementerian dalam negeri;
- (3) Komisi personalia yudikatif telah diperbaiki untuk memastikan independensi para hakim, kini dihubungkan dengan parlemen sebagai perwakilan rakyat;
- (4) Mahkamah Konstitusi menggantikan Komite Konstitusi;
- (5) Dengan sistem peradilan paralel, sebuah dewan dibentuk untuk menentukan perbedaan yuridiksi;
- (6) Telah dibentuk divisi dalam Mahkamah Konstitusi untuk memutuskan kasus yang berkaitan dengan pelanggaran kriminal yang dilakukan oleh politisi.

Pasal 27 Konstitusi Thailand menentukan :

“Rights and liberties recognised by this Constitution expressly, by implication or by decisions of the Constitutional Court shall be protected and directly binding on the national Assembly, the Council of Ministers, Court and other State organ in enacting, applying and interpreting laws (semua hak dan kebebasan yang diakui dalam konstitusi, baik secara eksplisit maupun implisit (by implication) serta keputusan-keputusan yang dibuat oleh Mahkamah Konstitusi

⁷⁴ Sri Soemantri, op cit, hal. 45

⁷⁵ Amara Raksasataya., *Juridiksi Mahkamah Konstitusi Thailand.*, Makalah, 19-23 Maret 2002. hal. 1

harus dilindungi dan secara langsung berlaku mengikat Majelis Nasional, Dewan Menteri, Pengadilan dan organ-organ negara lainnya).”

Jadi, prinsip-prinsip hak asasi manusia dan kebebasan kemanusiaan serta segala putusan mahkamah Konstitusi berlaku dan mengikat, baik dalam rangka pembuatan peraturan, penerapan suatu peraturan maupun dalam rangka penafsiran suatu hukum atau perundang-undangan.

Mahkamah Konstitusi dimasukkan di dalam kekuasaan yudisial dan mempunyai wewenang untuk menguji.⁷⁶

- (1) Konstitusionalitas sebuah rancangan undang-undang, undang-undang, dekrit darurat kerajaan (Pasal 177, 198, 219, 262, dan 264);
- (2) Kualifikasi anggota parlemen, anggota senat, menteri, pejabat tinggi negara (Pasal 142, 180, 216 dan 295);
- (3) Kualifikasi dan legalitas partai politik beserta anggotanya (paragraf 3, Pasal 47, 63, 96 dan 118 ayat 8);
- (4) Fungsi dan otoritas badan konstitusional yang diatur dalam Pasal 266.
- (5) Inkonstitusional aturan prosedur parlemen, komisi pemberantasan korupsi, komisi pemilihan umum (Pasal 263, 321, 324 dan paragraf 2);
- (6) Menyelesaikan semua petisi yang diajukan oleh masyarakat, disamping ada lembaga lain, yaitu ombudsman.

Mahkamah Konstitusi terdiri dari 15 orang anggota, satu diantaranya menjadi Presiden (Ketua) yang diangkat atas Titah Raja setelah mendapat pertimbangan Senat. Ketua Mahkamah Konstitusi dipilih oleh dan dari anggota

⁷⁶ Sri Soemantri, op cit, hal. 49-51

Mahkamah Agung yang telah dipilih. Lima orang hakim di angkat dari hakim Mahkamah Agung yang dipilih dalam suatu sidang umum Mahkamah Agung yang bersifat rahasia. Dua orang hakim dipilih dari "*The Supreme Administrative Court*" dalam sidang umum "*the Supreme Administrative Court*" yang bersifat rahasia.

Lima orang hakim berasal dari ahli hukum, dan lima orang hakim lainnya diangkat dari orang yang ahli ilmu politik dan administasi yang direkomendasikan oleh senat. Masa jabatannya adalah sembilan tahun dan tidak dapat dipilih kembali, jika dalam masa jabatannya usianya mencapai 70 tahun, maka harus diberhentikan walaupun belum mencapai sembilan tahun.⁷⁷

Mahkamah Konstitusi bersifat independen, baik dari fungsi, tugas, maupun dalam menentukan personalia, anggaran dan perencanaan serta sistem administrasinya termasuk aturan prosedur Mahkamah Konstitusi yang telah dibuat pada tanggal 9 Juni 1998. dalam mengambil keputusan, Presiden—ketua hakim—mempunyai suara yang sama dengan anggota lainnya. Setiap hakim dalam mengambil keputusan harus mempersiapkan alasan setiap keputusannya dan dibacakan dihadapan Mahkamah sebelum pengambilan suara. Setelah pengambilan suara, setiap hakim harus menjelaskan dan menuliskan keputusannya secara lengkap untuk dipublikasikan di LK (Lembaran Kerajaan) bersama dengan keputusan Mahkamah Konstitusi, dan keputusan Mahkamah merupakan putusan final dan mengikat semua lembaga negara termasuk pengadilan.⁷⁸

⁷⁷ Sri Soemantri, op cit, hal. 49-51

C. Wewenang Mahkamah Konstitusi di Afrika Selatan

Konstitusi atau Undang-Undang Dasar di negara Afrika Selatan diakui sebagai "*Supreme Law*" (hukum tertinggi). Konstitusinya mengakui hak-hak dan kebebasan dasar manusia, dan keabsahannya mengikat seluruh organ negara, termasuk parlemen, presiden, kepolisian, angkatan bersenjata, pegawai dan pengadilan. Menurut Pasal 167 ayat (3) Mahkamah Konstitusi *is the highest court in all constitutional matters* (merupakan pengadilan tertinggi dalam perkara yang berkenaan dengan konstitusi)⁷⁹.

Lembaga yang mempunyai Hak Menguji terhadap perbuatan pemerintah di Afrika Selatan adalah Mahkamah Konstitusi. Kekuasaan Mahkamah Konstitusi antara lain : 1) Membatalkan tindakan pemerintah yang bertentangan dengan konstitusi; 2) Melakukan penafsiran terhadap konstitusi; 3) harus mempertimbangkan hukum International dalam memutus perkara khusus yang berkait dengan hak asasi manusia; 4) di Izinkan untuk mempertimbangkan hukum yang berlaku di negara lain yang demokratis sebagai rujukan dalam memutus perkara.⁸⁰

Selain mempunyai kekuasaan, Mahkamah Konstitusi juga mempunyai kewenangan untuk memutus perkara yang diatur dalam Pasal 167 ayat (4), yaitu:

- (1) Memutus sengketa antara lembaga negara pada tingkat nasional atau propinsi berkenaan dengan status konstitusional, kewenangan atau tugas dan fungsi lembaga-lembaga negara.
- (2) Memberi putusan atas konstitusional terhadap segala produk hukum parlemen atau peraturan propinsi.

⁷⁸ Sri Soemantri, op cit, 48-49

⁷⁹ Jimly Asshiddiqie., *Mahkamah Konstitusi di Berbagai Negara.*, Makalah disajikan dalam Seminar Nasional di Universitas Islam Indonesia. Yogyakarta. Hal. 9

⁸⁰ Jimly, Ibid, hal. 9

- (3) Memutus mengenai konstitusionalitas terhadap setiap perubahan undang-undang dasar.
- (4) Memutus atau menentukan bahwa parlemen atau presiden telah gagal memenuhi kewajiban konstitusionalnya.
- (5) Menyatakan berlakunya konstitusi propinsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 144
- (6) Memberi putusan akhir apakah suatu undang-undang produk parlemen, mengkonfirmasi atau menyatakan berlaku setiap perintah/putusan pembatalan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung, pengadilan tinggi atau pengadilan dengan kedudukan yang serupa, sebelum perintah itu diberlakukan⁸¹

Sedangkan wewenang Mahkamah Konstitusi dalam urusan menjaga konstitusi diatur dalam Pasal 172, yaitu sebagai berikut:

- (1) Harus menyatakan bahwa setiap undang-undang atau tindakan yang tidak konsisten atau bertentangan dengan konstitusi tidak berlaku sepanjang menyangkut hal-hal yang tidak konsisten tersebut.
- (2) Dapat mengeluarkan segala perintah yang adil dan berkeadilan, termasuk.
 - (a) Suatu perintah untuk membatasi efek berlaku surutnya suatu pernyataan pembatalan suatu peraturan.
 - (b) Suatu perintah penundaan pembatalan untuk suatu jangka waktu tertentu atau karena sesuatu keadaan, untuk memungkinkan aparaturnya yang berwenang mengoreksi kesalahan.⁸²

Setiap tuntutan perkara ke Mahkamah Konstitusi, harus dimulai dengan mengajukan ke pengadilan tinggi terlebih dahulu. Jadi tidak langsung kepada Mahkamah Konstitusi. Setiap orang warga negara, instansi publik, ataupun badan-badan swasta dapat mengajukan permohonan perkara yang menyangkut masalah-masalah konstitusi untuk diperiksa oleh pengadilan tinggi, dan kemudian ke Mahkamah Konstitusi sesuai tahapan dan prosedur yang berlaku.

Pengadilan tinggi memiliki kekuasaan untuk mengadili, termasuk untuk membatalkan peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh parlemen

⁸¹ Jimly, *Ibid*, hal. 10

⁸² Jimly, *Ibid*, hal. 10

pusat, ataupun parlemen daerah, melalui jalur sengketa yang sedang diadili. Jika pengadilan tinggi menetapkan pembatalan suatu peraturan, Mahkamah Konstitusi dimintakan konfirmasinya agar putusan pengadilan tinggi itu dapat berlaku atau dilaksanakan secara efektif. Sebaliknya, jika pengadilan tinggi tidak mensahkan suatu pembatalan itu, maka Mahkamah Konstitusi dapat diminta banding untuk memutuskannya pada tingkat yang tertinggi.

Kalau warga negara dan badan-badan swasta dapat mengajukan tuntutan atas perbuatan yang bertentangan dengan konstitusi melalui pengadilan tinggi, maka Majelis Nasional juga dapat mengajukan tuntutan langsung ke Mahkamah Konstitusi yang berkait dengan undang-undang yang bertentangan dengan undang-undang dasar tanpa melalui pengadilan tinggi. Dasarnya adalah pasal 80 berbunyi, sebagai berikut;

Ayat (1) :Bahwa anggota Majelis Nasional dapat meminta Mahkamah Konstitusi menyatakan suatu undang-undang sebagian atau seluruhnya bertentangan dengan konstitusi;

Ayat (2) :Harus didukung oleh sekurang-kurangnya sepertiga anggota Majelis; dan diajukan dalam waktu 30 hari sejak tanggal Presiden menerima dan menandatangani undang-undang dimaksud.⁸³

Mengenai struktur keanggotaan Hakim Mahkamah Konstitusi di atur dalam Pasal 167, yaitu terdiri dari sembilan orang hakim, seorang ketua dan seorang wakil ketua. Ketua dan wakil ketua diangkat oleh presiden selaku kepala pemerintahan setelah terlebih dahulu berkonsultasi dengan komisi judicial dan para ketua partai politik yang terwakili dalam keanggotaan majelis nasional.

⁸³ Sri Soemantri, *op cit*, hal. 42

Hakim Mahkamah Konstitusi diangkat oleh Presiden untuk masa waktu kerja lima tahun. Calon Hakim Mahkamah Konstitusi dipersiapkan terlebih dahulu oleh Komisi Pelayanan Judicial—mirip dengan Komisi Yudisial di Indonesia—dan setelah mendengar pendapat Ketua Mahkamah Konstitusi dan ketua partai politik yang terwakili di Majelis Nasional. Komposisi hakim mengharuskan adanya kaum wanita di dalamnya (Februari 1995 dari 11 orang hakim, 9 pria dan 2 wanita). Setiap persidangan suatu kasus dihadiri sekurang-kurangnya delapan orang hakim, dan dalam memutus suatu perkara harus diambil suara mayoritas.⁸⁴

D. Wewenang Mahkamah Konstitusi di Jerman⁸⁵

Di Republik Federal Jerman, sesuai dengan Konstitusinya, Mahkamah Konstitusi adalah satu-satunya badan perdilan yang berwenang menguji peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintah terhadap *basic law*. Mahkamah Konstitusi untuk pertama kali dibentuk pada tahun 1951. Dalam undang-undang pembentukannya dikatakan bahwa Mahkamah Konstitusi adalah Pengadilan Federal Otonom yang merdeka dari segala alat kelengkapan konstitusional yang lain. Tetapi di pihak lain, undang-undang ini menyatakan bahwa para hakim Mahkamah Konstitusi secara administrasi ada dibawah pengawasan Menteri Kehakiman Federal. Para hakim Mahkamah Konstitusi merasa keberatan atas pengawasan oleh Menteri Kehakiman tersebut. Mereka menuntut, antara lain dengan mengirimkan memorandum kepada Presiden, Bundestag, Bundesrat dan

⁸⁴ Sri Soemantri, *ibid*, hal. 43

⁸⁵ Sri Soemantri, *ibid*, hal. 44

Perdana Menteri yang antara lain:

“Kekebalan (immunity) dari pengawasan oleh Kementerian dan berpendapat bahwa kekuasaan untuk mengawasi (hakim-hakim Mahkamah Konstitusi) yang diberikan kepada Menteri Kehakiman bertentangan dengan *Basic Law*”

Lebih lanjut memorandum tersebut menyatakan:

“Bahwa Mahkamah Konstitusi adalah organ konstitusi tertinggi yang sederajat dengan kedudukan Bundestag, Bundesrat, Kanselir Federal dan Presiden Federal. Karena itu para Hakim Mahkamah Konstitusi bukanlah pegawai atau hakim biasa.”⁸⁶

Sama halnya dengan Kanselir, Presiden dan para anggota Parlemen, para hakim mempunyai tugas suci untuk memenuhi tujuan umumnya, bahkan sebenarnya mereka mempunyai tugas yang lebih besar, yaitu menjamin agar organ-organ konstitusi yang lain mematuhi batas-batas yang ditentukan oleh *Basic Law*. Pada saat yang sama, Mahkamah Konstitusi juga merupakan badan peradilan yang mempunyai fungsi menerapkan hukum.

Berdasarkan hal-hal di atas, memorandum berisi tuntutan agar Mahkamah Konstitusi memiliki otonomi dalam budget, mempunyai kekuasaan penuh atas administrasi intern, mengangkat, memberhentikan, mengawasi para panitera dan pegawai lainnya dan mengecualikan Hakim Mahkamah Konstitusi dari peraturan disiplin yang berlaku bagi hakim-hakim lain. Akhirnya pada sekitar tahun 1960, hampir semua tuntutan itu telah dipenuhi.⁸⁷

Dalam tulisan ini, perlu ditegaskan bahwa Mahkamah Konstitusi Federal Jerman bukan merupakan peradilan banding bagi badan peradilan yang lain. Demikian pula sebaliknya, putusan-putusan Mahkamah Konstitusi tidak

⁸⁶ Sri Soemantri, *ibid*, hal, 45

⁸⁷ Sri Soemantri, *ibid*, hal, 46

merupakan obyek yang dapat dibanding kepada badan peradilan lain. Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi tidak merupakan putusan tingkat pertama dan sekaligus terakhir. Tetapi dalam kedudukannya sebagai pelindung *Basic Law*, Mahkamah Konstitusi berada diatas alat kelengkapan negara yang lain, termasuk badan peradilan. Mahkamah Konstitusi dapat membatalkan putusan-putusan pengadilan yang bertentangan dengan *Basic Law*.

Mahkamah Konstitusi disusun dalam dua bagian yang disebut "Senat". Kedua "senat" tersebut, masing-masing disebut dengan Senat pertama dan Senat Kedua. Senat Pertama diketuai oleh Ketua Mahkamah, sementara Senat Kedua diketuai oleh Wakil Ketua, pada masing-masing Senat duduk 7 orang hakim anggota, sehingga secara keseluruhan, Mahkamah terdiri dari 16 (termasuk Ketua dan Wakil Ketua).⁸⁸

Kedua Senat ini terpisah satu sama lain, sehingga sebenarnya terdapat dua Mahkamah Konstitusi. Hakim-hakim secara khusus dipilih untuk salah satu Senat. Mereka yang menjadi anggota salah satu Senat, tidak diperkenankan bersidang untuk Senat yang lain.

Mengenai masalah pengangkatan, pasal 94 *Basic Law* Republik Federal Jerman mengatur bahwa hakim-hakim Mahkamah Konstitusi diangkat dari hakim-hakim federal dan yang bukan dari hakim-hakim federal.

Anggota-anggota yang bukan berasal dari hakim-hakim federal dapat diambil dari pejabat-pejabat bukan hakim, yaitu seperti; pengajar pada fakultas

⁸⁸ Sri Soemantri, *ibid*, hal, 47

hukum, pengacara, notaris atau mereka yang pernah menjadi anggota parlemen atau pejabat eksekutif.

Secara umum, tugas dan wewenang Mahkamah Konstitusi adalah:⁸⁹

- Membatasi kekuasaan organ-organ konstitusional lain dan membagi-bagi kekuasaan di antara organ-organ tersebut;
- Semacam badan “super parlemen” yang dapat menempatkan para legislator pada tempat yang tepat;
- Sebagai pelindung *Basic Law*.

Secara garis besar, menurut Baqir Manan, wewenang Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:⁹⁰

- 1) Memberi penafsiran atau interpretasi terhadap *Basic Law* jika terjadi sengketa mengenai luas lingkup hak-hak dan kewajiban organ tertinggi federal atau pihak-pihak lain baik berdasarkan *Basic Law* atau ketentuan-ketentuan yang dibuat organ tertinggi. Mahkamah Konstitusi akan memberikan putusan yang menafsirkan arti yang terkandung dalam *Basic Law*. Bisa juga disebut sengketa kewenangan yang bersifat vertikal (Pasal 93).
- 2) Memutuskan perselisihan melalui interpretasi terhadap adanya perbedaan pendapat mengenai hak dan kewajiban dari lembaga-lembaga tertinggi negara (federal), atau keraguan apakah undang-undang federal atau undang-undang negara bagian sesuai atau tidak dengan *Basic Law*, atau

⁸⁹ Rasyid, Op Cit, hal. 206

⁹⁰ Baqir Manan, *Perbandingan Hukum Tata Negara Dewan Konstitusi di Perancis dan Mahkamah Konstitusi di Jerman.*, Diktat bahan kuliah S3 UNPAD, Bandung, 1999, hal.38

- 3) Apakah undang-undang negara bagian sesuai atau tidak dengan undang-undang federal. Permintaan kepada Mahkamah Konstitusi dapat diajukan oleh Pemerintah Federal, Pemerintah Negara Bagian atau sepertiga anggota Bundestag (sengketa vertikal) (pasal 93).
- 4) Memeriksa dan memutus gugatan hukum dari warga negara bila terjadi pelanggaran terhadap "*Basic Law*" yang berkait hak asasi manusia.

"Pasal 18 berbunyi: Siapa saja yang menyalahgunakan kebebasan mengeluarkan pendapat khususnya kebebasan pers (paragraf 1 pasal 5), kebebasan mengajar (paragraf 3 pasal 5), kebebasan bermusyawarah (pasal 8), kebebasan berserikat (pasal 9), hak rahasia pribadi melalui pos dan telekomunikasi (pasal 10), properti (pasal 16), untuk menyerang aturan dasar demokratis yang bebas, akan dicabut/dirampas hak-hak asasinya. Perampasan/pencabutan hak-hak asasi itu dan sampai seberapa jauh, akan ditetapkan oleh Mahkamah Konstitusi Federal.

- 5) Memeriksa sengketa pengaduan yang diajukan oleh suatu pemerintah daerah jika terjadi pelanggaran terhadap hak otonominya, bisa disebut sengketa horisontal;
- 6) Larangan kepada partai politik atau partai terlarang (*das Parteiverbot*), perbuatan hakim yang melanggar *Basic Law*.
- 7) Menguji secara abstrakto (*Konkrete Normenkontrollverfahren*), artinya kemungkinan terjadi pelanggaran terhadap *Basic Law* oleh prosedur yang digunakan oleh seorang hakim dalam menerapkan suatu undang-undang negara bagian atas suatu sengketa. Pengajuan gugatan ini hanya bisa diajukan oleh hakim yang bersangkutan kepada Mahkamah Konstitusi, sedangkan

perkara dihentikan secara otomatis, sambil menunggu putusan Mahkamah Konstitusi. Proses ini disebut "*Praejudicial*"⁹¹(pasal 100).

- 8) Berwenang meminta pertanggungjawaban presiden atas tuduhan (*impeachment*) yang diajukan Bundestag atau Bundesrat bahwa Presiden telah sengaja melanggar UUD atau Undang-Undang Federal lainnya, termasuk kepada para hakim-hakim federal atas tuduhan melecehkan (*undermine*) prinsip-prinsip UUD atau tatanan Konstitusi negara bagian (pasal 61, 93, 94 dan 98).

Pasal 61 : Basic Law:

Ayat (1) Bundestag atau bundesrat bisa menuduh/menuntut Presiden Federal di depan Pengadilan Konstitusional Federal karena dengan sengaja telah melanggar UUD ini atau UU Federal yang lainnya. Mosi tuduhan/tuntutan ini harus diajukan oleh sekurang-kurangnya seperempat anggota Bundestag atau seperempat suara bundesrat. Keputusan mengenai tuduhan/tuntutan ini memerlukan persetujuan mayoritas 2/3 anggota Bundestag atau 2/3 suara Bundesrat. Tuduhan/tuntutan akan disampaikan oleh orang-orang yang diutus oleh dewan atau badan penuntut;

Ayat(2) Jika Pengadilan Konstitusioanl Federal menemukan bukti bahwa Presiden federal bersalah, dengan sengaja melakukan pelanggaran terhadap UUD ini atau UU federal lainnya, pengadilan konstitusioanl federal bisa memerintahkan Presiden federal meletakkan jabatannya. Setelah tuduhan/atau tuntutan tersebut Pengadilan Konstitusional Federal bisa mengeluarkan perintah sementara untuk melarang Presiden Federal menjalankan fungsinya.⁹²

Disamping wewenang yang bersifat umum, juga dalam hal-hal tertentu

Mahkamah Konstitusi mempunyai wewenang khusus dalam hal:

- 1) Bila tidak ada jalan lain yang mungkin ditempuh, maka semua warga

⁹¹ A. S. S. Tambunan., *Politik Hukum Berdasarkan UUD 1945.*, Puporis Publishers. Jakarta, 2002., hal. 245

⁹² Rasyid, op cit, 208

negara Jerman berhak menentang atau melawan orang atau orang-orang yang mencoba meniadakan atau menghapus ketentuan-ketentuan Konstitusi (pasal 20 ayat 4);

- 2) Ketentuan Konstitusional Lander (negara bagian) harus sesuai dengan prinsip pemerintahan republik, demokratis dan sosial berdasarkan *rule of law* dalam pengertian *Basic Law* ini. Dalam setiap Lander, distrik dan desa, rakyat diwakili oleh suatu badan yang dipilih secara umum, langsung, bebas, sama dan rahasia. Di desa-desa majelis desa dapat mengambil bentuk suatu badan yang dipilih.
- 3) Desa-desa dijamin hak untuk mengatur masalah-masalah rumah tangga mereka sesuai dengan ketentuan undang-undang. Perhimpunan desa-desa juga mempunyai hak mengatur dan mengurus diri sendiri sesuai dengan ketentuan undang-undang yang mengatur tentang fungsi-fungsi yang dibebankan kepadanya;
- 4) Federasi akan menjamin bahwa ketentuan konstitusional dari Lander sesuai dengan hak-hak dasar.
- 5) Berwenang mencabut kebebasan berbicara, kebebasan pers, kebebasan memilih dan dipilih, pendidikan, berpendapat atau yang bersifat perorangan atau individu yang bertentangan dengan prinsip demokrasi⁹³.

Berdasarkan fungsi umum tersebut, tugas dan wewenang Mahkamah Konstitusi dijabarkan sebagai mana diatur dalam ketentuan Pasal 93 *Basic Law* yaitu:

⁹³ Rasyid, *ibid*, 210

- 1) Memberikan penafsiran terhadap *Basic Law*, dalam hal terjadi perselisihan mengenai luas lingkup hak-hak dan kewajiban-kewajiban organ tertinggi Federal atau pihak-pihak lain baik berdasarkan *Basic Law* maupun ketentuan-ketentuan yang dibuat organ tertinggi Federal memiliki hak-hak dan kewajiban-kewajiban Mahkamah Konstitusi akan memberikan putusan yang menafsirkan arti yang terkandung dalam *Basic Law*.
- 2) Memberikan putusan dalam hal terdapat perbedaan pendapat atau keraguan, apakah undang-undang Federal atau undang-undang Negara Bagian sesuai atau tidak dengan *Basic Law*, atau apakah undang-undang negara bagian sesuai atau tidak dengan undang-undang Federal. Permintaan kepada Mahkamah Konstitusi dapat diajukan oleh Pemerintah Federal, Pemerintah Negara Bagian atau sepertiga dari anggota Bundestag;
- 3) Memberikan putusan apabila terjadi perbedaan pendapat mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban, khususnya mengenai pelaksanaan Undang-Undang Federal oleh Negara Bagian dan pelaksanaan pengawasan oleh pihak Federal.
- 4) Perselisihan-perselisihan lain yang bersangkutan dengan hukum publik antara pihak Federal dengan pihak Negara Bagian, antara Negara-Negara Bagian, atau antara suatu negara Bagian dengan bagiannya, kecuali kalau perselisihan itu menjadi kompetensi pengadilan;
- 5) Tuntutan konstitusional karena alasan bahwa hak-hak sebagaimana tercantum dalam pasal Pasal-pasal 20 ayat (4), 33, 38, 101, 103 dan 104 *Basic Law* telah dilanggar oleh penguasa;
- 6) Tuntutan oleh sekelompok atau perhimpunan berdasarkan alasan hak-hak mengatur diri sendiri menurut Pasal 28 telah didengar oleh suatu UU yang bukan UU Negara Bagian;
- 7) Kasus-kasus lain sebagaimana ditetapkan dalam *Basic Law*.⁹⁴

E. Wewenang Mahkamah Konstitusi di Korea (Selatan)⁹⁵

Negara Korea didirikan pada tahun 1948, berbentuk Republik Korea dan mempunyai Konstitusi (UUD) tahun 1948 (dalam tulisan ini yang dimaksudkan Korea adalah Korea Selatan). Konstitusi Korea telah mengalami amandemen sebanyak sembilan kali hingga pada tahun 1987 amandemen ke-9 dilakukan karena tuntutan gelombang demokratisasi rakyat yang menuntut perlunya; 1) Demokratisasi dan mengganti rezim otoriter; 2) Perlunya perlindungan hak asasi

⁹⁴ Sri Soemantri, op cit, hal. 51

⁹⁵ Jimly Asshiddiqie, *Merambah Jalan Pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, Editor; Firmansyah Arifin dan Julius Wardi, Penerbit, KRHN, 2003, ha. 10

manusia; 3) Pemilihan presiden secara langsung oleh rakyat; 4) Perlu adanya *Counstitutional Court Act* (Mahkamah Konstitusi) dibentuk dan dimuat dalam konstitusi. Sehingga pada tanggal 29 Oktober 1997 Konstitusi baru disahkan melalui proses amandemen, dan *Constitutional Court Act* (Mahkamah Konstitusi) diundangkan dengan undang-undang No. 4017 pada tanggal 15 Agustus 1988 dan mulai berlaku pada tanggal 1 september 1988.⁹⁶

Dalam Konstitusi Korea, kewenangan Mahkamah Konstitusi diatur dalam pasal 111 ayat (1) *The Constitutional of Korea* (Konstitusi Korea) dan Pasal 41 *Constitutional Court Act* (Undang-Undang Mahkamah Konstitusi), akan dijelaskan sebagai berikut:⁹⁷

1) Memeriksa Konstitusionalitas Suatu Peraturan Perundang-Undangan.

Di dalam Pasal 111 ayat (1) sub 1, ditegaskan: *The constitutionality of law upon the request of the court* (mengkaji konstitusionalitas suatu peraturan perundang-undangan yang diajukan oleh pengadilan biasa atau tingkat pertama) dan dijabarkan dalam Pasal 41 *Constitutional Court Act* (Undang-Undang Mahkamah Konstitusi). Tetapi keputusan final mengenai perkara yang terkait dengan itu tetap ada di tangan Mahkamah Agung sebagaimana ditentukan Pasal 107 ayat (1) Konstitusi Korea, yaitu "*when the constitutionality of a law is at issue in trial, the court requests a decision of the Constitutional court, and judge according to the decision thereof* (Jika dalam persidangan di pengadilan biasa muncul persoalan berkenaan dengan konstitusional suatu undang-undang, maka

⁹⁶ Rasyid, Op Cit, hal. 212

⁹⁷ Jimly. Op Cit., hal.11

majelis hakim yang bersangkutan dapat mengajukan permohonan *judicial review* kepada Mahkamah Konstitusi untuk memutuskannya). Putusan Mahkamah Konstitusi disampaikan lagi kepada majelis hakim yang bersangkutan untuk memutuskan perkara yang bersangkutan. Dengan demikian permohonan *judicial review* atas materi Undang-Undang hanya dilakukan atas permintaan pengadilan.

Ketentuan di atas, memperlihatkan bahwa Mahkamah Konstitusi mempunyai model sistem untuk mengontrol norma-norma konkrit dari suatu konstitusi, artinya jika suatu Undang-Undang dipersoalkan oleh orang yang sedang berperkara di pengadilan biasa, maka pengadilan dapat mengajukan keabsahan dari Undang-Undang tersebut, baik secara keseluruhan dari Undang-Undang itu, ataupun hanya sebagian atau beberapa pasal saja dari isi Undang-Undang itu ke Mahkamah Konstitusi. Pengajuan itu harus dilakukan oleh pengadilan biasa, atau bersifat kewajiban bagi pengadilan untuk mengajukan ke Mahkamah Konstitusi, bukan para pihak atau salah satu pihak. Artinya pengadilan harus bersifat aktif, bukan pasif seperti pernah berlaku sebelum di bentuknya Mahkamah Konstitusi tahun 1988.

Konstitusi Korea telah membagi tugas dan wewenang antara Mahkamah Konstitusi dengan pengadilan biasa (Negeri). Hak Menguji peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh sekelompok orang atau masyarakat, atau di Korea disebut (*petitioner*) diperiksa oleh Pengadilan Biasa (Pasal 107 ayat 1), sedangkan Hak Menguji peraturan perundang-undangan yang melanggar hak-hak individu merupakan wewenang Mahkamah Konstitusi, sehingga Mahkamah Konstitusi

Korea bertujuan untuk menegakkan konstitusi dan melindungi hak-hak dasar masyarakat.

Pemisahan secara formal tugas dan wewenang itu dalam praktek sering menimbulkan perselisihan yurisdiksi, misalnya jika Mahkamah Konstitusi memutus ketidakabsahan suatu peraturan perundang-undangan yang diajukan oleh seseorang melalui sengketa di pengadilan, tetapi putusan itu menimbulkan kerugian terhadap hak-hak masyarakat secara umum, dimana menjadi wewenang Pengadilan Biasa.

Jika perselisihan itu terjadi, maka secara materiil kekuasaan yang dilaksanakan oleh Pengadilan Biasa untuk memeriksa keabsahan suatu peraturan perundang-undangan harus dilakukan dan diajukan oleh pengadilan biasa ke Mahkamah Konstitusi melalui hukum acara khusus, sedangkan pokok sengketanya dihentikan terlebih dahulu sambil menunggu putusan Mahkamah Konstitusi. Konsekwensi ini diambil oleh pengadilan biasa dengan tujuan: 1) Untuk menghentikan kegiatan pengadilan melakukan interpretasi terhadap perundang-undangan yang sementara diperiksa; 2) Untuk menghormati produk perundang-undangan yang dibuat oleh eksekutif; 3) Untuk mempertahankan sistem *adjudication constitution* (pengadilan konstitusi) dan menegakkan supremasi parlemen.

2) *Impeachment* (pemberhentian Jabatan)

Lembaga *Impeachment* dibentuk dimaksudkan untuk melindungi Konstitusi dengan mengupayakan Presiden dan pejabat tinggi negara lainnya bertanggungjawab terhadap kewajiban hukumnya atau perbuatan yang dibuatnya

impeachment (pemberhentian) meliputi: Presiden, Perdana Menteri, Anggota Dewan Negara, Kepala Kementerian Eksekutif, Hakim M, Hakim, Anggota Komisi Pemilihan Umum dan ketua serta anggota Badan Audit dan Inspeksi, serta pejabat publik lain yang ditugaskan berdasarkan Undang-Undang yang relefan, Pasal 65 ayat (1) dan Pasal 113 ayat (2).

Konstitusi sekarang memberi wewenang kepada *National Assembly* (Majelis Nasional) untuk mengadakan proses *Impeachment* melalui dakwaan (Pasal 65 ayat (1)) dan memberi kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk membuat keputusan mengenai baik buruknya *impeachment* (pasal 111 ayat (1) sub (2)).

Sejak berdirinya Mahkamah Konstitusi telah mampu mendisiplinkan para pejabat tinggi negara dan pejabat lainnya. *Impeachment* memberikan kewenangan Majelis Nasional membuat tuntutan dan dakwaan serta meminta proses pemidanaan dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Di Korea, "*Impeachment*" menurut sifatnya "*is by nature not a criminal proceeding but a disciplinary one*" (bukan merupakan pengaduan pidana tetapi merupakan pengaduan disiplin).

Permintaan pertanggungjawaban Presiden dan/atau Wakil Presiden atas dugaan atau tuduhan melakukan tindak pidana tertentu, juga diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi. Jika Presiden dan/atau Wakil Presiden terbukti, maka Presiden dan/atau Wakil Presiden diberhentikan oleh Mahkamah Konstitusi. Pemberhentian itu benar-benar berdasarkan atas pertimbangan hukum, bukan pertimbangan politik.

3) *Dissolution of a Political Party* (Pembubaran Partai Politik)

Pembubaran partai politik di atur dalam Pasal 13 ayat (2) dan Pasal 83 ayat (3). Lembaga yang dimaksud untuk membubarkan partai politik berfungsi sebagai “*functions as a means to defend or struggle for the basic order of free democracy*” (alat untuk mempertahankan atau memperjuangkan tatanan dasar demokrasi yang bebas).⁹⁸

Kemudian dengan amandemen Konstitusi ke-9 (tahun 1987) dimuat dalam pasal 8 ayat (4) yang menetapkan bahwa: Jika tujuan atau kegiatan partai politik bertentangan dengan tatanan fundamental demokrasi, maka Pemerintah bisa membubarkan partai politik itu di Mahkamah Konstitusi, dan partai politik itu akan dibubarkan menurut keputusan Mahkamah Konstitusi. Kekuasaan untuk membubarkan partai politik diberikan kepada *Departement of Court Administration* (pengadilan Administrasi), jadi pengadilan administrasi berwenang mengadili persoalan politik, tetapi menggunakan pertimbangan hukum, sedangkan putusan akhirnya tetap diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi.

Karena partai politik itu akan menjalankan peran politik dalam suatu negara yang demokratis, maka partai politik itu harus dilindungi secara khusus, baik dari segi prosedural maupun substansinya dan tidak diperlakukan seperti organisasi lainnya, misalnya LSM (Lembaga Swadaya Masyarakat), organisasi masyarakat, dan lainnya.

⁹⁸ Rasyid, op cit, hal 219

4) Sengketa Antara Lembaga Negara

Menurut Han Dae-Hyung (Hakim Mahkamah Konstitusi Korea) yang dikutip oleh Abdul Rasyid T, Sengketa kewenangan antar lembaga negara dimaksudkan untuk: "...at facilitating the operation of state agencies by clarifying the scope and nature of power allocated to them and protecting the normative force of the constitution by maintaining the checks and balances"⁹⁹(memfasilitasi dan memberi jaminan bagi negara dalam menjalankan kewenangannya dan menjelaskan ruang lingkup wewenang yang dimiliki kepada masyarakat serta melindungi kekuatan normatif dari konstitusi dengan tetap menjaga prinsip "*check and balance*").

Disputes about the jurisdictions between State Agencies, between State Agencies and local governments (sengketa kewenangan antara lembaga negara, antara lembaga-lembaga di tingkat pusat dengan pemerintah daerah, dan antara pemerintah daerah), juga meliputi sengketa kinerja Badan Permusyawaratan Nasional, Badan Eksekutif, Badan Pengadilan Biasa, Komisi Pemilihan Umum, serta memungkinkan adanya petisi yang dilakukan oleh terdakwa di pengadilan. Sengketa sering timbul akibat adanya perbedaan interpretasi/penafsiran materi Undang-Undang Dasar yang mengatur kewenangan para pihak dalam menjalankan fungsinya.

⁹⁹ Abdul Rasyid T, *ibid*, hal. 220

5) Memeriksa Petisi Yang Berkenaan Dengan Konstitusi

*Petitions relating to the Cobstruction as prescribed by law*¹⁰⁰ (Petisi-petisi yang berkenaan dengan konstitusi) pengaduan konstitusional yang ditujukan untuk melindungi hak-hak dasar rakyat dari penggunaan kekuasaan pemerintah. Petisi yang dimaksud dapat timbul dari kalangan warga masyarakat, baik secara individu maupun kelompok atau secara kelembagaan untuk pemeriksaan konstitusionalitas mengenai penggunaan kekuasaan pemerintah dan meminta melakukan pengujian secara materil atas Undang-Undang tersebut terhadap Undang-Undang Dasar (pasal 68).

Kewenangan menguji secara materil terhadap materi undang-undang dipisahkan dari kewenangan menguji materiil terhadap peraturan di bawah, Undang-Undang. Kewenangan menguji peraturan di bawah Undang-Undang tetap menjadi kewenangan Mahkamah Agung. Bahkan dari segi prosedural, Mahkamah Agung berwenang menguji semua tingkatan peraturan perundang-undangan, kecuali konstitusionalitas materi Undang-Undang harus diputuskan lebih dahulu oleh Mahkamah Konstitusi. Namun, kalau materi Undang-Undang diuji oleh Mahkamah Konstitusi, putusan akhir berkenaan dengan itu tetap berada di tangan Mahkamah Agung, karena setiap permohonan *judicial review* atas materi Undang-Undang tersebut kepada Mahkamah Konstitusi justru harus datang dari pengadilan biasa lebih dahulu. Pasal 107 ayat (2) berbunyi :

“The Supreme Court has the power to make a final review of the constitutionality or legality of administrative decess, regulations or actions, when their constitutionality or legality is at issue in trial” (pengadilan tertinggi mempunyai

¹⁰⁰ Firmansyah Arifin, Juliyus Wardi, Merambah jalan pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia, diterbitkan: Konsorsium Reformasi Hukum Nasional, 2003, hal. 10

kewenangan untuk membuat putusan yang bersifat final mengenai konstitusionalitas dan legalitas suatu putusan administrasi atau putusan yang bersifat mengatur jika konstitusionalitas suatu putusan administrasi atau putusan yang bersifat mengatur jika konstitusionalitas atau legalitas itu dipersoalkan).¹⁰¹

Adapun yang berhak mengajukan *judicial review* terhadap undang-undang sebagaimana ditentukan pasal 107 ayat (1) adalah pengadilan, yaitu pengadilan yang menghadapi kasus dimana konstitusionalitas suatu Undang-Undang yang dijadikan dasar hukum dalam persidangan dipersoalkan oleh para pihak yang berperkara atau yang terlibat dalam persidangan. Artinya dalam menjalankan tugasnya, Mahkamah Konstitusi bersifat pasif, dan pihak yang aktif adalah pengadilan biasa, sebelum perkara yang bersangkutan akhirnya diputus oleh Mahkamah Agung.

Jika yang mengajukan persoalan konstitusionalitas Undang-Undang adalah warga negara biasa atau pihak selain pengadilan, maka hal itu disebut sebagai petisi (pasal 111 ayat (1) butir 5). Dengan demikian subyek hukum yang diberi hak untuk mengajukan permohonan pengujian secara materiil terhadap Undang-Undang adalah: 1) Pengadilan biasa, 2) Warga negara biasa atau sekelompok orang atau secara kelembagaan yang diakui oleh hukum (*Class action*).

4. Wewenang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia diatur di dalam pasal 24C ayat (1) UUD 1945 Setelah amandemen, yang berbunyi:

“ 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

¹⁰¹ Rasyid, Op Cit., hal. 222

kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.”¹⁰²

Dari sini jelas terlihat bahwa Mahkamah Konstitusi RI mempunyai empat kewenangan konstitusional yaitu; 1) Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, 2) Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, 3) Memutus pembubaran partai politik, 4) Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Selain mempunyai empat kewenangan konstitusional, Mahkamah Konstitusi RI juga mempunyai satu kewajiban konstitusional sebagaimana yang tercantum didalam Pasal 24C ayat (2) UUD 1945 setelah amandemen yang mengatakan bahwa; “Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar”.

Kalau di cermati, keempat kewenangan dan satu kewajiban yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi mirip dengan Kewenangan Mahkamah Konstitusi Korea Selatan. Hal demikian tidak lepas dari sejarah amandemen UUD 1945 yang ketiga yaitu ketika menentukan rumusan pasal yang mengatur tentang Mahkamah Konstitusi para anggota Panitia Ad Hoc I Badan Pekerja MPR, mereka menjadikan Korea Selatan sebagai sumber inspirasi sehingga yang muncul adalah kewenangan Mahkamah Konstitusi RI mirip dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi Korea Selatan.¹⁰³

¹⁰² Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 setelah di amandemen

¹⁰³ Jimly, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, op cit, hal. 189

Masalah kemudian muncul ketika pada tanggal 13 Agustus 2003 Presiden Megawati Soekarno Putri mengundangkan Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang didalamnya memuat tentang aturan undang-undang mana saja yang boleh diuji oleh Mahkamah Konstitusi. Pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 mengatakan bahwa; “undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945”.

Hal tersebut dipertegas lagi didalam penjelasan pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 yang mengatakan bahwa; yang dimaksud dengan “setelah perubahan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945” adalah perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada tanggal 19 Oktober 1999.

Akibat adanya ketentuan pasal 50 UU No., 24 Tahun 2003 tersebut, para hakim konstitusi berbeda pendapat tentang kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi. Enam Hakim Mahkamah Konstitusi mengatakan bahwa Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan menguji undang-undang yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama, sementara tiga Hakim yang lain mengatakan Mahkamah Konstitusi hanya berwenang menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar yang diundangkan setelah amandemen UUD 1945 yang pertama, hal ini sesuai dengan ketentuan pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003. Perbedaan pendapat tersebut bisa kita cermati dari isi putusan MK No. 004/PUU-I/2003 yang lebih lanjut akan dikaji didalam sub-bab

analisis argumentasi hukum Mahkamah Konstitusi mengenyampingkan pasal 50 UU No. 24 tahun 2003.

5. Konsep *Legal Standing* dan Ruang Lingkupnya

A. Definisi *Legal Standing*; Mencari Pengertian Bersama

Sampai sekarang para ahli berbeda pendapat dalam mengartikan *Legal Standing*. Menurut Sri Soemantri M, *Standing (Legal Standing)* adalah mereka yang dapat atau berhak mengajukan tuntutan atau permintaan agar suatu peraturan perundang-undangan atau tindakan pemerintah dibatalkan dengan alasan bertentangan dengan undang-undang dasar atau suatu peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Mereka yang berhak itu disebut dengan *standing* untuk menuntut (*standing to sue*).¹⁰⁴ Sedangkan E. Sundari, menerjemahkan atau mendefinisikan *Standing* sebagai “hak gugat”.¹⁰⁵ Sedangkan Mahkamah Konstitusi mengartikan *Legal Standing* sebagai kedudukan hukum. Hal ini bisa kita cermati dari setiap putusan Mahkamah Konstitusi terutama dalam konsideran (pertimbangan hukum) yang menerjemahkan *Legal standing* sebagai kedudukan hukum. Biasanya penulisan kedudukan hukum selalau didampingi dengan tulisan *Legal standing* yang diberi tanda kurung.¹⁰⁶ Penulisan seperti itu tidak kita temukan

¹⁰⁴ Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung: 1997. hal. 42

¹⁰⁵ E. Sundari, *Pengajuan Gugatan Secara Class Action (Suatu Studi Perbandingan dan Penerapannya di Indonesia)*, Diterbitkan oleh Universitas Atma Jaya Yogyakarta, 2002: 18.

¹⁰⁶ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi RI, Putusan Perkara Nomor: 011-017/PUU-I/2003 tentang pengujian Undang-Undang RI Nomor 12 tahun 2003 tentang pemilihan umum anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945, dimuat dalam Berita Negara RI Nomor 18 Terbit Selasa 02 Maret 2004, Sekretariat Jenderal, 2004, hal. 32

dalam setiap putusan. Ada beberapa putusan yang hanya menulis *Legal Standing* Pemohon tanpa menerjemahkan *Legal Standing* tersebut.¹⁰⁷

Sementara itu, menurut Siti Sundari Rangkuti, *legal standing* diartikan sebagai wewenang menggugat yang didasari pada adanya kepentingan. Menurutnya, doktrin hukum perdata tradisional menganut asas “tiada gugatan tanpa kepentingan hukum” (*Point d’interet, point d’action = no interest, no action = Geen belang, geen actie, pas d’action*).¹⁰⁸

Pemikiran Siti Sundari Rangkuti ini rupanya sejalan dengan norma yang terkandung di dalam pasal 51 ayat (2) UU No.24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Dalam pasal tersebut disebutkan dengan jelas bahwa; “pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud pada ayat (1).”

Di lain pihak, Pemikiran kedua sarjana hukum diatas berseberangan dengan pemikiran Mohamad Laica Marzuki, Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi RI. Menurutnya, adalah sesuatu yang keliru ketika mencoba menerjemahkan atau mengartikan *legal standing* dengan suatu definisi tertentu, misalnya mengalihbahasakan *Legal Standing* menjadi kedudukan hukum. Karena menurutnya, makna *Legal Standing* jauh lebih luas daripada sekadar diartikan sebagai kedudukan hukum. Sehingga lebih tepat jika kita

¹⁰⁷ Lihat Putusan putusan dengan perkara nomor 004/PUU-I/2003 tentang permohonan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh Machri Hendra, S.H., Hakim Pengadilan Negeri Padang.

¹⁰⁸ Siti Sundari Rangkuti, *Hukum Lingkungan dan Kebijakan Lingkungan Nasional*, Airlangga University press, 2000: hal. 319

menggunakan istilah *legal standing* saja daripada menggunakan istilah kedudukan hukum atau terjemahan lainnya. Menurut Laica, *Legal Standing* itu adalah suatu *entitle* atau dasar dari seseorang atau kelompok orang untuk mengajukan permohonan pengujian undang-undang.¹⁰⁹

B. *Legal Standing* dalam Berbagai Sistem Hukum Di Dunia

Yang dimaksud dengan sistem hukum disini meliputi unsur-unsur, seperti: struktur, kategori dan konsep. Perbedaan dalam unsur-unsur tersebut mengakibatkan perbedaan dalam sistem hukum yang dipakai.

Di dunia, dikenal adanya dua sistem hukum yang berbeda, yaitu; *Pertama*, Sistem Hukum Eropa Benua dan juga disebut dengan Sebutan Sistem Hukum Romawi-Jerman. Sistem ini juga dikenal dengan sebutan “Civil Law System”. *Kedua*, yaitu Sistem Hukum Inggris yang lebih dikenal dengan sebutan “Common Law System”.¹¹⁰

Pembagian hukum dunia kedalam dua sistem hukum tersebut, juga berakibat pada sistem hukum Indonesia. Sebagai akibat dijajah oleh Belanda, maka Indonesai menganut sistem yang berlaku di Eropa Benua atau sistem hukum Romawi-Jerman atau *Civil Law System*.

Civil Law System secara harfiah diterjemahkan menjadi sistem hukum sipil. Di dalam sistem ini konsep kaidah hukum menjadi sangat penting. Disinilah peranan universitas atau ilmuwan hukum untuk

¹⁰⁹ Bisariyadi, dkk, *Wawancara dengan Hakim Konstitusi Prof. Dr. Mohamad Laica Marzuki, SH: “Pemohon harus dapat mendalilkan legal standing-nya...”*, Berita Mahkamah Kontitusi, No. 03 Maret 2004, hal. 32.

¹¹⁰ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Diterbitkan PT Citra Aditya Bakti, Bandung: 1991. hal. 235

menemukan suatu kaidah hukum sebagai pedoman dalam pengambilan keputusan atau penyelesaian sengketa. Kaidah-kaidah ini bersifat abstrak, dan baru konkret ketika digunakan dalam penyelesaian sengketa atau untuk memutus suatu persolan.¹¹¹

Dari manakah kaidah-kaidah tersebut ditemukan atau diambil oleh para ilmuwan hukum ? Kaidah-kaidah tersebut digali dengan cara mensistematisasikan keputusan-keputusan hakim dalam soal konkret dan melakukan ekstraksi kaidah dari segudang bahan yang ada dalam kehidupan sehari-hari. Karena kaidah yang ditemukan nanti akan menjadi pedoman dalam penyelesaian sesuatu persoalan konkret, maka ia harus cukup sifatnya sehingga dapat memuat asas yang akan dipakai dalam pengambilan keputusan terhadap kasus konkret dibelakang hari. Inilah ciri dan sifat kaidah yang utama pada *Civil Law System*¹¹²

Berbicara mengenai sumber-sumber hukum dalam sistem hukum Romawi-Jerman atau *Civil Law System* ini, maka segera muncul peranan yang sangat besar dari hukum yang dibuat manusia (*enacted law*) atau yang selanjutnya akan disebut hukum perundang-undangan atau hukum yang ditulis. Negara dengan *Civil Law System* juga bisa disebut negara-negara dengan sistem hukum yang dituliskan. Peranan primordial di sini diberikan kepada hukum yang diberikan itu. Kodifikasi merupakan cita-cita para ilmuwan dalam sistem ini yang pada akhirnya cita-cita tersebut

¹¹¹ Satjipto, *ibid*, hal. 236

¹¹² Satjipto, *ibid*, hal. 236

prinsip hukum melainkan langsung mengenai kaidah-kaidah untuk kasus-kasus konkrit.¹¹⁴

Common Law System berkembang di Inggris. Pengadilan, khususnya Pengadilan Kerajaan, memegang saham yang sangat besar dalam sistem hukum di Inggris. Struktur yang demikian sangat berbeda dengan sistem hukum Romawi-Jerman atau *Civil Law System* yang memberikan peranan besar kepada badan pembuat Undang-Undang dan perundang-undangan. Kaidah-kaidah yang dihasilkan hanya memberikan kerangka dan pedoman bagi pengambilan keputusan saja, sedangkan pada *Common Law* kaidah itu tertuju secara konkrit kepada penyelesaian suatu kasus tertentu.¹¹⁵

Selanjutnya dibawah ini akan dibahas *Legal Standing* dalam dua sistem hukum tersebut. Mengingat keterbatasan media untuk mengkaji hal ini, maka pembahasan *Legal Standing* di dalam dua sistem tersebut akan dibatasi pembahasannya yaitu untuk *Common Law System* hanya akan mengupas salah satu negara yang menganut sistem tersebut, dalam hal ini adalah Afrika Selatan. Banyak hal yang mendasari kenapa negara tersebut yang dianalisis, salah satu alasannya adalah karena negara tersebut banyak mengalami kasus pelanggaran HAM yang berkaitan dengan adanya perbedaan warna kulit (ras). Kulit hitam sering dilanggar HAM-nya dengan peraturan perundang-undangan yang ada. Untuk *Civil Law System*, tentu yang dibahas adalah *Legal Standing* di Indonesia mengingat Indonesia adalah negara yang menganut *Civil Law System*

¹¹⁴ Satjipto, *ibid.* hal. 243

1) Mencari konsep *Legal Standing* di *Common Law System*¹¹⁶

Di dalam konsep *Common Law System*, *Legal Standing* lebih dikenal dengan sebutan *Standing*. '*Locus Standi In Judicio*'¹¹⁷ atau *Standing*, diperlukan oleh pemohon dalam rangka mengajukan tuntutan (permohonan) ke pengadilan. *Standing* dimaksudkan untuk membatasi pada orang yang berkeinginan untuk mengajukan permohonan gugatan yang mempunyai kepentingan secara langsung dengan kasus tersebut.

Dalam kajian hukum administrasi, *Standing* tidak cukup bila seorang pemohon hanya bisa menunjukkan bahwa seorang pejabat publik telah melakukan tindakan yang menyalahi aturan, tetapi pemohon—bila ingin berperkara—harus bisa menunjukkan bahwa mereka juga cukup berkepentingan dengan kasus tersebut secara sah dan punya alasan yang jelas sehingga bisa membawa perkara tersebut ke pengadilan.

Standing pemohon harus diputuskan sebelum substansi kasus digelar. Artinya, Pengadilan Administrasi memeriksa terlebih dahulu apakah perkara yang diajukan oleh pemohon termasuk kompetensi (Pengadilan Administrasi) atau tidak, sekaligus untuk melihat apakah pemohon mempunyai *Standing*. Tidak adanya *Standing* yang dimiliki oleh pemohon akan berakibat fatal yaitu tidak diterimahnya permohonan tersebut.

¹¹⁵ Satjipto, *ibid.* hal. 245

¹¹⁶ Mayoritas isi dari penjelasan *Standing* di *Common Law System* disarikan dari buku karangan: Cora Hoexter & Rosemary Lyster, Editor IAINCURRIE, 2002, *The New Constitutional and administrative law*, Juta Law 2002, Volume II

a. Aturan *Standing* di *Common Law*¹¹⁸

Di dalam sistem *Common Law* ada beberapa persyaratan yang harus dimiliki oleh seorang pemohon agar bisa dinyatakan mempunyai *Standing*, yaitu: a) Si pemohon harus bisa menunjukkan bahwa dia *sufficient* (cukup berkepentingan), b) *personal* (pribadi) dan, c) *direct interest* (punya kepentingan langsung) dengan kasus tersebut. Kepentingan yang dimaksud oleh hukum adalah bukan kepentingan yang sifatnya subyektif, hal ini dikarenakan pengadilan tidak memberi perhatian pada perasaan si pemohon akan suatu tindakan yang dirasa telah menyalahi aturan, tetapi pengadilan hanya menilai kepentingan tertentu secara obyektif.

Dari sini akan menimbulkan suatu pertanyaan, kepentingan seperti apakah yang akan dinilai dalam sistem *common law*? Pertanyaan seperti itu di dalam sistem *Common law* sangat sukar untuk dijawab—dan akan dijawab secara kasuistis—karena menyangkut sebuah penilaian. Akan tetapi, untuk memudahkan pemahaman kita untuk menjawab pertanyaan diatas akan diberi uraian dibawah ini.

Di dalam sistem *common law*, seorang warga negara yang peduli pada legalitas tindakan pemerintah tidak dianggap sebagai orang yang berkepentingan untuk mencoba melindungi kepentingannya sendiri. Si pengadu harus bisa menunjukkan alasan yang lebih dari sekedar rasa

¹¹⁷ E. Sundari dalam bukunya; *Pengajuan Gugatan secara class action (Suatu Studi perbandingan dan penerapannya di Indonesia)*, mendefinisikan '*Locus Standi In Judicio* sebagai kewenangan untuk bertindak sebagai pihak di pengadilan, hal. 140.

¹¹⁸ Cora Hoexter et al., *op cit*, hal. 256

peduli dengan dasar yang sah; baik itu kepentingan hak maupun kepentingan faktual (biasanya mengenai finansial). Artinya, dia harus bisa menunjukkan bahwa tindakan pemerintah tersebut telah merugikan dirinya.

Ini berarti bahwa seorang pengadu tidak diberi hak untuk membela kepentingan orang lain, meskipun jika kepentingan tersebut memungkinkan orang yang dirugikan tersebut mengajukan keberatan. Secara umum, bisa dikatakan bahwa seseorang tidak bisa berperkara atas nama orang lain, dengan tidak mengindahkan bentuk kepentingan yang dimiliki oleh orang lain tersebut; dan jika seseorang tersebut hanya berkepentingan terhadap legalitas dari tindakan administratif, maka dia dianggap mencoba untuk bertindak atas nama kepentingan umum.

b. Pertimbangan Batasan Aturan *Standing*¹¹⁸

Beberapa alasan telah dikembangkan untuk membenarkan atau menjelaskan batasan *Standing* dalam *common law*, salah satu alasannya untuk menghindari pengadilan dibanjiri oleh perkara yang memberatkan dan membuang-buang waktu. Alasan rasional berkait dengan alasan “pintu air” ini adalah membengkaknya biaya finansial negara.

Alasan lainnya adalah keruwetan administrasi jika *actio popularis* diajukan lagi. Tetapi alasan “pintu air” secara menyeluruh sangat meragukan dimana hal tersebut sangat pantas menerima pertimbangan

¹¹⁸ Cora Hoexter et al., *ibid*, hal. 257

serius. Seperti tepat dikatakan Pickering J: “Kadangkala perlu untuk membuka ‘pintu air’ tersebut untuk mengairi tanah yang kering di bawahnya”. Tentu saja, pintu air telah dibuka lebar dalam hubungannya dengan *Standing* Konstitusional—dan belum ada satupun yang mengantisipasi bencana yang datang.

Alasan lain yang menuntut perhatian lebih serius untuk dikaji adalah persyaratan harus ada jaminan bahwa penggugat adalah seorang atau lembaga yang mempunyai kualifikasi atau berhak—mempunyai *Standing*—untuk mengajukan gugatan. Alasannya adalah mereka yang ‘tidak kualitatif’ sama halnya dengan lemah atau berperkara dengan setengah-setengah dan hal ini dapat mewujudkan preseden buruk. Akan tetapi, pengalaman yang mengikuti kemudahan dari aturan *Standing* dalam konteks konstitusional menyarankan bahwa alasan ini, juga tidak dipaksakan.

Penjelasan lain yang memungkinkan adalah bahwa hakim menggunakan peraturan mengenai *standing* untuk menghasilkan pemahaman perihal *justiciability* (berkeadilan)—yaitu, pemikiran tentang apa isu yang cocok bagi penyelesaian masalah oleh pengadilan. Sebagai contoh, mereka bisa saja menerapkan peraturan lebih ketat di dalam area politik tingkat tinggi dengan unsur politik yang kuat dan lebih longgar mengenai *standing* dalam kasus “apolitis” dimana kebijakan pemerintah tidak secara langsung ditujukan pada isu tersebut. Dalam hal ini mereka

memperkuat pemahaman yang telah mapan tentang fungsi legitimasi dari pengadilan.

c. Standing Dalam Kaitan HAM¹¹⁹

Batasan-batasan *Standing* dalam *common law* yang melarang adanya *actio popularis*, pada dewasa ini banyak ditinggalkan oleh negara-negara yang menganut sistem *common law*, seperti Afrika selatan. Negara ini jelas mengakui adanya *actio popularis*, terutama berkaitan dengan masalah-masalah seputar hak konstitusional.¹²⁰

Pembicaraan *Standing* di Afrika Selatan bisa kita mulai dari pengkajian Pasal 38 Konstitusi Tahun 1996 yang telah diamandemen.

Pasal tersebut tersaji sebagai berikut:

“Siapapun yang terdaftar dalam bagian ini mempunyai hak untuk memanfaatkan pengadilan yang berkompeten, disebutkan bahwa bila suatu hak dalam HAM telah dilanggar atau terancam, dan pengadilan dapat memberikan pertolongan yang sesuai, termasuk deklarasi hak. Orang-orang yang dapat memanfaatkan pengadilan adalah:

- (a) Setiap orang yang bertindak atas kepentingan sendiri
- (b) Setiap orang yang bertindak atas nama orang lain yang tidak bisa bertindak atas namanya sendiri
- (c) Setiap orang yang bertindak sebagai anggota dari atau sesuai kepentingan dari suatu kelompok atau kelas
- (d) Setiap orang yang bertindak dalam kepentingan publik, dan
- (e) Asosiasi yang bertindak atas kepentingan anggotanya¹²¹

Pasal 38 (a) tampaknya merefleksikan posisi *common law*. Jadi, pada perluasan tertentu, diterapkan pasal 38 (b) dan pasal 38 (e). Sebagaimana

¹¹⁹ Cora Hoexter et al., *ibid*, 258

¹²⁰ Di dalam penjelasan Pasal 51 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dikatakan bahwa hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar (konstitusi).

¹²¹ Cora Hoexter, et al, *Op Cit*, hal 260.

bisa kita lihat, pengadilan Afrika Selatan telah mengenal bahwa dalam keadaan tertentu, seseorang dapat menuntut menurut *common law* atas nama seseorang yang tidak bisa berada pada posisi untuk bertindak. Mereka juga biasanya memperbolehkan suatu asosiasi untuk bertindak atas nama anggotanya. Pasal 38(c) dan (d), bagaimanapun juga, telah jauh meninggalkan *common law* yang kurang mengakui adanya *class action*, dan selanjutnya dikenal *actio popularis*.¹²²

Kalau kita cermati, Pasal 38 Konstitusi Tahun 1996, hanya mengakui *actio popularis* khususnya pada kasus dimana HAM dilanggar atau terancam; dan tidak untuk kasus di luar HAM. Dengan demikian sekarang terdapat jarak yang sangat lebar antara *common law* dan peraturan yang sangat liberal dari pasal 38 tersebut.

Jadi, menurut pasal tersebut, ketika penggugat sedang mempertahankan hak-hak dasarnya di pengadilan, mereka akan bisa bertindak atas kepentingan mereka sendiri atau atas nama yang lain – dan bahkan atas nama kepentingan umum – pembuktian yang mereka lakukan yaitu dengan mengatakan bahwa hak-hak dasar telah dilanggar atau terancam, dan dari sini mereka bisa diakui telah mempunyai cukup kepentingan.

¹²² Jika diperbandingkan, prinsip *actio popularis* ada kesamaannya dengan prinsip *class actio*, yakni sama-sama pengajuan gugatan yang melibatkan sejumlah besar orang secara perwakilan oleh seorang atau lebih dari seorang. Perbedaannya adalah bahwa dalam *actio popularis* yang berhak mengajukan gugatan adalah setiap orang atas dasar bahwa ia adalah anggota masyarakat, tanpa ada keharusan bahwa orang tersebut merupakan pihak yang mengalami kerugian secara langsung. Dalam *class action* tidak setiap orang berhak mengajukannya, melainkan hanya salah satu atau beberapa orang yang merupakan anggota dari sekelompok orang yang ikut mengalami kerugian secara langsung. E. Sundari, *Pengajuan Gugatan secara class action (Suatu Studi perbandingan dan penerapannya di Indonesia)*, hal. 17

Dalam kasus pengabaian hak-hak yang terdapat dalam Bab 2 Konstitusi Afrika Selatan, pengadilan memiliki pilihan-pilihan saat ini: Mereka bahkan bisa melanjutkan untuk menerapkan pendekatan *Common Law* yang sempit atau membiarkan diri mereka dipengaruhi oleh kelonggaran konstitusi.

Pendekatan kedua tentunya akan lebih baik, untuk alasan yang logis dan prinsipil. Lagipula pasal 39 (2) Konstitusi menggabungkan mahkamah dan pengadilan untuk memperhatikan semangat, isi, dan obyek dari HAM ketika menginterpretasi perundang-undangan apapun dan ketika mengembangkan *common law* atau hukum kebiasaan. Menurut Mahkamah Konstitusi (*Court of Constitution*), pasal-pasal yang ada menjamin bahwa *common law* akan lambat laun mengikuti kinerja Konstitusi.

Mahkamah mengindikasikan tanpa batasan tertentu bahwa bukan dua sistem hukum yang saling berhubungan dengan kontrol kekuasaan publik, masing-masing beroperasi pada wilayah masing-masing dengan Mahkamah Tinggi masing-masing. Hanya ada satu sistem hukum, dan dilindungi oleh konstitusi. *Judicial review* yang diterapkan melalui kekuasaan publik adalah, pada kenyataannya selalu merupakan permasalahan konstitusional, meskipun itu bukan masalah HAM—dan terdapat dukungan usulan bagi pasal 38 supaya tidak hanya diterapkan pada permasalahan HAM saja tetapi pada semua kasus konstitusional.

Sebagai petunjuk bagi pertimbangan yang memaksa ini, akan menjadi tidak jelas bila berkeinginan untuk mempertahankan dispensasi

yang memudahkan bagi kasus-kasus mengenai HAM dan menerapkan hukum yang ketat bagi kasus-kasus lainnya. Parlemen dapat bertindak cepat dan mudah memutus ketegangan yang muncul dengan menetapkan UU untuk membawa *Standing non-konstitusional* sama dengan *Standing konstitusional*, dan diharapkan perundang-undangan semacam itu akan segera ditetapkan. Seperti halnya usulan mengenai tindakan keadilan administratif yang muncul atas pertimbangan parlemen untuk tidak memasukkan aturan dari pasal 38 di dalamnya. Hal ini disayangkan, sejak adanya penghapusan aturan tersebut mengakibatkan kebingungan bagi mereka yang ingin bertindak. Bagaimanapun juga, sejak UU itu memberi pengaruh pada Pasal 33 Konstitusi, aturan dalam pasal 38 harus dapat dipastikan tercantum ketika berperkara.

d. Persyaratan Standing¹²³

Sementara aturan dalam pasal 38 dari Konstitusi berlaku di atas *common law*, peraturan tersebut juga mengelilingi *common law*. Hal ini menciptakan kenyamanan untuk berurusan dengan *common law* dan konstitusi bersama-sama, di bawah ini akan dijelaskan lebih lanjut tentang isi dari Pasal 38:

(1) Setiap Orang Yang Bertindak Demi Kepentingan Sendiri¹²⁴

Sebagaimana disebutkan dalam pasal 38 (a) maka setiap orang

¹²³ Cora Hoexter et al., op cit, hal 260

¹²⁴ Cora Hoexter et al, ibid, hal. 261

dikatakan mempunyai *Standing* ketika orang tersebut bertindak atas kepentingannya sendiri. Ketentuan ini tentunya lebih ringan daripada ketentuan yang ada dalam sistem *common law* yaitu “berkecukupan, personal, dan langsung.”

Dalam perkara ini, kebanyakan Mahkamah Konstitusi melihat atau berpatokan pada yurisprudensi pada kasus *Ferreira v Levin NO* bahwa sudah cukup bila si pengadu bersangkut harus bisa menunjukkan *Standing*-nya karena terlibat langsung.

Bagaimanapun juga, kasus-kasus yang diputuskan dalam ranah *Common Law* belum kehilangan relevansinya. Mereka akan terus mengajukan *Standing* lewat perkara non-konstitusional (setidaknya sampai hukum non-konstitusional berlaku sama dengan hukum konstitusional) dan penafsiran mengenai kepentingan *common law* bisa juga mempengaruhi arti “kepentingan sendiri” menurut konstitusi.

(i) Cukup Berkepentingan

Cukup berkepentingan diartikan bahwa pemohon harus bisa membuktikan dirinya kalau mempunyai kepentingan ketika mengajukan gugatan ke pengadilan. Persyaratan ini digunakan lagi oleh pengadilan. Kita bisa mencermati dari kasus *Jacobs v Waks*, yang menggambarkan berbagai macam kepentingan. Kasusnya terjadi pada akhir masa apartheid, dan memperhatikan pada keabsahan keputusan Dewan Kota Carletonville yang memperuntukkan semua taman di wilayah tempat

tinggal kulit putih hanya untuk orang kulit putih. Pemboikotan oleh konsumen telah diorganisir untuk merespon keputusan dewan, yang sesudahnya terjadi perlawanan yang berakhir sukses yang dilakukan oleh beberapa pemohon.

Divisi yang menangani permohonan naik banding menemukan bahwa pemohon pertama dan ketiga *Standing*-nya berdasarkan kepentingan bisnis mereka di dalam kota, yang telah mengalami penurunan pendapatan yang tajam sebagai akibat pemboikotan para konsumen. Mahkamah (*Court*) menyatakan bahwa suatu kepentingan tidak perlu mencantumkan nilai uang, jadi tidak menjadi permasalahan ketika para pemohon ini tidak bisa mencantumkan secara persis nilai kerugian kepentingan bisnis mereka. Bahkan tidakkah permasalahan pemboikotan oleh konsumen—daripada keputusan dewan—merupakan penyebab paling cepat dari turunnya pengembalian.

Pemohon pertama juga mengklaim punya *Standing*, karena dia adalah pembayar pajak kotapraja, dan pemohon ketiga mendasarkan pada bahwa dia adalah salah satu pengguna tetap dari taman yang bersangkutan.

Lebih jauh lagi, mahkamah memutuskan bahwa pemohon kedua dan ketiga, yang orang kulit hitam dan indian secara berurutan, telah merasa mempunyai *Standing* karena pengusiran mereka dari taman menghina martabat mereka. Hal ini tidak berarti, bagaimanapun juga, apapun warna kulit orang tersebut akan mempunyai *locus standi* untuk melawan keputusan dewan. Kedua pemohon ini tinggal dalam atau dekat

dengan kota dan sangat terkait dengan taman tersebut, dan hal ini mendasari kepentingan mereka terhadap keabsahan keputusan dewan.

Pendekatan yang fleksibel dari divisi yang menangani permohonan naik banding dalam kasus *Jacobs* tercermin dalam *Independent Food Processors (Pty) Ltd v Minister of Agriculture*, dimana mahkamah secara *fair* bersikap liberal dalam menginterpretasi tentang “cukup berkepentingan”. Para pemohon dalam kasus ini berkeinginan untuk melawan ketetapan pemerintah yang telah membuat ketentuan pengenaan pungutan tertentu pada mereka. Meskipun perusahaan itu belum terdaftar pada saat ketetapan tersebut dikeluarkan. Pihak mahkamah menyatakan bahwa kepentingan ekonomis perusahaan tersebut cukup untuk mempunyai *Standing*.

Di Mahkamah Afrika Selatan, tidak selonggar yang dibayangkan tentang *Standing*. Contohnya dalam kasus *Davies v Bekker NO and Smit*, para pesaing pemerintah berkeinginan untuk melawan perjanjian yang menurut dugaan orang ilegal. Mereka memutuskan untuk tidak menerima *Standing* karena tidak cukup jelas bahwa perjanjian ilegal itu telah merugikan mereka sama sekali. Mengabulkan *Standing* dalam kasus seperti ini akan mendatangkan ketidaknyamanan. Hampir sama dengan menerapkan kepentingan common law dalam legalitas, dan hal itu oleh pengadilan Afrika Selatan di coba perlahan-lahan untuk dihindari.

Terdapat banyak pendekatan sempit yang sifatnya instan seperti ini, bahkan dalam kasus yang diputuskan dalam era yang demokratis.

Salah satu contoh adalah kasus *Naidenov v Minister of home affairs*. Di sini seorang imigran gelap mencoba untuk mencegah pendeportasiannya, mengingat bahwa penangkapannya dilakukan inkonstitusional. Dia dinyatakan tidak memiliki 'kepentingan' seperti yang dipersyaratkan oleh hukum – dalam kasus ini, melalui keduanya pasal 7(4)(b) dan pasal 24(c) dari konstitusi sementara – tetapi lebih pada 'suatu permohonan untuk menetap di negara ini atau permohonan untuk tidak dikembalikan ke negara asalnya'.

(ii) Kepentingan Personal

Penetapan untuk tidak mengakui adanya perbuatan tidak adil dalam ranah publik telah membimbing pengadilan untuk menjadikan persyaratan di dalam *common law* bahwa suatu kepentingan menjadi 'personal' bagi pemohon.

Terutama pada keputusan divisi yang menangani naik banding dalam kasus *Jacobs v Waks*, telah terjadi kontroversi dalam mengartikan 'personal'. Dalam hal ini, terdapat dua pendekatan yaitu; *Pertama*, model yang luas, yang menyatakan bahwa kepentingan personal dapat dibagi oleh yang lain yang menyatakan bahwa kepentingan tersebut juga bersifat personal bagi si pemohon. *Kedua*, model yang lebih ketat, dalam hal dimana kepentingan tersebut harus *unik* bagi si pemohon. Pada pendekatan kedua ini, jika si pemohon termasuk ke dalam golongan kelas (masyarakat umum, contohnya) yang semuanya dalam beberapa hal cukup tercederai

oleh suatu perbuatan yang melanggar hukum, lalu si pemohon harus menunjukkan 'kerugian khusus'; kerugian yang lebih besar daripada yang dialami oleh golongan kelas lainnya. Sebagai pilihan, dia harus menunjukkan bahwa suatu perundang-undangan telah ditetapkan bagi keuntungan golongan kelas dimana dia menjadi bagiannya. Dalam kasus seperti itu, pihak Mahkamah akan memperkirakan sebagai kerugian personal

Model yang lebih luas dipergunakan dalam kasus *Jacobs*. Disini pemohon ketiga mendalilkan *Standing* karena haknya untuk menggunakan taman di Carletonville telah dilanggar oleh keputusan Dewan Kota yang memerintukkan taman-taman tertentu untuk orang kulit putih saja. Divisi yang menangani permohonan naik banding menyatakan bahwa tidak menjadi masalah jika dia berbagi hak dengan yang lain. Bagaimanapun juga, tidak berarti siapapun bisa melawan keputusan Dewan. Si pemohon mempermasalahkan dia tinggal di perbatasan kota dan memanfaatkan taman secara rutin, jadi kepentingannya mengenai nasibnya di taman merupakan hal yang personal baginya.

Kendati pendekatan tersebut diadopsi dalam kasus *Jacobs*, persyaratan mengenai kerugian khusus anehnya telah terbukti ulet. Hal ini dipakai dalam *Verstappen v Port Edward Town Board*, sebagai contoh, dimana si pemohon berusaha mencegah penguasa lokal melakukan pembuangan sampah secara ilegal. Dalam kasus ini si pemohon tidak bisa menunjukkan kerugian tertentu yang dialaminya; dan Mahkamah

menemukan bahwa perundang-undangan yang dipermasalahkan telah meningkatkan keuntungan bagi masyarakat umum daripada golongan kelas dari si pemohon.

Sejauh pasal 38(a) dari Konstitusi diperhatikan, kita telah mencatat bahwa pendekatan mayoritas dalam kasus *Ferreira v Levin NO* tampaknya mengesampingkan persyaratan bahwa suatu kepentingan menjadi personal bagi si pengadu. Dalam putusan pengadilan Chaskalson P, tidak perlu untuk menginterpretasi tindakan seseorang sesuai kepentingannya masing-masing sebagaimana mengingat hak konstitusional si pengadu sendiri yang telah dilanggar atau terancam. Dengan demikian persiapan untuk mengakui *Standing* si pemohon melawan konstitusionalitas dari perundang-undangan meskipun tidak terdapat pelanggaran atau ancaman atas hak konstitusional mereka. Dia menyatakan bahwa si pemohon punya cukup kepentingan untuk melawan perundang-undangan tersebut dengan dasar bahwa, menurut pandangan yang obyektif, perundang-undangan melanggar hak untuk mengadakan pengadilan yang *fair* – meskipun para pemohon yang mencoba tersebut bukan mereka sendiri yang mengadu. Perundang-undangan tersebut punya kaitan langsung dengan hak *common law* si pemohon, dan kegagalan mereka untuk memenuhi ketentuan tersebut mempunyai kemungkinan konsekuensi tindak kriminal; dan hal tersebut memberi mereka cukup kepentingan dalam permasalahan tersebut. Chaskalson P, juga menekankan bahwa permasalahan yang muncul tidak selalu merupakan kepentingan akademis.

(iii) Kepentingan Langsung

Telah lama berlangsung dalam sistem *common law*, bahwa suatu kepentingan harus bersifat 'langsung'. Hal ini boleh jadi merupakan cara lain mengekspresikan kebutuhan kepentingan personal, dan tentunya ketentuan tersebut dapat diperlakukan sama pada banyak kasus. Baxter, meski menyampaikan persyaratan kelangsungan sebagai isu yang terpisah, menyatakan bahwa tujuannya untuk memastikan 'suatu hubungan personal antara si pengadu dan tindakan pengaduan', dan menjadi perdebatan jika yang satunya secara personal tetapi benar-benar terlibat secara langsung, satunya lagi tidak terlibat sama sekali secara personal bagi tujuan mengajukan *Standing common law*. Apapun kasusnya, pihak mahkamah pada masa lalu menggunakan persyaratan mengenai kelangsungan untuk memberi pengaruh besar untuk mempertahankan bias hukum privat yang telah diidentifikasi.

Pihak organisasi mencoba untuk menghadirkan anggota mereka yang telah berulang kali kurang memenuhi persyaratan. Ketidakmampuan organisasi untuk menunjukkan kepentingan anggota mereka dalam hukum privat cukup disesalkan; dalam hukum publik hal tersebut juga tidak sesuai karena terjadi konflik langsung dengan kepentingan publik dalam hal legalitas.

Dalam hubungannya dengan pasal 38 konstitusi, pendekatan mayoritas dalam kasus *Ferreira v Levin NO* muncul untuk mendukung persyaratan mengenai kelangsungan. Sebagaimana telah kita lihat, si

pemohon tidak harus menunjukkan perlawanan terhadap perundang-undangan yang sesungguhnya melanggar atau mengancam hak atau hak-hak konstitusional mereka. Bagaimanapun juga, mereka secara langsung terpengaruh di dalam pengertian bahwa peraturan tersebut memiliki kaitan langsung dengan hak-hak *common law* mereka, dan ketiadaan ijin yang berhubungan dengan peraturan tersebut memiliki konsekuensi tindak kriminal.

(iv) Pengecualian Persyaratan *Common Law*

Sebagaimana disebutkan di atas, kasus *Patz v Greene & Co* diketahui adanya suatu kerugian personal dimana suatu perundang-undangan telah ditetapkan untuk melindungi kelas tertentu dimana si pemohon menjadi bagiannya. Ini merupakan persangkaan yang berguna, tapi tentu hal ini tidak selalu memungkinkan untuk menunjukkan bahwa suatu peraturan telah ditetapkan dalam kepentingan golongan tertentu; biasanya, peraturan ditetapkan untuk kepentingan masyarakat umum atau sederhananya untuk memperkuat otoritas publik untuk menjalankan fungsinya.

Pengecualian lain yang mempunyai kedudukan kuat adalah dibuat untuk para pembayar pajak, yang mana dianggap memiliki kepentingan yang sah untuk bertindak secara hukum yang diwakili oleh penguasa lokal mereka. Di situ dikatakan terjadi suatu 'hubungan kepercayaan antara dewan dengan para pembayar pajak dalam hal pendanaan kotapraja dan

properti'. Dalam kasus *Jacobs*, contohnya, mahkamah menemukan bahwa pemohon pertama mendalilkan punya *Standing* untuk melawan keputusan Dewan Kota Carletonville karena dia adalah pembayar pajak kotapraja. Seperti contoh tersebut, dia memiliki kepentingan untuk memanfaatkan dana kota—meskipun dalam jumlah yang sangat kecil akan dihabiskan untuk menegakkan tanda 'hanya orang kulit putih'. Tidak mengherankan, pihak mahkamah tidak berkeinginan untuk menerapkan alasan ini dalam hubungan antara pembayar pajak dan pihak administrasi.

(2) Bertindak Atas Nama Orang Lain Yang Tidak Bisa Bertindak Atas Nama Diri Mereka Sendiri¹²⁵

Dalam *common law*, hampir setiap orang dapat mendaftar atas nama orang lain. Mandat berupa larangan ini merupakan metode kuno untuk melawan perampasan kebebasan yang tidak berdasarkan hukum, dan sering digunakan untuk melawan keabsahan hukuman selama darurat negara pada tahun 1980-an.

Semenjak orang tahanan yang mana hak-haknya dipertaruhkan tidak bisa membawa sendiri permohonan mereka, persyaratan *Standing* bagi pendaftaran yang melibatkan suatu pertolongan telah dilonggarkan dengan mengizinkan orang lain untuk melakukannya.

Dalam kasus terkenal *Wood v Ondangwa Tribal Authority* kelonggaran ini diperluas untuk memperbolehkan para anggota politik dan

¹²⁵ Cora Hoexter et al., *ibid*, hal. 266

organisasi gereja untuk mencari suatu pencegahan pelanggaran hukuman bagi anggota mereka, yang (meski belum dihukum) mereka sendiri tidak bisa pergi ke pengadilan. Dalam suatu penilaian secara luas dipuji karena pendekatannya yang mudah, Rumpff CJ melihat kepentingan mengenai kemerdekaan bagi yang lain sebagaimana muncul tidak hanya pada hubungan kekeluargaan atau persahabatan, tetapi juga pada hubungan keanggotaan yang umum seperti partnership, atau kemasyarakatan, atau gereja, atau partai politik.

Tapi Ketua Pengadilan juga membuat lebih jelas bahwa pendekatan liberal ini seharusnya tidak diartikan apapun melainkan suatu pengecualian yang jelas terhadap persyaratan yang biasa diterapkan, suatu pengecualian dibenarkan oleh kejahatan perampasan kebebasan secara ilegal dan oleh ketidakmampuan tahanan untuk membawa permohonan sendiri. Dan jauh dari pengenalan suatu kepentingan hukum atau *actio popularis*, Rumpff CJ memperbandingkan posisi pemohon dengan *negotiorum gestor* atau *kurator ad litem*. Seperti yang Baxter kemukakan, ini belum merupakan demonstrasi lain dari orientasi hukum privat dari aturan gugatan common law kita.

Salah satu kasus yang berurusan langsung dengan pasal 38(b) dan juga dengan pasal 38(c) dan (d) adalah *Maluleke v MEC, Health and Welfare, Northern Province*. Kasus ini mengeluarkan keputusan dari responden untuk menunda pembayaran para pensiunan usia tua kepada ribuan penerima uang yang tercatat tidak mematuhi beragam persyaratan

perundang-undangan. Si pemohon mencari keputusan ini yang dinyatakan tidak berdasar hukum yang tidak hanya berhubungan dengan uang pensiunnya, melainkan juga terhadap 92000 pensiunan lainnya yang terlibat. Permohonan personalnya berjalan sukses, tapi pihak mahkamah menyatakan bahwa dia tidak bisa menggugat dengan bertindak atas nama penerima pensiunan lainnya. Southwood J menemui kesulitan membayangkan bagaimana penundaan pensiun bisa menjadi suatu pelanggaran hak dalam HAM; tampaknya dia tidak mempertimbangkan hak untuk bertindak secara hukum administratif. Bagaimanapun juga, meskipun bentuk pelanggaran semacam ini telah mapan, hakim mengatakan bahwa tidak ada bukti bahwa 92000 penerima pensiun lainnya tidak bisa bertindak atas nama mereka sendiri.

Satu pemikiran yang mengerikan apa yang akan terjadi pada mahkamah, jika setiap pensiunan membuat permohonan sendiri ke pengadilan. Tapi lebih jelasnya, dan sementara seseorang bersimpati pada kesulitan yang dialami oleh Southwood J, tampak jelas sekali bahwa memperlemah para pensiunan tidak akan, berbicara kenyataan, berada pada posisi untuk bertindak atas nama mereka. Hal ini diketahui dalam kasus *Ngxuzza v Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape*, kasus yang berurusan dengan penundaan ketidakmampuan menghargai keempat pemohon dan sejumlah pemohon lainnya yang mana penghargaannya telah dihentikan oleh administrasi Eastern Cape sejak tahun 1996. Froneman J bisa membedakan keputusan dalam kasus

Maluleke. Meskipun identitas dari ribuan orang yang mempermasalahkan hanya diketahui oleh responden, dia menemukan bahwa terdapat bukti bahwa ‘banyak orang’ disituasikan sama dengan para pemohon yang tidak bisa secara individu menuntut klaim mereka ‘karena mereka miskin, tidak punya akses ke pengacara dan akan memperoleh kesulitan untuk memperoleh bantuan hukum’.

(3) Bertindak Sebagai Anggota Dari, Atau Atas Kepentingan Dari Kelompok Atau Kelas¹²⁶

Dengan menyatakan bahwa seseorang dapat bertindak ‘sebagai anggota dari atau dalam kepentingan suatu kelompok atau kelas’, Konstitusi memperkenalkan *class action* dalam hukum Afrika Selatan. Hal ini merupakan sesuatu yang asing bagi common law sejak jaman Roma, dengan satu atau dua pengecualian yang berkedudukan kuat. Sebagai contoh, terdapat kasus *Standing* oleh penguasa lokal untuk mempertahankan kepentingan publik dalam area administratif jatuh dalam kekuasaan mereka, contohnya skema tata kota dan permasalahan lainnya yang mempengaruhi para pembayar pajak mereka.

Dalam laporannya mengenai *class action* dan tindakan kepentingan publik, komisi hukum Afrika Selatan menentukan *class action* sebagai ‘suatu tujuan yang mana penggugat tunggal dapat mengajukan tuntutan atas nama semua orang yang punya kepentingan sama mengenai isi dari

¹²⁶ Cora Hoexter et al., *ibid*, hal. 268

tuntutan'. Kekuasaan mahkamah lalu akan mengikat semua anggota kelas tersebut. Salah satu keuntungannya adalah orang-orang yang mengajukan klaimnya terlalu kecil untuk dituntut secara individu – atau mereka yang tidak bisa menuntut klaim mereka, besar atau kecil – diberi akses untuk berperkara. Selain itu mahkamah sendiri tidak 'terbanjiri dengan banyaknya klaim yang memiliki subyek permasalahan yang sama'. Komisi hukum bertindak benar dengan merekomendasikan penetapan perundang-undangan untuk mengatur *class action* yang terdapat dalam pasal 38(c) dan untuk memperluas tindakan ke ranah non-konstitusional. Tercatat bahwa perkembangan wilayah hukum ini dapat diserahkan ke mahkamah, tapi pilihan ini membawa bahaya inkonsistensi diantara pengadilan tinggi yang bermacam-macam.

Salah satu pertanyaan sulit yang muncul perihal *class action* adalah derajat homogenitas dan identifikasi kelas. Pendekatan liberal mengadopsi *Beukes v Krugersdorp Transitional Local Council*, yang mengemukakan perlawanan pada keunikan tarif yang dipaksakan pada pembayar pajak oleh penguasa lokal. Di sini Cameron J mengindikasikan bahwa :

“Menghambat semangat dan isi dari konstitusi sementara untuk meminta bahwa seseorang yang menggambarkan diri mereka sendiri sebagai anggota kelompok atau kelas.....harus mengulangi pernyataan dengan ketepatan formalistik dengan mana mereka menggabungkan diri. Bahkan meski lebih berlawanan dengan semangat dan isi akan diperlukan untuk membuktikan status mereka atau mereka taruh dalam surat sumpah untuk bergabung dalam proses pengadilan.”¹²⁷

¹²⁷ Cora Hoexter et al., *ibid*, hal 268

Di sini, bagaimanapun juga, partai yang mengajukan *class action* (120 tanda tangan) setidaknya mengidentifikasi mereka sendiri menuliskan nama dan alamat mereka pada format depan 'daftar anggota untuk mengajukan 'class action', dengan demikian mengizinkan si pemohon untuk bertindak atas nama mereka sendiri. Ini berbeda dengan kasus *Maluleke v MEC, Health and Welfare, Northern Province*, kasus yang menerbitkan penundaan pendapatan ribuan pensiunan. Di sini suatu *class action* sebagian mengalami kegagalan karena kegagalan si pemohon untuk mengatakan 'bahwa suatu hak dalam HAM telah dilanggar atau terancam', sebagaimana tercantum dalam pasal 38 (c) (meski sebelumnya, dengan memperhatikan, tampak jelas bahwa hak untuk melakukan tindakan administratif sesuai pasal 33 (1) Konstitusi telah dilanggar); dan juga karena ketiadaan bukti penting lainnya yang dibutuhkan untuk mengajukan *class action*.

Lebih rinci lagi, Southwood J mencatat bahwa tidak terdapat bukti identitas dari 92.000 pensiunan, yang mana mereka membentuk kelompok, bahwa mereka mengetahui perihal permohonan atau mereka berkeinginan terikat oleh keputusan pengadilan. Dalam pandangannya, mereka merupakan sekelompok dalam pengertian yang sangat samar dan luas—pembayaran mereka telah ditunda.

Sebaliknya, Froneman J tidak gentar oleh gambaran yang sama dari permohonan dalam kasus *Ngxuzza v Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape*. Dia merasa 'banyak kesulitan

praktis' digabungkan dengan perwakilan dan *class action*, dan tersaji dalam kasus *Maluleke*, tidak bisa membenarkan penyangkalan dari tindakan semacam itu dimana Konstitusi membuat peraturan khusus bagi kasus tersebut. Kenyataan bahwa identitas dari mereka yang membentuk kelas – dimana ribuan orang tertunda kesejahteraannya di Eastern Cape sejak 1996 – tidak secara individu kesulitan teridentifikasi, sejak hal itu menjadi 'mengejutkan jika para responden tidak mengetahui identitas dari orang-orang yang kesejahteraannya telah dihentikan sejak 1996'. Untuk kebutuhan atas kepentingan yang sama, Froneman J mengatakan :

“Kepentingan bersama harus berhubungan dengan pelanggaran terhadap hak-hak dasar sesuai dengan pasal 38. Dalam hal ini para pemohon telah menetapkannya di atas kertas. Mereka dan apa yang mereka cari untuk mewakili mereka memiliki persamaan ini: kesejahteraan mereka semua dihentikan melalui cara yang sama tidak berdasar hukum oleh para respondennya.”¹²⁸

Froneman J akhirnya menemukan bahwa kelas tersebut dalam kasus ini cukup bersih dan teridentifikasi, dan memperbolehkan si pemohon mengajukan *Standing* atas dasar pasal 38(c) dan (b).

Kasus *Maluleke dan Ngxuz*a berada pada kebalikan akhir dari spektrum. Perbedaan pendekatan yang besar terjadi dalam pengadilan tinggi, dan digambarkan melalui kasus tersebut, menggarisbawahi keperluan legislasi untuk mengklarifikasi isu berkaitan dengan alam dan identifikasi kelompok atau kelas dalam lingkup pasal 38(c). Isu ini

¹²⁸ Hora Hoexter, et al, *ibid*, hal 269

maupun isu lainnya telah dicatat oleh mahkamah konstitusi dalam *Independent Electoral Commission v Langeberg Municipality*, dimana Yacoob J menggambarkan berikut ini sebagai ‘bukan pertanyaan yang mudah untuk dijawab’:

- (a) Apakah orang tersebut membawa perlawanan konstitusional sebagai anggota dari, atau dalam kepentingan dari, kelompok atau kelas memerlukan mandat dari anggota kelompok atau kelas tersebut.
- (b) Perihal apa yang menyatakan adanya kelas atau kelompok ini – apa yang seharusnya menjadi faktor atau ancaman bersama.
- (c) Apa yang memberi wewenang seseorang yang bukan anggota dari kelompok atau kelas tersebut untuk bertindak atas nama mereka :
 - Orang tersebut harus bisa menunjukkan hubungan dengan anggota atau beberapa kepentingan dengan hasil dari proses pengadilan tersebut.
 - Apa seharusnya yang menjadi ‘hubungan’ atau ‘kepentingan’ tersebut;
 - Dalam hal apa, jika sama sekali, hasurkah ‘kepentingan’ tersebut berbeda dari apa yang menjadi pertimbangan pasal 38(a)
- (d) Apakah pemerintah lokal, meskipun mempunyai kapasitas untuk bertindak atas nama isu hak tertentu dalam HAM, apakah kemampuannya (dengan mempertimbangkan vires) berlaku seperti itu bagi kepentingan lainnya.

(4) Bertindak Untuk Kepentingan Publik¹²⁹

Secara luas dibicarakan, proses pengadilan kepentingan publik muncul manakala individu atau organisasi membawa isu hukum publik yang signifikan ke mahkamah. Individu, korporasi atau kelompok bertindak untuk mewakili 'kepentingan publik' daripada kepentingan individu tertentu. Satu pertimbangan untuk menganugerahi gugatan karena membawa kasus semacam itu adalah bahwa hal itu bisa membuat pihak mahkamah menyediakan forum alternatif pada proses politik untuk mengudarkan banyak keluhan. Hal ini cukup kontroversial, bagaimanapun juga, khususnya bagi para teoritis yang menggambarkan perbedaan yang tajam antara penciptaan hukum dan putusan hakim. Menurut pandangan Cane bahwa pengadilan seharusnya tidak beroperasi sebagai semacam 'pengganti proses politik', meskipun mereka jelas-jelas punya peranan untuk melindungi hak-hak dasar.

Komisi Hukum Afrika Selatan mendefinisikan kepentingan publik sebagai berikut :

"Tindakan kepentingan publik dibawa oleh penggugat yang, dalam mengajukan pembebasan atas apa yang dia cari, digerakkan oleh keinginan untuk menguntungkan publik secara luas atau sebagian publik. Intensitas dari si penggugat adalah untuk mempertahankan atau melindungi kepentingan publik, bukan kepentingan dia sendiri, meskipun dia sendiri tanpa disengaja juga turut menikmati hasilnya juga".¹³⁰

Pihak komisi menunjukkan bahwa tidak ada batasan yang jelas antara *class action* dan tindakan atas nama kepentingan publik, yang mana bisa terdapat *overlap* dalam beberapa hal. Dalam kasus yang melibatkan

¹²⁹ Cora Hoexter et al., *ibid*, 270

¹³⁰ Cora Hoexter et al., *ibid*, hal, 271

kepentingan konsumen atau lingkungan, misalnya, dimana kepentingan dari kelompok atau kelas dipertaruhkan, isu yang muncul mungkin merupakan isu yang penting sehingga kepentingan publik turut bermain. Tetapi kedua hal tersebut bukan berarti mirip. Dalam hal tertentu, keputusan atas tindakan kepentingan publik tidak *res judicata* terhadap seluruh kepentingan golongan; tapi keputusan dalam *class action* biasanya mengikat seluruh anggota dari kelas tersebut.

Pengenalan kembali *actio popularis* dalam hukum afrika selatan sangat diterima. Meskipun perkembangan terkini dalam common law menawarkan jalan keluar dari efek buruk atas batasan waktu sebagai persyaratan *Standing*, mereka dibatasi oleh wilayah mereka; mereka bukan berasal dari kepentingan hukum apapun, dan tidak mengancam supremasi penyelesaian sengketa hukum privat. Pada kenyataannya, pemohon yang terqualifikasi (berkecukupan, langsung dan kepentingan personal) mungkin sangat sulit ditemukan dalam kasus semacam ini yang menjerit bagi aksi kepentingan publik – biasanya dalam kasus yang berkaitan dengan kepentingan konsumen, kesejahteraan binatang dan lingkungan.

Sejauh ini, hanya beberapa kasus yang berhubungan langsung dengan tindakan kepentingan publik. Salah satunya adalah kasus *Port Elizabeth Municipality v Prut NO*, yang membahas mengenai keputusan dari kotapraja yang menghapus jutaan tumpukan tagihan yang bernilai yang dimiliki oleh para penduduk untuk pelayanan. Mahkamah menerima hal itu bahwa ‘secara jelas dalam hal kepentingan publik untuk dapat memperoleh kejelasan pada

hal apakah keputusan kotapraja untuk menghapus lebih dari R 62 m diskriminasi secara tidak *fair* melawan penagih pelayanan lainnya atau para pembayar pajak. Melunsky J memandang bahwa mahkamah seharusnya pelan-pelan menolak untuk menerapkan yurisdiksinya (dalam hal pasal 7(4) dari konstitusi sementara) dimana suatu keputusan 'akan berada pada kepentingan publik dan dimana dapat menempatkan suatu akhir pada keputusan yang sama'. Dalam kasus *Maluleke v MEC, Health and Welfare, Northern Province*, di sisi lain, Southwood J memperhatikan tentang kemungkinan 'kenyataan yang berbeda dan pertimbangan hukum yang berbeda yang secara sederhana menjadikannya tidak mungkin untuk berurusan dengan hak dari 92000 orang seperti halnya jika mereka sama dengan para pemohon'.

Sementara perhatian dari Southwood J dapat dimengerti, sulit untuk dilihat mengapa gambaran ini menjadi menentukan dalam kasus *Maluleke* tetapi tidak dalam kasus *Prut NO*. Plasket menunjukkan bahwa dalam kasus *Prut NO* keadaan individu tertentu dari penagih bisa juga bervariasi, tetapi isu yang utama – bahwa konstitusionalitas dari keputusan untuk menghapus beberapa tagihan bukan yang lain – merupakan hal yang umum bagi semua yang tagihannya tidak akan dihapus. Dalam kasus *Maluleke*, landasan umum adalah lebih dari 92000 pensiunan telah dihentikan bagi alasan yang sama oleh petugas yang sama, akhirnya memunculkan isu hukum kepentingan publik. Ini merupakan pandangan yang diadopsi dalam kasus *Ngxuza v Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape*, yang memberi perhatian pada penangguhan ribuan kesejahteraan oleh administrasi Eastern Cape sejak

tahun 1996. Di sini Froneman J merasa puas oleh kenyataan bahwa ‘para pemohon.....dan yang mereka cari untuk mewakili mempunyai persamaan ini: kesejahteraan mereka semua dihentikan dengan cara yang sama yang tidak sah oleh para respondennya’. Para pemohon telah mengajukan gugatan untuk melawan legalitas penundaan tidak hanya berdasar pada pasal 38(b) dan (c), tetapi juga pasal 38(d).

Dalam hubungannya dengan pasal 38(d), juga dengan subpasal 38, perundang-undangan sangat dibutuhkan untuk mengklarifikasi elemen tindakan kepentingan publik (seperti nominasi dari perwakilan untuk melakukan tindakan) dan untuk memperluas tindakan kepentingan publik pada kasus non-konstitusional.

(5) Asosiasi Yang Bertindak Bagi Kepentingan Anggotanya¹³¹

Dalam ketiadaan peraturan yang tersurat atau tersirat membuat mereka bisa mewakili anggota mereka, organisasi memerintahkan seperti itu pada common law yang secara berkesinambungan menyangkal adanya *Standing*. Pihak mahkamah punya alasan bahwa kerugian dialami oleh anggota organisasi, dan tidak pada organisasi itu sendiri. Posisi dari asosiasi bersama sebagian kesulitan. Karena personalitas hukum mereka yang terpisah, mereka tidak bisa mengambil keuntungan dari konsesi yang terkadang dipakai untuk memisahkan badan.

¹³¹ Cora Hoexter et al., *ibid*, hal. 273

Kasus *South African Optometric Association v Frames Distributors (Pty) Ltd t/a Frames Unlimited* merupakan contoh khusus. Di sini kepentingan asosiasi mencegah responden menjual rangka kaca mata secara ilegal ternyata tidak 'secara langsung dan substansial'. Meskipun beberapa anggota asosiasi kehilangan keuntungan dengan niat baik untuk bersaing dengan responden, asosiasi itu sendiri merupakan lembaga non-profit, jadi kepentingan terbaiknya, selalu berupa kepentingan tidak langsung. Asosiasi gagal membuktikan bahwa mereka menderita kerugian, dan maka dari itu gagal mengajukan gugatan.

Terdapat banyak kasus yang melawan *trend* yang menginginkan adanya bentuk kerugian organisasi dipisahkan dari kerugian yang diderita oleh anggotanya. Contoh yang terkenal adalah kasus *Transvaal Indian Congress v Land Tenure Advisory Board*. Di sini De Wet J mengizinkan *Standing* kongres melawan keputusan dewan meskipun kongres mewakili kepentingan anggotanya. Sangat diinginkan adanya badan semacam ini yang mampu mewakili anggotanya, kata pihak mahkamah. Dan dalam *Ex parte Natal Bottle Store-Keeping and Off-Sales Licensees' Association Henochsberg J* menekankan bahwa mahkamah akan memikul beban berlebih bila 89 licensees yang diwakili oleh asosiasi membawa sendiri permohonan mereka.

Lebih dari dekade terakhir mahkamah kita telah secara meningkat berkeinginan untuk mengenal pentingnya peran yang dijalankan oleh asosiasi dalam melindungi kepentingan publik tertentu. Sebagai contoh, dalam kasus *Society for the Prevention of Cruelty to Animals, Standerton v Nel*, dimana

pihak pemohon berhasil mencegah responden menyepakati undang-undang kekerasan terhadap hewan, Gordon AJ memperhitungkan apa yang dimiliki SPCA, selama bertahun-tahun, telah menjadi mapan dan dikenal sebagai pemegang suara otoritas dalam perlindungan hewan yang terluka dan akibat kekejaman karena berbagai sebab. Baru-baru ini, dalam kasus *Wildlife Society of Southern Arica v Minister of Environmental Affairs and Tourism of the Republic of South Africa*, Pickering J memandang bahwa badan seperti masyarakat, dengan obyek utamanya untuk mendukung konservasi lingkungan di Afrika Selatan, harus mempunyai *locus standi* pada *common law* untuk diterapkan pada peraturan negara untuk memenuhi tugas perundang-undangannya untuk melindungi lingkungan.

Kasus-kasus semacam ini menyarankan mahkamah kita untuk mengenal lebih jauh lagi mengenai *Standing* asosiasi. Di sisi lain, jangan sampai dilupakan bahwa hal ini merupakan pengecualian terhadap peraturan-peraturan yang secara umum diterapkan secara ketat mengenai *Standing* dalam *common law*. Untuk alasan tersebut, subpasal 38(e) dari konstitusi sangat dapat diterima.

2) Karakteristik *Legal Standing* Dalam UU No. 24 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi RI

Berbicara *Legal Standing* dalam konsep UU No. 24 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi, bisa kita lihat dalam pasal 51 UU 24 tahun 2003.

dalam pasal tersebut dikatakan, pemohon adalah pihak yang merasa hak dan kewenangan konstitusinya dirugikan dengan berlakunya Undang-Undang.

Titik awal perhatian adalah hak dan kewenangan konstitusional itu, sehingga bermakna bahwa seseorang atau sekelompok orang termasuk kesatuan masyarakat adat atau badan hukum atau lembaga negara yang menganggap hak dan kewenangan konstitusionalnya dirugikan dengan berlakunya suatu Undang-Undang.

Menurut Mohamad Laica Marzuki,¹³² ada beberapa anasir disini. *Pertama*, hak dan kewenangan konstitusionalnya. Hak dan kewenangan konstitusional adalah hak dan kewenangan yang di berikan oleh konstitusi. Yaitu, hak yang diatur di dalam Undang-Undang Dasar 1945.

Kedua, adalah dirugikan. Ini unsur penting, oleh karena merasa dirugikan itu, maka subyek hukum merasa berkepentingan. Dari sini tentu akan berlaku *mafhum mukholafah*-nya yaitu jika seseorang, atau sekelompok orang, atau badan hukum, lembaga adat atau lembaga negara yang kewenangannya diatur dalam Undang-Undang Dasar, ternyata tidak dirugikan oleh adanya Undang-Undang tersebut, maka sesungguhnya dapat dipandang ia tidak memiliki *Legal Standing*. Karenanya untuk *Legal Standing* ini berlaku asas dalam bahasa Prancis yakni *point d'etre point d'action*, yang artinya tanpa kepentingan, tidak ada suatu tindakan. Dan asas inilah yang berlaku universal dalam pengadilan, yang berarti seseorang

¹³² Berita Mahkamah Konstitusi, *Wawancara dengan Hakim Konstitusi Prof. Dr. Mohamad Laica Marzuki, SH; Pemohon Harus dapat mendalilkan legal standing-nya...*, BMK Edisi No. 03 Maret 2004, hal. 32

mengajukan gugatan karena yang bersangkutan memiliki kepentingan. *Zonder belang, het is geen rechtsingang*. Kepentingan ini lahir karena adanya kerugian tadi, sehingga ia harus merupakan kerugian yang telah aktual dan bukan sekadar potensial. Dengan kata lain, kita tidak dapat mengajukan permohonan perkara jika hanya bersandarkan pada adanya peluang untuk dirugikan.¹³³

Beranjak dari sini akan memunculkan satu pertanyaan, siapa yang berhak mengajukan permohonan dikarenakan merasa atau menganggap hak atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan/terganggu atas berlakunya Undang-Undang? Jawaban dari pertanyaan ini bisa kita lihat dalam pasal 51 Undang-Undang No. 24 tahun 2003, yaitu:

- (1) 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.¹³⁴

Dari sini jelas terlihat bahwa ada empat pihak yang bisa menjadi pemohon dalam sidang pengujian suatu Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Untuk lebih jelasnya akan dibahas satu persatu dibawah ini:

¹³³ BMK, *ibid*, hal. 33

¹³⁴ UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

1) Perorangan Warga Negara Indonesia

Dalam penjelasan pasal 51 ayat (1) huruf a dikatakan: “Yang dimaksud dengan ‘perorangan’ termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan yang sama.” Dari sini tentu akan menimbulkan penafsiran, apakah pengertian ‘kelompok orang yang mempunyai kepentingan yang sama,’ serupa dengan pengertian *class action* di dalam kasus perdata.

Banyak pengertian yang diberikan oleh para sarjana hukum mengenai definisi dari *class action*. Menurut etimologi, *class action* berasal dari bahasa Inggris, yakni gabungan dari kata *class* dan *action*. Pengertian *class* adalah sekumpulan orang, benda, kualitas atau kegiatan yang mempunyai kesamaan sifat atau ciri, sedangkan pengertian *action* dalam dunia hukum adalah tuntutan yang diajukan ke pengadilan.¹³⁵

Class action menurut Black, menggambarkan suatu pengertian dimana sekelompok besar orang berkepentingan dalam suatu perkara, satu atau lebih dapat menuntut atau dituntut mewakili kelompok besar orang tersebut tanpa harus menyebutkan satu persatu anggota kelompok yang diwakilinya. Dalam *Grollier Multi Media Encyclopedi* (1997) dikatakan bahwa *class action* adalah gugatan yang diajukan oleh seorang atau lebih anggota suatu kelompok masyarakat, mewakili seluruh anggota kelompok masyarakat tersebut. Dalam prinsip *class action* tuntutan cukup diajukan oleh salah satu atau beberapa dari anggota kelompok tersebut.¹³⁶

¹³⁵ E. Sundari, op cit, hal. 7

¹³⁶ E. Sundari, ibid, hal. 8

Class Action yang oleh Susanti Adinugroho diterjemahkan menjadi “gugatan perwakilan kelompok,”¹³⁷ di dalam PERMA No. 1 tahun 2002 “tentang acara gugatan perwakilan kelompok,” *Class Action* (gugatan perwakilan kelompok didefinisikan di dalam Pasal 1 huruf a sebagai suatu tata cara pengajuan gugatan, dalam mana satu orang atau lebih yang mewakili kelompok mengajukan gugatan untuk diri atau diri-diri mereka sendiri dan sekaligus mewakili sekelompok orang yang jumlahnya banyak, yang memiliki kesamaan fakta atau dasar hukum antara Wakil Kelompok dan Anggota Kelompok dimaksud.

Selanjutnya definisi Wakil Kelompok adalah satu orang atau lebih yang menderita kerugian untuk mengajukan gugatan dan sekaligus mewakili kelompok orang yang lebih banyak jumlahnya. Sedangkan yang dimaksud dengan anggota kelompok adalah sekelompok orang dalam jumlah banyak yang menderita kerugian yang kepentingannya diwakili oleh wakil kelompok di pengadilan.¹³⁸

Menurut Susanti, selain *Class Action*, juga dikenal konsep Hak Gugat LSM. Konsep Gugat diartikan sebagai akses perorangan ataupun kelompok/organisasi yang bertindak untuk dan mewakili kepentingan publik maupun kepentingan lingkungan hidup ke pengadilan sebagai penggugat. Konsep ini sesuai dengan doktrin perwalian untuk obyek *in-animatif* baik pada perorangan, negara maupun anak dibawah umur. Hak *Standing* ini

¹³⁷ Newsletter No. 53/Juni/2003, *esai lepas*, hal. 22

¹³⁸ *ibid*, Newsletter, hal. 23

sifatnya terbatas, tidak setiap organisasi dapat mengatasnamakan masyarakat luas maupun kepentingan lingkungan hidup, namun harus memenuhi persyaratan tertentu yaitu harus memiliki kapasitas hukum seperti organisasi tersebut berbentuk badan hukum dan secara eksplisit pada anggaran dasarnya mencantumkan kepentingan serupa dengan yang diperjuangkan dalam proses berperkara.¹³⁹

Lebih lanjut Susanti mengatakan, ada perbedaan mendasar antara *Class Action* dengan Konsep Hak Gugat LSM. Di dalam *class action* terdiri dari unsur orang yang tampil sebagai penggugat (bisa lebih dari satu) disebut Wakil Kelas (*class representatives*) dan sejumlah orang banyak yang diwakilinya disebut Anggota Kelas (*class member*). Wakil Kelas dan Anggota Kelas dua-duanya merupakan korban atau yang mengalami kerugian nyata, sedangkan di dalam hak gugat (LSM) secara luas si penggugat, bukan pihak yang mengalami kerugian. Demikian halnya dengan tuntutan yang dimohonkan, pada *Class Action* tuntutan yang diminta pada umumnya berupa tuntutan ganti kerugian berupa uang (*financial damage*). Pada hak gugat (LSM) terbatas pada tuntutan untuk hak melakukan tindakan tertentu, tidak boleh mengajukan tuntutan ganti rugi, kecuali tuntutan biaya dan pengeluaran riil.¹⁴⁰

Beranjak dari pengertian tersebut, apakah Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 mengakui eksistensi dari *class action*? Sesuai dengan penelitian

¹³⁹ Newsletter, *ibid.*, hal. 22

¹⁴⁰ Newsletter, *ibid.*, hal. 23

yang dilakukan oleh penulis, belum diketemukan satu kasus dengan pihak pemohon *class action* yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi. Penelitian ini juga dikuatkan oleh pengakuan dari seorang Hakim Konstitusi Harjono, yang mengatakan sampai sekarang belum ada satupun kasus yang mendasarkan pada permohonan (gugatan) *class action*.¹⁴¹

Harjono sendiri tidak berani mengatakan apakah Undang-Undang No. 24 tahun 2003 mengakui eksistensi *class action*. Menurutnya, diakui atau tidak permohonan *class action* menunggu ada pihak yang melakukan permohonan pengujian Undang-Undang secara *class action*, baru kemudian kesembilan hakim konstitusi akan bersidang dan baru memutuskan apakah permohonan tersebut diterima atau tidak diterima.¹⁴²

Lebih lanjut, kita bisa mencermati putusan perkara nomor: 011-017/PUU-1/2003 tentang pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2003 tentang pemilihan umum anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap Undang-Undang Dasar Negara RI tahun 1945. Dalam kasus tersebut Deliar Noer beserta temannya sebanyak 27 orang, sehingga total beserta dia menjadi 28 orang, kesemuanya adalah para Pemimpin Dewan Pimpinan Pusat Lembaga Perjuangan Rehabilitasi Korban Rezim Orde Baru (DPP-LPRKROR), yang beralamat di Jl. Jati Raya No. 4 (Blk) RT. 007/RW.010, Pasar Minggu Jakarta Selatan 12520, mengajukan permohonan

¹⁴¹ Wawancara dilakukan di ruang kerja Hakim Konstitusi RI, Harjono, di Jakarta pada tanggal 9 September 2004 sekitar pukul 11.00 sampai dengan pukul 14.00. Kemudian dipertegas lagi melalui wawancara yang dilakukan melalui telepon pada tanggal 10 Oktober 2004 sekitar pukul 13.00 WIB

¹⁴² idem

“Hak Menguji” pasal 60 huruf g Undang-Undang Nomor 12 tahun 2003, yang berisikan larangan menjadi anggota DPR, DPD, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota bagi mereka yang bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia, termasuk organisasi massanya, bukan orang yang terlibat langsung atau pun tak langsung dalam G.30.S/PKI atau organisasi terlarang lainnya. Dalam permohonan tersebut Deliar Noer menjadi Para Pemohon I. Selain itu juga, ada Para pemohon II yaitu Said Pradono Bin Djalal, dkk. Kesemuanya, meskipun dalam jumlah yang cukup banyak, baik Para Pemohon I dan Para Pemohon II, bertindak untuk diri sendiri (baca; bukan atas nama kelompok).

Kalau kita cermati, Para Pemohon I berada dalam satu institusi Dewan Pimpinan Pusat Lembaga Perjuangan Rehabilitasi Korban Rezim Orde Baru (DPP-LPRKROR), yang tentunya institusi ini secara terus menerus melakukan kegiatan seputar Perjuangan Rehabilitasi Korban Rezim Orde Baru. Kalau kita melihat UUPH, disitu dikatakan suatu badan hukum atau LSM bisa melakukan gugatan *class action* manakalah Badan hukum atau LSM tadi secara terus menerus melakukan kegiatan yang berhubungan dengan lingkungan hidup, contohnya WALHI⁹³. Beranjak dari Konsep UUPH tentang *class action*, tentu DPP-LPRKROR bisa melakukan permohonan *class action* ke Mahkamah Konstitusi mewakili kelompok masyarakat yang diperjuangkan selama ini. Akan tetapi, kenyataannya mereka tidak melakukan permohonan *class action*, tetapi melakukan

⁹³ Sundari Rangkuti, op cit, hal. 320

permohonan untuk diri sendiri yang kemudian disebut dalam Putusan MK sebagai Para Pemohon I.

Dalam putusan perkara nomor: 011-017/PUU-1/2003 tentang pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2003 tentang pemilihan umum anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap Undang-Undang Dasar Negara RI tahun 1945, dikatakan bahwa sebagian dari Para Pemohon I tidak memiliki kedudukan hukum (*Legal Standing*), sedangkan sebagian lagi dinyatakan memiliki *legal standing*. Mereka yang dinyatakan memiliki *legal standing* adalah mereka yang terlibat langsung khususnya dalam kasus ini mereka pernah menjadi tahanan politik semasa pemerintahan orde baru. Sedangkan, sebagian lagi dari Para Pemohon I yang dinyatakan tidak memiliki kedudukan hukum adalah termasuk Deliar Noer. Dia dinyatakan tidak memiliki kedudukan hukum karena tidak terbukti terdapat adanya keterkaitan sebab akibat (*causal verband*) yang menunjukkan bahwasannya hak konstitusional mereka dirugikan oleh berlakunya Pasal 60 huruf g Undang-Undang No. 12 tahun 2003.¹⁴³

Kalau kita lihat kasus tersebut, maka penulis berpendapat bahwa Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi tidak mengakui adanya permohonan *class action*. Dikatakan demikian, karena bagaimana mungkin suatu LSM harus membuktikan adanya keterikatan

¹⁴³ Mahkamah Konstitusi, *putusan perkara nomor: 011-017/PUU-1/2003 tentang pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2003 tentang pemilihan umum anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap Undang-Undang Dasar Negara RI tahun 1945*, dimuat dalam berita Negara Republik Indonesia Nomor 18 Terbit Selasa 02 Maret 2004, Sekretariat Jenderal, 2004. hal 32

sebab akibat (*causal verband*) yang menunjukkan bahwa hak konstitusional mereka (LSM) telah dirugikan dengan berlakunya suatu Undang-Undang. Dan hal ini telah dibuktikan dengan Deliar Noer dkk, yang dinyatakan tidak mempunyai *Legal Standing* meskipun mereka berada dalam satu lembaga yaitu DPP-LPRKROR.

2) Masyarakat Hukum Adat Yang Masih Hidup¹⁴⁴

Masyarakat dalam pengertian hukum adat adalah suatu kesatuan manusia yang berhubungan dalam pola berulang tetap, yaitu masyarakat dengan pola-pola perilaku yang sama, dimana perilaku yang sama itu tumbuh dan diwujudkan oleh masyarakat, dan dari pola-pola tersebut diwujudkan aturan-aturan untuk mengatur pergaulan hidup itu.

Van Vollenhoven membagi wilayah Indonesia (yang dahulu namanya Hindia Belanda) menjadi 19 lingkungan (masyarakat) hukum adat atau *adatrechtskring*. Ke-19 lingkungan hukum adat tersebut adalah:

- a) Aceh (Aceh Besar, Pantai Barat Aceh, Singkel, Simeulue)
- b) 1. Tanah Gayo, Alas dan Batak:
 - Tanah Gayo (Gayo Lucus)
 - Tanah Alas
 - Tanah batak (Tapanuli):
 - Tapanuli Utara :

¹⁴⁴ Soleman Biasane Taneko, SH, *Dasar-dasar hukum adat dan ilmu hukum adat*, Penerbit ALUMNI, Bandung: 1981, hal, 49-50

- ✓ Batak Pak Pak (Barus)
- ✓ Batak Karo
- ✓ Batak Simelungun
- ✓ Batak Toba (Samosir, Balige, Lagubati, Lumban Julu).
- Tapanuli Selatan :
 - ✓ Padanglawas (Tano Sepanjang)
 - ✓ Angkola
 - ✓ Mandaling (Sayirmatinggi).

2. Nias (Nias Selatan)

- c) 1. Daerah Minangkabau (Padang, Agam, Tanahdatar, Limapuluh Kota, Tanah Kampar, Korintji).

2. Mentawai (orang-orang Pagai)

- d) 1. Sumatera Selatan :

- Bengkulu (Rejang)
- Lampung (Abung, Peminggir, Pubian, Rebang, Gedongtataan, Tulangbawang)
- Palembang (Anak-Latikan, Jelma Daya, Kubu, Pasemah, Semendo).
- Jambi (penduduk daerah Batin dan Penghulu).

2. Enggano

- e) Daerah Malayu (Lingga Riau, Indragiri, Sumatera Timur, orang-orang Banjar).

- f) Bangka dan Belitung

- g) Kalimantan (Dayak, Kalimantan Barat, Kapuas Hulu, Kalimantan Tenggara, Mahakam Hulu, Pasir, Dayak Kenya, Dayak Klementen, Dayak Landak dan Dayak Tayan, Dayak Lawangan, Lepo-Alim, Lepo-Timai, Long-Glatt, Dayak Maanyan-Patai, Dayak Maanyan-Suing, Dayak Ngaju, Dayak Ot-Danum, Dayak Penyabung-Punan).
- h) Minahasa (Manado).
- i) Gorontalo (Bolaang Mongondow, Boalemo).
- j) Daerah Toraja (Sulawesi Tengah, Toraja, Toraja Baree, Toraja Barat, Sigi, Kaili, Eawaili, Toraja Selatan, To Mori, To Lainang, Kepulauan Banggai).
- k) Sulawesi selatan (orang-orang Bugis, Bone, Goa, Laikang, Poufe, Mandar, Makassar, Salaiar, Muna).
- l) Kepulauan Ternate (Ternate, Halmahera, Tobelo, Kepulauan Sula).
- m) Maluku-Ambon (Ambon, Hitu, Banda, Kepulauan Ulaisar, Saparua, Buru, Seram, Kepulauan Kei, Kepulauan Aru, Kaisar).
- n) Irian
- o) Kepulauan Timor (Kelompok Timor, Timor Tengah, Mollo, Sumba, Sumba Tengah, Sumba Timur, Kodi, Flores, Ngada, Roti, Sawu, Bima).
- p) Bali dan Lombok (Bali, Tuganan, Pagringsingan, Kastala, Karang Asem, Buleleng, Jembrana, Lombok, Sumbawa).
- q) Jawa Tengah, Jawa Timur serta Madura (Jawa Tengah, Kedu, Purwokerto, Tulungagung, Jawa timur, Surabaya, Madura).
- r) Daerah-daerah kerajaan (Solo, Yogyakarta)

s) Jawa Barat (Priangan, Sunda, Jakarta, Banten).

Ke-19 pembagian masyarakat ke dalam hukum adat yang dilakukan oleh van Vollenhoven tersebut tentunya harus diperinci ulang untuk mengetahui mana masyarakat hukum adat yang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang. Hanya masyarakat hukum adat yang masih hidup yang termasuk kategori pasal 51 tersebut.

3) Badan Hukum Publik Atau Privat

Badan hukum (*rechts persoon*) dimaknai oleh C.S.T. Kansil, sebagai subyek hukum bukan manusia. Dia juga mengartikan badan hukum sebagai orang yang diciptakan oleh hukum.¹⁴⁵ Sementara itu menurut Ali Rido, Badan Hukum diartikan sebagai pendukung hak-hak dan kewajiban selain manusia. Dalam hal ini menurutnya, badan hukum dapat mempunyai hak-hak, kewajiban-kewajiban hukum dan dapat mengadakan hubungan hukum.¹⁴⁶

Berbicara mengenai badan hukum, sedikitnya ada lima teori yang memaparkan penjelasan tentang badan hukum, diantaranya: *Pertama*, Teori Fiksi yang diajarkan oleh Fiedrich Carl von Savigny, C.W. Opzoomer, dan Houwing. Teori ini mengemukakan bahwa badan hukum itu pengaturannya

¹⁴⁵ C.S.T. Kansil dan Cristine S.T. Kansil, *Pokok-Pokok Badan Hukum*, Penerbit CV. Muliasari, Jakarta: 2002, hal.7

¹⁴⁶ Ali Rido, *Badan Hukum dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf*, Penerbit ALUMNI, Bandung: 1981, hal. 9

oleh negara dan badan hukum itu sebenarnya tidak ada, hanya orang-orang menghidupkan bayangannya untuk menerangkan sesuatu dan terjadi karena manusia yang membuat berdasarkan hukum atau dengan kata lain merupakan orang buatan hukum atau *persona ficta*.

Kedua, teori harta bertujuan atau *Zweck vermogen* yang diajarkan oleh A. Brinz dan E.J.J. van der Heyden. Menurut teori ini hanya manusia yang menjadi subyek hukum dan badan hukum adalah untuk melayani kepentingan tertentu. *Ketiga*, teori milik bersama atau *Propriete Collective* yang diajarkan oleh W.L.P.A. Molengraaff dan Marcel Planiot. Teori ini mengemukakan badan hukum adalah harta yang tidak dapat dibagi-bagi dari anggota-anggotanya secara bersama-sama.

Keempat, teori kenyataan atau teori peralatan atau *orgaan theorie* yang diajarkan oleh Otto von Gierke. Menurut teori ini badan hukum bukanlah sesuatu yang fiksi tetapi merupakan makhluk yang sungguh-sungguh ada secara abstrak dari konstruksi yuridis.¹⁴⁷

Kelima, teori harta karena jabatan atau teori *van het ambtelijk vermogen*, yang diajarkan oleh Holder dan Binder. Menurut teori ini badan hukum ialah suatu badan yang mempunyai harta yang berdiri sendiri, yang dimiliki oleh badan hukum itu tetapi oleh pengurusannya dan karena jabatannya ia diserahkan tugas untuk mengurus harta tersebut.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Ali Rido, *ibid*, hal. 15-16

¹⁴⁸ Kansil, *op cit*, hal. 14,

Dalam perkembangannya, Badan hukum dibagi menjadi dua bentuk, yaitu; *Pertama*, Badan hukum publik atau *publiek rechts persoon*. *Kedua*, badan hukum privat atau *privat rechts persoon*.

Badan hukum publik atau *publiek rechts persoon* adalah badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum publik atau yang menyangkut kepentingan publik atau orang banyak atau negara umumnya. Badan hukum ini merupakan badan-badan negara dan mempunyai kekuasaan wilayah atau merupakan lembaga yang dibentuk oleh yang berkuasa berdasarkan perundang-undangan yang dijalankan secara fungsional oleh eksekutif atau pemerintah atau badan pengurus yang diberikan tugas untuk itu. Dibawah ini akan diberikan beberapa contoh Badan Hukum Publik :¹⁴⁹

- a) Negara Republik Indonesia, yang menjadi dasarnya adalah konstitusi tertulis dalam bentuk Undang-Undang Dasar 1945, yang dalam menjalankan tugas pemerintahan diberikan kepada presiden yang dibantu oleh seorang wakil presiden dan beberapa menteri.
- b) Pemerintah Daerah Kabupaten, Kota dan Provinsi yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang No. 23 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Dalam menjalankan tugasnya pemerintahannya, Provinsi dijalankan oleh seorang Gubernur dan dibantu oleh seorang wakil Gubernur, Kota dijalankan oleh seorang Walikota dan dibantu oleh

¹⁴⁹ Kansil, op cit, hal. 15

seorang Wakil Walikota, dan Kabupaten dijalankan oleh seorang Bupati dan dibantu oleh seorang Wakil Bupati.

- c) Bank Indonesia, yang diatur dalam Undang-Undang Dasar 1945 *jo* Undang-Undang No. 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia, Bank Negara Indonesia 1946 yang diatur dalam Undang-Undang No. 17 tahun 1968, Bank Dagang Negara diatur dalam Undang-Undang No. 18 tahun 1968, Bank Bumi Daya diatur dalam Undang-Undang No. 19 tahun 1968, dan bank-bank pemerintah lainnya yang dalam menjalankan tugasnya dilaksanakan oleh direksi atupun grup direktur-direktur.
- d) Perusahaan Negara yang didirikan masing-masing dengan berdasarkan peraturan pemerintah yang kepengurusannya dilaksanakan oleh direksi.

Sementara itu, Badan Hukum Privat ialah badan hukum yang didirikan berdasarkan Hukum perdata yang menyangkut kepentingan pribadi orang di dalam badan hukum itu. Badan hukum tersebut merupakan badan swasta yang didirikan oleh pribadi orang itu untuk tujuan tertentu yaitu mencari keuntungan sosial, pendidikan, ilmu pengetahuan, politik, kebudayaan, kesenian, olahraga, dan lain-lainnya, menurut hukum yang berlaku secara sah. Dibawah ini akan disebutkan contoh-contoh badan hukum privat :¹⁵⁰

- a) Perseroan Terbatas (PT), yaitu didirikan oleh persero-persero untuk mencari keuntungan dan kekayaan yang dalam kegiatan pelaksanaan

¹⁵⁰ Kansil, *ibid*, hal. 16

dilakukan oleh direksi, dan pengaturannya terdapat pada Bab III, bagian ketiga Buku I KUHD (Undang-Undang No. 1 tahun 1995).

- b) Koperasi yang didirikan oleh para anggotanya untuk tujuan kesejahteraan bersama para anggota dengan sistem kekeluargaan dan usaha bersama dengan kepribadian yang diatur dalam Undang-Undang No. 25 tahun 1992 dan dalam pelaksanaann kegiatan tugasnya dilakukan oleh pengurus.
- c) Yayasan yang diatur dalam Undang-Undang No. 16 tahun 2001.
- d) Perguruan Tinggi Negeri sebagai badan hukum (PP No. 61 tahun 1999).
- e) Partai Politik yang didirikan oleh warga negara Indonesia sebagai sarana demokrasi yang akan mewakili kepentingan rakyat dalam badan perwakilan rakyat seperti MPR, DPR, DPD, dan DPRD. Partai politik dibentuk berdasarkan Undang-Undang No. 31 tahun 2002 tentang Partai Politik.¹⁵¹

4) Lembaga Negara

Menurut Jimly Asshiddiqie, Lembaga Negara adalah organ yang menjalankan fungsi-fungsi negara yang kewenangannya bersumber dari Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang, atau Keppres.¹⁵²

¹⁵¹ Kansil, op cit, hal. 10-13.

¹⁵² Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi RI*, Makalah disampaikan pada acara seminar: "Sistem pemerintahan indonesia pasca amandemen UUD 1945", yang diselenggarakan oleh BPHN Depkeh-HAM RI bekerjasama dengan Fakultas Hukum UNAIR dan Kantor Wilayah Depkeh-HAM Propinsi Jawa timur, bertempat di Hotel Hyatt Regency Surabaya pada tanggal 9-10 Juni 2004.

Beranjak dari pendapat tersebut, maka lembaga negara yang mempunyai *Legal Standing* untuk mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 kepada Mahkamah Konstitusi adalah lembaga negara yang kewenangannya diatur oleh Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang dan Kepres. Hal ini tentunya akan menimbulkan pertanyaan lanjutan mengenai “apa bedanya badan hukum publik dengan lembaga negara?”.

Di dalam Undang-Undang Dasar 1945 tidak dijelaskan mengenai hal tersebut. Sedangkan dalam Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yaitu pada bagian kesembilan hanya dikatakan tentang sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar. Beranjak dari ketentuan bagian kesembilan tersebut, Jimly Asshiddiqie¹⁵³ menjabarkan lembaga-lembaga negara yang mempunyai *Legal Standing* sengketa kewenangan yaitu: MPR, DPR, DPD, MA, Mahkamah Konstitusi, Komisi Yudisial, BPK, Presiden/Wakil Presiden, TNI, POLRI, Pemerintah Daerah.

Menurut penulis, perincian lembaga negara yang mempunyai *Legal Standing* untuk mengajukan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 kepada Mahkamah Konstitusi yaitu semua lembaga negara yang pembentukannya dibuat berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang, dan Keppres, seperti, Bank Indonesia (diatur dalam UU No. 23 tahun 1999 tentang BI), dan lain sebagainya.

¹⁵³ Jimly, *ibid*, hal. 5

Sementara itu, khusus mengenai sengketa kewenangan, penulis sepakat dengan pendapatnya Jimly Asshiddiqie bahwa yang punya *legal standing* hanyalah lembaga negara yang kewenangannya diatur oleh Undang-Undang Dasar 1945, sebagaimana ketentuan pasal 24 C ayat (1) UUD 1945.

6. Analisis Argumentasi Hukum Mahkamah Konstitusi Mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 tahun 2003

Di dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor Perkara 004/PUU-I/2003 tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang dimohonkan oleh Machri Hendra, Hakim Pengadilan Negeri Padang, telah terjadi *dissenting opinion* diantara para Hakim Mahkamah Konstitusi.

Enam hakim menyatakan menerima permohonan tersebut untuk diuji Mahkamah Konstitusi, dan tiga hakim yang lain tidak menerima untuk menguji. *Dissenting Opinion* tersebut bermula dari dua pertanyaan dasar yaitu; 1) Apakah Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan (kompetensi) menangani perkara tersebut ? 2) Apakah pemohon mempunyai *Legal Standing* ?

Menjawab pertanyaan dasar tersebut, tiga Hakim Mahkamah Konstitusi yaitu; Laica Marzuki, Ahmad Syarifudin Natabaya, dan Achmad Rustandi, sepakat mengatakan bahwa Mahkamah Konstitusi tidak mempunyai kewenangan menguji perkara tersebut dan pemohon tidak mempunyai *legal standing*. Berikut akan disajikan uraian argumentasi hukum dari ketiga Hakim Mahkamah Konstitusi tersebut.

Pendapat diatas tentu berseberangan dengan ketiga hakim konstitusi yang menolak kasus tersebut yaitu M. Laica Marzuki, Achmad Roestandi dan Natabaya.

Menurut Laica, permohonan pengujian undang-undang (*judicial review*) yang diajukan Pemohon terhadap Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 seharusnya tidak dapat diterima berdasarkan alasan *onbevoegheid van de rechter*. Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menetapkan bahwasanya undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, terhitung sejak perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Mahkamah Konstitusi tidak berwenang menguji Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung karena diundangkan sebelum perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Lebih lanjut dia mengatakan dalam *dissenting opinion*-nya bahwa; manakala Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 dipandang bercacat hukum karena bertentangan (*tegengesteld*) dengan Undang-Undang Dasar-*quod non* - maka hal dimaksud hanya dapat diuji (*toetsing*) melalui *legislative review* ataukah *judicial review* tersendiri.

Laica menegaskan, terlepas dari persoalan *legal standing* yang dimiliki Pemohon selaku hakim namun Mahkamah Konstitusi tetap tidak dapat memberikan pengujiannya sehubungan dengan ketidakwenangan hakim; selain

itu, substansi (materi) permohonan juga tidak dapat dipertimbangkan sehubungan dengan hal ketidakwenangan hakim dimaksud.

Sementara itu, Achmad Roestandi, dengan tegas mengatakan bahwa Permohonan dari pemohon harus diputus *tidak dapat diterima*, dengan mendasarkan pada dua alasan :*Pertama*, Kedudukan pemohon saat ini belum memenuhi ketentuan yang tersirat dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan *Kedua* Tenggang waktu permohonan tidak memenuhi ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003.

Roestandi juga menyinggung persoalan Kedudukan Pemohon (*legal standing*). Menurutnya, pemohon tidak mempunyai *legal standing*. Pendapat tersebut didasarkan pada Pasal 51 ayat (1) undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 yang berbunyi :

“Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang”.

Menurut Roestandi, kata “nya” dalam pasal tersebut harus ditafsirkan bahwa kerugian itu merupakan kerugian Pemohon sendiri, bukan kerugian orang lain. Untuk hal itu Pemohon memang telah memenuhi syarat untuk mengajukan permohonan. Tetapi kerugian itu harus merupakan kerugian yang nyata (*faktual, riil*), bukan kerugian yang bersifat *potensial* atau *prediktif*. Memang Pemohon adalah seorang hakim karir yang pada suatu saat *mungkin akan* dirugikan hak dan/atau kepentingan konstitusionalnya, tetapi kerugian tersebut pada saat ini belum dialami oleh Pemohon.

Selain *Legal Standing*, Roestandi juga mempersoalkan mengenai Tenggang Waktu. Menurutnya, yang menjadi obyek pengujian dalam kasus ini adalah Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, tentang Mahkamah Agung yang berlaku mulai tanggal 30 Desember 1985. karena Undang-Undang tersebut diundangkan sebelum amandemen Undang-Undang Dasar 1945 tentu tidak memenuhi persyaratan dalam Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, sehingga seharusnya permohonan dinyatakan tidak dapat diterima, tanpa pemeriksaan materi muatan pokok perkara, karena permohonan sudah kadaluwarsa ("*verjaard*"). Menurutnya, dengan melanjutkan pemeriksaan kepada materi muatan permohonan, berarti Majelis Hakim Konstitusi telah mengenyampingkan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003. Pengenyampingan ini akan menjadi preseden untuk digunakan sebagai rujukan dalam menangani permohonan yang serupa di masa yang akan datang, sehingga pengenyampingan itu pada hakikatnya merupakan penghalusan bahasa untuk meniadakan (*anulisasi*) atau pernyataan secara diam-diam bahwa Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 *tidak lagi mempunyai kekuatan hukum yang mengikat*.

Lebih lanjut Roestandi menegaskan, pengenyampingan semacam ini tidak boleh terjadi karena : *Pertama*, Dalam permohonannya Pemohon tidak meminta pengujian Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; Oleh karena itu, jika penyampingan ini dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi, berarti Mahkamah Konstitusi telah membuat putusan yang melebihi permohonan Pemohon. Hal ini tidak boleh terjadi, karena dalam posisi seperti ini hakim harus bersifat pasif.

Kedua, Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 mengatur tentang salah satu kewenangan dari Mahkamah Konstitusi sendiri, sehingga untuk mengenyampingkan pasal ini seolah-olah Mahkamah Konstitusi memperluas kewenangannya sendiri. Oleh karena itu, pengenyampingan Pasal 50 akan lebih *fair* jika dilakukan oleh pihak lain, misalnya oleh pembuat undang-undang melalui *legislative review*, atau setidaknya setelah terlebih dahulu mendengar pertimbangan dari DPR dan Pemerintah. Pengenyampingan tanpa meminta pertimbangan dari lembaga negara lain, bisa dianggap sebagai pencerminan subjektivitas Mahkamah Konstitusi.

Ketiga Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, karena :

- a. Pasal ini merupakan penjabaran dari kata "*lainnya*" yang terdapat dalam Pasal 24 C ayat (6) Undang-Undang Dasar 1945. Kata *lainnya* itu selain bisa berbentuk penegasan (*konfirmasi*), pengulangan (*repetisi*), juga bisa berupa pembatasan (*retriksi*). Oleh karena kata "*lainnya*" memberi peluang kepada pembuat undang-undang untuk selain mengatur tata cara, pengangkatan dan pemberhentian Hakim Konstitusi serta Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, juga mengatur hal lainnya termasuk membatasi undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji.
- b. Penentuan kadaluwarsa sudah lazim diatur dalam undang-undang walaupun Undang-Undang Dasar tidak mengaturnya secara tegas. Kadaluwarsa bisa ditemukan dalam KUHP (misalnya dalam penuntutan), KUH Perdata (misalnya dalam penentuan kepemilikan), dan Undang-undang Nomor 5

Tahun 1986 tentang PTUN (misalnya dalam pengajuan permohonan). Memang lembaga hukum (*rechtsinstituut*) kadaluwarsa kurang memenuhi *asas keadilan* sebagai salah satu tujuan hukum, tetapi memenuhi *asas kepastian* (*rechtszekerheid*) dan *kegunaan* (*rechtsdoelmatigheid*) sebagai tujuan hukum lainnya.

Tanpa memperhatikan dua tujuan hukum yang disebut terakhir, kepastian hukum akan terombang-ambing, dan para Pemohon akan memperoleh keadilan yang terlambat, karena Mahkamah Konstitusi hanya beranggotakan 9 (sembilan) orang akan dihadapkan pada tumpukan permohonan, sehingga Mahkamah ini akhirnya hanya akan menjadi lembaga negara *asesori* yang menghasilkan produk yang sia-sia.

Harus diingat sesuai dengan ketentuan perundang-undangan hakim konstitusi bukan sekedar harus menegakkan hukum, tetapi juga menegakkan keadilan, dan bukan hanya menegakkan keadilan, tapi juga menegakkan hukum.

- c. Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 terasa lebih adil karena tidak menyamaratakan semua undang-undang, tetapi memperlakukannya secara lebih proporsional.

Menurutnya, adalah tidak proporsional jika undang-undang yang dibuat sebelum perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 diuji terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 setelah dilakukan perubahan. Namun demikian bukan berarti undang-undang yang dibuat sebelum Undang-undang Dasar 1945 tidak bisa diuji.

Undang-undang itu tetap bisa diuji, tetapi bukan oleh Mahkamah Konstitusi melalui *judicial review*, melainkan oleh DPR dan Pemerintah melalui *legislative review*; Dan *legislative review* terhadap Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, saat ini telah selesai dilaksanakan di DPR-RI.

Hal senada juga diungkapkan Hakim Konstitusi Natabaya. Dalam *dissenting opinion*-nya, Natabaya melihat kasus tersebut dengan cara memetakan dalam tiga isu hukum, yaitu :

1. Apakah Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan menurut hukum untuk memeriksa, mengadili dan memutuskan atau dengan kata lain melakukan *Judicial Review* terhadap Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985.
2. Apakah Pemohon mempunyai *legal standing* menurut Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, dimana hak dan kewenangan konstitusionalnya dirugikan dengan diundangkannya Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985.
3. Apakah Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 khususnya Pasal 7 ayat (1) huruf g merupakan ketentuan yang diskriminatif untuk memperoleh jabatan Hakim Agung.

Menanggapi isu hukum yang *Pertama*, Natabaya mengatakan bahwa Mahkamah Konstitusi tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan pengujian terhadap Undang-Undang yang diujikan dalam kasus tersebut, dikarenakan Undang-Undang tersebut diundangkan sebelum amandemen. Pendapat tersebut didasarkan pada ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi yang berbunyi “Undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah

perubahan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945". Penjelasan Pasal 50 berbunyi "Yang dimaksud dengan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada tanggal 19 Oktober 1999".

Dia juga mempertanyakan apakah Hakim Konstitusi dapat menyempitkan dengan cara penafsiran atau menambah undang-undang yang secara jelas (*expresis verbis*) telah mengatur tentang kewenangannya.

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, Natabaya memberikan ulasan bahwa; Hakim bisa saja melakukan penafsiran, menambah, tetapi tidak dapat dilakukan secara sewenang-wenang. Ada beberapa pembatasan mengenai kebebasan hakim untuk menafsirkan undang-undang. Dia juga mengutip pendapat Logemann yang mengatakan bahwa hakim harus tunduk pada kehendak pembuat undang-undang yaitu kehendak pembuat undang-undang seperti yang dapat diketahui terletak di dalam peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Dalam hal kehendak itu, tidak dapat dibaca dari kata-kata undang-undang, Hakim harus mencarinya dalam sejarah kata-kata tersebut dalam sistem undang-undang atau dalam arti kata-kata itu seperti yang dipakai dalam pergaulan sehari-hari pada waktu sekarang. Setiap tafsiran adalah tafsiran yang dibatasi oleh pembuat undang-undang sebab itu hakim tidak boleh menafsirkan undang-undang secara sewenang-wenang, yaitu menurut kehendak Hakim sendiri. Logemann berkata "*...men mag de norm waaraan men gebonden is niet willekeurig uitleggen, doch alleen de juiste uitleg mag gelden*" (orang tidak boleh menafsirkan secara

sewenang-wenang kaidah yang mengikat, hanya penafsiran yang sesuai dengan maksud pembuat undang-undang menjadi tafsiran yang tepat). Selanjutnya Logemann mengatakan *“de plicht om aan de kennelijke bedoeling te gehoorzamen geldt voor burger, administratie en rechter gelijkelijk”* (kewajiban tunduk pada maksud pembuat undang-undang yang secara berakal dapat disimpulkan, berlaku bagi baik penduduk, administrasi negara maupun hakim).

Dalam kaitannya dengan uraian di atas, masih menurut Natabaya, perlu diperhatikan Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman Pasal 14 ayat (1) yang berbunyi; “Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa atau mengadili”. Sedangkan penjelasan Pasal 14 ayat (1) tersebut berbunyi : “Hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum. Pencari keadilan datang padanya untuk mohon keadilan. Andaikata ia tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum sebagai seorang yang bijaksana dan bertanggung jawab penuh kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat bangsa dan negara”. Sejalan dengan ketentuan dalam Pasal 14 ayat (1) Undang-undang Nomor. 14 Tahun 1970, *Algemeene Bepalingen Van Wetgeving* juga mengatur mengenai masalah serupa sebagaimana tertuang dalam Pasal 22 A.B. yang berbunyi *“De regter, die weigert regt te spreken, onder voowendsel van stilzwijgen, duisterheid of onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigering vervolgd worden”*. Dengan memperhatikan bunyi Pasal 14 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14

Tahun 1970 beserta penjelasannya, dan Pasal 22 *Algemeene Bepalingen Van Wetgeving* seorang hakim harus menemukan lebih dahulu hukum tertulis (undang-undang) dalam rangka ia memeriksa perkara yang dihadapkan kepadanya.

Natabaya juga mengutip materi pemeriksaan dipersidangan, dimana pemohon mendalilkan bahwa permohonannya yang berkaitan dengan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tercantum kata “dapat”, bukan kata “wajib” sehingga menurut Pemohon kata “dapat” diartikannya adanya kebolehan bagi Pemohon untuk mengajukan permohonan. Tetapi Pemohon telah keliru membaca Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, karena Pemohon tidak secara cermat membaca pasal tersebut bahwa yang “dapat” dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (lihat juga penjelasannya). Jadi secara penafsiran “*argumentum a contrario*” undang-undang yang diundangkan sebelum tanggal 19 Oktober 1999 (perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945) tidak dapat dimohonkan.

Selain itu Pemohon juga mendalilkan bahwa permohonannya diajukan kepada Mahkamah Agung sesuai dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002. Berhubung permohonan Pemohon tidak diperiksa Mahkamah Agung sampai terbentuknya Mahkamah Konstitusi, maka menurut Ketentuan Peralihan Pasal 87 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, seluruh permohonan dan atau gugatan yang diterima Mahkamah Agung dan belum diputus dialihkan ke Mahkamah Konstitusi. Dilihat dari lamanya tenggang waktu yang diatur oleh Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002 yang menentukan 90

(sembilan puluh) hari sejak undang-undang tersebut diundangkan dan dibandingkan dengan ketentuan yang diatur Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang tenggang waktu, Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, lebih menguntungkan bagi Pemohon;

Dengan memperhatikan asas hukum yang mengatakan bahwa apabila terdapat perubahan perundang-undangan (*verandering van wetgeving*) maka peraturan yang menguntungkan diperlakukan bagi Pemohon, sehingga permohonan Pemohon harus diperiksa menurut Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003. Walaupun demikian permohonan Pemohon tidak juga memenuhi ketentuan sebagaimana diatur oleh Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 tahun 2003.

Lebih lanjut Natabaya mengajak untuk melihat, apakah DPR dan Pemerintah sebagai pembentuk undang-undang sekaligus merupakan pelaksana kedaulatan rakyat menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sebagaimana diatur Pasal 20 ayat (1), (2), (3), dan ayat (4), telah melakukan tindakan hukum yang melampaui kewenangannya sebagaimana diatur oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pasal 24C ayat (6) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengamanatkan bahwa pengangkatan, pemberhentian Hakim Konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang. Sehubungan dengan tidak jelasnya sejak kapan Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar seperti yang diatur oleh Pasal 24C ayat (1), maka berdasarkan Pasal 24C

ayat (6) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 DPR dan Pemerintah telah mengatur pengangkatan dan pemberhentian Hakim Konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi dengan undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, termasuk ketentuan mengenai undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji yaitu undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Apabila kita mengikuti perkembangan Hukum Tata Negara Nasional (*Nationale Staatsrechts beoefening*) maka terlihat bahwa Negara Indonesia telah mengalami beberapa kali perubahan Undang-Undang Dasar, yaitu Undang-Undang Dasar Tahun 1945 Pertama, Konstitusi Republik Indonesia Serikat, Undang-Undang Dasar Sementara Tahun 1950, Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (1959) dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hasil amandemen. Keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai pelaku kekuasaan kehakiman seperti yang diatur oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hasil amandemen tidak dikenal dalam Undang-Undang Dasar sebelumnya, lebih-lebih mengenai ketentuan tentang undang-undang yang dapat diuji terhadap Undang-Undang Dasar (hak uji formil dan hak uji materiil).

Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) dan Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS) bahkan dengan gamblang mengatur undang-undang tidak dapat diganggu gugat (*wet is onschendbaar*). Ini berarti bahwa semua undang-undang yang dibuat dan lahir pada masa Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) dan masa Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS) tidak dapat dilakukan

uji materiil karena hal tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Dan apabila materi suatu undang-undang dianggap bertentangan dengan rasa keadilan maka jalan yang ditempuh dilakukan dengan cara *Legislative Review*. Oleh karena itu adalah logis apabila pembentuk undang-undang dalam hal ini DPR dan Pemerintah membatasi kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji undang-undang hanya terhadap undang-undang yang dibuat dan dilahirkan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 setelah perubahan pertama pada tanggal 19 Oktober 1999.

Seandainya keberadaan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 dianggap Pasal yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka pemeriksaan harus dilakukan melalui permohonan yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi sesuai dengan hukum acara yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003. Oleh karena itu, Hakim tidak dapat dengan sewenang-wenang (*willekeurig*) menyampingkan hukum acara (Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003) yang merupakan aturan main (*spell regels*) yang mengikat Hakim itu sendiri, lebih-lebih sifat dari hukum acara sebagai hukum publik adalah hukum memaksa (*dwingen recht*).

Untuk menjawab isu hukum yang *Kedua*, yaitu apakah Pemohon mempunyai *legal standing* atau tidak. Dengan tegas Natabaya mengatakan bahwa pemohon dalam kasus ini tidak mempunyai Legal Standing. Pendapat ini didasarkan pada Pasal 51 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, yang berbunyi antara lain; “ Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan Konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang ...”

Artinya terdapat hubungan kausal (*causal verband*) antara berlakunya suatu undang-undang dengan kerugian yang diderita Pemohon berupa pelanggaran terhadap hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon.

Pendapat ini diperkuat lagi ketika dalam pemeriksaan persidangan di depan Mahkamah Konstitusi, Pemohon baik dalam permohonannya maupun dalam pemeriksaan persidangan, Pemohon tidak dapat menunjukkan dan membuktikan bahwa Pemohon telah mengalami kerugian langsung maupun kerugian tidak langsung dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985.

Sementara itu, Isu hukum yang *Ketiga*; Apakah ketentuan Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, khusus Pasal 7 ayat (1) huruf g merupakan ketentuan yang bersifat diskriminatif untuk memperoleh jabatan dalam hal ini jabatan Hakim Agung sehingga dapat dikwalifikasi Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, khususnya Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28 I ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Untuk isu hukum yang ketiga ini, Natabaya mengatakan bahwa dalam pasal tersebut tidak ada unsur diskriminatif. Pendapat ini didasarkan pada beberapa ketantuan sebagai berikut: *Pertama*, International Covenant on Civil and Political Rights, Article 26 berbunyi : “*All person are equal before the law and are entitled without any discrmination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all person equal and effective protection againts discrimination on any ground such as race, colour,*

sex, language, religion, political or other opinion, nation, or social origin, property, birth or other status”.

Kedua, ketentuan Konvensi Diskriminasi (Pekerjaan dan Jabatan), Konvensi Nomor 111 tentang diskriminasi mengenai Pekerjaan dan Jabatan Pasal 1 angka 1

(a) berbunyi sebagai berikut :

” 1. untuk tujuan Konvensi ini istilah “diskriminasi” mencakup :

a. ”Setiap perbedaan, pengesampingan atau pengutamaan yang dilakukan atas dasar ras, warna kulit, jenis kelamin, agama, pendapat politik, asal usul kebangsaan atau sosial, yang mempunyai akibat meniadakan atau mengurangi persamaan kesempatan atau perlakuan dalam pekerjaan atau jabatan”;

Sedangkan Pasal 1 angka 2 berbunyi sebagai berikut :

“Setiap perbedaan, pengesampingan atau pengutamaan, mengenai pekerjaan khusus yang didasarkan pada persyaratan-persyaratan yang melekat darinya tidak dapat dianggap merupakan diskriminasi”;

Ketiga, Undang-undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dalam Ketentuan Umum Pasal 1 ayat (3) berbunyi : “Dalam Undang-undang ini yang dimaksud dengan diskriminasi adalah setiap pembatasan, pelecehan atau pengucilan yang langsung ataupun tak langsung didasarkan pada perbedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan, politik, yang bersifat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan, pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik,, ekonomi, hukum,, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya”.

Dengan memperhatikan kedua Konvensi Internasional dan Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 di atas maka perlakuan diskriminasi yang tidak sesuai dengan hukum adalah perlakuan diskriminatif yang didasarkan pada ras, warna kulit, jenis kelamin, agama, pendapat politik, asal usul kebangsaan, atau sosial;

Menurut Natabaya, jika penjelasan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 dibaca dengan sungguh-sungguh, khusus penjelasan Pasal 7 yang berbunyi: "Pada dasarnya pengangkatan Hakim Agung berdasarkan sistem karier dan tertutup. Namun demikian dalam hal-hal tertentu dapat pula dibuka kemungkinan untuk mengangkat Hakim Agung yang tidak didasarkan atas sistem karier".

Jadi sangat jelas mengenai syarat-syarat untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung sebagaimana diatur Pasal 7 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 adalah syarat-syarat mengenai pekerjaan khusus dalam hal ini jabatan Hakim Agung yang didasarkan pada persyaratan-persyaratan yang melekat pada dirinya yaitu syarat-syarat yang ditentukan untuk jabatan tertentu yaitu Hakim Agung;

Syarat-syarat tersebut merupakan pelaksanaan dari suatu sistem untuk menduduki suatu jabatan publik tertentu yang dikenal dengan Sistem Karier (*Career System*). Dengan demikian syarat yang terdapat dalam Pasal 7 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 bukan merupakan syarat-syarat yang bersifat diskriminasi dalam pengertian pelanggaran terhadap hak asasi manusia seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, agama, pendapat politik, asal usul kebangsaan, atau sosial.

Oleh karena itu, menurut Natabaya, ketentuan mengenai syarat untuk diangkat sebagai Hakim Agung sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat 1 huruf g Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tidak bertentangan sama sekali dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 27 ayat (1) jo Pasal 28 I ayat (2) tentang Hak Asasi Manusia.

Sementara itu, keenam Hakim Konstitusi berpendapat Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan menguji perkara tersebut. Pendapat ini didasarkan pada Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 yang mengatur mengenai pembatasan kewenangan Mahkamah Konstitusi dimana MK hanya berwenang menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar terhadap undang-undang yang diundangkan setelah Perubahan Pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada tahun 1999. Menurut keenam Hakim Konstitusi tersebut, Pasal 50 ini mempunyai kelemahan yaitu berada dalam bagian mengenai hukum acara, yang seharusnya mengatur tata cara bagaimana hak dan/atau kewenangan konstitusional yang termuat dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dipertahankan di hadapan Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi dalam kenyataannya hukum acara dalam Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, khususnya Pasal 50 mengatur pembatasan terhadap kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam melakukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, sebagaimana yang telah diatur dalam Pasal 24C Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Keenam Hakim Konstitusi ini mempertanyakan, apakah undang-undang yang membentuk Mahkamah Konstitusi sebagai amanat atau perintah Pasal 24C ayat (6) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, untuk mengatur lebih lanjut tentang pengangkatan dan pemberhentian Hakim Konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi, dimaksudkan termasuk untuk mengatur pembatasan kewenangan pengujian yang harus dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Jika seandainya benar, apakah kekosongan aturan pengujian undang-undang yang diundangkan sebelum perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, tetapi dipandang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tersedia atau akan diadakan lembaga tersendiri untuk mengujinya.

Jika seandainya Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 yang mengatur pembatasan kewenangan pengujian oleh Mahkamah Konstitusi berada di luar amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta bertentangan dengan tujuan, jiwa dan maksud Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, apakah Mahkamah Konstitusi wajib untuk menerapkannya.

Atas pertanyaan-petanyaan tersebut, keenam Hakim Konstitusi mengajukan beberapa pertimbangan yaitu:

Permohonan Pemohon diajukan pada tanggal 15 Februari Tahun 2003, yang berarti sebelum diundangkannya Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (13 Agustus 2003). Dengan kata lain, permohonan itu haruslah dipahami dan ditempatkan dalam konteks Peraturan Mahkamah Agung

Nomor 02 Tahun 2002, yaitu dasar hukum pengajuan permohonan pengujian undang-undang sebelum ada dan berlakunya Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian, dalam hubungan ini, haruslah diberlakukan asas umum yang berlaku dalam hukum transisi (*transitional law*) yaitu bahwa jika terjadi perubahan perundang-undangan maka terhadap pencari keadilan haruslah diberlakukan ketentuan yang paling menguntungkan.

Sejalan dengan alur pikiran di atas, Pasal 2 ayat (6)a Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002 menyatakan, permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar dilakukan dalam tenggang waktu 90 (sembilan puluh) hari sejak undang-undang termaksud diundangkan, dalam hubungan ini, dalil Pemohon yang mengartikan “ketentuan batas waktu 90 hari itu harus diartikan ditujukan bagi undang-undang yang diundangkan setelah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945”, dapat diterima.

Hal itu berarti, menurut keenam hakim konstitusi tersebut, undang-undang yang diundangkan sebelum Perubahan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 tidaklah terikat oleh ketentuan tentang pembatasan jangka waktu permohonan pengujian undang-undang sebagaimana ditentukan dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002, Pasal 2 ayat (6)a di atas. Dengan kata lain, terhadap undang-undang ini tidak ada batas waktu.

Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan bahwa 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. Pasal 24C ini merupakan dasar kompetensi Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, mengadili, dan memutus perkara yang diajukan kepadanya, yang sifatnya limitatif dalam arti hanya apa yang disebut dalam pasal ini sajalah yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi. Terhadap kewenangan dimaksud di satu pihak tidak dapat ditambahkan kewenangan lain, dan di lain pihak tidak dapat dikurangi kecuali karena adanya perubahan terhadap pasal dimaksud yang terjadi dengan jalan perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagaimana diatur dalam Pasal 37.

Meskipun dalam ayat (6) Pasal 24C dinyatakan bahwa “pengangkatan dan pemberhentian Hakim Konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang”, yang hal ini kemudian dilakukan dengan mengundangkan Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, tidaklah dapat diartikan bahwa pembentuk undang-undang dapat melakukan pengaturan yang bertentangan dengan pokok substansi yang diatur oleh Undang-Undang Dasar; Kewenangan Mahkamah Konstitusi merupakan hal yang sangat fundamental untuk ditentukan dalam Undang-Undang Dasar. Perlunya hal-hal lain untuk diatur dalam undang-undang sebagaimana dimaksud oleh ayat (6) Pasal 24C Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 harus diartikan tidak lain untuk memungkinkan dan mendukung agar Mahkamah Konstitusi dapat menjalankan kewenangannya sebagaimana telah ditentukan oleh Undang-Undang Dasar. Kedudukan undang-undang sebagai pelaksanaan Pasal 24C ayat (6) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah undang-undang yang berfungsi untuk melaksanakan Undang-Undang

Dasar dan tidak membuat aturan baru apalagi yang bersifat membatasi pelaksanaan Undang-Undang Dasar. *In casu* dalam perkara permohonan ini adanya Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 yang mengatur pembatasan kewenangan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar dapat menghambat pelaksanaan tugas konstitusional Mahkamah Konstitusi. Untuk melaksanakan ayat (6) dimaksud pembuat undang-undang mempunyai kewenangan untuk menentukan hal yang terbaik dan dianggap tepat, namun pembentuk undang-undang tidak dapat mengubah hal-hal yang secara tegas telah ditentukan oleh Undang-Undang Dasar, apalagi menyangkut kewenangan lembaga negara yang diatur oleh Undang-Undang Dasar. Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 dipandang mereduksi kewenangan Mahkamah Konstitusi yang diberikan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan bertentangan dengan doktrin hirarki norma hukum yang telah diakui dan diterima secara universal.

Haruslah di mengerti bahwa Mahkamah Konstitusi adalah lembaga negara yang kekuasaan dan kewenangannya ditentukan oleh Undang-Undang Dasar. Mahkamah Konstitusi bukanlah organ undang-undang melainkan organ Undang-Undang Dasar. Ia adalah Mahkamah Konstitusi, bukan Mahkamah undang-undang. Dengan demikian, landasan yang dipakai oleh Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan tugas dan kewenangan konstutusionalnya adalah Undang-Undang Dasar. Kalaupun undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya, sesuai dengan asas legalitas wajib ditaati oleh siapapun dan lembaga apapun sebagai subjek dalam sistem hukum nasional, segala peraturan perundang-undangan yang dimaksud sudah seharusnya dipahami dalam arti sepanjang tidak

bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Ketentuan dalam Bab IX tentang Kekuasaan Kehakiman Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 jelas membedakan mengenai perumusan kewenangan Mahkamah Agung dalam Pasal 24A ayat (1) dan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pasal 24C ayat (1). Kewenangan Mahkamah Agung dirumuskan secara tidak limitatif (*non-limitatif*), karena sebagian masih dapat ditentukan lebih lanjut dengan undang-undang sedangkan kewenangan Mahkamah Konstitusi dirumuskan tegas dan bersifat limitatif. Karena itu, pembentuk undang-undang—dalam hal ini adalah Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden—diberi kewenangan oleh Undang-Undang Dasar untuk menambah dan melengkapi ketentuan tentang kewenangan Mahkamah Agung. Akan halnya kewenangan Mahkamah Konstitusi, Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden tidaklah berwenang menambah dan karena itu secara *a contrario* juga tidak berwenang mengurangi kewenangan Mahkamah Konstitusi itu dengan undang-undang. Karena itu, landasan hukum yang dapat dipakai untuk menentukan apakah Mahkamah Konstitusi berwenang atau tidak berwenang untuk memeriksa sesuatu permohonan haruslah didasarkan atas ketentuan Undang-Undang Dasar bukan undang-undang.

Jika seandainya benar – *quod non* – Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 dipandang sebagai delegasi wewenang secara sah yang diamanatkan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 maka timbul kekosongan dimana tidak ada badan peradilan atau lembaga tertentu yang disebut berwenang memeriksa, mengadili dan memutus permohonan uji undang-undang yang diundangkan sebelum perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara

Republik Indonesia Tahun 1945 pada tahun 1999, sebagaimana yang dihadapi dengan permohonan uji undang-undang dalam permohonan *a quo*. Dalam hal demikian Mahkamah Konstitusi juga wajib memeriksa dan mengadili karena Mahkamah tidak boleh menolak perkara atas dasar tidak ada hukumnya akan tetapi adalah menjadi kewajiban Mahkamah untuk menemukan norma dimaksud, sehingga terlepas dari adanya ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Mahkamah Konstitusi berwenang memeriksa, mengadili dan memutus permohonan ini oleh karena salah satu maksud dari kehadiran Mahkamah Konstitusi adalah untuk membawa semua perbedaan pendapat tentang hukum yang menyangkut undang-undang yang dipandang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar untuk diselesaikan oleh pihak ketiga yang netral dan imparsial, berdasar hukum dan keadilan.

Pembatasan undang-undang yang boleh diuji terhadap Undang-Undang Dasar hanya sebatas undang-undang sejak perubahan pertama maka jika sekiranya benar sebagaimana didalilkan oleh Pemohon bahwa undang-undang yang dimohonkan pengujiannya dalam permohonan *a quo* mengandung diskriminasi yang menyolok dan bertentangan dengan pasal-pasal Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, manakala diterapkan akan membiarkan adanya ketidakadilan yang boleh diterima oleh warga negara karena dia diundangkan sebelum perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan ketidakadilan yang dikandung oleh undang-undang yang diundangkan setelah perubahan pertama, yang tidak diterima dan boleh diuji oleh Mahkamah Konstitusi. Ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tersebut akan menciptakan berlakunya tolok ukur ganda dalam sistim hukum Indonesia dengan tetap membiarkan sah dan mempunyai

kekuatan hukum mengikat Undang-Undang yang diundangkan sebelum perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, meskipun undang-undang tersebut melanggar hak konstitusional seseorang, sementara itu pada waktu yang bersamaan harus dinyatakan sebagai tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat undang-undang yang melanggar dan merugikan hak konstitusional seseorang.

Berdasarkan uraian pertimbangan tersebut di atas dan sejalan dengan rumusan bunyi sumpah/janji jabatan hakim konstitusi yang antara lain berisi pernyataan sumpah/janji akan "... menjalankan segala peraturan perundang-undangan dengan selurus-lurusnya menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945..." maka meskipun Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tidak termasuk objek pengujian, Hakim Mahkamah Konstitusi karena jabatannya akan memeriksa perkara permohonan *in casu* dengan mengenyampingkan Pasal 50 tersebut dengan berpegang teguh kepada bunyi sumpah/janji sebagaimana dimaksud dalam rumusan Pasal 21 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 untuk memastikan bahwa keterikatan hakim konstitusi dalam menjalankan segala peraturan perundang-undangan itu adalah sepanjang peraturan perundang-undangan tersebut sejalan dan/atau tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Jikalau ada peraturan perundang-undangan yang tidak sejalan atau justru bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, maka dengan kewenangan yang dimilikinya, Mahkamah Konstitusi dapat menyatakan tidak terikat pada peraturan perundang-undangan dimaksud atau jika peraturan dimaksud berbentuk undang-undang dan dimohon untuk diuji berdasarkan Undang-Undang Dasar, maka sudah dengan sendirinya, Mahkamah Konstitusi berwenang untuk mengujinya sesuai

dengan ketentuan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dengan demikian Mahkamah Konstitusi wajib memeriksa, mengadili dan memutus permohonan Pemohon sebagaimana mestinya dengan mengenyampingkan ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 tahun 2003 tersebut. Pengenyampingan hukum tidak sama dengan pengujian, karena sesuai dengan isi permohonan Pemohon, Hakim tidak dimohon untuk menguji Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 melainkan menguji Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pengenyampingan hukum tersebut juga tidak sama dengan interpretasi atau penafsiran karena Mahkamah Konstitusi tidak bermaksud untuk menafsirkan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, melainkan menafsirkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia dan ketentuan Pasal 21 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Selain terpenuhinya unsur adanya kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji perkara tersebut, unsur kedua yang harus terpenuhi sebagai dasar untuk mengajukan gugatan ke Mahkamah Konstitusi adalah adanya *Legal Standing* pada pihak penggugat.

Legal Standing ini sangat penting mengingat yang dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar adalah pihak yang menganggap hak konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya satu undang-undang, yang dapat berupa perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan

masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang; badan hukum publik atau privat; atau lembaga negara.

Penjelasan Pasal 51 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 menguraikan bahwa yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dimana hak tersebut timbul karena dilimpahkan oleh Undang-Undang Dasar, yang dapat disebut sebagai hak dasar. Hak yang dirumuskan dan diartikan secara umum adalah kewenangan untuk melakukan tindakan, atau secara istimewa mendapat perlakuan tertentu, yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar, undang-undang, atau putusan hakim. Dalam pengertian yang lebih sempit, hak diartikan sebagai suatu kepentingan atau kekuasaan (*beheersen*) atas suatu benda yang memberi kewenangan untuk menguasai, menggunakan atau menikmati, yang dapat ditegakkan terhadap orang lain dan orang lain berkewajiban untuk melakukan perbuatan yang sesuai dengan tuntutan hak tersebut.

Secara khusus, hak konstitusional Pemohon sebagai perorangan warga negara Indonesia yang merupakan hak asasi yang didalilkan Pemohon adalah Pasal 27 ayat (1) dan (2), Pasal 28 C ayat (2), Pasal 28 D ayat (1), (2), dan (3), dan Pasal 28 I ayat (2). Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pemohon Machri Hendra, umur 42 tahun, Hakim pada Pengadilan Negeri Padang, sebagai hakim karir yang menjadi Hakim dengan melalui test Pegawai Negeri Sipil di lingkungan Departemen Kehakiman, pada waktu itu mempunyai kepentingan langsung terhadap ketentuan yang mengatur promosi jabatan karirnya di lingkungan peradilan termasuk di dalamnya adalah promosi jabatan Hakim Agung di lingkungan Mahkamah Agung, sebagai jenjang peradilan tertinggi.

Pemohon menganggap bahwa terdapat ketentuan dalam Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 yang diskriminatif dalam persyaratan pengangkatan Hakim Agung yang berasal dari jenjang karir seperti Pemohon dengan pengangkatan Hakim Agung dari jalur non karir. Ketentuan yang diskriminatif tersebut telah merugikan Pemohon dan hakim-hakim karir lainnya, sehingga mempersulit Pemohon untuk dapat diangkat sebagai Hakim Agung, dibandingkan dengan persyaratan yang berlaku bagi calon hakim non karir.

Pemohon mendalilkan bahwa ketentuan yang diskriminatif tersebut telah melanggar hak konstitusionalnya yang terdapat dalam Undang-Undang Dasar, yaitu Pasal-Pasal 28D ayat (1), (2), dan (3) serta 28 I ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Jika saja ketentuan yang terdapat dalam Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, yaitu Pasal 7 ayat (1) huruf g tidak mensyaratkan adanya pengalaman sekurang-kurangnya 5 (lima) tahun sebagai Ketua Pengadilan Tingkat Banding atau 10 (sepuluh) tahun sebagai Hakim Tingkat Banding bagi hakim karir yang menjadi calon Hakim Agung, tetapi memberlakukan syarat yang sama sebagaimana yang disyaratkan kepada calon hakim non karir yang ketentuannya dicantumkan pada Pasal 7 ayat (2) maka Pemohon akan dapat menjadi calon Hakim Agung. Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Pemohon cukup mempunyai alasan yang kuat sebagai mempunyai kepentingan terhadap pengaturan tentang pengisian jabatan Hakim Agung sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 7 ayat (1) huruf g. Meskipun Pemohon belum pernah mengajukan diri sebagai calon Hakim Agung, namun dengan adanya ketentuan Pasal 7 ayat (1) huruf g ini secara hukum tertutuplah kemungkinan Pemohon mengajukan pencalonan sebagai Hakim Agung. Dengan demikian memang terdapat kerugian pada Pemohon oleh adanya Pasal 7 ayat (1) huruf g tersebut. Mahkamah

Konstitusi berpendapat bahwa adanya dua dasar, yang pertama adanya kepentingan pada Pemohon, dan yang kedua adanya kerugian pada Pemohon cukup untuk menjadikan dasar pemberian *legal standing* kepada Pemohon. Hal berikutnya yang disyaratkan oleh Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 yang menyangkut kerugian hak konstitusional telah menyangkut pokok perkara, yang pembuktiannya dilakukan setelah pemberian *legal standing* kepada Pemohon, oleh karenanya menjadi bagian dari pemeriksaan pokok perkara.¹⁵⁴

Dari uraian argumentasi hukum yang dikeluarkan oleh Hakim Mahkamah Konstitusi baik yang menolak atau menerima perkara tersebut, maka penulis beranggapan bahwa pendapat yang menerimah perkara tersebut adalah pendapat yang palint tepat untuk kondisi saat ini. Hal ini dikarenakan, kalau kita cermati pendapat dari ketiga Hakim Konstitusi yang menolak perkara tersebut terlalu *rigid* menerapkan aturan-aturan dan asas-asas hukum tanpa melihat unsur keadilan yang dibutuhkan oleh masyarakat pencari keadilan.

Jika perkara tersebut tidak diterimah, tentu pemohon yang merasa hak konstitusionalnya dilanggar oleh Undang-Undang yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama akan kesulitan mencari jalan keluarnya. Andaikan menggunakan jalan keluar yang disarankan oleh Hakim Konstitusi Roestandi yaitu dengan jalan *legislative review*, tentu sulit dilakukan oleh pemohon. Hal ini dikarenakan *legislative review* dilakukan oleh pembuat undang-undang dalam hal ini DPR dan Pemerintah. Perlu dimengerti bahwa kedua

¹⁵⁴ Putusan MK No. 004/PUU-I/2003 Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

lembaga ini adalah lembaga politik yang itu artinya hanya orang-orang yang mempunyai *power* politik yang bisa melakukan hal tersebut. Lalu bagaimana dengan pemohon—apalagi masyarakat biasa—yang tidak mempunyai kekuatan politik apa-apa.

Kalau pendapatnya Roestandi dipaksakan untuk digunakan, bisa jadi sejarah ketatanegaraan kita akan kembali ke masa lampau ketika UU No.14 tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman masih berlaku. Di dalam Pasal 26 (1) dikatakan bahwa “Mahkamah Agung berwenang untuk menyatakan tidak sah semua peraturan perundang-undangan dari tingkat yang lebih rendah dari undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi”. Ayat (2) mengatakan; “Putusan tentang pernyataan tidak sahnya peraturan perundang-undangan tersebut dapat diambil berhubung dengan pemeriksaan dalam tingkat kasasi...”

Undang-undang tersebut memberi peluang untuk dilakukan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi yaitu dengan jalan kasasi. Sekedar informasi, suatu perkara untuk sampai pada pemeriksaan kasasi, perkara tersebut harus telah diproses di Pengadilan Tingkat pertama dan pengadilan tingkat kedua (*banding*). Padahal kedua pengadilan tersebut tidak mempunyai kewenangan untuk memproses persoalan “Hak menguji” peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang yang dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Itu artinya bahwa pengujian tersebut tidak mungkin bisa dilakukan. Ibaratnya pengujian tersebut diberikan dengan tangan kiri dan ditarik kembali dengan tangan kanan.

Menurut penulis, hal serupa juga akan terjadi apabila proses pengujian undang-undang yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama dilakukan melalui jalur *legislative review*. Mengingat yang bisa melakukan hal ini adalah mereka yang mempunyai kekuatan politik besar. Untuk itu, lebih baik pengujian tersebut dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi melalui “Hak Menguji” sesuai dengan ketentuan pasal 24C ayat (1) UUD 1945 setelah amandemen dengan mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Jika pengujian tersebut dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi, maka semua perorangan warganegara Indonesia, Masyarakat hukum adat yang masih hidup, badan hukum publik atau privat dan lembaga negara akan mempunyai kesempatan yang sama untuk mencari keadilan.

“Hak Menguji” undang-undang yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi tidak menghapus kewenangan dari pembuat undang-undang untuk melakukan *Legislative Review*. Dari sini berarti Masyarakat pencari keadilan mempunyai dua kesempatan untuk mendapatkan keadilan yang didambakannya.

Berbicara mengenai *legal Standing* pemohon, penulis beranggapan bahwa pemohon dalam hal ini Machri Hendra mempunyai *legal standing* untuk

mengajukan permohonan pengujian UU No. 14 tahun 1985 terhadap UUD 1945 kepada Mahkamah Konstitusi.

Kalau kita cermati dari argumentasi hukum yang dikeluarkan oleh para hakim Konstitusi tersebut, maka yang menjadi dasar utama perbedaan pendapat diantara mereka mengenai apakah pemohon mempunyai *legal standing* atau tidak adalah terletak pada apakah telah terpenuhi dua unsur syarat sahnya *legal standing* yaitu; unsur adanya hak dan kewenangan konstitusional dan unsur “dirugikan”. Sebagaimana diketahui bahwa didalam pasal 51 (1) UU No. 24 tahun 2003 dikatakan bahwa;

“pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu: a. Perorangan Warga negara indonesia, b...”

Dalam pasal tersebut ada dua unsur titik tekan yaitu “unsur hak dan kewenangan konstitusional” dan “unsur dirugikan”. Pengertian “Hak dan kewenangan konstitusional” dijelaskan di dalam penjelasan pasal 51 (1) UU No. 24 tahun 2003 yang berbunyi; “yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam UUD Negara Republik Indonesia tahun 1945.”

Menurut pemohon, hak konstitusionalnya yang terdapat di dalam UUD 1945 yaitu pasal 28D ayat (1), (2) dan (3) serta 28 I ayat (2) telah dilanggar dengan adanya ketentuan yang terdapat di dalam pasal 7 ayat (1) huruf g UUD No. 14 tahun 1985. Pendapat pemohon tersebut tidak bisa diterima oleh Hakim Konstitusi Roestandi dan Natabaya. Sementara keenam hakim konstitusi yang

menerima perkara tersebut mengatakan hak dan kewenangan konstitusional pemohon telah dirugikan.

Menurut penulis, pemohon mempunyai hak dan kewenangan konstitusional yang terdapat di dalam pasal 28D ayat (1), (2) dan (3) serta 28 I ayat (2) UUD 1945 setelah amandemen. Sehingga “unsur pertama” telah dipenuhi oleh pemohon.

Selanjutnya unsur kedua yang harus dipenuhi pemohon adalah dirugikan. Di dalam konsep teori yang telah dipaparkan diatas, kerugian tersebut harus faktual atau nyata-nyata telah dirugikan dan bukan potensial dirugikan. Dalam kasus Machri Hendra, meskipun dia belum mencalonkan diri sebagai Calon Hakim Agung, akan tetapi dengan adanya pasal 7 ayat (1) huruf g UU No. 14 tahun 1985 secara hukum tertutuplah kemungkinan pemohon mengajukan pencalonan sebagai Hakim Agung. Itu artinya kerugian tersebut sudah faktual. Kalau kita tarik dalam sebuah kasus lain (baca; contoh), apakah seseorang yang mendapat ancaman dibunuh oleh seseorang kemudian melaporkan kepada polisi, kemudian polisi tidak mau menangani kasus tersebut dengan alasan belum ada kerugian faktual yaitu pelapor belum nyata-nyata dibunuh oleh pengancam tersebut. Tentu bukan itu yang dimaksud oleh unsur dirugikan yang terdapat di dalam pasal 51 (1) UU No. 24 tahun 2003 tersebut. Untuk itu, penulis beranggapan bahwa pemohon telah memenuhi unsur dirugikan.

Dari sini jelas sekali bahwa dengan terpenuhinya kedua syarat sahnya *legal standing* sebagaimana yang diatur didalam pasal 51 (1) UU No. 24 tahun

2003 maka secara sah dan menyakinkan pemohon Machri Hendra mempunyai *legal standing* untuk mengajukan pengujian UU No. 14 tahun 1985 terhadap UUD 1945 kepada Mahkamah Konstitusi RI.

Perbedaan pendapat antara penulis dengan beberapa Hakim Mahkamah Konstitusi tersebut adalah sesuatu yang wajar mengingat manusia diciptakan oleh Tuhan dalam keberbedaan. Untuk itu diharapkan semua pihak menghormati pendapat penulis ini sebagai wujud dari sumbangsih pemikiran yang “sangat bagus” untuk tidak mengatakan “pendapat yang sangat cerdas”. Semoga atas pengertian semua pihak akan perbedaan ini menjadi bagian integral dalam peningkatan kualitas kemanusiaan di hadapan Tuhan Yang Maha Esa... Amiiin.

BAB III

Eksistensi Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 Setelah Adanya

Putusan MK No.004/PUU/2003

1. Sebuah Pengantar

Adalah sesuatu yang membingungkan ketika wujudnya ada tetapi eksistensinya dipertanyakan. Itulah realita yang terjadi pada Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 setelah adanya putusan MK No. 004/PUU/2003 Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Putusaan Mahkamah Konstitusi tersebut diambil dengan jalan voting mengingat tidak ada kata mufakat diantara sembilan Hakim Mahkamah Konstitusi. Dari voting tersebut diperoleh putusan yang intinya *in casu* dalam kasus tersebut Mahkamah Konstitusi mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Pasal tersebut mengatur batasan undang-undang yang boleh diuji oleh Mahkamah Konstitusi yaitu hanya undang-undang yang diundangkan setelah amandemen UUD 1945 yang pertama.

Kalau dianalisis secara seksama isi putusan MK No. 004/PUU-I/2003, kata “pengenyampingan” pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 diletakkan didalam konsideran dan bukan didalam amar putusan. Ini artinya Mahkamah Konstitusi kelihatan ragu dan bahkan cenderung “bias” apakah pasal tersebut telah dicabut dan tidak mempunyai kekuatan mengikat, atau dikesampingkan khusus hanya

pada kasus pengujian undang-undang No. 14 tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar 1945 yang dimohonkan oleh Machri Hendra.

Seandainya pasal tersebut hanya dikesampingkan khusus pada kasus tersebut dan masih mengikat ketika ada kasus serupa (pengujian undang-undang yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945), tentu merupakan sesuatu yang mencederai asas keadilan dan harus segera dirubah mengingat dengan berlakunya Pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 pemohon tidak bisa mengajukan pengujian undang-undang yang diundangkan sebelum amandemen pertama meskipun hak konstitusionalnya telah dilanggar dengan berlakunya undang-undang tersebut.

Penulis menganggap keberhasilan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) mengamandemen UUD 1945 dan menghasilkan lembaga baru yang bernama Mahkamah Konstitusi, bukanlah sesuatu yang instan langsung ada, akan tetapi merupakan pergumulan pemikiran yang sangat panjang oleh para sarjana hukum khususnya dan masyarakat Indonesia pada umumnya. Sejarah telah mencatat bahwa cita-cita adanya lembaga negara yang diberi kewenangan "Hak menguji" peraturan perundang-undangan telah muncul seiring dengan berdirinya Negara Kesatuan Republik Indonesia. Moh. Yamin dicatat oleh sejarah dengan tinta emas sebagai orang Indonesia yang pertama mengusulkan dalam sidang BPUPKI pada bulan Juli 1945 agar Mahkamah Agung diberi "Hak Menguji" peraturan perundang-undangan yang tidak sesuai dengan konstitusi. Meskipun usul Moh. Yamin tersebut ditolak, tetapi paling tidak usul tersebut menjadi *embrio* munculnya Mahkamah Konstitusi.

Bukan merupakan *happy ending* tatkalah cita-cita adanya lembaga negara yang diberi kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 berhasil dengan berdirinya Mahkamah Konstitusi, namun masih harus dibatasi kewenangannya hanya bisa menguji undang-undang yang diundangkan sesudah amandemen UUD 1945 melalui pasal 50 UU No. 24 tahun 2003. Kalau pasal tersebut masih mengikat sampai sekarang, bagaimana nasib pemohon yang hak konstitusionalnya dirugikan dengan berlakunya undang-undang yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama.

Berawal dari sini, penulis akan memaparkan betapa pentingnya melembagakan “Hak Menguji” demi terciptanya negara hukum dan demokrasi, sekaligus akan dipaparkan sejarah panjang “Hak Menguji” yang ada di Indonesia. Pemaparan tersebut dianggap penting untuk sampai pada keyakinan bersama bahwa Mahkamah Konstitusi adalah salah satu syarat negara hukum dan demokrasi. Setelah itu, baru akan dianalisis eksistensi Pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 setelah adanya putusan MK No. 24 tahun 2003

2. Konsep “Hak Menguji” Dalam Kontek Negara Hukum Dan Demokrasi

A. Urgensi Institusionalisasi “Hak Menguji” Dalam Merekonstruksi Demokratisasi Negara Hukum

Sedikit mengulang pembicaraan pada bab sebelumnya seputar kajian *judicial review*, maka menurut istilah *judicial review* adalah suatu proses yang dengan hal itu lembaga judisial menjalankan pengawasan judisialnya terhadap proses dan keputusan pengadilan dibawahnya dan badan-badan

atau orang yang menjankan fungsi-fungsi *judicial* atau pihak yang diberi tugas melaksanakan aturan-aturan dan tugas publik.¹⁵⁵

Secara teoritis, ada yang membedakan pengertian antara *judicial review* dan “hak uji materiil”. *Judicial review* diartikan pengujian untuk undang-undang sedangkan hak uji materiil adalah pengujian peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang.¹⁵⁶ Untuk menjembatani perbedaan pendapat tersebut, dalam tulisan ini selanjutnya akan digunakan istilah “Hak Menguji”¹⁵⁷. Istilah tersebut adalah istilah juridis yang terdapat di dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 setelah diamandemen.

Eksistensi “Hak Menguji” dalam wacana hukum modern nampaknya merupakan suatu *issue* yang kompleks. Perkembangan kelembagaan “Hak Menguji” kemudian mengikuti perkembangan sosial dan dinamika konstitusi dan diinstitutionalisasi sebagai suatu format upaya hukum.

“Hak Menguji” yang lahir dari rahim tradisi *common law system* pada perkembangan awalnya merupakan suatu bentuk kontrol konstitusional terhadap produk hukum parlemen (*legislatif*). Di Amerika Serikat, Misalnya, persoalan pemberian kewenangan pengujian Undang-Undang kepada *The Supreme Court* (Mahkamah Agung) oleh penyusun konstitusi pada 1787 telah menjadi debat yang panjang. Terdapat keraguan untuk

¹⁵⁵ Adnan Jamal, *Mahkamah Konstitusi Penjaga Kedaulatan Rakyat*, Jurnal Meritokrasi. Vol. 1 No. 3, edisi Mei-Agustus 2003, hal. 247

¹⁵⁶ Moch. Machfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Terbitan LP3ES Indonesia: Jakarta, 2001, hal. 360

¹⁵⁷ Yang dimaksud “Hak Menguji” dalam tulisan ini adalah “Hak Menguji” yang dilakukan oleh lembaga judisial terhadap peraturan perundang-undangan yang dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Bukan “Hak Menguji” yang dilakukan oleh pembuat peraturan perundang-undangan tersebut, yang dalam dunia teori dikenal dengan sebutan *Political Review* atau *legislative review*.

menyerahkan kewenangan tersebut. Namun, pada 1789, Kongres akhirnya mengukuhkan pemberian kewenangan “Hak Menguji” kepada Mahkamah Agung untuk dapat menolak produk perundang-undangan parlemen manakalah dinilainya tidak *compatible* dengan prinsip-prinsip konstitusi dan menyusul kuatnya desakan dari rakyat Amerika Serikat, khususnya dari lembaga pengadilan untuk memperkuat secara *fair* proses *check and balance* dalam sistem pemerintahan. Keputusan Ketua Mahkamah Agung, Jhon Marshal, tentang kasus yang terkenal dengan kasus *Marbubi vs Madison* pada 1803 makin memperkuat pelembagaan “Hak Menguji” dalam konstitusi Amerika Serikat.¹⁵⁸

Di Eropa, pelembagaan “Hak Menguji” muncul pasca perang dunia pertama yakni dalam konstitusi Austria pada tahun 1920. Kemudian, perkembangannya meluas setelah PD II di Jerman dan di Italia. Sedangkan di Inggris pada awalnya menolak pemberian wewenang kepada hakim untuk melakukan “Hak Menguji” terhadap produk legislasi parlemen. Namun, atas petunjuk Ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat, Jhon Marshall, akhirnya kewenangan bagi hakim untuk melakukan “Hak Menguji” terhadap produk legislasi parlemen sebagai bagian tradisi sistem hukum manakalah terjadi *bias* terhadap konstitusi tidak tertulis diakui di Inggris.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Jimly, Op Cit., hal. 11

¹⁵⁹ Adnan, Op Cit., hal. 250

Sementara itu, di Perancis eksistensi pelembagaan “Hak Menguji” ditandai dengan adanya keputusan Dewan Konstitusi (*The Conseil Constitutionnel*) pada tanggal 16 Juli 1971 yang mengukuhkan kekuasaannya untuk “menguji” peraturan hukum berdasarkan kesesuaiannya dengan konstitusi dan prinsip-prinsip fundamental yang tidak tertulis bagi tradisi Republik Perancis.¹⁹⁵

Pada era kontemporer pelembagaan “Hak Menguji” terhadap produk perundang-undangan telah dianut banyak negara yang mengadopsi teori *trias politica* dalam sistem pemerintahannya baik yang sistem hukumnya mengacu pada *common law*, maupun pada *civil law*.¹⁹⁶

B. Letak Esensi Institusionalisasi “Hak Menguji” dalam merekonstruksi Demokratisasi Negara Hukum

Negara hukum, secara konseptual, meniscayakan tegaknya supremasi hukum yang mendasarkan diri pada nilai atau prinsip keadilan. Secara politik, wujud supremasi hukum yang dikehendaki oleh suatu negara yang tercantum dalam konstitusinya. Di dalam konstitusi lah dipermaklumkan bentuk dan konsep hukum yang dianut oleh negara. Jadi, posisi konstitusi dalam sistem ketatanegaraan suatu negara sangat *central*. Ia muara dari segala bentuk peraturan perundang-undangan yang lahir dalam negara. Selain itu, ia merupakan refleksi dan kristalisasi kehendak politik

¹⁹⁵ Adnan, *ibid.*, hal. 251

¹⁹⁶ Adnan, *ibid.*, hal. 251

(*political will*) rakyat. Oleh karena itu, tegaknya konstitusi adalah atmosfer kehidupan ketatanegaraan suatu negara dan itu berarti suatu indikasi progresif bagi tegaknya supremasi hukum. Untuk mendorong usaha ke arah tersebut, konstruksi demokratisasi yang merupakan salah satu pilar negara hukum adalah suatu *conditio sine qua non*. Negara hukum menjadi *stereotype* tanpa arus demokratisasi yang kuat dalam iklim kehidupan bernegara. Karena salah satu prinsip dasar demokrasi adalah tegaknya konstitusionalisme atau supremasi hukum.¹⁶⁰

Dalam realitas empirik perjalanan sejarah politik kebanyakan negara, mengusung isu demokratisasi tidaklah mudah karena kerap kali *bias* politik menggurita dan bersemayam dalam lingkaran pemerintahan kendatipun negara secara yuridis-formal mencangkok ide konstitusionalisme. Pada kondisi ini, proses kontrol atau *check and balance* yang dinamis dan *ekuilibrium* adalah hal yang niscaya. Berkaitan dengan hal ini, dibutuhkan suatu lembaga negara untuk menggerakkan kontrol konstitusional yang memungkinkan prinsip konstitusionalisme tumbuh.¹⁶¹

Pengalaman berbagai negara—diantaranya Amerika Serikat—kontrol konstitusional terhadap lembaga negara berada pada institusi yudisialnya, yakni *The Supreme Court*. Institusi ini sebagai bagian integral badan peradilan, memainkan peran bukan saja sebagai institusi yudisial *an sich*, tetapi juga sebagai institusi politik dan pembuat kebijakan (*policy maker*).

¹⁶⁰ Soetandyo, *Op Cit.*, hal. 471

¹⁶¹ Jimly., *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, *Op Cit.*, hal. 113

Untuk menggunakan fungsi ini secara maksimal diberikanlah kewenangan “Hak Menguji” terhadap peraturan perundang-undangan dibawah konstitusi. Mengapa harus dengan “Hak Menguji”? karena melalui “*the great weapon*” lembaga peradilan yang diberi wewenang untuk itu dapat menjalankan fungsi kontrol konstitusionalnya yang dapat menilai absah atau tidaknya suatu peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan oleh suatu otoritas publik yang mempunyai efek terhadap hak-hak penduduk. Dengan kata lain “Hak Menguji” adalah bagian dari fungsi lembaga yudisial untuk melakukan proses *chek and balance* dalam konsep *separation of power* dengan mengontrol semua produk perundang-undangan di bawah konstitusi, baik yang dikeluarkan oleh lembaga legislatif maupun lembaga eksekutif dengan menilai sisi keabsahan dengan merujuk pada prinsip-prinsip dan semangat konstitusi. Singkat kata, tujuan substansial upaya hukum “Hak Menguji” adalah untuk menjamin dan memberi perlindungan politik dan hukum kepada setiap individu agar diberi perlakuan yang adil (*fair treatment*) oleh suatu otoritas yang eksistensinya diatur oleh aturan perundang-undangan.¹⁶²

Selain itu, penyerahan kewenangan “Hak Menguji” kepada lembaga yudisial dimaksudkan pula untuk mencegah pelampauan penggunaan kekuasaan atau penyalagunaan kekuasaan otoritas publik. Dengan demikian, semua otoritas publik akan selalu mendasarkan seluruh tindakannya—sebagai bagian pengejawantahan fungsi yang diberikan

¹⁶² Adnan, Op Cit., hal.252

oleh aturan perundang-undangan—pada prinsip-prinsip dan semangat konstitusi.

Di Amerika Serikat, pada tahun 1890-1983, sebanyak 1.088 peraturan perundang-undangan yang dinilai tidak konstitusional oleh Mahkamah Agung. Ini menunjukkan betapa besar kontrol konstitusional oleh lembaga yudisial dalam berbagai kebijakan publik dalam negara.¹⁶³

Potret penguatan institusi yudisial melalui institusionalisasi “Hak Menguji” di negara dideskripsikan di atas begitu bermakna terhadap upaya demokratisasi dalam kerangka negara hukum. Dengan instrumen ini, hakim dikualifikasikan sebagai “*the guardian of constitution*” atau pengawal konstitusi.¹⁶⁴

C. “Hak Menguji” Sebagai Pengawal Konstitusi

Menurut Mauro Cappeletti dalam bukunya *judicial review in the Contemporary World*, bahwa dinamika dan perkembangan konstitusi, sejak sistem konstitusi diperkenalkan hingga saat ini telah menempuh tiga tahap, yakni; *Pertama*, penuangan nilai-nilai tertentu yang terdapat dalam masyarakat ke dalam hukum positif, dengan cara membentuk konstitusi tertulis; *Kedua*, memberikan sifat *rigid* terhadap konstitusi, artinya kaidah-kaidah konstitusi mempunyai kedudukan lebih tinggi dari kaidah hukum positif lainnya; dan *Ketiga* menciptakan lembaga atau sistem yang mampu

¹⁶³ Adnan., *ibid*, 253

¹⁶⁴ Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi*, Makalah tanpa tahun. Hal 3

melindungi kaidah-kaidah konstitusi itu agar tidak dilanggar atau disimpangi baik dalam peraturan perundang-undangan maupun dalam bentuk tindakan-tindakan pemerintah lainnya.¹⁶⁵

Lebih jauh Cappelletti menegaskan, untuk mengaktualisasikan perlindungan terhadap kaidah-kaidah konstitusi, setidaknya terdapat dua macam cara yang lazim di tempuh, yaitu: (1) pengawasan secara politik (*political review*); dan (2) pengawasan secara yuridis (*judicial review*). Kedua model pengawasan tersebut dilakukan dengan cara menilai atau menguji, apakah suatu undang-undang atau aturan peraturan perundang-undangan lainnya atau tindakan-tindakan pemerintah yang ada atau akan diadakan, bertentangan atau tidak dengan konstitusi¹⁶⁶

Wewenang menilai atau menguji (baik *political review* maupun *judicial review*) di dalam nomenklatur hukum dikenal dengan sebutan “Hak Menguji” (*toetsingrecht; judicial review*). Secara umum “Hak Menguji” diartikan sebagai wewenang untuk menilai, apakah isi peraturan perundang-undangan sesuai atau bertentangan dengan konstitusi yang lebih tinggi derajatnya. Dengan perkataan lain “Hak Menguji” merupakan pranata yang berkaitan erat dengan konsep hukum dasar (*fundamental law*) dalam hukum derajat tinggi (*supreme law*).

Menurut Allan R. Brewer-Carias, untuk mempertahankan *Supremacy of the constitution* “Hak Menguji” lembaga yudisial hanya

¹⁶⁵ Sumali, op cit, hal.59

¹⁶⁶ Sumali, op cit, hal.59

relevan jika memenuhi dua syarat : *Pertama*, harus ada konstitusi tertulis yang dianggap sebagai hukum yang tertinggi; *Kedua*, konstitusi tertulis itu harus bersifat *rigid* atau yang hanya dapat diubah melalui tata cara khusus yang berbeda dengan cara mengubah Undang-Undang biasa.¹⁶⁷

Dalam pada itu, mengenai urgensi dilembagakannya pranata hukum

“Hak Menguji” lembaga yudisial, Hans Kelsen menyatakan:

“fungsi terpenting dari konstitusi dalam arti materiil adalah untuk menentukan pembentukan norma-norma hukum umum, yakni untuk menentukan pembentukan organ-organ dan prosedur pembentukan undang-undang dan juga—sampai derajat tertentu untuk menentukan isi-isi dari hukum-hukum yang akan datang. Dengan demikian timbul masalah bagaimana menjamin kepatuhan terhadap ketentuan konstitusi ini, bagaimana menjamin “kekonstitusionalan” dari hukum-hukum yang dibuat. Ini adalah persoalan khusus dari masalah yang lebih umum bagaimana menjamin bahwa suatu norma hukum yang lebih rendah akan sesuai dengan norma yang lebih tinggi yang menentukan pembentukannya atau isi-isinya.....Pengujian dan penghapusan suatu hukum karena dibuat tidak berdasarkan konstitusi dapat dilakukan menurut beberapa cara... Jika kekuasaan untuk menguji kekonstitusionalan suatu hukum diberikan kepada pengadilan, maka kita menyebutnya *judicial review of legislation*....Kekuasaan untuk menguji kekonstitusioanlan hukum dan dan untuk membatalkan hukum yang inkonstitusional dapat diberikan kepada sebuah pengadilan konstitusi yang dilembagakan secara khusus, sementara pengadilan lainnya hanya memiliki hak untuk mengusulkan kepada pengadilan konstitusi pengujian dan pembatalan hukum yang harus diterapkannya tetapi yang dianggapnya tidak konstitusional.¹⁶⁸

Apa yang dikemukakan oleh Hans Kelsen diatas menunjukkan kekhawatiran akan timbulnya konflik antara norma yang lebih tinggi dengan norma yang lebih rendah, bukan hanya menyangkut hubungan antara Undang-Undang dengan keputusan pengadilan, tetapi juga menyangkut hubungan antara konstitusi dengan Undang-Undang. Oleh

¹⁶⁷ Sumali, *ibid*, hal.60

¹⁶⁸ Sumali, *ibid*, hal. 61

karena itu Kelsen mengemukakan sejumlah syarat agar kepatuhan terhadap konstitusi dapat terjamin, yakni *Pertama*, adanya organ yang diberi otoritas untuk melakukan pengujian hukum (*judicial review*); dan *Kedua*, tersedianya mekanisme atau prosedur – termasuk dalam hal ini menyangkut azas-azas dan kaidah-kaidah hukum – untuk melakukan pengujian hukum.

Pengalaman empiris pengaturan dan pelaksanaan “Hak Menguji” di berbagai negara menunjukkan gejala yang dinamis sesuai dengan karakteristik sistem konstitusi yang dianut dan kebutuhan hukum akan pranata “Hak Menguji” pada masing-masing negara. Di dalam literatur, secara historis “Hak Menguji” telah ada di Inggris sejak abad XVI. Pengadilan Inggris menetapkan setiap peraturan atau tindakan pemerintahan tidak boleh bertentangan dengan *common law*. Tetapi “Hak Menguji” Inggris ini ditinggalkan akibat lahirnya ajaran supremasi atau kedaulatan parlemen. Pranata “Hak Menguji” kemudian dikembangkan dalam tradisi ketatanegaraan Amerika Serikat, yang dimulai pada tahun 1803 dalam kasus *Marbrury versus Madison*. Sementara itu Republik Prancis, Republik kelima yang mempunyai lembaga “Hak Menguji” yang dikenal dengan sebutan Dewan Konstitusi, pengaturan tentang “Hak Menguji” baru dijumpai dalam Konstitusi De Gaulle yang mulai berlaku pada 4 Oktober 1958.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Sumali, *ibid*, hal. 62

D. Institusionalisasi “Hak Menguji” Dalam Konteks Negara Indonesia

1) “Hak Menguji” Menurut Konstitusi RIS tahun 1949

Di dalam Konstitusi RIS, terdapat ketentuan yang cukup tegas tentang “Hak Menguji”. Menurut Konstitusi RIS pasal 156 ayat (1) mengatakan:

“Jika Mahkamah Agung atau pengadilan-pengadilan lain yang mengadili dalam perkara perdata, atau dalam perkara hukuman perdata, beranggapan bahwa suatu peraturan hukum dalam ketatanegaraan atau Undang-Undang suatu daerah bagian berlawanan dengan konstitusi ini, maka dalam keputusan kehakiman itu juga, ketentuan itu dinyatakan dengan tegas tak menurut konstitusi”

Selanjutnya Pasal 156 ayat (2) menyatakan :

“Mahkamah Agung berkuasa menyatakan dengan tegas bahwa suatu ketentuan dalam peraturan ketatanegaraan atau dalam Undang-Undang Daerah Bagian tak menurut Konstitusi jika ada surat permohonan yang beralasan yang dimajukan, untuk Pemerintah RIS, oleh atau atas nama Jaksa Agung pada Mahkamah Agung, ataupun untuk suatu Pemerintah Daerah Bagian yang lain, oleh kejaksaan pada pengadilan tertinggi daerah bagian yang dimaksudkan kemudian.”¹⁷⁰

Dari penjelasan Pasal 156 Konstitusi RIS tersebut, kewenangan hak “Hak Menguji” diberikan baik kepada Mahkamah Agung maupun kepada badan-badan peradilan lain. Sedangkan obyek peraturan yang dapat diuji meliputi, Undang-Undang Daerah Bagian dan peraturan-peraturan lain, termasuk peraturan-peraturan Federal kecuali Undang-Undang Federal dan Undang-Undang Darurat, sebagaimana tercantum pada pasal 130 ayat (2) yang menyatakan Undang-Undang Federal tidak dapat diganggu gugat.

Secara teoritik tidak dapat diujinya Undang-Undang oleh badan peradilan dapat ditinjau dari faham kenegaraan yang dikenal di dalam

¹⁷⁰ Konstitusi RIS 1950, dikutip dari tiga Undang-Undang Dasar RI, Penerbit Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1994, hal 173.

literatur, yakni doktrin supremasi parlemen dan doktrin *trias politica*. Secara sepintas doktrin supremasi parlemen ini nampak pada Konstitusi RIS. Menurut Soenarko, ada dua hal yang dapat dipakai untuk menjelaskan hal tersebut, yaitu: *Pertama*, bahwa mekanisme perubahan konstitusi sama dengan cara mengubah Undang-Undang biasa. Artinya Konstitusi RIS bukan merupakan *Supreme of law*; *Kedua*, bobot kekuasaan terletak pada parlemen (DPR).¹⁷¹

Adapun tinjauan dari perspektif *trias politica* berkenaan dengan tidak dapat diganggu gugatnya produk Undang-Undang Federal juga menemukan relevansinya. Sebab tak dapat dipungkiri Konstitusi RIS menganut ajaran pemisahan kekuasaan. Hal ini didasarkan atas ketentuan pasal 1 ayat (2), bahwa pemerintah (selain DPR) merupakan pelaksana kedaulatan rakyat. Jadi menurut Konstitusi RIS, DPR bukanlah satu-satunya lembaga negara yang melaksanakan kedaulatan. Di samping itu, kekuasaan DPR untuk memaksa kabinet meletakkan jabatannya tidak dapat berlaku efektif karena adanya pembatasan pasal 122 Konstitusi RIS. Berpijak dari fakta yang demikian, sulit kiranya untuk menyebut Konstitusi RIS menganut Supremasi parlemen atau sistem parlementer.¹⁷²

¹⁷¹ Sumali, *Op Cit.*, hal. 64

¹⁷² Sumali, *Op Cit.*, hal. 64

2) “Hak Menguji” Menurut Undang-Undang Dasar Sementara Tahun 1950.

Undang-undang Dasar Sementara tahun 1950 yang diberlakukan melalui Undang-Undang Federal RIS No. 7 Tahun 1950 tidak mengenal “Hak Menguji”. Artinya, tidak ada satu kekuasaanpun, termasuk Mahkamah Agung yang mempunyai wewenang untuk menguji, apakah isi suatu undang-undang bertentangan dengan undang-undang dasar atau tidak.

Menurut Sri Soemantri, adanya larangan untuk menguji undang-undang, bukan karena dianutnya bentuk negara kesatuan, melainkan karena sistem pemerintahan yang dianut UUDS 1950 yang tersimpul dalam pasal 1 ayat (2) undang-undang dasar sementara tahun 1950 yang berbunyi:¹⁷³

“Kedaulatan Republik Indonesia di tangan rakyat dan dilakukan oleh pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat.”

Atas dasar ketentuan tersebut diatas kedaulatan yang berada di tangan rakyat itu dilakukan atau dijalankan oleh Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat bersama-sama. Kedua lembaga tersebut secara bersama-sama adalah pelaksana kedaulatan rakyat.

Kedaulatan rakyat yang menurut Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Dasar Sementara Tahun 1950 dilakukan oleh Pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat dalam realisasinya mempunyai bentuk

¹⁷³ Sri Soemantri, op cit, hal. 23-25

tertentu sebagaimana yang diatur dalam Pasal 89 yang berbunyi:

“Kecuali apa yang ditentukan dalam Pasal 140, maka kekuasaan perundang-undangan, sesuai dengan ketentuan-ketentuan bagian ini, dilakukan oleh pemerintah bersama-sama dengan DPR.”¹⁷⁴

Dari ketentuan di atas adalah jelas bahwa Pemerintah bersama-sama dengan DPR yang merupakan pelaksanaan kedaulatan rakyat adalah juga pelaksana kekuasaan perundang-undangan. Ini berarti pula bahwa kedaulatan rakyat yang dilakukan atau dijalankan oleh pemerintah bersama-sama dengan DPR diwujudkan dalam bentuk undang-undang.

Dengan melihat uraian di atas dapatlah kita mengerti apa sebab menurut sistem yang dianut dalam Undang-Undang Dasar Sementara tahun 1950, undang-undang itu tidak dapat diganggu-gugat atau tidak dapat diuji apakah isinya bertentangan dengan Undang-Undang Dasar atau tidak.

Dengan demikian setiap undang-undang tidak dapat dinyatakan berlawanan dengan undang-undang dasar atau tak menurut undang-undang dasar dengan dalih dan alasan apapun. Hal demikian ini berlaku pula terhadap Undang-Undang darurat, disebabkan adanya pasal 96 ayat (2) yang berbunyi:

“Undang-undang darurat mempunyai kekuasaan dan derajat undang-undang. Meskipun menurut ayat (1) pasal di atas undang-undang darurat itu ditetapkan oleh pemerintah sendirian dan bukan oleh Pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat.”¹⁷⁵

¹⁷⁴ Undang-Undang Dasar Sementara RI tahun 1950, dikutip dari tiga Undang-Undang Dasar RI, Penerbit Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1994, hal 235.

¹⁷⁵ Sri Soemantri, op cit, hal. 13-14

3) “Hak Menguji” Menurut Undang-Undang Dasar 1945 (Sebelum Amandemen)

Setelah membandingkan dengan dua konstitusi yang pernah berlaku di Indonesia, yaitu Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950, begitu pula dengan konstitusi di beberapa negara, maka pertanyaan yang sama yang perlu diajukan adalah, apakah UUD 1945 mengenal atau mengakui “Hak Menguji” ? terhadap pertanyaan yang demikian itu, jawabannya perlu dicari dalam UUD 1945 itu sendiri.

Dari seluruh ketentuan yang terdapat dalam UUD 1945 berikut penjelasan, tiada satu ketentuan pun mengatur tentang “Hak Menguji”. Bahkan sama sekali tidak ada petunjuk yang menyiratkan “Hak Menguji” itu. Meskipun demikian, pemikiran akan pentingnya “Hak Menguji” itu pernah dikemukakan oleh Muh. Yamin pada waktu penyusunan UUD 1945 dalam sidang BPUPKI. Ketika itu Muh. Yamin dalam sidang BPUPKI menyinggung badan kekuasaan yang enam (maksudnya lembaga-lembaga Negara) antara lain dikatakan:

“Mahkamah Agung melakukan kekuasaan kehakiman dan membanding supaya sesuai dengan hukum adat, hukum Islam (syariah) dan dengan Undang-Undang Dasar dan melakukan aturan pembatalan Undang-Undang Dasar dan melakukan aturan pembatalan Undang-Undang, pendapat Balai Agung (Maksudnya Mahkamah Agung), disampaikan kepada Presiden yang mengabarkan berita itu kepada Dewan Perwakilan.¹⁷⁶

Pada bagian lain dikatakannya lebih lanjut, bahwa:

¹⁷⁶ Sri Soemantri, *ibid.* hal 15

“Balai Agung (maksudnya Mahkamah Agung) janganlah saja melaksanakan bagian kehakiman, tetapi juga hendaknya menjadi badan yang membanding apakah undang-undang yang dibuat oleh Dewan Perwakilan tidak melanggar Undang-Undang Dasar Republik Indonesia”.

Dari cuplikan pidato Muh. Yamin itu ternyata terlihat:

Pertama, bahwa Muh. Yamin menghendaki agar “Hak Menguji” itu dimasukkan ke dalam rancangan undang-undang dasar sebagai bagian dari wewenang Mahkamah Agung. Jadi Mahkamah Agung tidak menjalankan kekuasaan kehakiman semata, melainkan pula membanding, dalam arti menguji (*review*) terhadap undang-undang yang telah disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat.

Kedua, bahwa akibat hukum dari pengujian yang dilakukan oleh Mahkamah Agung itu mengandung arti pula bahwa Mahkamah Agung mempunyai wewenang membatalkan (berlakunya) suatu undang-undang yang disetujui Dewan Perwakilan Rakyat.¹⁷⁷

Dengan begitu, kedudukan undang-undang dapat diganggu-gugat, artinya dapat dibanding/dinilai ataupun diuji apakah sesuai atau bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.

Terhadap pemikiran Muh. Yamin yang menghendaki agar “Hak Menguji” dimasukkan ke dalam (rancangan) undang-undang dasar, ditanggapi oleh Soepomo yang menolak gagasan Yamin tersebut.

¹⁷⁷ Sri Soemantri, *ibid.* hal 16

Adapaun alasan Soepomo untuk menolak dicantumkannya “Hak Menguji” dalam Undang-Undang Dasar dengan melandaskan pada dua alasan:¹⁷⁸

1. Undang-Undang Dasar yang hendak dibentuk tidak mengenai *trias politica*, sedangkan “Hak Menguji” hanya dijumpai dalam negara-negara yang menganut *trias politica*.

Menurut Soepomo:

“ Sistem demikian itu memang ada, yaitu di Amerika dan juga di negeri Jerman pada zaman Konstitusi Weimar, jadi di Republik Jerman sesudah perang dunia. Ada juga di negeri Australia, di Cecho Slowakia sesudah perang dunia ke satu. Tetapi apa artinya sistem itu ? Sistem yang dipakai di dalam negeri Belanda berdasarkan *materieel recht*, yaitu satu konsekuensi daripada sistem *trias politica*, yang memang di Amerika betul-betul dijalankan sesempurna-sempurnanya. Menurut pendapat saya, Tuan Ketua dalam Rancangan Undang-Undang Dasar ini kita memang tidak memakai sistem yang membedakan *principil* 3 badan itu, artinya tidaklah bahwa kekuasaan kehakiman akan mengontrol kekuasaan membentuk undang-undang.”

2. Para ahli hukum kita belum begitu banyak dan disamping itu mereka sama sekali tidak mempunyai pengalaman dalam “Hak Menguji”.

Dalam hubungan dengan alasan ke dua ini oleh Soepomo dikemukakan antara lain sebagai berikut:

“Kecuali itu Paduka Tuan Ketua, kita dengan terus terang akan mengatakan, bahwa para ahli hukum Indonesiapun sama sekali tidak mempunyai pengalaman dalam hal ini, dan Tuan Yamin harus mengingat juga bahwa di Australia, Cecho Slowakia dan Jerman waktu Weimar bukan Mahkamah Agung, akan tetapi pengadilan spesial, *constitutioneel-hof*, sesuatu pengadilan spesifik yang melakukan itu.

¹⁷⁸ Sri Soemantri, *ibid.* hal 17

Kita harus mengetahui, bahwa kita harus menambah tenaga-tenaga, ahli-ahli tentang hal itu. Jadi buat negara yang muda, saya kira belum waktunya mengerjakan persoalan itu.”¹⁷⁹

Dari dua alasan utama penolakan Soepomo itu, yang menarik untuk diketengahkan adalah alasan pertama (yang lebih prinsipil) dibandingkan dengan alasan kedua. Apakah benar “Hak Menguji” itu hanya dijumpai dinegara-negara yang menganut teori *trias politica* ?

Sejarah mencatat, peletak dasar dari doktrin/ajaran pemisahan kekuasaan (yang kemudian lebih populer dengan sebutan *trias politica*) adalah John Locke, yang dikembangkan atau dipopulerkan lebih lanjut oleh Montesquieu.

Menurut John Locke, agar kekuasaan yang ada dalam negara tidak tertumpuk atau terkonsentrasi pada satu tangan (organ), maka harus ditempatkan terpisah ke dalam tiga cabang kekuasaan, yaitu:

1. *Legislative power*, yaitu cabang kekuasaan legislatif atau perundang-undangan;
2. *Executive power*, cabang kekuasaan eksekutif untuk melaksanakan sesuatu mengenai urusan dalam negeri, yang meliputi pemerintahan (dalam arti sempit) dan peradilan; dan
3. *Federative power*, yaitu kekuasaan untuk bertindak terhadap anasir-anasir asing.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Sri Soemantri, *ibid.* hal 18

¹⁸⁰ Sri Soemantri, *ibid.* hal 18

Kemudian diilhami dan dipengaruhi oleh pemikiran John Locke, adalah Montesquieu (seorang sarjana Perancis) yang mengembangkan lebih lanjut doktrin *trias politica* itu, dengan menyatakan perlunya pemilihan ataupun pemisahan badan pemerintah ke dalam tiga cabang kekuasaan, yaitu:

1. *Legislative power* (kekuasaan untuk membentuk undang-undang);
2. *Executive power* (kekuasaan untuk melaksanakan undang-undang, kekuasaan pemerintah); dan
3. *Judicial power* (kekuasaan untuk mengadili atau kekuasaan peradilan)¹⁸¹.

Menurut Montesquieu, pemilahan atau pemisahan badan pemerintahan ke dalam cabang kekuasaan itu penting artinya untuk menjamin adanya kebebasan (politik) perseorangan sebagai anggota masyarakat negara. Tanpa ada pemisahan itu, maka tidak akan ada kebebasan.

Dalam perkembangan lebih lanjut, teori *trias politica* itu seperti antara lain dikemukakan oleh C.F. Strong, mempunyai dua macam pengertian, yaitu.¹⁸²

Pertama, Pengertian ekstrim (*extreme interpretation*), di mana teori atau doktrin tersebut mengandung arti adanya pemisahan yang mutlak (*complete isolation*) antara tiga macam kekuasaan. *Kedua*, Pengertian

¹⁸¹ Suwoto, Op Cit., hal. 61

¹⁸² Sri Soemantri, ibid. hal 19

yang luas (*broader sense*), dimana tiga macam kekuasaan yang ada dalam negara itu harus diberikan kepada tiga macam alat perlengkapan negara. Bahwa teori *trias politica* itu berbasis pada kebebasan (seperti hanya pendapat Montesquieu) diakui pula C.F.Strong.

Persoalan esensial yang perlu dijawab sehubungan dengan pendapat Soepomo adalah: Apakah benar “Hak Menguji” yang dilakukan lembaga yudisial itu hanya dijumpai di negara-negara yang menganut doktrin *trias politica* ?

Amerika Serikat, misalnya, adalah negara yang menganut doktrin *trias politica*, setidaknya secara teoritis. Terbukti dari konstitusinya yang memisahkan kekuasaan yang ada dalam negaranya ke dalam tiga cabang kekuasaan, yakni Legislatif (*Congress*), Eksekutif (*President*) dan Yudisial (*Supreme Court*).

Dengan mengikuti alasan pertama penolakan Soepomo itu, maka Amerika Serikat yang menerapkan doktrin *trias politica*, sudah seharusnya dalam konstitusinya meletakkan klausula yang memperbolehkan suatu undang-undang diuji terhadap konstitusi. Namun, seperti nyata terlihat dalam konstitusinya, sama sekali tidak dijumpai adanya ketentuan yang menyatakan bahwa (suatu) undang-undang dapat diuji secara materiil. “Hak Menguji” yang ada di Amerika Serikat dan yang dikenal sekarang ini, justru bermula dari suatu teori tersendiri yang berkembang kemudian dan bukan karena dianutnya doktrin *trias politica* itu. Dengan begitu alasan penolakan Soepomo itu secara teoritis tidak memperoleh dasar

pembenar. Karena itu, berdasarkan atas praktek yang terjadi di Amerika Serikat dan juga bersandar pada logika penolakan Soepomo yang tidak mempunyai landasan teori, maka oleh karena itu meskipun UUD 1945 tidak menganut teori *trias politica*, namun sepanjang tidak tegas-tegas dilarang, itu berarti boleh.¹⁸³

Itulah sebabnya, gagasan lama Muh. Yamin itu seakan terakomodasikan dalam seminar Hukum Nasional ke II, maka pada tahun 1970 ditetapkan Undang-Undang No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Dalam pasal 26 UU No. 14/1970 disebutkan bahwa:

1. Mahkamah Agung berwenang untuk menyatakan tidak sah semua peraturan perundang-undangan dari tingkat lebih rendah dari undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
2. Putusan tentang pernyataan tidak sahnya peraturan perundang-undangan tersebut dapat diambil berhubung dengan pemeriksaan dalam tingkat kasasi.¹⁸⁴

Pencabutan dari peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah tersebut dilakukan oleh instansi yang bersangkutan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 26 tersebut diatas, ada beberapa hal yang dinyatakan secara eksplisit; yaitu:

¹⁸³ Sri Soemantri, *ibid.* hal 19

¹⁸⁴ Sumali, *Op Cit.*, hal. 62

Pertama, bahwa untuk pertamakalinya terdapat satu produk hukum berupa UU No. 14/1970 (dibawah lingkup UUD 1945) yang meletakkan wewenang “Hak Menguji” kepada Mahkamah Agung.

Kedua, bahwa Mahkamah Agung berwenang melakukan “Hak Menguji” hanya sebatas pada peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih rendah daripada undang-undang. Dengan demikian undang-undang dan ketetapan MPR tidak diuji.

Ketiga, bahwa pelaksanaan “Hak Menguji” itu hanya dapat dilakukan dalam pemeriksaan tingkat kasasi.

Keempat, apabila Mahkamah Agung telah melaksanakan “Hak Menguji”, maka yang mencabut peraturan perundang-undangan yang telah diuji itu adalah instansi yang menetapkan atau mengeluarkan peraturan tersebut.¹⁸⁵

Dari keempat hal yang terkandung dalam ketentuan Pasal 26 itu, ada satu hal esensial yang perlu diketengahkan, yaitu, apa yang menjadi alasan atau *reasoning* dari pembentuk UU No. 14/1970 yang memberikan wewenang “Hak Menguji” kepada Mahkamah Agung hanya terbatas pada peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih rendah daripada Undang-Undang ? Dengan kata lain, atas dasar alasan-alasan apakah Undang-Undang tidak dapat diuji ?

Dalam konteks ini, penjelasan pasal 26 UU No. 14/1970 menyebutkan sebagai berikut:

¹⁸⁵ Soemantri, *ibid.* hal 20

“Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia hak menguji undang-undang dan peraturan pelaksanaan undang-undang terhadap undang-undang dasar sebagai fungsi pokok tidak terdapat pada Mahkamah Agung.

Oleh karena Undang-Undang Dasar 1945 tidak mengaturnya, maka tidak dengan sendirinya hak menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar oleh Mahkamah Agung dapat diletakkan dalam undang-undang ini. Hak menguji tersebut apabila hendak diberikan kepada Mahkamah Agung seharusnya merupakan ketentuan konstitusional. Demikian pula MPR(S) yang mengaturnya hingga sekarang tidak menetapkan hak menguji oleh Mahkamah Agung. Tidak disebut hak menguji ini dalam undang-undang dasar 1945 dan dalam ketetapan MPR (S) yang dapat mengaturnya sebagai suatu perwujudan dari hubungan hukum antara perlengkapan negara yang ada dalam negara, berarti bahwa undang-undang ini (undang-undang tentang ketentuan-ketentuan pokok kekuasaan kehakiman) tidak dapat memberikan kepada Mahkamah Agung kewenangan hak menguji, apalagi secara materiil undang-undang terhadap undang-undang dasar. Adanya undang-undang dasar ataupun ketetapan MPR (S) dapat memberikan ketentuan.”

Berdasarkan bunyi penjelasan Pasal 26 UU No. 14/1970 diatas, terdapat setidaknya-tidaknya tiga alasan sebagai dasar pembenar bahwa undang-undang tidak dapat diuji oleh Mahkamah Agung, yaitu:

Pertama, sistem UUD 1945 tidak memberikan kemungkinan pengujian terhadap Undang-Undang. Dengan kata lain, UUD 1945 tidak mengatur hal yang menyangkut pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar.

Kedua, pengujian terhadap undang-undang adalah bersifat konstitusional dan oleh karena itu tidak menjadi wewenang pembentuk undang-undang, dalam artian tidak dapat diatur dalam undang-undang;

Ketiga, Manakalah dikehendaki pengujian terhadap Undang-Undang, maka harus diatur dalam UUD dan/atau Tap. MPR.¹⁸⁶

Hal lain yang terkandung dalam pasal 26 UU No. 14/1970 yang perlu diutarakan adalah: *Pertama*, ketentuan yang menyatakan bahwa pengujian dilakukan dalam pemeriksaan tingkat kasasi. *Kedua*, Pencabutan atas peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah tersebut dilakukan oleh instansi yang mengeluarkan.

Mengenai yang pertama, yaitu pengujian dilakukan pada pemeriksaan tingkat kasasi, di dalamnya mengandung pembatasan-pembatasan. Artinya, selain pengujian hanya dapat dilakukan oleh mahkamah Agung, juga pengujian itu hanya mungkin dilakukan dalam kaitan dengan suatu pokok perkara (yang didalamnya menghendaki pengujian terhadap peraturan perundang-undangan yang diperkarakan) yang disidangkan pada peradilan bawahan dan peradilan banding, sebelum diperiksa pada tingkat kasasi.

Ketentuan yang demikian itu sudah barang tentu memerlukan waktu relatif lama sebagai suatu hal yang tidak sejalan dengan prinsip peradilan yang sederhana, cepat dan biaya murah. Yang lebih penting lagi, ketentuan yang demikian itu sangat menghambat pencari keadilan melalui perkara pengujian itu. Namun demikian, adanya beberapa pembatasan dari ketentuan di atas, diterobos atau dikesampingkan oleh.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Soemantri, *ibid.* hal 21

¹⁸⁷ Soemantri, *ibid.* hal 21

a. UU No. 5/1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara¹⁸⁸

Terobosan yang dilakukan oleh UU No. 5 tahun 1986 itu adalah sejauh berkenaan dengan “ketetapan” (*beschikking*), maka pengujian dilakukan sejak pemeriksaan oleh pengadilan tingkat pertama (dalam hal ini Pengadilan Tata Usaha Negara) sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 53 ayat (2) a yang menyatakan bahwa “Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Apa yang dimaksud dengan “bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku”. Penjelasan pasal 53 ayat (2) a antara lain menyebutkan: “Suatu Keputusan Tata Usaha Negara dapat dinilai bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku apabila keputusan yang bersangkutan itu:

1. Bertentangan dengan ketentuan-ketentuan dalam peraturan perundang-undangan yang bersifat prosedural/formal
2. Bertentangan dengan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan yang bersifat materiil/substansial.

Berdasarkan ketentuan pasal 53 ayat (2) a UU No. 5/1986 itu dapat dikatakan : *Pertama*: Pengadilan Tata Usaha Negara (sebagai pengadilan tingkat pertama dilingkungan Peradilan Tata Usaha Negara) berwenang memeriksa, memutuskan, dan menyelesaikan sengketa Tata Usaha Negara dengan pokok sengketa/gugatan berisi pengujian terhadap Keputusan Tata

¹⁸⁸ Soemantri, *ibid.* hal 22

Usaha Negara yang dinilai bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Kedua: Keputusan Tata Usaha Negara yang dinilai bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku itu mengandung makna bahwa Keputusan Tata Usaha Negara itu tidak hanya bertentangan secara prosedural/formal dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, melainkan bertentangan pula secara materiil atau substansial.

Dengan begitu, ketentuan Pasal 26 UU No. 14/1970 yang menyatakan bahwa pengujian dilakukan dalam pemeriksaan tingkat kasasi, diterobos atau dikesampingkan oleh UU No. 5/1986. dalam hal seperti itu berlaku suatu asas dalam hukum yaitu apa yang dikenal sebagai *lex specialis derogat legi generali*.

b) Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No. 1 Tahun 1993 Tentang Hak Uji Materiil¹⁸⁹

Sebelum menunjuk ketentuan mana dalam PERMA No. 1/1993 secara substansial menerobos atau mengesampingkan ketentuan Pasal 26 ayat (2) UU No. 14/1970, ada baiknya terlebih dahulu dilakukan pengkajian terhadap PERMA tersebut guna memperoleh gambaran yang relatif lengkap terhadap PERMA itu sendiri. Hal itu penting dilakukan, karena dari gambaran tentang PERMA itu akan tampak atau dijumpai hal-hal

¹⁸⁹ Soemantri, *ibid.* hal 22

yang dipandang krusial untuk diangkat ataupun diletakkan dalam kerangka bahasan tentang sumber legitimasi dari pelaksanaan Hak Uji Materiil¹⁹⁰.

Atas dasar itu, maka dijumpai beberapa hal yang terkandung dalam PERMA itu. *Pertama, Reasoning* atau alasan yang mendasari keluarnya PERMA No. 1/1993 adalah dengan menunjuk adanya kekosongan hukum acara yang mengatur tentang pelaksanaan peradilan mengenai Hak Uji Materiil (konsideran menimbang huruf B);

Kedua, dari segi tujuan, dikeluarkannya PERMA itu adalah untuk mengisi kekosongan hukum acara yang mengatur tentang pelaksanaan peradilan mengenai Hak Uji Materiil itu sehingga penyelenggaraan peradilannya menjadi lancar (konsideran menimbang huruf C).

Ketiga, dari segi dasar hukum, dikeluarkannya PERMA itu adalah beranjak dari dasar kewenangan yang dimiliki Mahkamah Agung, sebagaimana diatur dalam Pasal 11 ayat (4) Tap. MPR No. III/MPR/1978, pasal 26 UU No. 14/1970 dan pasal 31 UU No. 14/1985 (konsideran mengingat 1,2,3);

Keempat, dari tatacara pengajuan gugatan, PERMA itu menentukan dua jalur, yaitu:

- a. Diajukan ke Mahkamah Agung secara langsung dan melalui pengadilan tingkat pertama;

¹⁹⁰ Khusus dalam bagian ini digunakan istilah Hak Uji Materiil (bukan Hak Menguji). Hal ini sesuai dengan bahasa juridis PERMA No. 1 Tahun 1993 tentang Hak Uji Materiil

b. Diajukan kepada pengadilan tingkat pertama (yang kemungkinannya bisa banding ke Pengadilan Tinggi) (Pasal 1 ayat 8 PERMA No. 1/1993).

Kelima, dari segi kewenangan, PERMA itu memberikan wewenang pengujian secara materiil kepada:

1. Pengadilan Tingkat Pertama;
2. pengadilan Tingkat Banding, dan
3. Mahkamah Agung;

(Pasal 3 ayat 1 PERMA No. 1/1993)

Keenam, Dari segi isi putusan, PERMA itu menentukan sebagai berikut:

- Pernyataan tidak sah (oleh Mahkamah Agung);
- Pernyataan tidak mempunyai akibat hukum dan tidak mengikat pihak-pihak yang berperkara (oleh pengadilan tingkat pertama dan pengadilan tingkat banding) Pasal 3 ayat 1 dan 2 PERMA No. 1/1993).

Dari beberapa hal yang terkandung dalam PERMA No. 1/1993, tampak satu hal yang jelas bahwa alasan yang mendasari keluarnya PERMA tersebut adalah adanya kekosongan hukum acara tentang pelaksanaan peradilan mengenai hak uji materiil. Untuk mengisi kekosongan hukum acara itulah, PERMA No. 1/1993 dikeluarkan berdasarkan kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Agung sebagaimana diatur dalam pasal 11 ayat (4) Tap. MPR No. III/1978, Pasal

26 UU No. 14/1970, Pasal 31 dan juga Pasal 79 YY No. 14/1985 Tentang Mahkamah Agung.

Khusus mengenai pasal 79 UU No. 14/1985, ketentuan ini menegaskan bahwa:

“ Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam undang-undang ini”.

Penjelasan pasal 79 secara lengkap menyebutkan:

“Apabila dalam jalannya peradilan terdapat kekurangan atau kekosongan hukum dalam suatu hal, Mahkamah Agung berwenang membuat peraturan sebagai pelengkap untuk mengisi kekurangan atau kekosongan tadi.

Dengan undang-undang ini Mahkamah Agung berwenang menentukan pengaturan tentang cara penyelesaian suatu soal yang belum atau tidak diatur dalam undang-undang ini.

Dalam hal ini, peraturan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung dibedakan dengan peraturan yang disusun oleh pembentuk undang-undang.”

Ketentuan Pasal 79 UU No. 14/1985 berikut penjelasannya menegaskan beberapa hal:

Pertama, Terdapat delegasi wewenang dari pembentuk Undang-Undang kepada Mahkamah Agung untuk membuat peraturan. *Kedua*, peraturan yang dibuat oleh Mahkamah Agung terbatas pada pengaturan tentang cara penyelesaian suatu soal (berarti mengatur tentang hukum acara terhadap suatu hal) guna kelancaran peradilan.

Ketiga, Peraturan yang dibuat oleh Mahkamah Agung, secara substansial berbeda dengan peraturan yang dibuat oleh pembentuk undang-undang.

Dengan demikian, pasal 79 UU No. 14/1985 berisi pendelegasian wewenang kepada Mahkamah Agung untuk membuat peraturan tentang hukum acara, sebagai suatu hal yang dijumpai dalam pasal 11 ayat (4) Tap. MPR No. III/MPR/1978, Pasal 26 UU No. 14/1970 dan pasal 31 UU No. 14/1985 yang hanya memberikan wewenang kepada Mahkamah Agung untuk melakukan hak uji materiil dan tidak sampai pada wewenang membuat peraturan.

Karena itu, dengan berpijak pada ketentuan Pasal 79 UU No. 14/1985, Mahkamah Agung kemudian mengeluarkan PERMA No. 1/1993 tentang hak uji materiil. Namun demikian, PERMA itu secara substansial tidak hanya mengatur Hukum Acara tentang pelaksanaan peradilan mengenai hak uji materiil, melainkan pula dan terutama berisi perluasan wewenang menguji untuk semua lingkungan badan kekuasaan kehakiman. Dengan kata lain, PERMA ini memberikan wewenang untuk melakukan hak uji materiil kepada: Pengadilan Tingkat Pertama, Pengadilan Tingkat Banding; dan Mahkamah Agung.

Hal tersebut secara diatur dalam ketentuan Pasal 3 ayat (1) PERMA No. 1/1993 yang mengaskan;

“Majelis hakim pengadilan tingkat pertama dan tingkat banding yang memeriksa dan memutus tentang gugatan hak uji materiil itu, dapat menyatakan peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tidak mempunyai akibat hukum dan tidak mengikat pihak-pihak yang berperkara.”

Adanya perluasan wewenang yang diatur dalam PERMA itu nyata-nyata tidak sejalan atau bertentangan dengan:

Pertama, pasal 79 UU No. 14/1985 yang hanya mendelegasikan wewenang kepada Mahkamah Agung untuk membuat peraturan yang mengatur tentang hukum acara bagi kelancaran jalannya peradilan dan bukan untuk mengatur atau menciptakan wewenang baru.

Kedua, Pasal 11 ayat (4) Tap. MPR No. III/MPR/1978, Pasal 26 UU No. 14/1970 dan pasal 31 UU No. 14/1985 yang memberikan wewenang untuk melakukan Hak Uji Materiil hanya kepada Mahkamah Agung dan tidak kepada organ kekuasaan kehakiman lainnya (peradilan tingkat pertama dan tingkat banding).

Selain itu, Mahkamah Agung tidak berwenang membuat atau menciptakan peraturan yang substansinya merupakan materi suatu UU (seperti menciptakan wewenang pada suatu lembaga negara atau organ tertentu), apalagi yang bersifat umum. Termasuk di dalamnya melakukan penyempurnaan (revisi) terhadap suatu hal yang sudah diatur dalam Undang-Undang, jelas Mahkamah Agung tidak berwenang membuatnya, karena wewenang seperti itu ada pada pembentuk Undang-undang (Presiden bersama-sama dengan DPR).

Dengan begitu, PERMA No. 1/1993 itu secara nyata telah mengesampingkan ketentuan Pasal 26 UU No. 14/1970.

Hal terakhir yang perlu disinggung adalah berkaitan dengan putusan sekaligus bertalian dengan masalah kedua yang terkandung dalam pasal 26 yaitu tentang pencabutan peraturan yang dinyatakan tidak sah (sebagaimana disinggung di muka).

Dalam PERMA No. 1/1993 diatur mengenai isi putusan ke dalam dua macam, yaitu:

- a. Putusan yang diambil oleh Mahkamah Agung dalam gugatan hak uji materiil berisi pernyataan tidak sah.
- b. Putusan yang diambil oleh pengadilan tingkat pertama dan tingkat banding, berisi pernyataan tidak mempunyai akibat hukum dan tidak mengikat pihak-pihak yang berperkara.

Terhadap putusan yang diambil oleh Mahkamah Agung menurut PERMA No. 1/1993 adalah sejalan dengan bunyi Pasal UU No. 14/1970, yaitu berisi pernyataan tidak sah terhadap peraturan perundang-undangan yang digugat karena bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Putusan Mahkamah Agung yang berisi pernyataan tidak sah itu mengandung arti bahwa peraturan perundang-undangan yang digugat itu selain tidak berlaku bagi pihak-pihak yang berperkara juga tidak berlaku secara umum (diluar pihak-pihak yang berperkara). Berbeda halnya dengan putusan yang berisi pernyataan tidak mempunyai akibat hukum dan tidak mengikat pihak-pihak yang berperkara. Yang terakhir ini mengandung arti bahwa peraturan perundang-undangan yang digugat itu menjadi tidak berlaku (yang dengan sendirinya tidak mempunyai akibat hukum) hanya bagi pihak-pihak yang berperkara, sedangkan diluar pihak yang berperkara tetap berlaku. Isi putusan semacam ini jelas tidak sejalan

atau menyimpang dari peraturan yang digariskan dalam pasal 26 UU No. 14/1970.

Terhadap putusan Mahkamah Agung yang berisi pernyataan tidak sah itu, Pasal 26 ayat (2) UU No. 14/1970 mensyaratkan adanya pencabutan atas peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah itu oleh instansi yang mengeluarkan.

Adanya ketentuan Pasal 26 ayat (2) UU No. 14/1970 yang mensyaratkan pencabutan itu, menimbulkan beberapa pertanyaan: *Pertama*, apa perlunya ada syarat pencabutan, bila peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah itu sudah tidak berlaku lagi atau tidak mempunyai akibat hukum lagi? *Kedua*, bagaimana kalau instansi yang mengeluarkan tidak melakukan pencabutan? Apakah peraturan perundang-undangan yang sudah dinyatakan tidak sah itu masih dianggap berlaku selama belum dilakukan pencabutan oleh instansi yang bersangkutan?

Suatu peraturan perundang-undangan yang sudah dinyatakan tidak sah, dengan serta merta menjadi tidak berlaku lagi (yang dengan sendirinya tidak mempunyai akibat hukum apapun) baik bagi pihak-pihak yang berperkara maupun secara umum, lepas dari ada atau tidak adanya pencabutan (oleh instansi yang bersangkutan). Dengan demikian, ketentuan pasal 26 ayat (2) UU No. 14/1970 yang mensyaratkan adanya pencabutan jelas sebagai suatu hal yang berlebihan.

4) “Hak Menguji” Menurut Undang-Undang Dasar 1945 (Sesudah Amandemen)

Dokumen perubahan ketiga Undang-Undang Dasar 1945 yang dihasilkan sidang tahunan MPR pada Agustus 2001 yang lalu, mencatat hasil penting dengan diakuinya lembaga “Hak Menguji” di dalam UUD 1945. perubahan Ketiga UUD 1945 juga memperkenalkan lembaga baru kenegaraan yang diberi legitimasi untuk melakukan “Hak Menguji”, yaitu Mahkamah Konstitusi. Inilah tonggak baru pelembagaan hukum di Indonesia.

Sebagai komparasi, di beberapa negara yang konstitusinya mengakui “Hak Menguji” juga ditemui lembaga khusus semacam Mahkamah Konstitusi ini, seperti *Constitutional Court* di Italia, *Constitutional Council* Perancis, dan *Constitutional Court* di Jerman.

Dibentuknya Mahkamah Konstitusi tidak dapat dilepaskan dari kebutuhan hukum dibidang ketatanegaraan selama ini, yakni tidak adanya institusi dan mekanisme yang mampu mengatasi terjadinya konflik antara lembaga-lembaga negara dalam menginterpretasikan UUD 1945. Mahkamah Konstitusi itu sendiri adalah suatu pengadilan yang secara khusus mengadili berbagai perkara yang menyangkut penafsiran konstitusi; termasuk pula kewenangan untuk membekukan atau membubarkan partai politik, serta mengadili persengketaan atau perselisihan hasil pemilu. Hal demikian tercermin secara jelas di dalam Pasal 24C Perubahan Ketiga 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, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum”

Sementara itu Pasal 24A ayat (1), berbunyi:

“Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang terhadap Undang-Undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh Undang-Undang”

Berdasarkan kedua pasal di atas, Perubahan Ketiga UUD 1945 mengenal dua macam “Hak Menguji”. Pertama, Mahkamah Agung berhak melakukan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang; dan kedua, Mahkamah Konstitusi berhak menguji undang-undang terhadap UUD. Selain itu, kedua pasal tersebut menjelaskan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh dua institusi, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi.

Adapun perbedaan kedua institusi tersebut adalah; jika Mahkamah Agung sebagai pengadilan kasasi mempunyai kompetensi dibidang perkara perdata, pidana dan juga tata negara—namun dibatasi pada peraturan dibawah Undang-Undang; serta keputusan Mahkamah Agung masih dapat dilakukan upaya hukum lain (Peninjauan Kembali misalnya). Lain halnya dengan Mahkamah Konstitusi yang merupakan pengadilan

pertama dan terakhir dengan kompetensi di bidang ketatanegaraan; dan putusannya bersifat final.¹⁹¹

3. Konsep Pengenyampingan Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi RI

Dalam penarapan hukum banyak terjadi konflik hukum. Untuk menyelesaikan konflik tersebut banyak cara yang bisa dilakukan. Salah satunya adalah melakukan pengujian. Masalah pun muncul, siapa saja lembaga yang mempunyai kewenangan untuk melakukan pengujian tersebut.

Lembaga-lembaga yang bisa melakukan pengujian tersebut bisa dikelompokkan ke dalam dua golongan, yaitu: Pengujian yang dilakukan oleh lembaga pembuat undang-undang dikenal dengan sebutan *political review* atau *Legislative review*, sedangkan pengujian yang dilakukan oleh lembaga yudisial dikenal dengan sebutan *judicial review* (yang selanjutnya disebut “Hak Menguji”).¹⁹²

Cara yang bisa ditempuh oleh lembaga yang mempunyai kewenangan untuk melakukan pengujian adalah bisa dengan menggunakan asas preferensi (*the principle of preference*) yang lazim dikenal dalam ilmu hukum, yaitu asas *lex specialis*, asas *lex superior*, dan asas *lex posterior*.¹⁹³

¹⁹¹ Sumali, op cit, hal. 66

¹⁹² Rasyid, Op Cit., hal. 183

¹⁹³ Philipus M. Hadjon, Kumpulan Makalah: Pengkajian Ilmu hukum dogmatik (normatif) dan Metode Penelitiannya-Judul Malakalah, wewenang Mahkamah agung menguji konstitusionalitas undang-undang, Program Pascasarjana UNAIR, Surabaya, 2000, hal.10

Berkaitan dengan asas peraturan perundang-undangan, Poernadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, memperkenalkan enam asas perundang-undangan, yaitu :

- a. Undang-undang tidak berlaku surut
- b. Undang-undang yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi, mempunyai kedudukan yang lebih tinggi pula
- c. Undang-undang yang bersifat khusus mengenyampingkan undang-undang yang bersifat umum (*lex sepecialis derogat lex geberali*).
- d. Undang-undang yang berlaku belakangan membatalkan undang-undang yang berlaku terdahulu (*lex posteriore derogat lex priori*)
- e. Undang-undang tidak dapat diganggu-gugat.
- f. Undang-undang sebagai sarana semaksimal mungkin dapat mencapai kesejahteraan spirituil dan material bagi masyarakat maupun individu, melalui pembaharuan atau pelestaraan (*asas welvaarstaat*).¹⁹⁴

Sementara itu, Amiroeddin Syarif menetapkan adanya lima asas perundang-undangan, yaitu :

- a. Asas Tingkatan Hirarki
- b. Undang-undang tidak dapat diganggu-gugat
- c. Undang-undang yang bersifat khusus mengenyampingkan undang-undang yang bersifat umum (*lex sepecialis derogat lex generalis*).
- d. Undang-undang tidak berlaku surut

¹⁹⁴ Rosjidi Ranggawidjaja, *Pengantar Ilmu Perundang-Undangan Indonesia*, Penerbit CV Mandar Maju, Bandung: 1998, hal. 47

e. Undang-undang yang baru mengenyampingkan undang-undang yang lama (*lex posteriori derogat lex priori*).¹⁹⁵

Asas bahwa peraturan perundang-undangan tidak berlaku surut sangat relevan dengan fungsi hukum untuk mencapai keadilan dan berkaitan dengan asas legalitas. Pada sisi lain keberadaan asas bahwa peraturan perundang-undangan tidak boleh berlaku surut tidak lepas dari pomeo yang menyatakan “tiada hukum tanpa pengecualian” (*geen recht zonder uit zondering*). Artinya bahwa kepastian dan keadilan hukum harus diperhatikan, tetapi pengecualian dapat dilakukan sepanjang tidak merugikan pihak-pihak yang terkena aturan tersebut, karena hukum ditujukan untuk mengayomi dan mensejahterakan masyarakat. Hukum bukan untuk menindas masyarakat.¹⁹⁶

Dengan berpijak pada asas-asas tersebut, bentuk atau hasil dari lembaga yang berwenang melakukan pengujian menjalankan kewenangannya menurut Philipus M. Hadjon (1996) adalah berbeda. Pengujian yang dilakukan oleh MPR dapat berakibat pembatalan secara abstrak dan formal suatu undang-undang karena inkonstitusional. Sedangkan pengujian oleh Mahkamah Agung sehubungan dengan penanganan perkara atau sengketa hukum konkrit. Pembatalan yang dilakukan oleh Mahkamah Agung adalah pembatalan praktikal dengan cara *non application* atau mengenyampingkan yang dipandang inkonstitusional.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Rasjidi Ranggawidjaja ibid, hal, 48

¹⁹⁶ Rasjidi Ranggawidjaja, ibid, hal. 48

¹⁹⁷ P.M. Hadjon, op cit, hal. 14

Mekipun pendapat Philipus M. Hadjon tersebut dalam konteks MPR dan Mahkamah Agung, namun karena pendapat tersebut telah ditulis dalam sebuah karya ilmiah (makalah) maka tentunya pendapat tersebut menjadi teks bebas tafsir. Yang itu artinya, jika ditarik dalam konteks skripsi ini, maka tindakan yang dilakukan oleh Mahkamah Agung tersebut sekarang telah dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusnya No. 004/PUU/2003 tentang permohonan Pengujian Undang-Undang Dasar Negara Republik Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dalam putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi telah mengenyampingkan pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 yang dianggap bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi yaitu Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi :” Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar...” Dalam pasal tersebut kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar tidak dibatasi undang-undang tersebut diundangkan. Akan tetapi, di dalam pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 kewenangan Mahkamah Kontitusi untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar dibatasi hanya pada undang-undang yang diundangkan sesudah amandemen UUD 1945 yang pertama.

Berawal dari konflik hukum tersebut, maka Mahkamah Konstitusi *in casu* dalam kasusnya Mahchri Hendra, Hakim Pengadilan Negeri Padang yang mengajukan permohonan “Hak Menguji” atas pasal 7 ayat (1) Undang-Undang

No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 dengan alasan sebagai berikut :

Pertama, karena perkara ini sebelumnya sudah terdaftar di Mahkamah Agung, yang berarti pula sudah terdaftar di Mahkamah Konstitusi. Sehingga kalau suatu perkara sudah terdaftar, ini berarti harus diperiksa.

Kedua, pada perkara ini, Mahkamah Konstitusi berwenang memeriksa perkara ini dengan mengenyampingkan pasal 50 Undang-Undang No. 24 Tahun 2003. mengenyampingkan bukan berarti meniadakan atau menyatakan pasal 50 tidak berlaku, karena sumber hukumnya adalah UUD bukan UU, sehingga UUD menentukan kewenangan Mahkamah Konstitusi secara rinci. Pasal 50 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi dipandang oleh Majelis Hakim mengurangi atau membatasi kewenangan Mahkamah Konstitusi karena hanya undang-undang tahun 1999 keatas saja yang boleh diuji, padahal di dalam UUD tidak demikian.

Ketiga, diatur juga dalam undang-undang mengenai sumpah jabatan Mahkamah Konstitusi, yaitu hakim konstitusi akan memenuhi kewajiban dengan sebaik-baiknya dan seadil-adilnya, memegang teguh UUD 1945, dan menjalankan segala peraturan perundang-undangan selurus-lurusnya menurut UUD 1945. ini berarti bahwa hakim yang sudah di sumpahkan menjalankan segala peraturan perundang-undangan menurut UUD. Dengan demikian, apabila pasal 50 UU Mahkamah Konstitusi dianggap tidak menurut UUD, mereka tidak terikat.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Diambil dari Putusan MK No. 004/PUU/2003 serta *Statemen* Jimly Asshiddiqie yang dikutip BMK No. 02 Pebruari 2004 hal. 27

Pendapat Mahkamah Konstitusi yang demikian ini mirip sekali dengan pendapat Jhon Marshall, mantan ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat¹⁹⁹ Pendapat Jhon Marshall tersebut juga merupakan tonggak awal berkembangnya teori *judicial review* di berbagai negara. Dalam kasus Marbury Vs Madison, Jhon Marshall juga mengemukakan tiga alasan yang intinya adalah; *pertama*, UUD adalah induk semua peraturan dalam suatu negara sehingga dengan demikian tidak boleh ada peraturan yang boleh bertentangan dengan UUD *kedua*, karena hakim bersumpah untuk tunduk pada UUD. *Ketiga*, hakim tidak boleh menolak perkara yang diajukan kepada pengadilan.

Namun disamping ketiga alasan yang disampaikan Jhon Marshall tersebut, menurut penulis ada satu lagi alasan yang perlu diuraikan mengapa perlu “Hak Menguji”, yaitu karena hukum merupakan produk politik.²⁰⁰ Prinsip ini sejalan dengan apa yang dikatakan oleh Max Weber bahwa legitimasi negara modern terutama terletak pada otoritas legal, yaitu komitmen pada seperangkat peraturan hukum. Dalam sebuah proses yang digambarkan oleh David Easton terlihat jelas bahwa hukum (atau yang oleh Easton disebut sebagai keputusan atau kebijakan) merupakan *output* dari sistem politik. Sebagai *output* atau produk politik, kemungkinan besar hukum tersebut hanya mementingkan kelompok dominan saja. Sebagai contoh, di Indonesia, terutama di masa orde baru, undang-undang yang dikeluarkan oleh negara sangat dipengaruhi oleh kelompok yang dominan.

¹⁹⁹ lihat Supreme Court Of The United States, Wiliam Marbury V. James Madison, Secretary Of State Of The United States, Februari Term, 1803 (<http://odur.let.rug.nl/-usa/B/jmarshall/marsh.htm>), diakses 21 Agustus 2004 pukul 4.30 PM. Dan juga bisa dilihat di tulisannya Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Kompilasi Peraturan Konstitusi di 78 Negara*, Pusat Studi Hukum Tata negara FH UI dan Asosiasi Pengajar HTN Dan HAN, hal., 1

²⁰⁰ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum Di Indonesia*, LP3ES, Jakarta 1998, hal 7.

Dimana Undang-Undang yang dihasilkan seringkali dijadikan sebagai legitimasi bagi tindakan penguasa yang bersifat represif atau opresif atau tindakan yang memihak hanya kepada pemilik modal. Bila demikian, justru undang-undang yang perlu diuji terhadap Undang-Undang Dasar adalah undang-undang yang diproduksi sebelum perubahan UUD 1945, terutama pada saat rezim otoriter karena produk yang dihasilkan merupakan hukum yang *represif/opresif* dan *ortodoks konservatif*.²⁰¹ Hal ini bisa dimaklumi mengingat lembaga lembaga legislatif sebenarnya lebih dekat kepada politik daripada dengan hukum itu sendiri. Selain itu hukum tata negara itu sendiri berkaitan dengan politik yang menyangkut kekuatan-kekuatan sosial (*social force*) yang menjadi pendukung riil gagasan ketatanegaraan yang dirumuskan.

Perlu juga diketahui bahwa dilihat dari sejara pembentukan pasal 50 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi. Pada awalnya ketika pembahasan RUU Mahkamah Konstitusi, pasal 50 ini sudah diperdebatkan terutama dari kalangan akademisi dan Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) termasuk Jimly Asshiddiqie, yang menentang pasal ini karena dianggap tidak signifikan, dan diberbagai negara lainya juga tidak ada ketentuan pembatasan semacam itu.²⁰² Namun karena saat itu pemerintah telah menyatakan bahwa sekiranya tidak ada kesepakatan mengenai pasal 50 ini, maka pemerintah tidak bersedia untuk menyatakan persetujuan terhadap undang-undang ini. Padahal jadwal waktu sudah semakin mendekati *deadline*, sehingga semua pihak berda dalam tekanan waktu.

²⁰¹ A. Irmanputra Sidin, *Pendapat Berbeda Mahkamah Konstitusi*, Berita Mahkamah Konstitusi No. 02 Februari 2004 hal. 22

Untuk itu kemudian diambil kompromi untuk menyatakan persetujuan bersama, sehingga fraksi yang semula tidak setuju menjadi setuju.²⁰³ Disinilah mekanisme demokrasi politik dipahami sebagai mekanisme rasional adanya kompromi-kompromi politik, tetapi tetap terlihat ada nuansa keterpaksaan dalam kompromi tersebut dalam tekanan kelompok yang dominan.

Langka Mahkamah Konstitusi yang menerima perkara “Hak Menguji” pasal 7 ayat (1) UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dengan mengenyampingkan pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 merupakan langka monumental yang patut dihargai sekaligus bukti harapan masyarakat agar Mahkamah Konstitusi bisa menjadi “Mahkamah Keadilan”.²⁰³

Sebagaimana diketahui bahwa hukum mempunyai 2 (dua) unsur yang seringkali saling bertentangan, yakni kepastian hukum (yang terwujud dalam teks-teks undang-undang) dan keadilan (yang hidup dalam hati nurani masyarakat). Konflik itu dapat bergantung pada hirarki-hirarki subyektif masing-masing hingga bisa merusak hukum. Semakin kita mendekati kepastian hukum, maka semakin jauh dari keadilan. Disinilah peran Mahkamah Konstitusi yang diharapkan tidak hanya melihat sisi kepastian hukum, tetapi terutama lebih mengedepankan sisi keadilan-nya.

²⁰² Satya Arinanto, *Diskursus Tentang Pasal 50 UU MK*, dalam Berita Mahkamah Konstitusi No. 02 Februari 2004 hal. 14.

²⁰³ Nink, *opcit.* Hal. 27

²⁰³ Andhika Danesjvara, *Mahkamah Keadilan*, Dalam Berita Mahkamah Konstitusi No. 01 Desember 2003 hal. 23-24.

4. Eksistensi Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 Setelah Adanya Putusan MK No. 004/PUU-I/2003²⁰⁴

Pertanyaan yang paling sulit untuk dijawab adalah pertanyaan seputar eksistensi Pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Hal ini dikarenakan pasal tersebut wujudnya masih ada tetapi telah dikesampingkan oleh Mahkamah Konstitusi. Hal ini dapat kita cermati dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 004/PUU-I/2003 tentang permohonan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh Machri Hendra, Hakim Pengadilan Negeri Padang.

Di dalam Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 telah menentukan pembatasan bahwa undang-undang yang dapat diajukan pengujian hanya sepanjang mengenai undang-undang yang diundangkan setelah Perubahan Pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada tahun 1999. Merujuk pada pasal tersebut tentunya Mahkamah Konstitusi tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan pengujian terhadap Undang-Undang tersebut karena diundangkan sebelum amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang pertama.

Dengan beberapa pertimbangan, akhirnya pasal tersebut dikesampingkan. Artinya, keberadaan pasal tersebut *in casu* dalam kasus pengujian Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 dianggap tidak ada. Lalu bagaimana eksistensi

²⁰⁴ Hasil Wawancara penulis (peneliti) dengan Harjono, Hakim Konstitusi RI, diruang kerjanya yaitu ruang Hakim Konstitusi RI di Jakarta pada tanggal 9 September 2004 sekitar pukul 11.00-14.00 WIB

pasal tersebut, apakah masih mempunyai kekuatan mengikat atau tidak ? Menurut Harjono, Dosen FH UNAIR yang juga Hakim Konstitusi RI (satu diantara enam Hakim Konstitusi yang dalam kasus pengujian Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 telah mengesampingkan pasal 50 tersebut), berpendapat bahwa pasal 50 tersebut masih *eksis* sampai sekarang. Artinya, jika suatu saat ada pihak-pihak yang mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar kepada Mahkamah Konstitusi dimana undang-undang tersebut diundangkan sebelum amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang pertama, maka Hakim Konstitusi akan melakukan *ijtihad* lagi (berdebat ulang dengan pendapatnya masing-masing) dan tidak langsung berpegangan pada putusan yang telah dibuat ketika dalam kasus pengujian Undang-Undang No. 14 Tahun 1985.

Pemahaman yang seperti itu, apakah bisa diartikan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi No. 004/PUU/2003 khusus mengenai pengenyampingan pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tidak bisa menjadi yurisprudensi ? Menurut Harjono, putusan tersebut tidak bisa menjadi yurisprudensi mengingat pengenyampingan pasal 50 tersebut tidak ditaruh dalam amar putusan (penetapan vonis) tetapi disisipkan dalam konsideran atau pertimbangan hukum putusan.

Lebih lanjut, Harjono mengatakan, bahwasannya pengenyampingan pasal tersebut terpaksa dilakukan demi terciptanya kepastian hukum dan keadilan serta adanya kesetaraan dihadapan hukum. Dikatakan demi terciptanya kepastian hukum, karena kalau pasal tersebut tidak dikesampingkan akan terjadi

ketidakpastian hukum dimana di dalam Undang-Undang Dasar 1945 tidak ada ketentuan pelarangan sementara di dalam Undang-Undang No. 24 tahun 2003 dibatasi hanya Undang-Undang yang diundangkan setelah amandemen saja yang boleh diuji oleh Mahkamah Konstitusi. Dikatakan demi terciptanya keadilan mengingat kalau pengujian tersebut ditolak dengan alasan bertentangan dengan pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentu pemohon merasa sangat diperlakukan tidak adil karena tidak tahu harus mengajukan permohonan kemana atau lembaga mana yang harus menguji Undang-Undang No. 14 tahun 1985 tersebut. Dan juga dikatakan demi kesamaan atau kesetaraan dihadapan hukum mengingat semua warga masyarakat mempunyai kesamaan dihadapan hukum termasuk semua Undang-Undang mempunyai peluang yang sama untuk dilakukan pengujian oleh Mahkamah Konstitusi.

Menyinggung masalah apakah pengenyampingan pasal 50 tersebut sebagai bentuk dari *Legal Standing*-nya MK ? Dengan tegas Harjono mengatakan bahwa Mahkamah Konstitusi tidak mempunyai *Legal Standing*. Mahkamah Konstitusi tidak bisa menjadi pemohon untuk dirinya sendiri. Menurutnya, bagaimana mungkin Mahkamah Konstitusi melakukan "Hak Menguji" suatu Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 kepada dirinya sendiri. Jadi jelas pengenyampingan tersebut bukan bentuk dari *Legal Standing*-nya Mahkamah Konstitusi sekaligus menegaskan bahwa Mahkamah Konstitusi meskipun dia suatu lembaga negara, tetapi dia tidak mempunyai *Legal Standing*. Harjono juga sempat mengatakan, bahwa boleh saja para sarjana hukum dalam tataran teoritis

mengatakan Mahkamah Konstitusi mempunyai *Legal Standing*, mengingat dia adalah lembaga negara yang kalau

merujuk pasal 51 Undang-Undang No 24 tahun 2003 jelas dikatakan bahwa pemohon salah satunya adalah lembaga negara yang itu artinya Mahkamah Konstitusi masuk di dalamnya. Tetapi—masih menurut Harjono—dalam tataran praktis tidak mungkin Mahkamah konstitusi mempunyai *Legal Standing* yang diajukan kepada dirinya sendiri.

Menurut penulis, Mahkamah Konstitusi dalam kasus tersebut memenuhi pasal 51 Undang-Undang No. 24 tahun 2003. Pasal tersebut mengatur ketentuan tentang pemohon yang mengajukan pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar kepada Mahkamah Konstitusi. Dalam pasal tersebut dikatakan: “yang dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar adalah pihak yang menganggap hak konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang, yang dapat berupa perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang; badan hukum publik atau privat; atau lembaga negara.”

Dari sini, Menurut Harjono ada beberapa titik tekan. *Pertama*, hak dan kewenangan konstitusional, yaitu hak dan kewenangan yang diberikan oleh konstitusi. Dalam konteks Indonesia, hak tersebut harus diatur di dalam Undang-Undang Dasar 1945. Unsur *Kedua*, adalah dirugikan. Unsur dirugikan ini adalah kerugian faktual bukan peluang akan dirugikan (artinya belum

mengalami kerugian tersebut, tetapi dimungkinkan dia akan dirugikan jika Undang-Undang tersebut tidak dicabut)²⁰⁵

Pendapat Harjono tersebut sejalan dengan isi dalam penjelasan Pasal 51 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 menguraikan bahwa yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dimana hak tersebut timbul karena dilimpahkan oleh Undang-Undang Dasar, yang dapat disebut sebagai hak dasar. Hak jika dirumuskan dan diartikan secara umum adalah kewenangan untuk melakukan tindakan, atau secara istimewa dan mendapat perlakuan tertentu, yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar, undang-undang, atau putusan hakim. Dalam pengertian yang lebih sempit, hak diartikan sebagai suatu kepentingan atau kekuasaan (*beheersen*) atas suatu benda yang memberi kewenangan untuk menguasai, menggunakan atau menikmati, yang dapat ditegakkan terhadap orang lain dan orang lain berkewajiban untuk melakukan perbuatan yang sesuai dengan tuntutan hak tersebut.²⁰⁶

Dalam konteks Mahkamah Konstitusi, hak dan kewenangan konstitusionalnya diatur di dalam Undang-Undang Dasar 1945 yaitu Pasal 24C, yaitu;

“ayat (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 antar lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang pemilihan umum.”²⁰⁷

²⁰⁵ Hasil Wawancara dengan Hakim Konstitusi RI, Harjono, di Jakarta.

²⁰⁶ idem

²⁰⁷ Undang-Undang Dasar 1945 Pasca Amandemen, Penerbit Citra Umbaram Bandung, 2002, hal. 97

Yang menjadi pembahasan kali ini adalah hak dan kewenangan konstitusional yang berkaitan dengan “menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar.” Kewenangan tersebut jelas diberikan oleh Undang-Undang Dasar 1945, tetapi oleh Pasal 50 Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi telah “ditiadakan”. Pasal 50 tersebut berbunyi;

“Undang-Undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah Undang-Undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.”

Lebih lanjut di dalam penjelasan pasal 50 dikatakan:

Yang dimaksud dengan “setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945” adalah perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada tanggal 19 Oktober 1999.

Dari penjelasan di atas, jelas unsur *pertama* dalam pasal 51 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 mengenai “adanya hak dan kewenangan konstitusional telah terpenuhi”. Selanjutnya yaitu unsur *kedua* berupa adanya kerugian. Dengan adanya ketentuan pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003, jelas Mahkamah Konstitusi telah dirugikan yaitu tidak bisa menguji Undang-Undang yang diundangkan sebelum amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang pertama. Kerugian tersebut juga akan berimbas kepada masyarakat (baca; warga negara) yang merasa di dzalimi oleh berlakunya suatu Undang-Undang yang diundangkan sebelum amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang pertama. Padahal kalau dicermati, seharusnya yang menjadi titik fokus dari pengujian ini adalah Undang-Undang produk pra reformasi

terutama pada masa orde baru, mengingat pada masa ini hukum sebagai alat pembenaran dari kekuasaan yang otoriter.

Selain kedua unsur tersebut, yang tidak kalah pentingnya adalah pemenuhan unsur siapa para pihak yang bisa mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi. Di dalam Pasal 51 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 jelas disebutkan bahwa yang dapat menjadi para pihak adalah perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang; badan hukum publik atau privat; atau lembaga negara.

Menurut Jimly Asshiddiqie, lembaga negara adalah lembaga yang keberadaannya diatur oleh Undang-Undang Dasar, Undang-Undang dan Keppres. Sedangkan lembaga negara yang boleh bersengketa seputar kewenangannya dengan lembaga negara lain di Mahkamah Konstitusi adalah lembaga negara yang kewenangannya di atur dalam Undang-Undang Dasar 1945.

Sampai disini berarti ada tiga macam lembaga negara yaitu; *Pertama*, lembaga negara yang dibentuk melalui Undang-Undang Dasar 1945, *Kedua*, lembaga negara yang dibentuk melalui Undang-Undang, dan *Ketiga*, lembaga negara yang dibentuk melalui Keputusan Presiden.

Untuk jenis lembaga negara yang pertama, dia bisa menjadi pihak dalam sengketa kewenangan antar lembaga negara (kecuali Mahkamah Agung yang

berdasarkan pasal 65 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi tidak mempunyai kewenangan untuk menjadi pihak dalam sengketa kewenangan antar lembaga negara), juga bisa menjadi pihak dalam permohonan Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945 kepada Mahkamah Konstitusi.

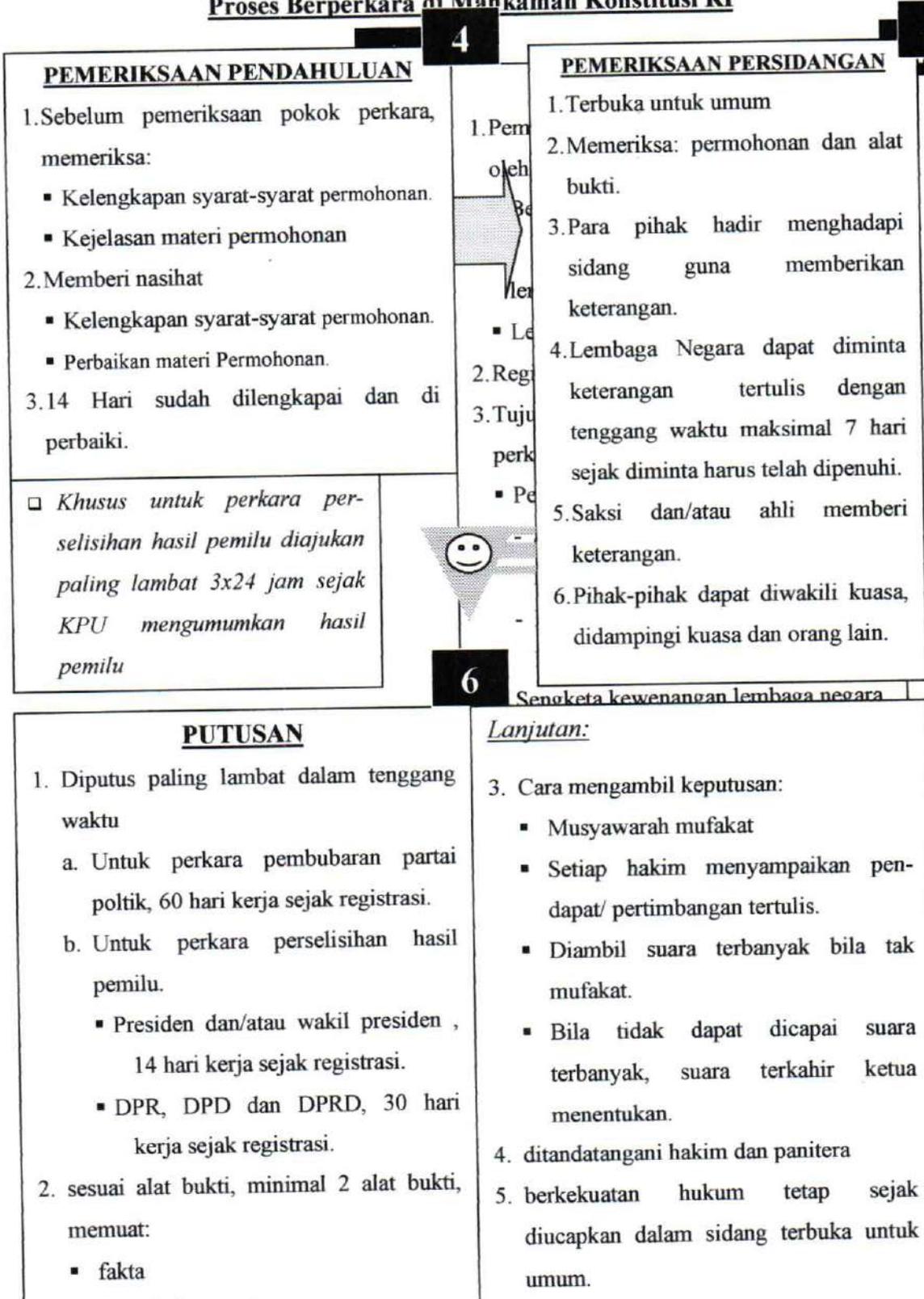
Untuk lembaga negara kedua dan ketiga, dia tidak bisa menjadi pihak sengketa kewenangan antar lembaga negara yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi, tetapi dia bisa menjadi pihak dalam pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 kepada Mahkamah konstitusi.

Dari sini jelas terlihat bahwa Mahkamah Konstitusi adalah lembaga negara yang pembentukannya oleh Undang-Undang Dasar 1945 yang itu artinya secara sah dan menyakinkan Mahkamah Konstitusi mempunyai *Legal Standing* untuk menjadi pemohonan dalam pengujian suatu Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar kepada dirinya sendiri dengan satu catatan yaitu telah terpenuhinya unsur pertama dan unsur kedua yang terdapat di dalam Pasal 51 UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Lalu apakah pengenyampingan Pasal 50 tersebut oleh Mahkamah konstitusi adalah bentuk dari penggunaan *legal standing* tersebut ? Penulis beranggapan bahwa pengenyampingan pasal tersebut bukan bagian dari penggunaan *legal standing* yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi. Ada beberapa alternatif yang ditawarkan oleh penulis mengenai penggunaan *legal Standing* yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi. Tawaran atau alternatif-alternatif tersebut akan dibahas di dalam sub-bab 7 di bawah ini. Namun begitu,

dipandang perlu oleh penulis untuk mengetengahkan proses normal pengajuan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar kepada Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:

Proses Berperkara di Mahkamah Konstitusi RI



Lanjutan:

6. Salinan putusan dikirim kepada para pihak 7 hari sejak diucapkan.
7. untuk putusan perkara :
 - a. Pengujian Undang-Undang, disampaikan kepada DPR, DPD, Presiden dan Mahkamah Agung.
 - b. Sengketa kewenangan lembaga negara, disampaikan kepada DPR, DPD, Presiden.
 - c. Perselisihan hasil pemilu, disampaikan kepada Presiden.
 - d. Pendapat DPR, disampaikan kepada DPR, Presiden dan Wakil Presiden.

Sumber: Berita Mahkamah Konstitusi No. 01 Desember 2003, hal. 10

Dari uraian proses berperkara di Mahkamah Konstitusi secara normal diatas, tentunya kasus pengenyampingan Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang dituangkan di dalam putusan MK No. 004/PUU-I/2003 Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak memenuhi syarat formal pengajuan suatu perkara ke Mahkamah Konstitusi. Oleh karena, penulis beranggapan bahwa pengenyampingan pasal tersebut bukan bentuk dari penggunaan *legal standing*-nya Mahkamah Konstitusi. Meskipun begitu, menurut penulis Mahkamah Konstitusi mempunyai pilihan-pilihan hukum dalam memecahkan persoalan tersebut yang akan penulis paparkan di bawah ini.

5. Perlunya Mahkamah Konstitusi melakukan Pengujian Atas Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 Kepada Dirinya Sendiri

Langka Mahkamah Konstitusi yang menerima perkara “pengujian” pasal 7 ayat (1) UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung tersebut merupakan langka monumental yang patut dihargai, namun langka tersebut perlu ditindaklanjuti dengan melakukan “pengujian” atas pasal 50 UU Mahkamah Konstitusi tersebut. Pernyataan Ketua Mahkamah Konstitusi yang mengatakan bahwa “.....dengan mengenyampingkan pasal 50 undang-undang No. 24 Tahun 2003 bukan berarti meniadakan atau menyatakan pasal 50 tidak berlaku” menimbulkan sebuah pertanyaan besar, apakah kalau pasal 50 tetap dicantumkan, tidak diuji dan tidak dinyatakan tidak berlaku secara eksplisit suatu saat pasal ini akan hidup kembali ?

Pertanyaan itu muncul mengingat bahwa dikesampingkannya pasal 50 UU Mahkamah Konstitusi merupakan *ijtihad* dari Hakim-Hakim Konstitusi periode ini. Apalagi menurut Harjono, putusan pengenyampingan tersebut tidak bisa dijadikan yurisprudensi, dengan begitu terbuka kemungkinan jika ada kasus yang sama para hakim akan berdebat ulang dan dimungkinkan hasilnya menolak untuk menguji Undang-Undang yang diundangkan sebelum amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang pertama. Atau bisa juga setelah terjadi pergantian para Hakim Konstitusi dimana periode masa jabatan Hakim Konstitusi sekarang telah berakhir dan digantikan oleh Hakim-Hakim Konstitusi yang kurang mempunyai kualitas pemahaman memadai seperti hakim-hakim konstitusi masa sekarang, atau kurang mempunyai sensitifitas terhadap rasa keadilan masyarakat, maka pasal 50

UU Mahkamah Konstitusi ini akan diterapkan kembali apabila saat ini tidak dinyatakan secara eksplisit bahwa pasal ini tidak lagi berlaku.

Harus pula disadari bahwa saat ini Mahkamah Konstitusi berada pada iklim politik yang belum mampu membentuk format politik baru sebagai landasan kekuasaannya sehingga cukup toleran terhadap demokrasi, tetapi bila format politik tersebut telah mapan, maka akan terjadi pembalikan atas keberpihakan terhadap demokrasi tersebut dan menempatkan Mahkamah Konstitusi sebagai alat sebuah kekuasaan negara seperti yang terjadi dalam negara-negara korporatis. Sebelum hal ini terjadi, sebaiknya Mahkamah Konstitusi terlebih dahulu mengantisipasi dan memperkecil kemungkinan ke arah itu dengan memperkuat posisinya dalam struktur hukum formal.

Dengan demikian, menurut hemat penulis sebaiknya pasal 50 UU Mahkamah Konstitusi ini di “uji” oleh Mahkamah Konstitusi dan dinyatakan secara tegas tidak berlaku lagi. Hal ini perlu dilakukan untuk menghindari dihidupkannya kembali pasal 50 UU Mahkamah Konstitusi. Yang menjadi masalah selanjutnya adalah siapakah yang sebaiknya mengajukan permohonan “pengujian” atas pasal 50 UU Mahkamah Konstitusi tersebut ?

Dalam pasal 51 UU Mahkamah Konstitusi disebutkan bahwa pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

- a. Perorangan Warga Negara Indonesia

- b. Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip negara Kesatuan Negara Republik Indonesia yang diatur dengan undang-undang.
- c. Badan hukum publik atau privat, atau
- d. Lembaga negara.

Dari uraian pasal 51 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi diatas, yang paling berhak untuk mengajukan permohonan “pengujian” atas pasal 50 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi adalah Mahkamah Konstitusi sendiri, karena Mahkamah Konstitusi adalah pihak yang paling dirugikan oleh berlakunya pasal 50 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi ini. Dalam pasal 51 huruf d jelas disebutkan bahwa lembaga negara diperbolehkan mengajukan permohonan “pengujian” Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar. Dengan begitu, Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga negara yang paling dirugikan oleh berlakunya pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi . Tetapi mungkinkah Mahkamah Konstitusi mengajukan permohonan “pengujian” kepada dirinya sendiri ?

Ada beberapa alternatif pemikiran yang berkembang untuk menjawab pertanyaan ini. *Pertama*, secara etis yuridis memang tidak mungkin Mahkamah Konstitusi mengajukan permohonan “pengujian” kepada dirinya sendiri. Dalam undang-undang Mahkamah Konstitusi hal itu tidak diatur. Oleh karena itu, sebaiknya yang mengajukan permohonan “pengujian” kepada Mahkamah Konstitusi adalah pihak lain yang dirugikan, dalam hal ini adalah perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat, badan hukum publik atau privat, maupun lembaga negara yang lain biasa mengajukan permohonan

judicial review kepada Mahkamah Konstitusi atas pasal 50 undang-undang Mahkamah Konstitusi ini.

Kedua, penulis menganggap bahwa Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan mengajukan “pengujian” kepada dirinya sendiri, atau dengan kata lain melakukan “pengujian” secara aktif tanpa menunggu adanya permohonan dari pihak lain. Bila dilihat dari perumusan pasal 24C ayat (1). Disana dikatakan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar. Disana tidak disebutkan secara jelas tentang bagaimana mekanisme pengujian tersebut, serta tidak ada perintah untuk mengaturnya dalam undang-undang. Dengan mengingat *stufen theorie*²⁰⁸ yang menyatakan bahwa peraturan yang lebih rendah harus mengacu pada peraturan yang lebih tinggi, ini berarti tidak boleh menambah, mengurangi atau meristik Konstitusi, berarti bisa diinterpretasikan bahwa mekanisme pengujian tersebut masih bisa dilakukan dengan dua cara yaitu pengujian secara *pasif* dengan menunggu adanya permohonan dari para pihak sebagaimana yang disebutkan dalam pasal 51 undang-undang Mahkamah Konstitusi dan pengujian secara *aktif*, yaitu tanpa menunggu adanya permohonan.

Namun, perlu diingat juga bahwa dalam pengujian secara aktif perlu diberikan batasan-batasan tentang undang-undang atau pasal undang-undang yang bagaimana bisa diuji secara aktif. Hal ini untuk mencegah menjelmnya Mahkamah Konstitusi sebagai pemegang otoritas tunggal penafsir konstitusi. Pencegahan ini perlu dilakukan mengingat tetap ada kemungkinan bahwa rasa keadilan yang hidup di masyarakat ternyata berbeda dengan keadilan yang ditafsir

²⁰⁸ Maria Farida Indrati Soeprapto, Ilmu Prundang-undangan, Dasar-dasar dan pembentukannya, Kanisius Yogyakarta, 1998, hal 25.

oleh Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi yang kewenangannya telah berkembang tidak hanya melakukan *uji materiil* tetapi juga *uji formil* atas undang-undang memungkinkan untuk membatalkan banyak sekali undang-undang yang dibentuk tidak sesuai dengan prosedur atau mekanisme formil yang ada, tetapi sepanjang itu tidak merugikan rasa keadilan masyarakat yang dibuktikan dengan adanya permohonan “Hak Menguji”, sebaiknya Mahkamah Konstitusi memilih untuk tidak menggunakan hak ini secara berlebihan.

Untuk itu maka Mahkamah Konstitusi dalam hal ini hanya bisa melakukan “Hak Menguji” secara aktif terhadap undang-undang atau pasal-pasal dalam undang-undang yang berkaitan langsung dengan mekanisme kerja Mahkamah Konstitusi apabila keberadaannya dianggap menghambat, merugikan atau merintangi fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai *the guardian of constitution*.

Dengan adanya pemikiran alternatif semacam ini, penulis berharap bahwa perkembangan pemikiran tentang Mahkamah Konstitusi akan terus berkembang. Jika pemikiran ini bisa dianggap sebagai sebuah anomali, maka anomali ini justru akan memberikan rangsangan untuk terus dikembangkannya tradisi keilmuan atas Mahkamah Konstitusi. Pengembangan ini harus pula dengan dilandasi oleh sebuah kesadaran bahwa pengembangan ilmu pengetahuan harus diorientasikan pada upaya membina keselamatan dan kemajuan manusia, bukan merusaknya. Dan lebih utama lagi upaya pengembangan hukum ini harus dilandasi oleh nilai-nilai moral maupun religi.²⁰⁹

²⁰⁹ Hasil diskusi antara Penulis dengan teman-teman penulis seperti Arfan Faiz Muhlizi, Anom Surya Putra dan lain-lain di Jakarta pada tanggal 9-14 September 2004. Arfan Faiz Muhlizi sendiri sebelumnya sempat menulis makalah tanpa tahun dengan judul: *Menghidupkan Judicial Review Secara Aktif Oleh Mahkamah Konstitusi Dalam Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*.

BAB IV

PENUTUP

1. Kesimpulan

Bertolak dari pembahasan tersebut di atas, maka dapat dikemukakan beberapa kesimpulan sebagai berikut :

- a. Alasan utama yang menjadikan dasar kesembilan Hakim Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara pengujian undang-undang No. 14 tahun 1985 terhadap UUD 1945 yang diajukan oleh Macri Hendra adalah terletak pada dua permasalahan, yaitu; *pertama*, apakah Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan menguji UU yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama ? *Kedua*, Apakah pemohon mempunyai *legal standing* ?

Terhadap permasalahan tersebut, enam Hakim Mahkamah Konstitusi menyatakan Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan memutus perkara permohonan pengujian UU yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama, dan pemohon dinyatakan mempunyai *legal standing*. Sementara itu, ketiga Hakim Mahkamah Konstitusi yang lain menyatakan sebaliknya.

Setelah diadakan analisis maka menurut penulis, pendapat keenam Hakim Konstitusi adalah pendapat yang paling tepat untuk kondisi saat ini. Hal ini dikarenakan, kalau kita cermati pendapat dari ketiga Hakim Konstitusi yang menolak perkara tersebut terlalu *rigid* menerapkan aturan-aturan dan asas-asas

hukum tanpa melihat unsur keadilan yang dibutuhkan oleh masyarakat pencari keadilan.

Jika perkara tersebut tidak diterima, tentu pemohon yang merasa hak konstitusionalnya dilanggar oleh Undang-Undang yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama akan kesulitan mencari jalan keluarnya. Andaikan menggunakan jalan keluar yang disarankan oleh Hakim Konstitusi Roestandi yaitu dengan jalan *legislative review*, tentu sulit dilakukan oleh pemohon. Hal ini dikarenakan *legislative review* dilakukan oleh pembuat undang-undang dalam hal ini DPR dan Pemerintah. Perlu dimengerti bahwa kedua lembaga ini adalah lembaga politik yang itu artinya hanya orang-orang yang mempunyai *power* politik yang bisa melakukan hal tersebut. Lalu bagaimana dengan pemohon—apalagi masyarakat biasa—yang tidak mempunyai kekuatan politik apa-apa.

Kalau pendapatnya Roestandi dipaksakan untuk digunakan, bisa jadi sejarah ketatanegaraan kita akan kembali ke masa lampau ketika UU No.14 tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman masih berlaku. Di dalam Pasal 26 (1) dikatakan bahwa “Mahkamah Agung berwenang untuk menyatakan tidak sah semua peraturan perundang-undangan dari tingkat yang lebih rendah dari undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi”. Ayat (2) mengatakan; “Putusan

tentang pernyataan tidak sahnya peraturan perundang-undangan tersebut dapat diambil berhubung dengan pemeriksaan dalam tingkat kasasi...”

Undang-undang tersebut memberi peluang untuk dilakukan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi yaitu dengan jalan kasasi. Sekedar informasi, suatu perkara untuk sampai pada pemeriksaan kasasi, perkara tersebut harus telah diproses di Pengadilan Tingkat pertama dan pengadilan tingkat kedua (*banding*). Padahal kedua pengadilan tersebut tidak mempunyai kewenangan untuk memproses persoalan “Hak menguji” peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang yang dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Itu artinya bahwa pengujian tersebut tidak mungkin bisa dilakukan. Ibaratnya pengujian tersebut diberikan dengan tangan kiri dan ditarik kembali dengan tangan kanan.

Menurut penulis, hal serupa juga akan terjadi apabila proses pengujian undang-undang yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama dilakukan melalui jalur *legislative review*. Mengingat yang bisa melakukan hal ini adalah mereka yang mempunyai kekuatan politik besar. Untuk itu, lebih baik pengujian tersebut dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi melalui “Hak Menguji” sesuai dengan ketentuan pasal 24C ayat (1) UUD 1945

setelah amandemen dengan mengenyampingkan Pasal 50 UU No. 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Jika pengujian tersebut dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi, maka semua perorangan warganegara Indonesia, Masyarakat hukum adat yang masih hidup, badan hukum publik atau privat dan lembaga negara akan mempunyai kesempatan yang sama untuk mencari keadilan.

“Hak Menguji” undang-undang yang diundangkan sebelum amandemen UUD 1945 yang pertama yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi tidak menghapus kewenangan dari pembuat undang-undang untuk melakukan *Legislative Review*. Dari sini berarti Masyarakat pencari keadilan mempunyai dua kesempatan untuk mendapatkan keadilan yang didambakannya.

Berbicara mengenai *legal Standing* pemohon, penulis beranggapan bahwa pemohon dalam hal ini Machri Hendra mempunyai *legal standing* untuk mengajukan permohonan pengujian UU No. 14 tahun 1985 terhadap UUD 1945 kepada Mahkamah Konstitusi.

Kalau kita cermati dari argumentasi hukum yang dikeluarkan oleh para hakim Konstitusi tersebut, maka yang menjadi dasar utama perbedaan pendapat diantara mereka mengenai apakah pemohon mempunyai *legal standing* atau tidak adalah terletak pada apakah telah terpenuhi dua unsur syarat sahnya *legal standing* yaitu; unsur adanya hak dan kewenangan konstitusional dan unsur

“dirugikan”. Sebagaimana diketahui bahwa didalam pasal 51 (1) UU No. 24 tahun 2003 dikatakan bahwa;

“pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu: a. Perorangan Warga negara indonesia, b...”

Dalam pasal tersebut ada dua unsur titik tekan yaitu “unsur hak dan kewenangan konstitusional” dan “unsur dirugikan”. Pengertian “Hak dan kewenangan konstitusional” dijelaskan di dalam penjelasan pasal 51 (1) UU No. 24 tahun 2003 yang berbunyi; “yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam UUD Negara Republik Indonesia tahun 1945.”

Menurut pemohon, hak konstitusionalnya yang terdapat di dalam UUD 1945 yaitu pasal 28D ayat (1), (2) dan (3) serta 28 I ayat (2) telah dilanggar dengan adanya ketentuan yang terdapat di dalam pasal 7 ayat (1) huruf g UUD No. 14 tahun 1985. Pendapat pemohon tersebut tidak bisa diterima oleh Hakim Konstitusi Roestandi dan Natabaya. Sementara keenam hakim konstitusi yang menerima perkara tersebut mengatakan hak dan kewenangan konstitusional pemohon telah dirugikan.

Menurut penulis, pemohon mempunyai hak dan kewenangan konstitusional yang terdapat di dalam pasal 28D ayat (1), (2) dan (3) serta 28 I

ayat (2) UUD 1945 setelah amandemen. Sehingga “unsur pertama” telah dipenuhi oleh pemohon.

Selanjutnya unsur kedua yang harus dipenuhi pemohon adalah dirugikan. Di dalam konsep teori yang telah dipaparkan diatas, kerugian tersebut harus faktual atau nyata-nyata telah dirugikan dan bukan potensial dirugikan. Dalam kasus Machri Hendra, meskipun dia belum mencalonkan diri sebagai Calon Hakim Agung, akan tetapi dengan adanya pasal 7 ayat (1) huruf g UU No. 14 tahun 1985 secara hukum tertutuplah kemungkinan pemohon mengajukan pencalonan sebagai Hakim Agung. Itu artinya kerugian tersebut sudah faktual. Kalau kita tarik dalam sebuah kasus lain (baca; contoh), apakah seseorang yang mendapat ancaman dibunuh oleh seseorang kemudian melaporkan kepada polisi, kemudian polisi tidak mau menangani kasus tersebut dengan alasan belum ada kerugian faktual yaitu pelapor belum nyata-nyata dibunuh oleh pengancam tersebut. Tentu bukan itu yang dimaksud oleh unsur dirugikan yang terdapat di dalam pasal 51 (1) UU No. 24 tahun 2003 tersebut. Untuk itu, penulis beranggapan bahwa pemohon telah memenuhi unsur dirugikan.

Dari sini jelas sekali bahwa dengan terpenuhinya kedua syarat sahnya *legal standing* sebagaimana yang diatur didalam pasal 51 (1) UU No. 24 tahun 2003 maka secara sah dan menyakinkan pemohon Machri Hendra mempunyai *legal standing* untuk mengajukan pengujian UU No. 14 tahun 1985 terhadap UUD 1945 kepada Mahkamah Konstitusi RI.

- b. Pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 *in casu* dalam kasus pengujian Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 dianggap tidak ada atau dikesampingkan oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan MK No. 004/PUU/2003 tentang permohonan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh Machri Hendra, Hakim Pengadilan Negeri Padang.

Meskipun begitu mengingat pengenyampingan pasal tersebut dilakukan di dalam konsideran putusan dan bukan pada amar putusan maka eksistensi pasal tersebut sekarang masih ada dan masih berlaku. Artinya, jika suatu saat ada pihak-pihak yang mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar kepada Mahkamah Konstitusi dimana undang-undang tersebut diundangkan sebelum amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang pertama, maka Hakim Konstitusi akan melakukan *ijtihad* lagi (berdebat ulang dengan pendapatnya masing-masing) dan tidak langsung berpegangan pada putusan yang telah dibuat ketika dalam kasus pengujian Undang-Undang No. 14 Tahun 1985. Hal ini berarti putusan tersebut tidak menjadi jurisprudensi dengan alasan pengenyampingan pasal 50 tersebut tidak ditaruh dalam amar putusan (penetapan vonis) tetapi disisipkan dalam konsideran atau pertimbangan hukum putusan.

2. Saran-saran

- a. Langka Mahkamah Konstitusi yang menerima perkara pengujian pasal 7 ayat (1) UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung tersebut merupakan langka monumental yang patut dihargai, namun langka tersebut perlu ditindaklanjuti dengan melakukan “Hak Menguji” atas pasal 50 UU Mahkamah Konstitusi tersebut. Hal ini dikarenakan, putusan MK No. 004/PUU/2003 tidak bisa menjadi jurisprudensi yang itu berarti dimungkinkan suatu saat dalam suatu pengujian Undang-Undang yang diundangkan sebelum amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang pertama, MK menolak perkara tersebut dengan mendasarkan pada pasal 50 Undang-Undang No. 24 tahun 2003. Untuk itu, Mahkamah Konstitusi harus segera melakukan pencabutan terhadap pasal tersebut.

Ada beberapa jalan alternatif yang bisa ditempuh oleh Mahkamah konstitusi, yaitu :

Pertama, secara etis yuridis memang tidak mungkin Mahkamah Konstitusi mengajukan permohonan “Hak Menguji” kepada dirinya sendiri. Dalam undang-undang Mahkamah Konstitusi hal itu tidak diatur. Oleh karena itu, sebaiknya yang mengajukan permohonan “Hak Menguji” kepada Mahkamah Konstitusi adalah pihak lain yang dirugikan, dalam hal ini adalah perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat, badan hukum publik atau privat, maupun lembaga negara yang lain biasa

mengajukan permohonan “Hak Menguji” kepada Mahkamah Konstitusi atas pasal 50 undang-undang Mahkamah Konstitusi ini.

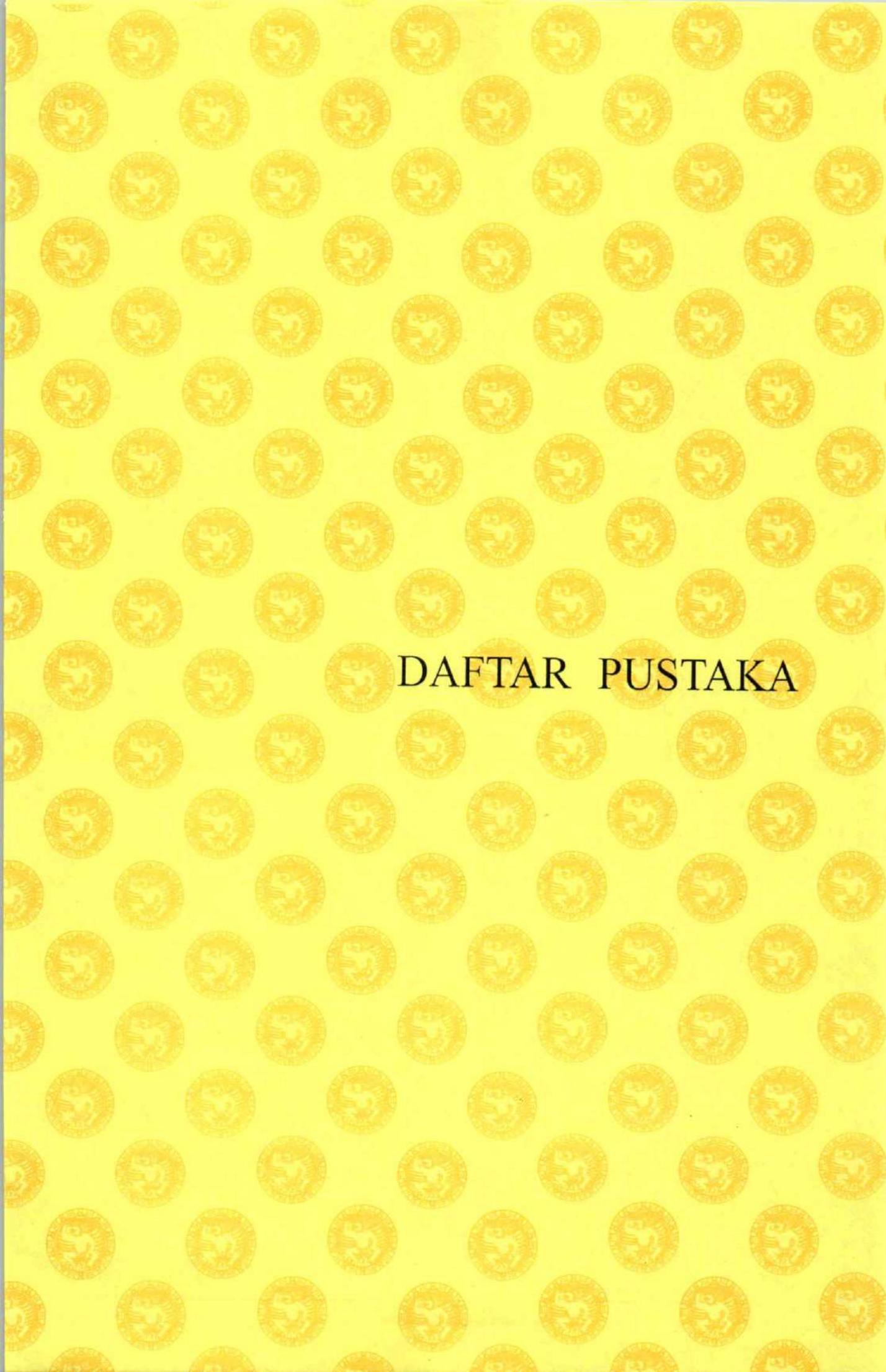
Kedua, penulis menganggap bahwa Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan mengajukan “Hak Menguji” kepada dirinya sendiri, atau dengan kata lain melakukan “Hak Menguji” secara aktif tanpa menunggu adanya permohonan dari pihak lain. Bila dilihat dari perumusan pasal 24C ayat (1). Disana dikatakan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar. Disana tidak disebutkan secara jelas tentang bagaimana mekanisme pengujian tersebut, serta tidak ada perintah untuk mengaturnya dalam undang-undang. Dengan mengingat *stufen theorie* yang menyatakan bahwa peraturan yang lebih rendah harus mengacu pada peraturan yang lebih tinggi, ini berarti tidak boleh menambah, mengurangi atau meristik Konstitusi, berarti bisa diinterpretasikan bahwa mekanisme pengujian tersebut masih bisa dilakukan dengan dua cara yaitu pengujian secara *pasif* dengan menunggu adanya permohonan dari para pihak sebagaimana yang disebutkan dalam pasal 51 undang-undang Mahkamah Konstitusi dan pengujian secara *aktif*, yaitu tanpa menunggu adanya permohonan.

Namun, perlu diingat juga bahwa dalam pengujian secara aktif perlu diberikan batasan-batasan tentang undang-undang atau pasal undang-undang yang bagaimana bisa diuji secara aktif. Hal ini untuk mencegah menjelmana Mahkamah Konstitusi sebagai pemegang otoritas tunggal penafsir konstitusi. Pencegahan ini perlu dilakukan mengingat tetap ada kemungkinan bahwa rasa keadilan yang hidup di masyarakat ternyata berbeda dengan keadilan yang

ditafsir oleh Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi yang kewenangannya telah berkembang tidak hanya melakukan *uji materiil* tetapi juga *uji formil* atas undang-undang memungkinkan untuk membatalkan banyak sekali undang-undang yang dibentuk tidak sesuai dengan prosedur atau mekanisme formil yang ada, tetapi sepanjang itu tidak merugikan rasa keadilan masyarakat yang dibuktikan dengan adanya permohonan “Hak Menguji”, sebaiknya Mahkamah Konstitusi memilih untuk tidak menggunakan hak ini secara berlebihan.

Untuk itu maka Mahkamah Konstitusi dalam hal ini hanya bisa melakukan “Hak Menguji” secara aktif terhadap undang-undang atau pasal-pasal dalam undang-undang yang berkaitan langsung dengan mekanisme kerja Mahkamah Konstitusi apabila keberadaannya dianggap menghambat, merugikan atau merintangi fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai *the guardian of constitution*.

Dengan adanya pemikiran alternatif semacamnya ini, penulis berharap bahwa perkembangan pemikiran tentang Mahkamah Konstitusi akan terus berkembang. Jika pemikiran ini ini bisa dianggap sebagai sebuah anomali, maka anomali ini justru akan memberikan rangsangan untuk terus dikembangkannya tradisi keilmuan atas Mahkamah Konstitusi. Pengembangan ini harus pula dengan dilandasi oleh sebuah kesadaran bahwa pengembangan ilmu pengetahuan harus diorientasikan pada upaya membina keselamatan dan kemajuan manusia, bukan merusaknya. Dan lebih utama lagi upaya pengembangan hukum ini harus dilandasi oleh nilai-nilai moral maupun religi.



DAFTAR PUSTAKA

DAFTAR PUSTAKA

BUKU :

- Asshiddiqie, Jimly, *Merambah Jalan Pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, Editor; Firmansyah Arifin dan Julius Wardi, Penerbit, KRHN, 2003, Firmansyah Arifin, Juliyus Wardi, Merambah jalan pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia, diterbitkan: Konsorsium Reformasi Hukum Nasional, 2003
- _____, *Konstitusi Dan Konstitusionalisme Di Indonesia*, Diterbitkan atas kerjasama Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2002
- Budiarjo, Miriam, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1998
- Fatkurohman, et al., *Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung: 2004
- Hadjon, Philipus M., et al, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta: 1999
- Hoexter, Cora & Rosemary Lyster, Editor IAINCURRIE, 2002, *The New Constitutional and administrative law*, Juta Law 2002, Volume II
- Kansil, C.S.T. dan Cristine S.T. Kansil, *Pokok-Pokok Badan Hukum*, Penerbit CV. Muliasari, Jakarta: 2002
- Lotulung, Paulus Effendi, *Analisa dan Evaluasi Hukum Tentang Wewenang Mahkamah Agung Dalam Melaksanakan Hak Uji Materiil (Judicial Review)*., Badan Pembinaan Hukum Nasional. Jakarta, 1999/2000

- _____ *Merambah Jalan Pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia.*, Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN). 2002
- Machfud MD, Moch., *Politik Hukum di Indonesia*, Terbitan LP3ES Indonesia: Jakarta, 2001
- _____, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia.*, Liberty. Yogyakarta. 1993.
- Soekanto, Soerjono, *Pengantar Penelitian Hukum*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta: 1986
- Soemantri, Sri, *Hak Uji Material Di Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung: 1997
- Sundari, E., *Pengajuan Gugatan Secara Class Action (Suatu Studi Perbandingan Dan Penerapannya Di Indonesia)*, Diterbitkan oleh Universitas Atma Jaya Yogyakarta, 2002
- Partanto, Pius A. dan M. Dahlan Al Barry, *Kamus Ilmiah Populer*, Penerbit Arkola Surabaya, 1994
- Rido, Ali, *Badan Hukum dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf*, Penerbit ALUMNI, Bandung: 1981
- Ranggawidjaja, Rosjidi, *Pengantar Ilmu Perundang-Undangan Indonesia*, Penerbit CV Mandar Maju, Bandung: 1998
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Penerbit PT Citra aditya Bakti, Bandung: 1991
- Rangkuti, Siti Sundari, *Hukum Lingkungan dan Kebijaksanaan Lingkungan Nasional*, Airlangga University Press, 2000

Sumali, *Reduksi Kekuasaan Eksekutif, Di Bidang Perturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu)*, UMM Pres, Malang: 2002.

Taneko, Soleman Biasane, SH, *Dasar-dasar hukum adat dan ilmu hukum adat*, Penerbit ALUMNI, Bandung: 1981

Tambunan, A.S.S., *Politik Hukum Berdasarkan UUD 1945.*, Puporis Publishers. Jakarta, 2002

Wignjosuebrotto, Soetandyo, *Hukum, Paradigma, Metode dan dinamika masalahnya*, diterbitkan Huma dan Elsam, Jakarta, 2002

Wheare, K.C., *Konstitusi-Konstitusi Modern*, terjemahan Muhammad Hardani (Surabaya, 2003)

Wahjono, Padmo., *Pembangunan Hukum Indonesia.*, Indhill Co. Jakarta. 1989.

Majalah/Jurnal :

Asshiddiqie, Jimly, *Mahkamah Konstitusi di Berbagai Negara*, Jurnal Meritokrasi, Vol. 1 No. 3, 2003

Arinanto, Satya, *Diskursus Tentang Pasal 50 UU MK*, dalam Berita Mahkamah Konstitusi No. 02 Februari 2004.

BMK (Berita Mahkamah Konstitusi), No. 01 Desember 2003.

BMK (Berita Mahkamah Konstitusi), No. 04 April-Mei 2004

Berita Mahkamah Konstitusi, *Wawancara dengan Hakim Konstitusi Prof. Dr. Mohamad Laica Marzuki, SH; Pemohon Harus dapat mendalilkan legal standing-nya...*, BMK Edisi No. 03 Maret 2004

Danesjvara, Andhika, *Mahkamah Keadilan*, Dalam Berita Mahkamah Konstitusi No. 01 Desember 2003.

Harun, Refly, *Mahkamah Keadilan*, Berita Mahkamah Konstitusi, edisi Desember 2004.

Jamal, Adnan, *Konsepsi judicial review dalam tataran negara hukum dan demokrasi*, Jurnal Meritokrasi, Vol.1 No.3, 2003

Newsletter No. 53/Juni/2003, *esai lepas*,

Sidin, A. Irmanputra, *Pendapat Berbeda Mahkamah Konstitusi*, Berita Mahkamah Konstitusi No. 02 Februari 2004

Makalah/Diktat:

Autheman, Violaine dan Keith Hendarson, *Constructional Courts: The Contribution of constitutional review to judicial independence and democratic processes from a global and regional comparative perspective*, IFES, tanpa tahun penerbitan.

Atmadja, I Dewa Gede, *Hak Menguji Mahkamah Agung Dalam Pembagian Kekuasaan Menurut UUD 1945*, Makalah di Universitas Bhayangkara Surya, Surabaya tanggal 10-11 April 1997

Asshiddiqie, Jimly, *Pengantar Kompilasi Peraturan Konstitusi di 78 Negara*, Pusat Studi Hukum Tata negara FH UI dan Asosiasi Pengajar HTN Dan HAN, hal., 1

- _____, *Mahkamah Konstitusi di Berbagai Negara.*, Makalah disajikan dalam Seminar Nasional di Universitas Islam Indonesia. Yogyakarta.
- _____, Mahkamah Konstitusi, Makalah tanpa tahun
- _____, *Mahkamah Konstitusi RI*, Makalah di sampaikan pada acara seminar: "Sistem pemerintahan indonesia pasca amandemen UUD 1945", yang diselenggarakan oleh BPHN Depkeh-HAM RI bekerjasama dengan Fakultas Hukum UNAIR dan Kantor Wilayah Depkeh-HAM Propinsi Jawa timur, bertempat di Hotel Hyatt Regency Surabaya pada tanggal 9-10 Juni 2004.
- _____, *Kedudukan Dan Peranan Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Pasca Amandemen UUD 1945*, Makalah, Disampaikan Dalam Seminar Sistem Pemerintahan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945, Surabaya, 2004
- Hadjon, Philipus M., *Pokok-Pokok Pikiran Tentang Jenjang/Tingkatan Aturan Hukum (tertulis) (the Hierarchy of Writen rules).*, Bahan Kuliah Fak. Hukum Universitas Airlangga., tanpa tahun
- _____, *Kumpulan Makalah: Pengkajian Ilmu hukum dogmatik (normatif) dan Metode Penelitiannya*-Judul Makalah: *Wewenang Mahkamah Agung Menguji Konstitusionalitas Undang-Undang*, Program Pascasarjana UNAIR, Surabaya, 2000, hal.10
- _____, *Tentang Wewenang*, Makalah Universitas Airlangga. Tanpa tahun, hal. 1

- Harjono, *Kedudukan Dan Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia.*, Makalah disampaikan di diskusi Jurusan Hukum Administrasi., Universitas Airlangga., Tanggal 6 Juni 2003. Hal. 8
- Kantaprawira, Rudasi, *Hukum dan Kekuasaan (Makalah: Basis Teoritis atas lahirnya Negara dan Hukum)*. Fakultas Hukum UII, Jogjakarta, 1998. hal. 37-38
- Manan, Baqir, *Perbandingan Hukum Tata Negara Dewan Konstitusi di Perancis dan Mahkamah Konstitusi di Jerman.*, Diktat Bahan kuliah S3 UNPAD, Bandung, 1999
- Raksasataya, Amara., *Juridiksi Mahkamah Konstitusi Thailand.*, Makalah, 19-23 Maret 2002

Disertasi :

- Rasyid T., Abdul, *Wewenang Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Disertasi Program Doktor Pascasarjana Fakultas Hukum Unair Surabaya, 2004
- Suwoto, *Kekuasaan Dan Tanggungjawab Presiden Republik Indonesia, Suatu Penelitian Segi-Segi Teoritik Dan Yuridik Pertanggungjawaban Kekuasaan*, Disertasi, Fakultas Pascasarjana Universitas Airlangga Surabaya, 1990: hal. 46

Peraturan Perundang-Undangan :

Undang-Undang Dasar 1945 Pasca Amandemen, Penerbit Citra Umbaram Bandung, 2002, hal. 97

Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316

Konstitusi RIS 1950, dikutip dari tiga Undang-Undang Dasar RI, Penerbit Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1994, hal 173.

Undang-Undang Dasar Sementara RI tahun 1950, dikutip dari tiga Undang-Undang Dasar RI, Penerbit Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1994, hal 235.

UU No. 14 Tahun 1970 Tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman.

UU No. 14 Tahun 1985 Tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman.

UU No. 5 tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara

PERMA No. 1 Tahun 1991 Tentang Hak uji Materiil

PERMA No. 1 Tahun 1999 Tentang Hak uji Materiil

TAP MPR No. VI/1973 Tentang Tata Urutan Perundang-Undangan

TAP MPR No. III/1978 Tentang Tata Urutan Perundang-Undangan

TAP MPR No. XX/1996 Tata Urutan Perundang-Undangan

TAP MPR No. III/2000 Tentang Tata Urutan Perundang-Undangan

Putusan Mahkamah Konstitusi :

Putusan Mahkamah Konstitusi RI, Putusan Perkara Nomor: 011-017/PUU-I/2003 tentang pengujian Undang-Undang RI Nomor 12 tahun 2003 tentang

pemilihan umum anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945, dimuat dalam Berita Negara RI Nomor 18 Terbit Selasa 02 Maret 2004, Sekretariat Jenderal, 2004, hal. 32

Putusan perkara nomor 004/PUU-I/2003 tentang permohonan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Wawancara :

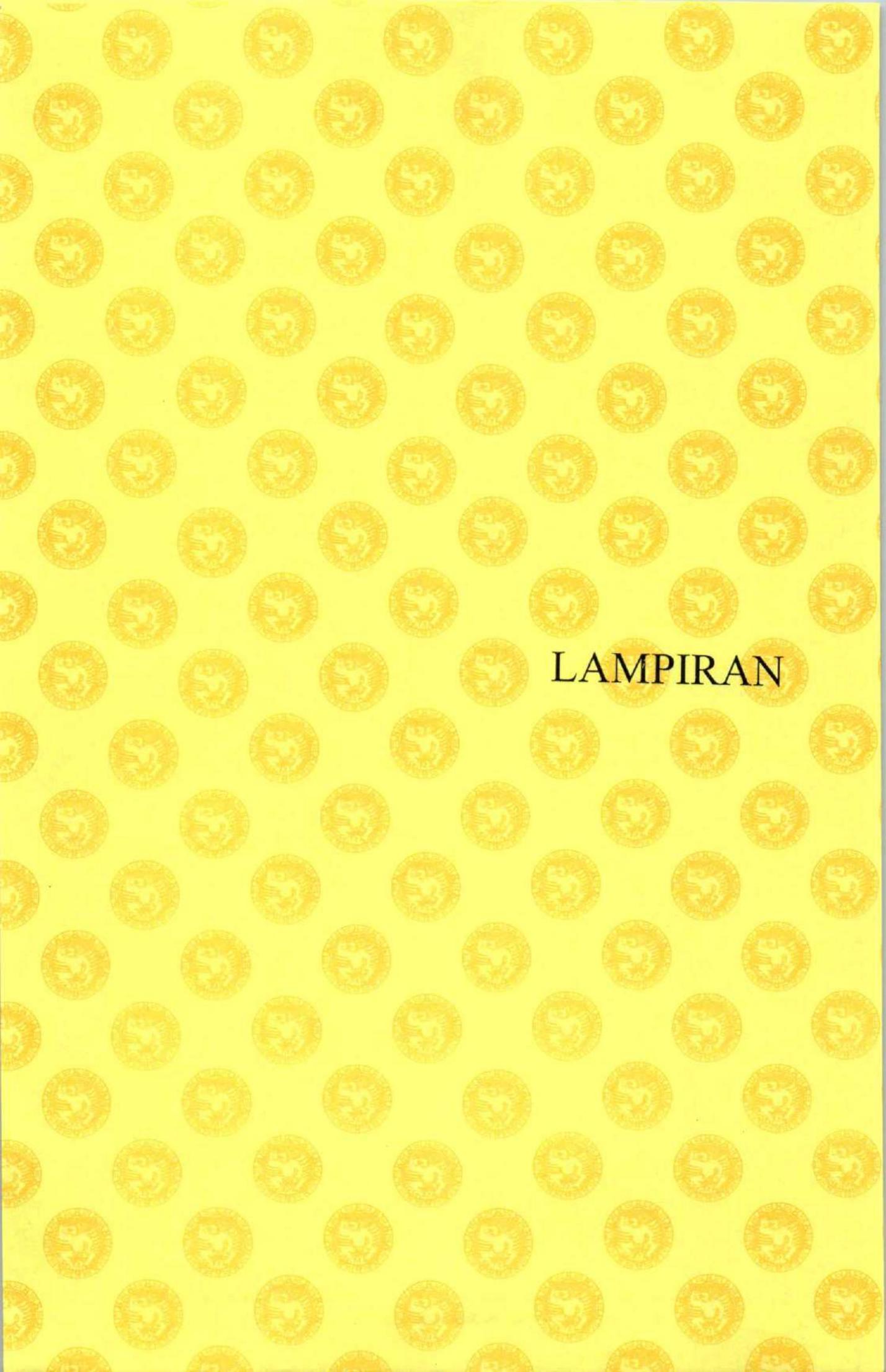
Wawancara dengan Dr. Harjono, S.H, M.H, Hakim Mahkamah Konstitusi RI, di ruang kerja Hakim Konstitusi RI di Jakarta pada tanggal 9 September 2004 sekitar pukul 11.00 sampai dengan pukul 14.00. Kemudian dipertegas lagi melalui wawancara yang dilakukan melalui telepon pada tanggal 10 Oktober 2004 sekitar pukul 13.00 WIB

Wawancara dengan tokoh aktivis LSM yang intens mengkaji Mahkamah Konstitusi seperti Arfan Faiz Muhlizi, Anom Surya Putra dan lain-lain di Jakarta pada tanggal 9-14 September 2004.

Internet :

Supreme Court Of The United States, Wiliam Marbury V. James Madison, Secretary Of State Of The United States, Februari Term, 1803 (<http://odur.let.rug.nl/-usa/B/jmarshall/marsh.htm>), diakses 21 Agustus 2004 pukul 4.30 PM.

Website Mahkamah Kontitusi: www.mahkamahkonstitusi.co.id



LAMPIRAN



PUTUSAN

Perkara Nomor : 004/PUU-I/2003

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA

MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

Yang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, telah menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh:

MACHRI HENDRA, S.H., Pekerjaan Hakim Pengadilan Negeri Padang, Jabatan/ Golongan, Hakim Pratama Utama/III.d, Alamat Rumah Jl. Sitawa No.31 Kelurahan Parupuk Tabing, Padang, dalam hal ini memberikan Kuasa kepada: **1. Djuanda Rasul, S.H.; 2. Dewi Yanti, S.H.; 3. Khairul Insan, S.H.** Ketiganya adalah Pengacara Praktek yang beralamat dan Kantor di Jalan Batang Masang No. 38 Padang Baru Utara, Kota Padang, berdasarkan Surat Kuasa Khusus bertanggal 8 Nopember 2003 yang telah di-*waarmerking* di Kantor Notaris Desrizal Idrus Hakimi, S.H. pada tanggal 10 Nopember 2003 dengan No.116/XI/Waar/Not.DIH/ 2003 yang selanjutnya disebut sebagai **Pemohon**;

Telah membaca surat permohonan Pemohon;

Telah mendengar Pemohon;

Telah

memeriksa

bukti-bukti;

DUDUK PERKARA

Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan dengan surat permohonannya bertanggal 15 Februari 2003 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia pada hari Rabu, tanggal 15 Oktober 2003 dan diregister dengan Nomor 004/PUU-I/2003 pada tanggal 15 Oktober 2003 serta perbaikan permohonan bertanggal 5 Februari 2003 yang diserahkan pada pemeriksaan pendahuluan tanggal 5 Nopember 2003 dan perbaikan permohonan bertanggal 8 Nopember 2003 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 11 Nopember 2003. Pada dasarnya, Pemohon mengajukan permohonan Pengujian Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 Pasal 7 ayat (1) huruf g terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dengan dalil-dalil sebagai berikut:

1. Bahwa rumusan Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 menyebutkan bahwa syarat-syarat seorang Calon Hakim Agung, untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung, yaitu: "Berpengalaman sekurang-kurangnya 5 (lima) tahun sebagai Ketua Pengadilan Tingkat Banding atau 10 (sepuluh) tahun sebagai Hakim Tingkat Banding". Syarat tersebut dapat ditafsirkan oleh maksud pembentuk undang-undang hanya berlaku bagi seseorang yang berprofesi dan menjabat sebagai Hakim di Pengadilan Tinggi (hakim karir);
2. Bahwa rumusan Pasal 7 ayat (2) Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 menyebutkan: "Dalam hal-hal tertentu dapat dibuka kemungkinan untuk mengangkat Hakim Agung yang tidak didasarkan atas sistem karir dengan syarat bahwa yang bersangkutan berpengalaman sekurang-kurangnya 15 (lima belas) tahun di bidang hukum";
3. Bahwa syarat-syarat bagi calon Hakim Agung untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tersebut sangat DISKRIMINATIF serta merugikan hak konstitusional Pemohon. Pemohon sebagai seorang Hakim karir untuk menjadi Hakim Agung dipersyaratkan harus berpengalaman sekurang-kurangnya 15 (lima belas) tahun di bidang hukum yang berprofesi atau menjabat baik sebagai Hakim

di Pengadilan tingkat pertama (Pengadilan Negeri) maupun sebagai Hakim di tingkat banding (Pengadilan Tinggi) dibandingkan dengan seseorang yang tidak berprofesi sebagai Hakim (jabatan non karir) sebagaimana yang diatur dalam Pasal 7 ayat (2) Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 yang hanya cukup berpengalaman sekurang-kurangnya 15 (lima belas) tahun di bidang hukum;

4. Bahwa sebagaimana kita ketahui bersama, jabatan atau profesi Hakim baik di Tingkat Pertama maupun di Tingkat Banding adalah suatu pekerjaan/profesi di bidang hukum dalam penegakan hukum dan keadilan. Seseorang yang menjabat sebagai Hakim di Tingkat Pertama atau Banding pada umumnya mempunyai pengalaman yang lebih Profesional dalam penerapan hukum di bidang penegakan hukum dan keadilan khususnya dalam hal mengadili suatu perkara dibandingkan profesi yang bukan Hakim (non karir);

5. Bahwa bagi seorang Hakim yang mulai bekerja dalam pangkat/golongan III/a sampai dengan IV/b berdasarkan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 41 Tahun 2002 (peraturan tentang Kenaikan Jabatan dan Pangkat Hakim) pada umumnya telah bekerja dan berpengalaman di bidang hukum selama 20 (dua puluh) tahun. Karena, untuk kenaikan jabatan dan pangkat yang diberikan kepada Hakim yang tidak menduduki pimpinan pengadilan, diberikan kenaikan pangkat setiap kali setingkat lebih tinggi apabila sekurang-kurangnya telah 4 (empat) tahun dalam jabatan dan pangkat terakhir (*vide* Pasal 7 ayat (1) huruf a Peraturan Pemerintah Nomor 41 Tahun 2002). Dengan disyaratkan bagi hakim karir, untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung, seorang calon harus memenuhi syarat berpengalaman sekurang-kurangnya 10 (sepuluh) tahun sebagai Hakim tingkat banding sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, maka bagi seseorang yang menjabat sebagai Hakim (sistem karir) memerlukan suatu pengalaman bekerja di bidang hukum di Pengadilan sekurang-kurangnya selama 30 (tiga puluh) tahun. Karena, untuk mencapai jenjang sebagai Hakim Tingkat banding berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 41 Tahun 2002 adalah serendah-rendahnya berpangkat sebagai Pembina Tingkat I (golongan IV/b) atau sebagai Hakim Madya Muda; Sedangkan syarat bagi yang bukan hakim (non karir) untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung, yang bersangkutan cukup disyaratkan berpengalaman

sekurang-kurangnya 15 (lima) tahun di bidang hukum (*vide* Pasal 7 ayat (2) Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985) tanpa disyaratkan dengan jenjang Jabatan dan kepangkatan;

Alangkah sangat beruntung bagi seorang yang berprofesi sebagai Advokat/Pengacara, Notaris, Dosen/Pengajar, Jaksa, Polisi, Karyawan di Biro Hukum atau suatu Instansi Swasta/Pemerintah Pusat atau Daerah dan pekerjaan-pekerjaan di sektor lainnya yang berpengalaman di bidang hukum selama 15 (lima belas) tahun yang kenyataannya belum Profesional sebagai seorang Hakim di Negara Republik Indonesia dengan mudahnya dapat direkrut sebagai calon untuk menduduki jabatan Hakim Agung. Hal itu terasa sangat diskriminatif bagi seorang Hakim yang telah berpengalaman di bidang hukum selama 15 (lima belas) tahun yang masih berpangkat/golongan III/d sampai dengan IV/d tetapi masih menjabat sebagai Hakim di Tingkat Pertama atau Hakim Tingkat Banding golongan IV/b sampai dengan IV/d tetapi belum berpengalaman sekurang-kurangnya selama 10 tahun sebagai Hakim Tingkat Banding;

Sementara itu, Pasal 24A ayat (2) (perubahan ke-3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengamanatkan bahwa: "Hakim Agung harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, profesional, dan berpengalaman di bidang hukum";

6. Bahwa dengan adanya perbedaan syarat untuk menjadi Hakim Agung antara sistem karir dan bukan sistem karir, maka Pemohon yang saat ini bekerja dan menjabat sebagai hakim Pengadilan Negeri dalam kelompok sistem karir merasa dirugikan hak konstitusional Pemohon berupa hak asasi dan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan. Sebagai warga negara ataupun kelompok sistem karir yang berpengalaman di bidang hukum sekurang-kurangnya selama 15 (lima belas) tahun, namun belum bertugas selama 10 (sepuluh) tahun di Pengadilan tingkat banding, Pemohon merasa dirugikan hak-hak konstitusionalnya atas diberlakukannya penerapan Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 yang nyata-nyata sangat diskriminatif. Ketentuan yang diskriminatif tersebut bertentangan dengan isi rumusan Pasal 27

ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 28C ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 28D ayat (1), (2) dan (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Pasal 28I ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

7. Bahwa dasar permohonan Pemohon untuk mengajukan uji materiil atas Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang telah Pemohon uraikan tersebut di atas adalah berdasarkan Pasal 24C ayat (1) perubahan ke-3 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 jo. Pasal 3 Aturan Peralihan (perubahan ke-4 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945) jo. Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 02 Tahun 2002;
8. Bahwa walaupun Pasal 2 ayat (6) huruf a Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002 menyatakan bahwa menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar diajukan dalam tenggang waktu 90 (sembilan puluh) hari sejak undang-undang tersebut diundangkan, akan tetapi maksud dari bunyi rumusan Pasal 2 ayat (6) huruf a Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002 tersebut secara khusus hanya boleh ditujukan terhadap produk peraturan undang-undang yang terbit setelah diberlakukannya perubahan ke-3 dan ke-4 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002; Akan tetapi tenggang waktu 90 (sembilan puluh) hari tersebut bukan ditujukan terhadap Peraturan Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 yang diterbitkan sebelum diberlakukannya perubahan ke-3 dan ke-4 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002;

Dengan demikian kiranya Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dapat menerima alasan-alasan Pemohon untuk menguji peraturan perundang-undangan yang terbit sebelum diberlakukannya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002 untuk mengisi kekosongan hukum/kevakuman hukum yang terjadi di masyarakat;

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Pemohon mohon agar Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia berdasarkan kewenangan sebagaimana yang diatur dalam Pasal III Aturan Peralihan (perubahan ke-4) jo. Pasal 24C (perubahan ke-3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 jo. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002 berkenan memeriksa permohonan Pemohon dan memutuskan sebagai berikut:

1. Mengabulkan permohonan Pemohon seluruhnya;
2. Menyatakan isi Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang syarat calon Hakim Agung untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung berpengalaman sekurang-kurangnya 5(lima) tahun sebagai Ketua Pengadilan Tingkat Banding atau 10 (Sepuluh) tahun sebagai Hakim Tingkat Banding bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Tahun 1945;
3. Menyatakan isi Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang syarat calon Hakim Agung untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung berpengalaman sekurang-kurangnya 5 (lima) tahun sebagai Ketua Pengadilan Tingkat Banding atau 10 (sepuluh) tahun sebagai Hakim Tingkat Banding tidak mempunyai kekuatan Hukum mengikat;

Menimbang bahwa untuk menguatkan dalil-dalil permohonannya pihak Pemohon telah mengajukan bukti-bukti yang dilampirkan dalam permohonannya dan bukti yang disampaikan pada persidangan sebagai berikut:

1. Fotokopi Petikan Keputusan Menteri Kehakiman dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia Nomor D.124-KP.04.05-Th.2001 tanggal 26 Januari 2001 atas nama MACHRI HENDRA, S.H. diberi tanda (P-1);
2. Fotokopi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 diberi tanda (P-2);
3. Fotokopi Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 41 Tahun 2002 tentang Kenaikan Jabatan dan Pangkat Hakim bertanggal 9 Juli 2002 dengan lampiran I, II dan III diberi tanda (P-3);

4. Fotokopi Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang disahkan oleh Presiden Republik Indonesia bertanggal 30 Desember 1985 dan diundangkan oleh Menteri/Sekretaris Negara Republik Indonesia dengan Lembaran Negara Tahun 1985 Nomor 73 diberi tanda (P-4);
5. Fotokopi kutipan Kertas Kerja "Cetak Biru" (*Blue Print*) Pembaruan Mahkamah Agung Republik Indonesia yang diterbitkan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia di Jakarta, bulan Agustus 2003 diberi tanda (P-5);

Menimbang bahwa pada pemeriksaan pendahuluan yang dilaksanakan pada hari Rabu, tanggal 5 Nopember 2003, Pemohon diwakili oleh Kuasa Hukumnya bernama: 1. DJUANDA RASUL, S.H.; 2. DEWI YANTI, S.H.; dan 3. KHAIRUL INSAN, S.H., berdasarkan Surat Kuasa Khusus bertanggal 3 Nopember 2003 No.111/SK/XI/2003;

Menimbang bahwa Kuasa Pemohon telah mengajukan perbaikan permohonannya bertanggal 5 Februari 2003 yang diserahkan pada saat pemeriksaan pendahuluan tersebut dan perbaikan permohonan berikutnya bertanggal 8 Nopember 2003 yang diserahkan di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia pada tanggal 11 Nopember 2003;

Menimbang bahwa pada pemeriksaan persidangan hari Jum'at, tanggal 12 Desember 2003 Pemohon datang menghadap didampingi Kuasa Hukum, telah didengar keterangannya pada pokoknya menerangkan tetap pada isi permohonan;

PERTIMBANGAN HUKUM

Menimbang bahwa maksud dan tujuan permohonan Pemohon adalah sebagaimana tersebut di atas;

Menimbang bahwa sebelum memasuki substansi atau pokok perkara, Mahkamah Konstitusi harus terlebih dulu mempertimbangkan hal-hal berikut:

1. Apakah Mahkamah Konstitusi berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan ini karena undang-undang yang dimohon untuk diuji diundangkan pada tahun 1985, sedangkan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 menentukan bahwa undang-undang yang dapat dimohonkan pengujiannya adalah undang-undang yang telah diundangkan setelah adanya perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada tahun 1999;
2. Apakah Pemohon memiliki hak konstitusional yang dirugikan oleh berlakunya Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 sehingga menurut Pasal 51 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 berhak untuk mengajukan permohonan pengujian (*legal standing*) atas Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Terhadap kedua masalah ini Mahkamah Konstitusi berpendapat sebagai berikut:

1. Kewenangan Mahkamah Konstitusi

Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 telah menentukan pembatasan bahwa undang-undang yang dapat diajukan pengujian hanya sepanjang mengenai undang-undang yang diundangkan setelah Perubahan Pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada tahun 1999. Pasal 50 ini berada dalam bagian mengenai hukum acara, yang seharusnya mengatur tata cara bagaimana hak dan/atau kewenangan konstitusional yang termuat dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dipertahankan di hadapan Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi dalam kenyataannya hukum acara dalam Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, khususnya Pasal 50 mengatur pembatasan terhadap kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam melakukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, sebagaimana yang telah diatur dalam Pasal 24C Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Fakta hukum yang dihadapi saat ini, Pemohon mengajukan pengujian Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung Republik Indonesia, khususnya menyangkut Pasal 7 ayat (1) huruf g mengenai persyaratan calon Hakim Agung dari hakim karir yang dipandang diskriminatif dibandingkan dengan persyaratan calon Hakim Agung non karir sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (2). Apakah dengan ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tersebut, Mahkamah Konstitusi masih berwenang memeriksa, mengadili dan memutus permohonan pengujian undang-undang ini. Guna menjawab pertanyaan dimaksud, akan dipertimbangkan beberapa masalah hukum berikut:

Apakah undang-undang yang membentuk Mahkamah Konstitusi sebagai amanat atau perintah Pasal 24C ayat (6) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, untuk mengatur lebih lanjut tentang pengangkatan dan pemberhentian Hakim Konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi, dimaksudkan termasuk untuk mengatur pembatasan kewenangan pengujian yang harus dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Jika seandainya benar, apakah kekosongan aturan pengujian undang-undang yang diundangkan sebelum perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, tetapi dipandang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tersedia atau akan diadakan lembaga tersendiri untuk mengujinya;

Jika seandainya Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 yang mengatur pembatasan kewenangan pengujian oleh Mahkamah Konstitusi berada di luar amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta bertentangan dengan tujuan, jiwa dan maksud Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, apakah Mahkamah Konstitusi wajib untuk menerapkannya;

Menimbang persoalan secara berturut-turut, akan dipertimbangkan pula sebagai berikut:

Permohonan Pemohon diajukan pada tanggal 15 Februari Tahun 2003, yang berarti sebelum diundangkannya Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (13 Agustus 2003). Dengan kata lain, permohonan itu haruslah

dipahami dan ditempatkan dalam konteks Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002, yaitu dasar hukum pengajuan permohonan pengujian undang-undang sebelum ada dan berlakunya Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian, dalam hubungan ini, haruslah diberlakukan asas umum yang berlaku dalam hukum transisi (*transitional law*) yaitu bahwa jika terjadi perubahan perundang-undangan maka terhadap pencari keadilan haruslah diberlakukan ketentuan yang paling menguntungkan;

Sejalan dengan alur pikiran di atas, Pasal 2 ayat (6)a Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002 menyatakan, permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar dilakukan dalam tenggang waktu 90 (sembilan puluh) hari sejak undang-undang termaksud diundangkan, dalam hubungan ini, dalil Pemohon yang mengartikan "ketentuan batas waktu 90 hari itu harus diartikan ditujukan bagi undang-undang yang diundangkan setelah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945", dapat diterima;

Hal itu berarti, undang-undang yang diundangkan sebelum Perubahan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 tidaklah terikat oleh ketentuan tentang pembatasan jangka waktu permohonan pengujian undang-undang sebagaimana ditentukan dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002, Pasal 2 ayat (6)a di atas. Dengan kata lain, terhadap undang-undang ini tidak ada batas waktu;

Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan bahwa 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. Pasal 24C ini merupakan dasar kompetensi Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, mengadili, dan memutus perkara yang diajukan kepadanya, yang sifatnya limitatif dalam arti hanya apa yang disebut dalam pasal ini sajalah yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi. Terhadap kewenangan dimaksud di satu pihak tidak dapat ditambahkan kewenangan lain, dan di lain pihak tidak dapat dikurangi kecuali karena adanya perubahan terhadap pasal dimaksud yang terjadi dengan jalan perubahan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagaimana diatur dalam Pasal 37;

Meskipun dalam ayat (6) Pasal 24C dinyatakan bahwa "pengangkatan dan pemberhentian Hakim Konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang", yang hal ini kemudian dilakukan dengan mengundangkan Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, tidaklah dapat diartikan bahwa pembentuk undang-undang dapat melakukan pengaturan yang bertentangan dengan pokok substansi yang diatur oleh Undang-Undang Dasar; Kewenangan Mahkamah Konstitusi merupakan hal yang sangat fundamental untuk ditentukan dalam Undang-Undang Dasar. Perlunya hal-hal lain untuk diatur dalam undang-undang sebagaimana dimaksud oleh ayat (6) Pasal 24C Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 harus diartikan tidak lain untuk memungkinkan dan mendukung agar Mahkamah Konstitusi dapat menjalankan kewenangannya sebagaimana telah ditentukan oleh Undang-Undang Dasar. Kedudukan undang-undang sebagai pelaksanaan Pasal 24C ayat (6) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah undang-undang yang berfungsi untuk melaksanakan Undang-Undang Dasar dan tidak membuat aturan baru apalagi yang bersifat membatasi pelaksanaan Undang-Undang Dasar. *In casu* dalam perkara permohonan ini adanya Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 yang mengatur pembatasan kewenangan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar dapat menghambat pelaksanaan tugas konstitusional Mahkamah Konstitusi. Untuk melaksanakan ayat (6) dimaksud pembuat undang-undang mempunyai kewenangan untuk menentukan hal yang terbaik dan dianggap tepat, namun pembentuk undang-undang tidak dapat mengubah hal-hal yang secara tegas telah ditentukan oleh Undang-Undang Dasar, apalagi menyangkut kewenangan lembaga negara yang diatur oleh Undang-Undang Dasar. Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 dipandang mereduksi kewenangan Mahkamah Konstitusi yang diberikan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan bertentangan dengan doktrin hirarki norma hukum yang telah diakui dan diterima secara universal;

Haruslah dimengerti bahwa Mahkamah Konstitusi adalah lembaga negara yang kekuasaan dan kewenangannya ditentukan oleh Undang-Undang Dasar. Mahkamah Konstitusi bukanlah organ undang-undang melainkan organ Undang-

Undang Dasar. Ia adalah Mahkamah Konstitusi, bukan Mahkamah undang-undang. Dengan demikian, landasan yang dipakai oleh Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan tugas dan kewenangan konstutusionalnya adalah Undang-Undang Dasar. Kalaupun undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya, sesuai dengan asas legalitas wajib ditaati oleh siapapun dan lembaga apapun sebagai subjek dalam sistem hukum nasional, segala peraturan perundang-undangan yang dimaksud sudah seharusnya dipahami dalam arti sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Ketentuan dalam Bab IX tentang Kekuasaan Kehakiman Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 jelas membedakan mengenai perumusan kewenangan Mahkamah Agung dalam Pasal 24A ayat (1) dan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pasal 24C ayat (1). Kewenangan Mahkamah Agung dirumuskan secara tidak limitatif (*non-limitatif*), karena sebagian masih dapat ditentukan lebih lanjut dengan undang-undang sedangkan kewenangan Mahkamah Konstitusi dirumuskan tegas dan bersifat limitatif. Karena itu, pembentuk undang-undang - dalam hal ini adalah Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden - diberi kewenangan oleh Undang-Undang Dasar untuk menambah dan melengkapi ketentuan tentang kewenangan Mahkamah Agung. Akan halnya kewenangan Mahkamah Konstitusi, Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden tidaklah berwenang menambah dan karena itu secara *a contrario* juga tidak berwenang mengurangi kewenangan Mahkamah Konstitusi itu dengan undang-undang. Karena itu, landasan hukum yang dapat dipakai untuk menentukan apakah Mahkamah Konstitusi berwenang atau tidak berwenang untuk memeriksa sesuatu permohonan haruslah didasarkan atas ketentuan Undang-Undang Dasar bukan undang-undang.

Jika seandainya benar – *quod non* – Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 dipandang sebagai delegasi wewenang secara sah yang diamanatkan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 maka timbul kekosongan dimana tidak ada badan peradilan atau lembaga tertentu yang disebut berwenang memeriksa, mengadili dan memutus permohonan uji undang-undang yang diundangkan sebelum perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada tahun 1999, sebagaimana yang dihadapi dengan permohonan uji undang-undang dalam permohonan *a quo*. Dalam hal

demikian Mahkamah Konstitusi juga wajib memeriksa dan mengadili karena Mahkamah tidak boleh menolak perkara atas dasar tidak ada hukumnya akan tetapi adalah menjadi kewajiban Mahkamah untuk menemukan norma dimaksud, sehingga terlepas dari adanya ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Mahkamah Konstitusi berwenang memeriksa, mengadili dan memutus permohonan ini oleh karena salah satu maksud dari kehadiran Mahkamah Konstitusi adalah untuk membawa semua perbedaan pendapat tentang hukum yang menyangkut undang-undang yang dipandang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar untuk diselesaikan oleh pihak ketiga yang netral dan imparial, berdasar hukum dan keadilan;

Pembatasan undang-undang yang boleh diuji terhadap Undang-Undang Dasar hanya sebatas undang-undang sejak perubahan pertama maka jika sekiranya benar sebagaimana didalilkan oleh Pemohon bahwa undang-undang yang dimohonkan pengujiannya dalam permohonan *a quo* mengandung diskriminasi yang menyolok dan bertentangan dengan pasal-pasal Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, manakala diterapkan akan membiarkan adanya ketidakadilan yang boleh diterima oleh warga negara karena dia diundangkan sebelum perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan ketidakadilan yang dikandung oleh undang-undang yang diundangkan setelah perubahan pertama, yang tidak diterima dan boleh diuji oleh Mahkamah Konstitusi. Ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tersebut akan menciptakan berlakunya tolok ukur ganda dalam sistim hukum Indonesia dengan tetap membiarkan sah dan mempunyai kekuatan hukum mengikat Undang-Undang yang diundangkan sebelum perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, meskipun undang-undang tersebut melanggar hak konstitusional seseorang, sementara itu pada waktu yang bersamaan harus dinyatakan sebagai tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat undang-undang yang melanggar dan merugikan hak konstitusional seseorang;

Berdasarkan uraian pertimbangan tersebut di atas dan sejalan dengan rumusan bunyi sumpah/janji jabatan hakim konstitusi yang antara lain berisi pernyataan sumpah/janji akan "... menjalankan segala peraturan perundang-undangan dengan selurus-lurusnya menurut Undang-Undang Dasar Negara

Republik Indonesia Tahun 1945...” maka meskipun Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tidak termasuk objek pengujian, Hakim Mahkamah Konstitusi karena jabatannya akan memeriksa perkara permohonan *in casu* dengan **mengenyampingkan** Pasal 50 tersebut dengan berpegang teguh kepada bunyi sumpah/janji sebagaimana dimaksud dalam rumusan Pasal 21 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 untuk memastikan bahwa keterikatan hakim konstitusi dalam menjalankan segala peraturan perundang-undangan itu adalah sepanjang peraturan perundang-undangan tersebut sejalan dan/atau tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Jikalau ada peraturan perundang-undangan yang tidak sejalan atau justru bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, maka dengan kewenangan yang dimilikinya, Mahkamah Konstitusi dapat menyatakan tidak terikat pada peraturan perundang-undangan dimaksud atau jika peraturan dimaksud berbentuk undang-undang dan dimohon untuk diuji berdasarkan Undang-Undang Dasar, maka sudah dengan sendirinya, Mahkamah Konstitusi berwenang untuk mengujinya sesuai dengan ketentuan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Dengan demikian Mahkamah Konstitusi wajib memeriksa, mengadili dan memutus permohonan Pemohon sebagaimana mestinya dengan mengenyampingkan ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 tahun 2003 tersebut. Pengenyampingan hukum tidak sama dengan pengujian, karena sesuai dengan isi permohonan Pemohon, Hakim tidak dimohon untuk menguji Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 melainkan menguji Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pengenyampingan hukum tersebut juga tidak sama dengan interpretasi atau penafsiran karena Mahkamah Konstitusi tidak bermaksud untuk menafsirkan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, melainkan menafsirkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia dan ketentuan Pasal 21 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi;

2. Legal Standing Pemohon

Yang dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar adalah pihak yang menganggap hak konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya satu undang-undang, yang dapat berupa perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang; badan hukum publik atau privat; atau lembaga negara;

Penjelasan Pasal 51 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 menguraikan bahwa yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dimana hak tersebut timbul karena dilimpahkan oleh Undang-Undang Dasar, yang dapat disebut sebagai hak dasar. Hak yang dirumuskan dan diartikan secara umum adalah kewenangan untuk melakukan tindakan, atau secara istimewa mendapat perlakuan tertentu, yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar, undang-undang, atau putusan hakim. Dalam pengertian yang lebih sempit, hak diartikan sebagai suatu kepentingan atau kekuasaan (*beheersen*) atas suatu benda yang memberi kewenangan untuk menguasai, menggunakan atau menikmati, yang dapat ditegakkan terhadap orang lain dan orang lain berkewajiban untuk melakukan perbuatan yang sesuai dengan tuntutan hak tersebut;

Secara khusus, hak konstitusional Pemohon sebagai perorangan warga negara Indonesia yang merupakan hak asasi yang didalilkan Pemohon adalah Pasal 27 ayat (1) dan (2), Pasal 28 C ayat (2), Pasal 28 D ayat (1), (2), dan (3), dan Pasal 28 I ayat (2). Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pemohon Machri Hendra, S.H., umur 42 tahun, Hakim pada Pengadilan Negeri Padang, sebagai hakim karir yang menjadi Hakim dengan melalui test Pegawai Negeri Sipil di lingkungan Departemen Kehakiman, pada waktu itu mempunyai kepentingan langsung terhadap ketentuan yang mengatur promosi jabatan karirnya di lingkungan peradilan termasuk di dalamnya adalah promosi

jabatan Hakim Agung di lingkungan Mahkamah Agung, sebagai jenjang peradilan tertinggi;

Pemohon menganggap bahwa terdapat ketentuan dalam Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 yang diskriminatif dalam persyaratan pengangkatan Hakim Agung yang berasal dari jenjang karir seperti Pemohon dengan pengangkatan Hakim Agung dari jalur non karir. Ketentuan yang diskriminatif tersebut telah merugikan Pemohon dan hakim-hakim karir lainnya, sehingga mempersulit Pemohon untuk dapat diangkat sebagai Hakim Agung, dibandingkan dengan persyaratan yang berlaku bagi calon hakim non karir;

Pemohon mendalilkan bahwa ketentuan yang diskriminatif tersebut telah melanggar hak konstitusionalnya yang terdapat dalam Undang-Undang Dasar, yaitu Pasal-Pasal 28D ayat (1), (2), dan (3) serta 28 I ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Jika saja ketentuan yang terdapat dalam Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, yaitu Pasal 7 ayat (1) huruf g tidak mensyaratkan adanya pengalaman sekurang-kurangnya 5 (lima) tahun sebagai Ketua Pengadilan Tingkat Banding atau 10 (sepuluh) tahun sebagai Hakim Tingkat Banding bagi hakim karir yang menjadi calon Hakim Agung, tetapi memberlakukan syarat yang sama sebagaimana yang disyaratkan kepada calon hakim non karir yang ketentuannya dicantumkan pada Pasal 7 ayat (2) maka Pemohon akan dapat menjadi calon Hakim Agung. Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Pemohon cukup mempunyai alasan yang kuat sebagai mempunyai kepentingan terhadap pengaturan tentang pengisian jabatan Hakim Agung sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 7 ayat (1) huruf g. Meskipun Pemohon belum pernah mengajukan diri sebagai calon Hakim Agung, namun dengan adanya ketentuan Pasal 7 ayat (1) huruf g ini secara hukum tertutuplah kemungkinan Pemohon mengajukan pencalonan sebagai Hakim Agung. Dengan demikian memang terdapat kerugian pada Pemohon oleh adanya Pasal 7 ayat (1) huruf g tersebut. Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa adanya dua dasar, yang pertama adanya kepentingan pada Pemohon, dan yang kedua adanya kerugian pada Pemohon cukup untuk menjadikan dasar pemberian *legal standing* kepada Pemohon. Hal berikutnya yang disyaratkan oleh Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 yang menyangkut kerugian hak konstitusional telah menyangkut pokok perkara, yang

pembuktiannya dilakukan setelah pemberian *legal standing* kepada Pemohon, oleh karenanya menjadi bagian dari pemeriksaan pokok perkara;

3. Pokok Perkara

Menimbang bahwa objek pengujian yang dimohon oleh Pemohon adalah Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 yang dianggap diskriminatif dalam menentukan syarat-syarat sebagai calon Hakim Agung bagi hakim karir dibandingkan dengan Pasal 7 ayat (2) yang menentukan syarat-syarat yang lebih ringan bagi calon Hakim Agung non karir, maka terlepas dari pertimbangan-pertimbangan tentang adanya hak konstitusional Pemohon sebagaimana dipertimbangkan dalam bagian yang menyangkut *legal standing* di atas, maka sementara proses pengambilan keputusan dalam perkara *a quo* sedang berlangsung telah terjadi perkembangan di bidang perundang-undangan yang mempunyai implikasi langsung terhadap permohonan Pemohon;

Menimbang bahwa perkembangan dimaksud adalah bahwa Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung terutama Pasal 7 ayat (1) huruf g yang dimohon oleh Pemohon untuk diuji, telah mengalami perubahan. Perubahan tersebut tertuang dalam Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 yang telah mendapat persetujuan bersama antara Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dan Pemerintah sesuai dengan ketentuan Pasal 20 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dalam Rapat Paripurna Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia pada tanggal 18 Desember 2003. Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 sebelum perubahan telah diubah menjadi Pasal 7 ayat (1) huruf f. Ketentuan baru ini menyatakan syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh seorang calon Hakim Agung dari karir dengan "Berpengalaman sekurang-kurangnya 20 (dua puluh) tahun menjadi Hakim termasuk sekurang-kurangnya 3 (tiga) tahun menjadi Hakim Tinggi", sedangkan di lain pihak Pasal 7 ayat (2) menentukan "Apabila dibutuhkan Hakim Agung dapat diangkat tidak berdasarkan sistem karir dengan syarat berpengalaman dalam profesi hukum dan/atau akademisi hukum sekurang-kurangnya 25 (dua puluh lima) tahun", yang oleh karenanya diskriminasi

yang didalilkan terjadi dalam penentuan syarat-syarat calon Hakim Agung telah ditiadakan;

Menimbang bahwa setiap rancangan undang-undang yang telah mendapat persetujuan bersama memerlukan pengesahan Presiden sesuai dengan ketentuan Pasal 20 ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka secara materiil rancangan undang-undang yang telah disetujui tersebut niscaya akan berlaku karena menurut ketentuan Pasal 20 ayat (5) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, "Dalam hal rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu 30 (tigapuluh) hari semenjak rancangan tersebut disetujui, rancangan undang-undang tersebut sah menjadi undang-undang dan wajib diundangkan". Dengan demikian, perubahan yang terjadi telah menyebabkan permohonan Pemohon tidak relevan untuk dikabulkan;

Menimbang bahwa terlepas juga dari hasil permusyawaratan Hakim Mahkamah Konstitusi yang telah tercapai tentang dikabulkan tidaknya permohonan Pemohon, maka dengan disetujuinya perubahan Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang menghapuskan syarat-syarat calon Hakim Agung yang dipandang diskriminatif tersebut telah menyebabkan permohonan Pemohon harus dinyatakan **tidak dapat diterima**;

Menimbang bahwa pertimbangan dan kesimpulan tentang kewenangan Mahkamah Konstitusi dan *legal standing* Pemohon diputuskan dalam rapat permusyawaratan Pleno Mahkamah Konstitusi dengan suara mayoritas 6 (enam) orang Hakim Mahkamah Konstitusi dan 3 (tiga) orang Hakim Mahkamah Konstitusi mengemukakan pendapat yang berbeda;

PENDAPAT BERBEDA

1. Hakim Konstitusi, Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H. :

Permohonan pengujian undang-undang (*judicial review*) yang diajukan Pemohon terhadap Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985

seyogianya tidak dapat diterima berdasarkan alasan *onbevoegheid van de rechter*. Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menetapkan bahwasanya undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, terhitung sejak perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Mahkamah Konstitusi tidak berwenang menguji Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung karena diundangkan sebelum perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Manakala Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 dipandang bercacat hukum karena bertentangan (*tegengesteld*) dengan Undang-Undang Dasar - *quod non* - maka hal dimaksud hanya dapat diuji (*toetsing*) melalui *legislative review* ataukah *judicial review* tersendiri;

Terlepas hal *legal standing* yang dimiliki Pemohon selaku hakim namun Mahkamah Konstitusi tetap tidak dapat memberikan pengujiannya sehubungan dengan ketidakwenangan hakim;

Substansi (materi) permohonan juga tidak dapat dipertimbangkan sehubungan dengan hal ketidakwenangan hakim dimaksud;

2. Hakim Konstitusi, H. Achmad Roestandi, S.H. :

- A. Permohonan ini harus diputus *tidak dapat diterima*, karena dua alasan :
- a. Kedudukan pemohon saat ini belum memenuhi ketentuan yang tersirat dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.
 - b. Tenggang waktu permohonan tidak memenuhi ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003.

B. Kedudukan Pemohon

Pasal 51 ayat (1) undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 berbunyi :

"Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang".

Kata "nya" dalam pasal tersebut harus ditafsirkan bahwa kerugian itu merupakan kerugian Pemohon sendiri, bukan kerugian orang lain. Untuk hal itu Pemohon memang telah memenuhi syarat untuk mengajukan permohonan. Tetapi kerugian itu harus merupakan kerugian yang nyata (*faktual, riil*), bukan kerugian yang bersifat *potensial* atau *prediktif*. Memang Pemohon adalah seorang hakim karir yang pada suatu saat *mungkin akan* dirugikan hak dan/atau kepentingan konstitusionalnya, tetapi kerugian tersebut pada saat ini belum dialami oleh Pemohon;

C. Tenggang Waktu

Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, tentang Mahkamah Agung dan berlaku mulai tanggal 30 Desember 1985;

Padahal Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 berbunyi :

"Undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945".

Secara terang-benderang permohonan itu jelas tidak memenuhi syarat sebagaimana digariskan dalam Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, sehingga seharusnya permohonan dinyatakan tidak dapat diterima, tanpa pemeriksaan materi muatan pokok perkara, karena permohonan sudah kadaluwarsa ("*verjaard*"). Dengan melanjutkan pemeriksaan kepada materi muatan permohonan, berarti Majelis Hakim Konstitusi telah mengenyampingkan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003. Pengenyampingan ini akan menjadi preseden untuk digunakan sebagai rujukan dalam menangani permohonan yang serupa di masa yang akan datang, sehingga pengenyampingan itu pada hakikatnya merupakan penghalusan bahasa untuk meniadakan (*anulisasi*) atau pernyataan secara diam-diam bahwa Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 **tidak lagi mempunyai kekuatan hukum yang mengikat**;

Pengenyampingan semacam ini tidak boleh terjadi karena :

- a. Dalam permohonannya Pemohon tidak meminta pengujian Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
Oleh karena itu, jika penyampingan ini dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi, berarti Mahkamah Konstitusi telah membuat putusan yang melebihi permohonan Pemohon. Hal ini tidak boleh terjadi, karena dalam posisi seperti ini hakim harus bersifat pasif;
- b. Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 mengatur tentang salah satu kewenangan dari Mahkamah Konstitusi sendiri, sehingga untuk mengenyampingkan pasal ini seolah-olah Mahkamah Konstitusi memperluas kewenangannya sendiri. Oleh karena itu, pengenyampingan Pasal 50 akan lebih *fair* jika dilakukan oleh pihak lain, misalnya oleh pembuat undang-undang melalui *legislative review*, atau setidaknya setelah terlebih dahulu mendengar pertimbangan dari DPR dan Pemerintah. Pengenyampingan tanpa meminta pertimbangan dari lembaga negara lain, bisa dianggap sebagai pencerminan subjektivitas Mahkamah Konstitusi;
- c. Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, ***tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945***, karena :
- 1) Pasal ini merupakan penjabaran dari kata "*lainnya*" yang terdapat dalam Pasal 24 C ayat (6) Undang-Undang Dasar 1945. Kata *lainnya* itu selain bisa berbentuk penegasan (*konfirmasi*), pengulangan (*repetisi*), juga bisa berupa pembatasan (*retriksi*). Oleh karena kata "*lainnya*" memberi peluang kepada pembuat undang-undang untuk selain mengatur tata cara, pengangkatan dan pemberhentian Hakim Konstitusi serta Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, juga mengatur hal lainnya termasuk membatasi undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji;
 - 2) Penentuan kadaluwarsa sudah lazim diatur dalam undang-undang walaupun Undang-Undang Dasar tidak mengaturnya secara tegas. Kadaluwarsa bisa ditemukan dalam KUHP (misalnya dalam penuntutan), KUH Perdata (misalnya dalam penentuan kepemilikan), dan Undang-

undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang PTUN (misalnya dalam pengajuan permohonan). Memang lembaga hukum (*rechtsinstituut*) kadaluwarsa kurang memenuhi *asas keadilan* sebagai salah satu tujuan hukum, tetapi memenuhi *asas kepastian (rechtszekerheid)* dan *kegunaan (rechtsdoelmatigheid)* sebagai tujuan hukum lainnya;

Tanpa memperhatikan dua tujuan hukum yang disebut terakhir, kepastian hukum akan terombang-ambing, dan para Pemohon akan memperoleh keadilan yang terlambat, karena Mahkamah Konstitusi hanya beranggotakan 9 (sembilan) orang akan dihadapkan pada tumpukan permohonan, sehingga Mahkamah ini akhirnya hanya akan menjadi lembaga negara *asesori* yang menghasilkan produk yang sia-sia;

Harus diingat sesuai dengan ketentuan perundang-undangan hakim konstitusi bukan sekedar harus menegakkan hukum, tetapi juga menegakkan keadilan, dan bukan hanya menegakkan *keadilan*, tapi juga menegakkan *hukum*;

- 3) Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 terasa lebih adil karena tidak menyamaratakan semua undang-undang, tetapi memperlakukannya secara lebih proporsional;

Adalah tidak proporsional jika undang-undang yang dibuat sebelum perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 diuji terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 setelah dilakukan perubahan. Namun demikian bukan berarti undang-undang yang dibuat sebelum Undang-undang Dasar 1945 tidak bisa diuji. Undang-undang itu tetap bisa diuji, tetapi bukan oleh Mahkamah Konstitusi melalui *judicial review*, melainkan oleh DPR dan Pemerintah melalui *legislative review*;

Dan *legislative review* terhadap Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, saat ini telah selesai dilaksanakan di DPR-RI;

3. Hakim Konstitusi, Prof. HAS. Natabaya, S.H., LL.M:

Pengantar

Pemohon atas nama perorangan mengajukan permohonan Uji Materiil undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dimana menurut Pemohon Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, khususnya Pasal 7 ayat (1) huruf g mengenai syarat administratif untuk Hakim Agung yaitu "Berpengalaman sekurang-kurangnya 5 (lima) tahun sebagai Ketua Pengadilan Tingkat Banding atau 10 (sepuluh) tahun sebagai Hakim Tingkat Banding". Sedangkan menurut Pasal 7 ayat (2) dalam hal ini tertentu dapat dibuka kemungkinan untuk mengangkat Hakim Agung yang tidak didasarkan atas sistem karir dengan syarat bahwa yang bersangkutan berpengalaman sekurang-kurangnya 15 (lima belas) hari di bidang hukum;

Menurut Pemohon Pasal 7 ayat (1) huruf g Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 sangat diskriminatif dan oleh karenanya perlu dilakukan *Judicial Review* oleh Mahkamah Konstitusi;

Issue Hukum

1. Apakah Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan menurut hukum untuk memeriksa, mengadili dan memutuskan atau dengan kata lain melakukan *Judicial Review* terhadap Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985;
2. Apakah Pemohon mempunyai *legal standing* menurut Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, dimana hak dan kewenangan konstitusionalnya dirugikan dengan diundangkannya Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985;
3. Apakah Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 khususnya Pasal 7 ayat (1) huruf g merupakan ketentuan yang diskriminatif untuk memperoleh jabatan Hakim Agung;

Analisis Hukum

- I. Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi berbunyi "Undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945". Penjelasan Pasal 50 berbunyi "Yang dimaksud dengan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah perubahan

pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada tanggal 19 Oktober 1999”;

Dengan memperhatikan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 beserta penjelasannya di atas secara **Expresis Verbis** dapat disimpulkan permohonan Pemohon tidak memenuhi ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003;

Timbul pertanyaan apakah Hakim Konstitusi dapat mengenyampingkan dengan cara penafsiran atau menambah undang-undang yang secara jelas (*expresis verbis*) telah mengatur tentang kewenangannya;

Dalam kaitan ini perlu dipertimbangkan, Hakim bisa saja melakukan penafsiran, menambah, tetapi tidak dapat dilakukan secara sewenang-wenang. Ada beberapa pembatasan mengenai kebebasan hakim untuk menafsirkan undang-undang. Logemann mengatakan bahwa hakim harus tunduk pada kehendak pembuat undang-undang yaitu kehendak pembuat undang-undang seperti yang dapat diketahui terletak di dalam peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Dalam hal kehendak itu, tidak dapat dibaca dari kata-kata undang-undang, Hakim harus mencarinya dalam sejarah kata-kata tersebut dalam sistem undang-undang atau dalam arti kata-kata itu seperti yang dipakai dalam pergaulan sehari-hari pada waktu sekarang. Setiap tafsiran adalah tafsiran yang dibatasi oleh pembuat undang-undang sebab itu hakim tidak boleh menafsirkan undang-undang secara sewenang-wenang, yaitu menurut kehendak Hakim sendiri. Logemann berkata “.....*men mag de norm waaraan men gebonden is niet willekeurig uitleggen, doch alleen de juiste uitleg mag gelden*” (orang tidak boleh menafsirkan secara sewenang-wenang kaidah yang mengikat, hanya penafsiran yang sesuai dengan maksud pembuat undang-undang menjadi tafsiran yang tepat). Selanjutnya Logemann mengatakan “*de plicht om aan de kennelijke bedoeling te gehoorzamen geldt voor burger, administratie en rechter gelijkelijk*” (kewajiban tunduk pada maksud pembuat undang-undang yang secara berakal dapat disimpulkan, berlaku bagi baik penduduk, administrasi negara maupun hakim). *Lihat E, Utrecht / Moh. Saleh Djindang, “Pengantar dalam hukum Indonesia” Cetakan kesebelas hal. 206;

Dalam kaitannya dengan uraian di atas perlu diperhatikan Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman Pasal 14 ayat (1) yang berbunyi "*Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa atau mengadili*". Sedangkan penjelasan Pasal 14 ayat (1) tersebut berbunyi : "**Hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum. Pencari keadilan datang padanya untuk mohon keadilan. Andaikata ia tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum sebagai seorang yang bijaksana dan bertanggung jawab penuh kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat bangsa dan negara**". Sejalan dengan ketentuan dalam Pasal 14 ayat (1) Undang-undang Nomor. 14 Tahun 1970, *Algemeene Bepalingen Van Wetgeving* juga mengatur mengenai masalah serupa sebagaimana tertuang dalam Pasal 22 A.B. yang berbunyi "*De regter, die weigert regt te spreken, onder voowendsel van stilzwijgen, duisterheid of onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigering vervolgd worden*". Dengan memperhatikan bunyi Pasal 14 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 beserta penjelasannya, dan Pasal 22 *Algemeene Bepalingen Van Wetgeving* seorang hakim harus menemukan lebih dahulu hukum tertulis (undang-undang) dalam rangka ia memeriksa perkara yang dihadapkan kepadanya;

Dalam pemeriksaan dipersidangan, Pemohon mendalilkan juga bahwa permohonannya yang berkaitan dengan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tercantum kata "dapat", bukan kata "wajib" sehingga menurut Pemohon kata "dapat" diartikannya adanya kebolehan bagi Pemohon untuk mengajukan permohonan. Tetapi Pemohon telah keliru membaca Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, karena Pemohon tidak secara cermat membaca pasal tersebut bahwa yang "dapat" dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (lihat juga penjelasannya). Jadi secara penafsiran "***argumentum a contrario***" undang-undang yang diundangkan sebelum tanggal

19 Oktober 1999 (perubahan pertama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945) tidak dapat dimohonkan;

Selain itu Pemohon juga mendalilkan bahwa permohonannya diajukan kepada Mahkamah Agung sesuai dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002. Berhubung permohonan Pemohon tidak diperiksa Mahkamah Agung sampai terbentuknya Mahkamah Konstitusi, maka menurut Ketentuan Peralihan Pasal 87 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, seluruh permohonan dan atau gugatan yang diterima Mahkamah Agung dan belum diputus dialihkan ke Mahkamah Konstitusi. Dilihat dari lamanya tenggang waktu yang diatur oleh Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2002 yang menentukan 90 (sembilan puluh) hari sejak undang-undang tersebut diundangkan dan dibandingkan dengan ketentuan yang diatur Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang tenggang waktu, Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, lebih menguntungkan bagi Pemohon;

Dengan memperhatikan asas hukum yang mengatakan bahwa apabila terdapat perubahan perundang-undangan (*verandering van wetgeving*) maka peraturan yang menguntungkan diperlakukan bagi Pemohon, sehingga permohonan Pemohon harus diperiksa menurut Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003. Walaupun demikian permohonan Pemohon tidak juga memenuhi ketentuan sebagaimana diatur oleh Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 tahun 2003;

Sekarang mari kita lihat apakah DPR dan Pemerintah sebagai pembentuk undang-undang sekaligus merupakan pelaksana kedaulatan rakyat menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sebagaimana diatur Pasal 20 ayat (1), (2), (3), dan ayat (4), telah melakukan tindakan hukum yang melampaui kewenangannya sebagaimana diatur oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pasal 24C ayat (6) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengamanatkan bahwa pengangkatan, pemberhentian Hakim Konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang. Sehubungan dengan tidak jelasnya **sejak kapan** Mahkamah Konstitusi

berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar seperti yang diatur oleh Pasal 24C ayat (1), maka berdasarkan Pasal 24C ayat (6) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 DPR dan Pemerintah telah mengatur pengangkatan dan pemberhentian Hakim Konstitusi, hukum acara **serta ketentuan lainnya** tentang Mahkamah Konstitusi dengan undang-undang Nomor 24 Tahun 2003, termasuk ketentuan mengenai undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji yaitu undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Apabila kita mengikuti perkembangan Hukum Tata Negara Nasional (*Nationale Staatsrechts beoefening*) maka terlihat bahwa Negara Indonesia telah mengalami beberapa kali perubahan Undang-Undang Dasar, yaitu Undang-Undang Dasar Tahun 1945 Pertama, Konstitusi Republik Indonesia Serikat, Undang-Undang Dasar Sementara Tahun 1950, Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (1959) dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hasil amandemen. Keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai pelaku kekuasaan kehakiman seperti yang diatur oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hasil amandemen tidak dikenal dalam Undang-Undang Dasar sebelumnya, lebih-lebih mengenai ketentuan tentang undang-undang yang dapat diuji terhadap Undang-Undang Dasar (hak uji formil dan hak uji materiil);

Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) dan Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS) bahkan dengan gamblang mengatur undang-undang tidak dapat diganggu gugat (*wet is onschendbaar*). Ini berarti bahwa semua undang-undang yang dibuat dan lahir pada masa Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) dan masa Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS) tidak dapat dilakukan uji materiil karena hal tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Dan apabila materi suatu undang-undang dianggap bertentangan dengan rasa keadilan maka jalan yang ditempuh dilakukan dengan cara *Legislative Review*. Oleh karena itu adalah logis apabila pembentuk undang-undang dalam hal ini DPR dan Pemerintah membatasi kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji undang-undang hanya terhadap undang-undang yang dibuat dan

dilahirkan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 setelah perubahan pertama pada tanggal 19 Oktober 1999;

Seandainya keberadaan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 dianggap Pasal yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka pemeriksaan harus dilakukan melalui permohonan yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi sesuai dengan hukum acara yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003. Oleh karena itu, Hakim tidak dapat dengan sewenang-wenang (*willekeurig*) mengenyampingkan hukum acara (Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003) yang merupakan aturan main (*spell regels*) yang mengikat Hakim itu sendiri, lebih-lebih sifat dari hukum acara sebagai hukum publik adalah hukum memaksa (*dwingen recht*);

- II. Untuk menjawab apakah Pemohon mempunyai *legal standing*, kita harus memperhatikan dengan jelas kata-kata (*wording*) dari Pasal 51 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, yang berbunyi antara lain; “*Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan Konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang ...*” Artinya terdapat hubungan kausal (*causal verband*) antara berlakunya suatu undang-undang dengan kerugian yang diderita Pemohon berupa pelanggaran terhadap hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon;

Dalam pemeriksaan persidangan di depan Mahkamah Konstitusi, Pemohon baik dalam permohonannya maupun dalam pemeriksaan persidangan, Pemohon tidak dapat menunjukkan dan membuktikan bahwa Pemohon telah mengalami kerugian langsung maupun kerugian tidak langsung dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985;

- III. Apakah ketentuan Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985, khusus Pasal 7 ayat (1) huruf g merupakan ketentuan yang bersifat diskriminatif untuk memperoleh jabatan dalam hal ini jabatan Hakim Agung sehingga dapat dikwalifikasi Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, khususnya Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28 I ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 berbunyi :

“Segala warga Negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”;

Pasal 28 I ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 berbunyi :

“Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu”;

Untuk menjawab masalah ini tentu kita harus lebih dahulu mengetahui perlakuan mana saja yang dapat dikwalifikasikan sebagai perlakuan diskriminatif yang bertentangan dengan hak asasi pada umumnya. International Covenant on Civil and Political Rights, Article 26 berbunyi : ***“All person are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all person equal and effective protection againsts discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, nation, or social origin, property, birth or other status”;***

Selanjutnya ketentuan **Konvensi Diskriminasi** (Pekerjaan dan Jabatan), Konvensi Nomor 111 tentang diskriminasi mengenai Pekerjaan dan Jabatan Pasal 1 angka 1 (a) berbunyi sebagai berikut :

” 1. untuk tujuan Konvensi ini istilah “diskriminasi” mencakup :

- a. “Setiap perbedaan, pengesampingan atau pengutamaan yang dilakukan atas dasar ras, warna kulit, jenis kelamin, agama, pendapat politik, asal usul kebangsaan atau sosial, yang mempunyai akibat meniadakan atau mengurangi persamaan kesempatan atau perlakuan dalam pekerjaan atau jabatan”;*

Sedangkan Pasal 1 angka 2 berbunyi sebagai berikut :

“Setiap perbedaan, pengesampingan atau pengutamaan, mengenai pekerjaan khusus yang didasarkan pada persyaratan-persyaratan yang melekat darinya tidak dapat dianggap merupakan diskriminasi”;

Undang-undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dalam Ketentuan Umum Pasal 1 ayat (3) berbunyi : *“Dalam Undang-undang ini yang dimaksud dengan diskriminasi adalah setiap pembatasan, pelecehan atau pengucilan yang langsung ataupun tak langsung didasarkan pada perbedaan manusia **atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan, politik,** yang bersifat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan, pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik,, ekonomi, hukum,, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya”;*

Dengan memperhatikan kedua Konvensi Internasional dan Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 di atas maka perlakuan diskriminasi yang tidak sesuai dengan hukum adalah perlakuan diskriminatif yang didasarkan pada **ras, warna kulit, jenis kelamin, agama, pendapat politik, asal usul kebangsaan, atau sosial;**

Kalau kita membaca dengan sungguh-sungguh penjelasan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985, khusus penjelasan Pasal 7 yang berbunyi: *Pada dasarnya pengangkatan Hakim Agung berdasarkan sistem karier dan tertutup. Namun demikian dalam hal-hal tertentu dapat pula dibuka kemungkinan untuk mengangkat Hakim Agung yang tidak didasarkan atas sistem karier”;*

Jadi sangat jelas mengenai syarat-syarat untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung sebagaimana diatur Pasal 7 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 adalah syarat-syarat mengenai pekerjaan khusus dalam hal ini jabatan Hakim Agung yang didasarkan pada persyaratan-persyaratan yang melekat pada dirinya yaitu syarat-syarat yang ditentukan untuk jabatan tertentu yaitu Hakim Agung;

Syarat-syarat tersebut merupakan pelaksanaan dari suatu sistem untuk menduduki suatu jabatan publik tertentu yang dikenal dengan Sistem Karier

(*Career System*). Dengan demikian syarat yang terdapat dalam Pasal 7 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 bukan merupakan syarat-syarat yang bersifat diskriminasi dalam pengertian pelanggaran terhadap hak asasi manusia seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, agama, pendapat politik, asal usul kebangsaan, atau sosial;

Oleh karena itu, ketentuan mengenai syarat untuk diangkat sebagai Hakim Agung sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat 1 huruf g Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tidak bertentangan sama sekali dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 27 ayat (1) jo Pasal 28 I ayat (2) tentang Hak Asasi Manusia;

Kesimpulan

Setelah memperhatikan uraian di atas yang meliputi ketentuan undang-undang, pendapat sarjana, dan hasil pemeriksaan dalam persidangan, kami berkesimpulan bahwa perkara Nomor 004/PUU-I/2003 yang dimohonkan oleh Sdr. Machri Hendra, S.H. ke Mahkamah Konstitusi tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 dan 51, oleh karenanya kami berpendapat bahwa Amar Putusan akan berbunyi "Permohonan tidak dapat diterima";

Demikianlah pendapat hukum yang berbeda dari Hakim Konstitusi, Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H., H. Achmad Roestandi, S.H., dan Prof. H.A.S. Natabaya, S.H., LLM;

Selanjutnya, memperhatikan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, serta Pasal 45, Pasal 51 ayat (1), dan Pasal 56 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003;

MENGADILI:

Menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima.

Demikianlah diputuskan dalam rapat permusyawaratan Hakim Mahkamah Konstitusi pada hari **Selasa, tanggal 23 Desember 2003** dan diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi yang terbuka untuk umum pada hari **Selasa, tanggal 30 Desember 2003** oleh kami Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., Ketua Mahkamah Konstitusi dan didampingi oleh Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H., H. Achmad Roestandi, S.H., Prof. H.A.S. Natabaya, S.H., LL.M., Dr. Harjono, S.H., MCL, I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H., Prof. H. Mukthie Fadjar, S.H.M.S., Maruarar Siahaan, S.H., dan Soedarsono, S.H., dan dibantu oleh Rustiani, S.H. sebagai Panitera Pengganti, dengan dihadiri oleh Kuasa Pemohon;

Ketua,

ttd

Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.

Hakim Anggota,

ttd

1. Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H.

ttd

2. H. Achmad Roestandi, S.H.

ttd

3. Prof. H.A.S. Natabaya, S.H., LL.M.

ttd

4. Dr. Harjono, S.H., MCL

ttd

5. I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H.

ttd

6. Prof. H. Mukthie Fadjar, S.H., M.S

ttd

7. Maruarar Siahaan, S.H.

ttd

8. Soedarsono, S.H.

Panitera Pengganti,

ttd

Rustiani, S.H.