

# **“Peradilan Konstitusional” oleh Mahkamah Agung melalui Mekanisme Pengujian Konkret**

## ***“Constitutional Adjudication” by the Supreme Court through Concrete Review Mechanism***

**Titon Slamet Kurnia**

Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana, Salatiga  
Jl. Diponegoro 52-60, Salatiga, Jawa Tengah, 50711  
E-mail: titonslamet@gmail.com

Naskah diterima: 11/05/2018 revisi: 17/12/2018 disetujui: 10/01/2019

### **Abstrak**

Artikel ini membahas kemungkinan untuk Mahkamah Agung menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional. Argumen yang diajukan adalah Mahkamah Agung harus memegang kewenangan yang sama dengan Mahkamah Konstitusi dalam menguji konstitusionalitas undang-undang. Perbedaannya adalah, Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi, sementara Mahkamah Agung tidak memiliki kewenangan itu. Dalam menguji konstitusionalitas undang-undang, Mahkamah Agung bertindak sebagai peradilan biasa yang memeriksa perkara atau kasus konkret, bukan perkara atau kasus abstrak. Dengan demikian, praktik ini memiliki kesamaan dengan praktik Mahkamah Agung Amerika Serikat, ketimbang praktik Mahkamah Konstitusi. Untuk mendukung argumen ini maka asas praduga konstitusional seharusnya tidak berlaku bagi Mahkamah Agung.

**Kata kunci:** Mahkamah Agung, Konstitusionalitas Undang-Undang, Kasus Konkret

### ***Abstract***

*This article argues for the possibility of the Indonesian Supreme Court to undertake the role as constitutional court. The argument suggests that the Indonesian Supreme Court should hold concurring authority with the Indonesian Constitutional Court in reviewing the constitutionality of laws. While the Indonesian Constitutional*

*Court has the exclusive jurisdiction for invalidating the unconstitutional laws, the Indonesian Supreme Court does not have such jurisdiction. In reviewing the constitutionality of laws, the Indonesian Supreme Court exercises its jurisdiction as ordinary court. It reviews a concrete case, not the abstract one. Therefore, this practice is similar with the practice of the Supreme Court of the United States, instead of the practice of the Indonesian Constitutional Court. To support this argument, the principle of presumption of constitutionality should not be applicable to the Indonesian Supreme Court.*

**Keywords:** *Supreme Court, Constitutionality of Laws, Concrete Case*

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Satu proposisi yang tidak terbantahkan adalah Mahkamah Konstitusi memiliki yurisdiksi material eksklusif atas perkara-perkara konstitusional (*constitutional cases*) spesifik di Indonesia. Pernyataan ini bukan kesimpulan, tetapi ketentuan eksplisit konstitusi, Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945):

*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 pemilu.*

Ditambahkan oleh Pasal 24C ayat (2) UUD NRI 1945: "Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar."<sup>1</sup>

Tulisan ini merupakan *academic exercise* untuk tidak mengamini begitu saja ketentuan konstitusi yang memberikan yurisdiksi material eksklusif kepada Mahkamah Konstitusi sebagai badan peradilan konstitusional. Oleh karena itu, fokus tulisan ini adalah isu mengenai peluang Mahkamah Agung untuk dapat menjalankan fungsi serupa, khususnya menguji konstitusionalitas undang-undang (menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar). Dengan kata lain, isu yang hendak didiskusikan adalah boleh/tidaknya undang-undang dinilai

<sup>1</sup> Ketentuan ini berhubungan dengan Pasal 7B UUD NRI 1945.

konstitusionalitasnya oleh Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya).

Atas isu tersebut, tesis tulisan ini adalah Mahkamah Agung dapat menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional, tetapi dengan mekanisme menyerupai *American-style of judicial review*, yaitu *concrete constitutional judicial review*, ketimbang *abstract constitutional judicial review* seperti Mahkamah Konstitusi, melalui jalur peradilan biasa.<sup>2</sup> Kemungkinan ini sudah disinggung oleh Hans Kelsen: “If an ordinary court is competent to test the constitutionality of a statute, it may be entitled only to refuse to apply it in the concrete case when it considers the statute to be unconstitutional, while other organs remain obliged to apply the statute.”<sup>3</sup> Misi tulisan ini hendak memberikan preskripsi kepada Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) supaya mengaitkan pendapat yudisialnya terhadap suatu undang-undang dengan konstitusi ketika sedang mengadili perkara yang masuk dalam yurisdiksinya dengan implikasi tidak menerapkan undang-undang itu jika sesuai keyakinannya dianggap bertentangan dengan konstitusi. Secara historis ide ini pernah muncul dalam Pasal 156 Konstitusi Republik Indonesia Serikat 1949, tetapi dimentahkan secara eksplisit oleh Pasal 95 ayat (2) Undang-Undang Dasar Sementara 1950 yang menganut asas supremasi parlemen,<sup>4</sup> dan jelas tidak diikuti oleh UUD NRI 1945 hasil empat kali perubahan.

Lebih spesifik lagi tulisan ini berpendapat bahwa asas praduga konstitusional tidak seyogianya berlaku bagi badan peradilan, Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya), karena mereka bukan “corong undang-undang”. Mereka juga memiliki fungsi yang *legitimate* untuk meng-*enforce* konstitusi, konkuren dengan fungsi Mahkamah Konstitusi, walau menggunakan mekanisme yang berbeda. Oleh karena itu, asasnya, Mahkamah Agung hanya harus menerapkan undang-undang yang konstitusional, bukan undang-undang yang “dianggap konstitusional” karena belum dinyatakan sebaliknya oleh Mahkamah Konstitusi.

## B. Perumusan Masalah

Sesuai dengan penjelasan di atas maka yang menjadi masalah dalam tulisan ini adalah: Apakah Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) dapat menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional, dalam hal ini menguji

<sup>2</sup> Michael C. Dorf, “Abstract and Concrete Review” dalam Vikram David Amar & Mark V. Tushnet, eds., *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2009, h. 1.

<sup>3</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell, 1960, h. 157.

<sup>4</sup> Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Penerbit Alumni, 1986, h. 25.

konstitusionalitas undang-undang? Seperti dijelaskan di atas, dengan rumusan masalah demikian, fungsi peradilan konstitusional oleh Mahkamah Agung di sini hendaknya tidak ditumbuhkan dengan fungsi peradilan konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi yang diberikan yurisdiksi material eksklusif menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar oleh UUD NRI 1945. Konsep yang relevan untuk mengkualifikasikan fungsi peradilan konstitusional oleh Mahkamah Agung adalah *concrete constitutional judicial review*, yang berbeda dengan fungsi peradilan konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi yaitu *abstract constitutional judicial review*. Dengan konsep demikian maka menjadi sangat mungkin jika fungsi peradilan konstitusional dilakukan secara konkuren oleh Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung.

### C. Metode Penelitian

Fokus tulisan ini adalah mempertahankan tesis, sebagai jawaban atas masalah atau isu hukum yang hendak dibahas, yaitu Mahkamah Agung dapat menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional, tetapi dengan mekanisme menyerupai *American-style of judicial review (concrete constitutional judicial review)*, ketimbang *abstract constitutional judicial review* seperti Mahkamah Konstitusi. Proses tersebut dilakukan dengan membangun secara koheren argumentasi yang menjustifikasi tesis. Proses menghasilkan argumentasi ini yang kegiatannya dilakukan dengan penelitian, di mana penelitiannya dinamakan penelitian hukum (*legal research*). Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan konseptual atau teoretis, dengan fokus bahan hukum (*legal material*) berupa literatur-literatur yang teridentifikasi sebagai Teori Konstitusi. Dengan kata lain, literatur-literatur tersebut yang akan digunakan di sini guna membangun atau menghasilkan argumentasi hukum (teoretis) guna mempertahankan tesis.

## PEMBAHASAN

### A. Mahkamah Agung dan Konstitusi

Kekeliruan kita dalam memahami fungsi Mahkamah Agung sebagai badan peradilan adalah mengisolirnya dari konstitusi dalam menjalankan peradilan sehingga timbul kesan bahwa kinerja Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) sama sekali tidak berurusan dengan konstitusi. Cara pandang keliru ini secara tidak sadar diletakkan oleh Jimly Asshiddiqie yang

tegas memisahkan fungsi peradilan konstitusional yang eksklusif pada Mahkamah Konstitusi dan fungsi peradilan biasa pada Mahkamah Agung dalam hal pengujian peraturan perundang-undangan. Jimly mendikotomikan institusi pengujian yudisial terhadap peraturan perundang-undangan menjadi dua jenis: pengujian *the constitutionality of legislation* oleh Mahkamah Konstitusi dan pengujian *the legality of regulation* oleh Mahkamah Agung.<sup>5</sup>

Kerangka berpikir Jimly yang simplistik menimbulkan kesan bahwa konstitusi sebagai hukum hanya menjadi ranahnya Mahkamah Konstitusi. Posisi Jimly didukung oleh praktik Mahkamah Konstitusi yang sering mengklaim dirinya sebagai “*the sole interpreter of the Constitution*”. Tulisan ini tidak setuju dengan posisi demikian. Mahkamah Agung juga wajib meng-*enforce* konstitusi, sebagai komitmen untuk mewujudkan negara konstitusional di mana asas supremasi konstitusi berlaku. Oleh karena itu, supaya asas supremasi konstitusi berlaku, wajib hukumnya supaya konstitusi *enforceable* tidak hanya oleh Mahkamah Konstitusi, tetapi juga oleh Mahkamah Agung.

Dengan demikian, yang ingin dijustifikasi di sini, tentang hubungan antara Mahkamah Agung dan konstitusi, Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) terikat oleh kewajiban hukum untuk meng-*enforce* konstitusi dalam menjalankan fungsi peradilan biasa yang menjadi yurisdiksi materialnya.<sup>6</sup> Tindakan badan peradilan dalam meng-*enforce* konstitusi melalui proses peradilan ini yang untuk sederhananya dikonsepsikan sebagai peradilan konstitusional. Kewajiban tersebut harus dianggap inheren dalam konsep negara konstitusional.

Pendirian yang digunakan terkait dengan pemaknaan konsep negara konstitusional ialah isu *enforcement* konstitusi lebih tertuju pada preservasi terhadap ideal di balik konsep konstitusi itu sendiri, ketimbang ketentuan formalnya.<sup>7</sup> Itu artinya, konsepsi ini tidak sama dengan sekadar dapat ditegakkannya pasal-pasal konstitusi. Bahkan kalau kita ingat, jika sebatas itu maknanya, ini hanya akan menjadi lelucon belaka. Rezim Orde Baru justru jauh lebih “canggih” ketika mewacanakan pelaksanaan UUD NRI 1945 secara murni dan konsekuen, termasuk keputusan menjadikan Soeharto sebagai presiden tujuh periode juga dianggap sudah sesuai dengan ketentuan formal konstitusi. *Dus*, ini adalah asas supremasi konstitusi versi Orde Baru. Atas dasar itu Orde Baru lalu

<sup>5</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 5-6.

<sup>6</sup> Yurisdiksi material tersebut meliputi: perkara pidana, perkara perdata, perkara tata usaha negara, perkara perdata agama, perkara pidana militer dan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.

<sup>7</sup> Bandingkan dengan Titon Slamet Kurnia, *Konstitusi HAM*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar 2014, h. 22-43.

berketetapan, sebagai konsensus nasional, untuk tidak mengubah UUD NRI 1945 karena mereka menikmati kelemahannya.<sup>8</sup>

Isunya di sini sebenarnya sangat sederhana. UUD NRI 1945 adalah hukum yang *enforcement*-nya melalui proses peradilan konstitusional tidak hanya menjadi ranah monopolistik Mahkamah Konstitusi. Memisahkan Mahkamah Agung dari konstitusi, UUD NRI 1945, cenderung menegasikan pelajaran dasar kita tentang hukum yang memosisikan konstitusi sebagai peraturan hukum paling tinggi yang fungsinya memvalidasi sistem hukum suatu negara.<sup>9</sup> Dengan formulasi berbeda, menurut Kelsen, konstitusi, dalam arti material, adalah "*rules which regulate the creation of the general legal norms, in particular the creation of statutes.*"<sup>10</sup> Oleh karena itu, dengan kerangka berpikir demikian, benar adanya ketika konstitusi dikonsepsikan sebagai *starting point* dari sistem hukum seperti dikemukakan Andras Sajo: "*It is the starting point and the closing argument of a legal system.*"<sup>11</sup> dan sebagai implikasinya, Sajo menandakan, "*To have the ability to determine the legal system, a constitution must be above all other legal regulations.*"<sup>12</sup>

Pendekatan sistem hukum di mana konstitusi berposisi sebagai *starting point* dari sistem hukum menjadi alasan kuat supaya badan peradilan biasa seperti Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) juga dilibatkan dalam proses "membicarakan" konstitusi ketika menjalankan peradilan, dan tidak boleh dibatasi fungsinya hanya untuk menerapkan undang-undang belaka. Konstitusi sebagai *starting point* dari keberlakuan sistem hukum harus diperlakukan secara layak, terkhusus oleh badan peradilan. Oleh karena itu, seperti dinyatakan di awal, poin utama argumen tulisan ini adalah asas praduga konstitusional seyogianya tidak berlaku bagi Mahkamah Agung.

Asas praduga konstitusional mengandung pengertian bahwa undang-undang harus dianggap konstitusional sampai dengan dinyatakan sebaliknya oleh Mahkamah Konstitusi. Pengertian demikian disimpulkan dari Pasal 58 UU Mahkamah Konstitusi yang menyatakan: "Undang-undang yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi tetap berlaku, sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara

<sup>8</sup> Bandingkan dengan Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945: Antara Mitos dan Pembongkaran*, Bandung: Mizan, 2007, h. 162-163.

<sup>9</sup> Larry Alexander, "Constitutions, Judicial Review, Moral Rights and Democracy: Disentangling the Issues" dalam Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, h. 119-120

<sup>10</sup> Hans Kelsen, *Op.Cit.*, h. 124.

<sup>11</sup> Andras Sajo, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Budapest: Central European University Press, 1999, h. 39.

<sup>12</sup> *Ibid.*

Republik Indonesia Tahun 1945.”<sup>13</sup> Dengan dasar argumen ini, ketakberlakuan asas praduga konstitusional bagi Mahkamah Agung, keterkaitan antara Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) dan konstitusi menjadi sangat erat. Dalam menjalankan proses peradilan biasa, Mahkamah Agung terikat oleh konstitusi untuk hanya menerapkan undang-undang yang konstitusional, termasuk menilai undang-undang terhadap konstitusi, dan atas dasar keyakinannya boleh menyatakan undang-undang inkonstitusional sebagai alasan untuk tidak menerapkannya meskipun undang-undang tersebut sudah pernah dinyatakan tidak inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi sendiri.<sup>14</sup>

Dengan demikian, poin utama tulisan ini adalah menolak keberlakuan asas praduga konstitusional bagi Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya), terutama terkait penilaian konstitusionalitas undang-undang yang diserahkan secara eksklusif pada, minimal, putusan lima orang Hakim Konstitusi. Sistem demikian mengandung kelemahan. *Pertama*, tidak antisipatif terhadap kelemahan internal sistem ini sendiri. *Kedua*, lebih parahnya lagi, dapat menjadi insentif untuk praktik peradilan yang legalistik, khususnya sikap bebas nilai terhadap undang-undang yang sudah pernah dinyatakan tidak inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi. Contoh terkait pernyataan ini ada dua. *Pertama*, konstitusionalitas pidana mati.<sup>15</sup> *Kedua*, konstitusionalitas tindak pidana penodaan agama.<sup>16</sup>

Lebih lanjut, sistem konstitusional kita tidak seperti Belanda karena UUD NRI 1945 tidak menganut asas supremasi parlemen seperti Art. 120 UUD Belanda yang ketentuannya menyatakan: “*The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts.*” Ketentuan ini mengandung pengertian bahwa “undang-undang tidak boleh diganggu gugat”. Atau menurut interpretasi Polak dan Polak: “*the judiciary has no authority to refuse to apply a statute. The judiciary should consume the legislature’s product even if they possess an unconstitutional or otherwise illegal flavour.*”<sup>17</sup> Secara tersirat, karena menganut asas supremasi parlemen, konstitusi bukan bahan untuk konsumsi badan peradilan.

<sup>13</sup> Sebutan resminya: Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menjadi Undang-Undang.

<sup>14</sup> Hal yang sama sebenarnya juga berlaku di lingkungan eksekutif. Saikrishna B. Prakash, “The Executive’s Duty to Disregard Unconstitutional Laws,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 96, No. 5, 2008, h. 1613-1683.

<sup>15</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007.

<sup>16</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 84/PUU-X/2012.

<sup>17</sup> Carla M. Zoethout, “Reflections on Constitutionalism in the Netherlands” dalam Charla M. Zoethout, et al., eds., *Control in Constitutional Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, h. 157.

Konstitusi menjadi ranah *public discourse* eksklusif di parlemen dalam proses pembentukan undang-undang, sehingga, sebagai implikasinya, adanya ketentuan tersebut menghasilkan makna bahwa undang-undang produk parlemen sudah pasti konstitusional sebagai produk dari parlemen yang *supreme* sehingga tidak boleh dinyatakan inkonstitusional oleh badan peradilan.

Karena asas demikian tidak kita anut maka Mahkamah Agung sebagai badan peradilan tentu saja dapat menjadikan konstitusi sebagai sumber hukum dalam menjalankan proses peradilan. Hal ini koheren dengan inti dari pelajaran hukum kita pada tingkat dasar bahwa konstitusi adalah hukum dan Mahkamah Agung sebagai badan peradilan berwenang untuk secara independen memeriksa dan mengadili perkara berdasarkan hukum, termasuk berdasarkan konstitusi. Pernyataan ini merupakan hasil penyimpulan terhadap makna dari Pasal 24 ayat (1) jo. Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945. Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 menentukan batasan dari kekuasaan kehakiman: “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.” Sementara Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945 menentukan pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia: “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya ... dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.”

## **B. Teorisasi Fungsi Mahkamah Agung sebagai Peradilan Konstitusional**

Meskipun rumusan ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 masih tetap, tidak berarti bahwa maknanya sesempit itu. Setidaknya dalam pemahaman yang minimal, membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar secara yudisial memang ranah kewenangan eksklusif Mahkamah Konstitusi. Tetapi menyatakan undang-undang inkonstitusional secara yudisial tidak begitu. Hal ini juga dapat dilakukan oleh Mahkamah Agung (dan badan peradilan di bawahnya) meski tidak sampai pada tindakan membatalkan undang-undang yang inkonstitusional tersebut. Dengan demikian, Mahkamah Agung (dan badan peradilan di bawahnya) memiliki kewenangan inheren untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar walau UUD NRI 1945 tidak memberinya kewenangan secara eksplisit.

Karena itu, studi Teori Konstitusi untuk menjustifikasi tesis ini sangat penting, serupa seperti teknik justifikasi yang digunakan oleh *the Supreme Court of the United States* dalam kasus *Marbury v. Madison* (1803). Membela posisi *the Supreme*



*Court of the United States* dalam menguji konstiusionalitas undang-undang pada kasus *Marbury*, Alexander M. Bickel menyatakan:

*The power which distinguishes the Supreme Court of the United States is that of constitutional review of actions of the other branches of government, federal and state. Curiously enough, this power of judicial review, as it is called, does not derive from any explicit constitutional command. The authority to determine the meaning and application of a written constitution is nowhere defined or even mentioned in the document itself. This is not to say that the power of judicial review cannot be placed in the Constitution; merely that it cannot be found there.*<sup>18</sup>

Dasar teoretis yang akan dielaborasi dalam rangka proses teorisasi fungsi Mahkamah Agung sebagai peradilan konstitusional ada dua. *Pertama*, teori formal yang difokuskan pada isu mengenai hubungan antara undang-undang dengan konstitusi formal (undang-undang dasar). *Kedua*, teori substantif yang difokuskan pada argumen tentang perlunya Mahkamah Agung menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional.

Teori formal untuk fungsi Mahkamah Agung sebagai peradilan konstitusional dapat mengacu pada silogisme Alexander Hamilton dalam *The Federalist No. 78* maupun kerangka teori dari kasus *Marbury* yang dikembangkan oleh *Chief Justice* John Marshall. Pendapat Hamilton dalam *The Federalist No. 78* pada hakikatnya mendahului pendapat historis *Chief Justice* Marshall dalam kasus *Marbury*. Hamilton menyatakan:

*The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.*<sup>19</sup>

Argumen Hamilton dalam pernyataan di atas adalah argumen hierarki, yaitu kedudukan konstitusi formal (undang-undang dasar) yang lebih tinggi dibandingkan dengan undang-undang. Dalam argumen formal ini Hamilton menyelipkan argumen

<sup>18</sup> Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press, 1986, h. 1.

<sup>19</sup> Alexander Hamilton, James Madison & John Jay (Terence Ball, ed.), *The Federalist with Letters of "Brutus"*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, h. 379-380.

substantif untuk menjelaskan mengapa konstitusi secara hierarki lebih tinggi dari undang-undang. Menurut Hamilton, konstitusi merefleksikan “*the intention of the people*”; sementara undang-undang mencerminkan “*the intention of their agents*”. Lebih lanjut Hamilton menjelaskan:

*Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter, rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental.*<sup>20</sup>

Dalam pernyataan di atas, yang lebih bersifat substantif ketimbang formal, Hamilton meletakkan konsepsi bahwa kehendak rakyat yang mengejawantah dalam konstitusi lebih tinggi dibandingkan dengan kedudukan kekuasaan legislatif maupun kekuasaan yudisial. Oleh karena itu sebagai konklusinya, hakim-hakim harus lebih tunduk pada kehendak rakyat yang dinyatakan dalam konstitusi ketimbang kehendak legislator yang dinyatakan dalam undang-undang. Itu artinya, hakim-hakim boleh mengabaikan undang-undang yang dirasanya inkonstitusional.

Pembahasan selanjutnya adalah pendapat yudisial *Chief Justice* Marshall dalam kasus *Marbury*. Sebagai catatan, kasus *Marbury* tidak seperti yang kita bayangkan dengan model Mahkamah Konstitusi di Indonesia. Isu hukum dari kasus tersebut mulanya tidak berkaitan dengan isu konstitusionalitas undang-undang, tetapi permintaan kepada pengadilan, *the Supreme Court of the United States*, supaya memerintahkan *Secretary of State*, James Madison, menyerahkan surat keputusan pengangkatan William Marbury sebagai *justice of peace* yang penunjukannya dilakukan oleh Presiden John Adams menjelang proses peralihan kekuasaan kepada presiden baru, Thomas Jefferson. Upaya hukum ini disebut *mandamus*.<sup>21</sup>

Bagian terpenting dari kasus *Marbury* adalah pendapat yudisial *Chief Justice* Marshall yang ditujukan pada isu konstitusionalitas *Section 13 of the 1789 Judiciary Act* yang menjadi dasar hukum penggugat dalam menempuh upaya *mandamus* kepada *the Supreme Court of the United States*. Sebelum berpendapat tentang hubungan antara undang-undang dengan konstitusi, Marshall terlebih dulu meletakkan kerangka berpikir teoretis yang mendasari isu tersebut di mana yang

<sup>20</sup> *Ibid.*, 380.

<sup>21</sup> Untuk penjelasan tentang latar belakang kasus *Marbury* lihat: Alexander M. Bickel, *Op.cit.*, 1-14; Robert J. Reinstein & Mark C. Rahdert, “Reconstructing *Marbury*,” *Arkansas Law Review*, Vol. 57, No. 4, 2005, h. 739-742.

menjadi perhatiannya adalah tentang hakikat pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah dan bentuk pembatasannya yang tertulis. Marshall menyatakan:

*To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between a government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation.*<sup>22</sup>

Pembatasan seperti dimaksud oleh Marshall tidak ada faedahnya jika terjadi dua hal. *Pertama*, tidak ada pihak yang dituju oleh pembatasan tersebut. *Kedua*, pembatasan tersebut mengandung pertentangan satu sama lain. Isu yang menjadi sorotan selanjutnya tentu saja tentang pertentangan antara undang-undang dengan konstitusi yang digambarkan secara metaforis oleh Marshall sebagai kondisi “*if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation.*”

Sebelum sampai pada kesimpulannya atas bagaimana pertentangan itu seharusnya diputuskan, Marshall mendahului dengan menjelaskan tentang sifat hubungan antara undang-undang dan konstitusi sebagai berikut:

*The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law: if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable.*<sup>23</sup>

Atas dua alternatif tersebut Marshall memilih alternatif pertama, dan sampai pada kesimpulan sebagai implikasinya: “*Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the Constitution, is void.*”<sup>24</sup>

Kesimpulan di atas tidak berdiri sendiri, tetapi masih berkaitan dengan isu lainnya tentang peranan badan yudisial dalam hal terjadi pertentangan antara undang-undang dengan konstitusi. Isu ini sangat penting karena *Section III of the Constitution of the United States* sama sekali tidak memberikan preskripsi.

<sup>22</sup> Seperti dikutip dalam *Ibid.*, h. 768.

<sup>23</sup> Seperti dikutip dalam *Ibid.*

<sup>24</sup> Seperti dikutip dalam *Ibid.*, h. 768-769.

Menjawab isu tersebut, Marshall sampai pada pernyataannya yang bersifat *landmark* sebagai landasan hukum untuk menjustifikasi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang oleh *the Supreme Court of the United States*: “*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.*”<sup>25</sup>

Yang dimaksud dengan “*to say what the law is*” menurut Robert J. Reinstein dan Mark C. Rahdert adalah “*to ascertain and apply rules of law.*”<sup>26</sup> Seperti dinyatakan sendiri oleh Marshall, jika isunya adalah “*to say what the law is*”, maka yang lazim dilakukan adalah: “*Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the court must decide on the operation of each.*”<sup>27</sup> Hal senada juga berlaku demikian jika kasusnya adalah pertentangan antara undang-undang dengan konstitusi. Reinstein dan Rahdert melakukan parafrase atas pendapat Marshall sebagai berikut: “*Court must be able to interpret and apply rules of law drawn from the Constitution, itself the paramount source of law. There was, however, one important corollary: in cases of conflict between the Constitution and statutory law the Court must follow the Constitution’s superior command.*”<sup>28</sup> Jika yang menjadi kesimpulan sebaliknya maka, “*would frustrate the principle of constitutional superiority and put the legislature beyond the rule of law.*”<sup>29</sup>

Implikasi mendasar dari pendapat Marshall adalah pelibatan badan peradilan dalam proses *constitutional public discourse* dengan doktrin, menurut Reinstein dan Rahdert, “*the interpretation and enforcement of the Constitution, like any other law, is emphatically the province of the judicial department and ultimately of the Supreme Court.*”<sup>30</sup> Dengan demikian, argumen Marshall pada hakikatnya merupakan *restatement* terhadap argumen Hamilton yang telah dibicarakan sebelumnya.<sup>31</sup>

Sebagai *restatement*, argumentasi Marshall dapat lebih mudah dipahami dengan menguraikan proposisi-proposisi dasarnya. Hal ini dilakukan Reinstein

<sup>25</sup> Seperti dikutip dalam *Ibid.*, h. 769.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Seperti dikutip dalam *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*, h. 770.

<sup>31</sup> Jika dilihat dari rentang waktunya, *The Federalist* ditulis antara Oktober 1787-Mei 1788. Alexander Hamilton, James Madison & John Jay (Terence Ball, ed.), *Op.Cit.*, xiv. Itu artinya, dibandingkan dengan kasus *Marbury* (1803), ada rentang waktu 15 tahun untuk argumen Hamilton tersebut berpengaruh ke dalam proses yudisial yang akhirnya menjadi sandaran dalam tindakan *the Supreme Court of the United States* dalam kasus *Marbury*. Sementara jika kita lihat sejarahnya, institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang ini jauh lebih tua dari kasus *Marbury*. Setidaknya, hakim-hakim Amerika Serikat cukup dipengaruhi oleh pendapat *Lord Edward Coke* dalam kasus *Dr. Bonham* (1610). Scott D. Gerber, “The Court, the Constitution and the History of Ideas,” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, No. 4, 2008, h. 1117-1124.

dan Rahdert yang menunjukkan bahwa argumentasi tersebut didasarkan pada lima proposisi:

1. *In a case properly before it, the court is bound by an oath to decide according to the law;*
2. *If two laws are in conflict in that case, the court must choose which law to apply;*
3. *If one of the laws is superior to the other in importance and authority, that law must be held by the court to nullify the lesser law;*
4. *The Constitution is a superior law to an ordinary statute and therefore must be held by the court to nullify a statute whose terms conflict with the Constitution; and*
5. *It is the special province of the judiciary to determine the meaning of all laws, including the Constitution.*<sup>32</sup>

Seperti dijelaskan di awal, baik argumen Hamilton maupun argumen Marshall sama-sama adalah argumen formal. Khusus terkait dengan argumen Marshall, pra-pemahaman yang mendasari argumennya, menurut Steven G. Calabresi, adalah “*the written nature of the Constitution*”.<sup>33</sup> Calabresi yang merangkai poin-poin argumen Marshall menunjukkan pengertian yang demikian:

*Thus, Marshall says that to ensure that the government does not exceed its enumerated powers, “the constitution is written” and the primacy of the Constitution over a contrary statute is a theory “essentially attached to a written constitution.” Marshall adds that “[c]ertainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation.”<sup>34</sup>*

Analisis Calabresi di atas sejalan dengan analisis Reinstein dan Rahdert. Analisis mereka sulit menghindar dari sistem konstitusional Amerika Serikat sebagai *background*-nya, yaitu sistem konstitusional yang dikembangkan berbasis pada eksistensi konstitusi formal atau undang-undang dasar yang diperlakukan sebagai “*the supreme law of the land*”. Sistem ini berbanding terbalik dengan, misalnya, Inggris atau Israel yang tanpa konstitusi formal. Oleh karena itu, argumen formal sulit diterapkan pada negara yang tidak memiliki konstitusi formal.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Robert J. Reinstein & Mark C. Rahdert, *Op.Cit.*, h. 801.

<sup>33</sup> Steven G. Calabresi, “The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke,” *Alabama Law Review*, Vol. 57, No. 3, 2006, h. 638.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Bandingkan dengan Guy E. Carmi, “A Constitutional Court in the Absence of a Formal Constitution? On the Ramifications of Appointing the Israeli Supreme Court as the Only Tribunal for Judicial Review,” *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2005, h. 67-91.

Kendati argumen formal dapat berlaku dalam kasus Indonesia di mana sistem konstitusionalnya juga bertumpu pada konstitusi formal, namun argumen substantif masih perlu dielaborasi sebagai argumen penguat.<sup>36</sup> Poin utama dari argumen substantif adalah upaya mitigasi untuk tidak terjebak dalam praktik peradilan yang legalistik, terlebih berhadapan dengan undang-undang yang “jelek”, khususnya undang-undang pidana yang berpotensi tidak sesuai dengan HAM, di mana seharusnya undang-undang demikian dinyatakan inkonstitusional. Atas isu ini, argumen teoretis yang relevan adalah konstitusi sebagai hukum bukan sekadar karena secara formal memiliki hierarki lebih tinggi dibandingkan dengan undang-undang. Konstitusi sebagai hukum mengandung sifat aspirasional yang tinggi di mana sifat aspirasional tersebut yang berlaku sebagai standar evaluatif terhadap undang-undang supaya, pada analisis akhir, mendorong proses legislatif lebih baik serta menghasilkan undang-undang yang baik pula sebagai implikasinya.

Keinginan untuk memosisikan konstitusi sebagai hukum yang bersifat aspirasional digambarkan secara bernas oleh Lon L. Fuller yang menyatakan: “*to be effective, a written constitution must be accepted, at least provisionally, not just as law, but as good law.*”<sup>37</sup> Proposisi ini didasari pra-pemahaman bahwa “hukum manusia” tidak sama seperti “hukum fisika”: “*The respect we owe to human laws must surely be something different from the respect we accord to the law of gravitation.*”<sup>38</sup> *Good law* di sini setidaknya bermakna: “*law that corresponds to the demands of justice, or morality, or men’s notion of what ought to be.*”<sup>39</sup> Oleh karena itu, konsep hukum c.q. konstitusi di sini adalah konsep normatif atau ideal, bukan konsep deskriptif. Pemahaman demikian yang meyakinkan penulis untuk tidak mengambil posisi deskriptif dalam memahami konstitusi. Konsep negara konstitusional yang kita cita-citakan adalah negara konstitusional berbasis *good constitution*, yang lebih luas cakupan maknanya dari konstitusi formal, dan itu harus direalisasikan sebagai standar untuk menguji undang-undang yang berlaku karena konstitusi, secara substantif, mengatur undang-undang, sehingga pada akhirnya, materi muatan undang-undang harus diuji kesesuaiannya dengan konstitusi, dengan pengertian *good constitution*.

<sup>36</sup> Argumen substantif di sini adalah versi lain dari argumen penulis untuk Mahkamah Konstitusi. Titon Slamet Kurnia, *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Sang Penjaga HAM*, Bandung: Penerbit PT. Alumni, 2013, h. 71-110.

<sup>37</sup> Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart,” *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, h. 642.

<sup>38</sup> *Ibid.*, h. 632.

<sup>39</sup> *Ibid.*, h. 644.

Dalam konsepsi negara konstitusional yang ideal berlaku asas bahwa badan peradilan hanya harus menerapkan undang-undang yang baik, yaitu undang-undang yang secara materi muatan tidak hanya selaras dengan konstitusi formal, tetapi juga konstitusi yang ideal. Argumen substantif memberikan insentif bagi badan peradilan untuk tidak menjalankan peradilan dengan pendekatan legalistik. Satu pandangan yang relevan untuk dirujuk di sini adalah pendapat Douglas E. Edlin tentang kewajiban hakim menegakkan keadilan sebagai cita hukum. Edlin menyatakan pandangannya: *“The idea that adjudicative institutions should be just above all connects judges and the judicial process to justice. Where a legal rule cannot be applied justly, the judge’s duty to seek justice requires the judge to change or depart from the unjust legal rule.”*<sup>40</sup> Pandangan ini sendiri sama sekali bukan hal baru, tetapi penerapan pemikiran klasik sejak St. Augustine,<sup>41</sup> Thomas Aquinas,<sup>42</sup> dan reformulasinya oleh Gustav Radbruch sebagai bentuk pengalaman reflektifnya ketika berhadapan dengan kekuasaan represif Nazi-Jerman dalam Perang Dunia II.<sup>43</sup>

Lebih lanjut Edlin menjelaskan: *“In a system where justice is a public value ... judges must apply their reason and experience in the attempt to achieve justice, at times by rectifying or eliminating injustice. That is their role and responsibility – to the law, to the judicial institution, to the public, and to the litigants.”*<sup>44</sup> Dengan pengertian lain, mengacu pada Edlin, memfungsikan Mahkamah Agung sebagai peradilan konstitusional dapat dibenarkan secara substantif oleh alasan keadilan guna menghindari penerapan undang-undang yang tidak adil. Tentu saja kerangka berpikir demikian harus didasari pra-pemahaman tentang konsep konstitusi sebagai *repository* asas keadilan (yang itu artinya merepresentasikan konsep *good constitution*) sehingga argumen Edlin dapat aplikabel, termasuk sebagai argumen untuk menjustifikasi kewenangan menguji konstitusionalitas undang-undang dalam rangka *enforcement* konstitusi pada Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya).

Menurut hemat penulis, argumen Edlin dapat dengan mudah diterapkan karena pikiran demikian sudah inheren di dalam UUD NRI 1945, khususnya

<sup>40</sup> Douglas E. Edlin, *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010, h. 120.

<sup>41</sup> St. Augustine adalah orang pertama yang menyatakan maksim *“lex iniusta, non est lex”*. Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, h. 11.

<sup>42</sup> E. Sumaryono, *Etika dan Hukum: Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2002, h. 213-217.

<sup>43</sup> Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946),” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, 2006, h. 1-11; Gustav Radbruch, “Five Minutes of Legal Philosophy (1945),” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, h. 13-15.

<sup>44</sup> Douglas E. Edlin, *Op.Cit.*, h. 121.

terkait dengan konsepsi kekuasaan kehakiman. Oleh karena itu, preskripsi Edlin “*the judge’s duty to seek justice requires the judge to change or depart from the unjust legal rule*” sangat terbuka untuk menjustifikasi pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya), terlebih secara konstitusional sudah ada otorisasi bahwa “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.” Itu artinya, menguji kesesuaian undang-undang dengan keadilan, ketika dilakukan oleh badan peradilan seperti Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya), sama halnya dengan telah menguji konstitusionalitas undang-undang itu sendiri.

Intinya, baik teori formal maupun teori substantif, badan peradilan seperti Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) memiliki tanggung jawab utama “*to say what the law is*” yang tidak sama artinya dengan tanggung jawab untuk menerapkan undang-undang secara legalistik. Dengan kata lain, “*to say what the law is*” dapat diberikan makna hanya undang-undang yang konstitusional yang harus di-*enforce* oleh badan peradilan sebagai komitmennya dalam rangka *enforcement* konstitusi. Termasuk di sini tidak melakukan *enforcement* terhadap undang-undang yang tidak adil; atau dalam bentuk preskripsi positif, hanya undang-undang yang adil yang harus di-*enforce* oleh badan peradilan.

Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat “*final and binding*” tidak berarti bahwa putusan tersebut niscaya benar. Kebenaran dari Putusan Mahkamah Konstitusi hanya bersifat praduga, yang artinya putusan tersebut harus dianggap benar sebatas karena sudah tidak ada upaya hukum lagi. Badan-badan pemerintahan yang lain dalam menyikapi Putusan Mahkamah Konstitusi tentu harus kritis: Mengikuti kalau benar, dan tidak mengikuti kalau salah.<sup>45</sup> Pemahaman demikian pada prinsipnya sudah pernah diutarakan oleh Justice Robert H. Jackson, *the Supreme Court of the United States*, ketika menjelaskan konsep “*final*”. Dalam kasus *Brown v. Allen* (1953), Justice Jackson menyatakan: “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.*”<sup>46</sup> Oleh karena itu, partisipasi Mahkamah Agung, bersama-sama dengan Mahkamah Konstitusi, dalam *constitutional public discourse* menjadi sangat penting.

<sup>45</sup> Bandingkan dengan Mark Tushnet, “Weak-Form Judicial Review and ‘Core’ Civil Liberties,” *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1, Vol. 41, No. 1, 2006, h. 4.

<sup>46</sup> Keith E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The President, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History*, New Jersey: Princeton University Press, 2007, h. 7.



Supaya ideal demikian dapat terjadi diperlukan pra-kondisi berupa penguatan penguasaan materi Hukum Tata Negara dan Filsafat Hukum di kalangan Sarjana Hukum kita. Preskripsi yang dinyatakan akan menjadi tidak bermakna jika para hakim lemah dalam penguasaan materi Hukum Tata Negara dan Filsafat Hukum. Kemungkinan yang akan terjadi adalah hakim-hakim pada tingkat *judex facti* akan tidak memiliki cukup keberanian untuk menempuh preskripsi sebagaimana diberikan oleh penulis. Oleh karena itu, preskripsi demikian hanya mungkin akan lebih efektif pada tingkat *judex juris* ketimbang pada tingkat *judex facti*.

### C. Kasus Konkret

Isu selanjutnya adalah kasus konkret praktik peradilan konstitusional oleh Mahkamah Agung. Walau belum dilakukan secara konsisten, setidaknya telah ada putusan yang secara tepat mewakili konsep praktik peradilan konstitusional oleh Mahkamah Agung seperti dijelaskan di atas. *Pertama*, Putusan Mahkamah Agung Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009 (kasus Hillary K. Chimezie). *Kedua*, Putusan Mahkamah Agung Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011 (kasus Hanky Gunawan). Kedua putusan bertolak dari *ratio decidendi* bahwa pidana mati bertentangan dengan hak untuk hidup yang dilindungi konstitusi, sehingga sanksi pidana mati yang dijatuhkan kepada terpidana dikonversi menjadi pidana penjara. Kedua putusan harus dianggap “menarik” karena ketentuan pidana mati sendiri, dalam UU Narkotika<sup>47</sup> yang menjadi dasar hukum kasus ini, sudah pernah diuji oleh Mahkamah Konstitusi dan dinyatakan tidak inkonstitusional. Tetapi oleh Majelis Hakim dalam perkara peninjauan kembali dinyatakan sebaliknya.

Dalam kasus Hillary K. Chimezie, Majelis Hakim memberikan pertimbangan hukum sebagai berikut:

*Bahwa hukuman mati sangat bertentangan dengan ketentuan dalam pasal 28 A Undang-Undang Dasar 1945 (Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya) selain itu bertentangan pula dengan Pasal 1 ayat (1) jo. Pasal 4 Undang-Undang No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia; Declaration of Human Rights article 3: “everyone has the right of life, liberty and security of person,” artinya: setiap orang berhak atas kehidupan, kebebasan dan keselamatan sebagai individu.<sup>48</sup>*

Sementara dalam kasus Hanky Gunawan, Majelis Hakim memberikan pertimbangan hukum:

<sup>47</sup> Sebutan resminya: Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika.

<sup>48</sup> Putusan Mahkamah Agung Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009, 105.

- Bahwa mendasari Declaration of Human Right article 3: “everyone has the right to life, liberty and security of person”. Bahwa setiap orang berhak atas kehidupan, kebebasan dan keselamatan sebagai individu.
- Hukuman MATI bertentangan dengan Pasal 28 ayat 1 Undang-Undang Dasar 1945 dan melanggar Pasal 4 Undang-Undang No. 39 Tahun 1989 tentang HAM yang berbunyi: “Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan dan oleh siapa pun”.
- Bahwa dengan adanya klausul tidak dapat dikurangi dalam keadaan dan oleh siapa pun dapat diartikan sebagai tidak dapat dikurangi, dan diabaikan oleh siapa pun termasuk dalam hal ini oleh pejabat yang berwenang sekalipun, tidak terkecuali oleh putusan Hakim/Putusan Pengadilan.<sup>49</sup>

Secara teknis-yudisial, pertimbangan hukum dua putusan di atas masih jauh dari memadai. *Pertama*, seharusnya Majelis Hakim memberikan interpretasi terlebih dulu terhadap makna hak untuk hidup. *Kedua*, Majelis Hakim seharusnya menanggapi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007 yang telah menyatakan bahwa pidana mati tidak bertentangan dengan hak untuk hidup untuk memberikan sinyal bahwa tengah berlangsung proses *constitutional dialogue* dalam menentukan makna ketentuan konstitusi antara Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Walaupun secara substansial setuju dengan sikap Majelis Hakim dalam kaitan dengan preskripsi yang penulis usulkan, namun kualitas pertimbangan hukumnya sendiri perlu menjadi catatan serius.

Makna tersirat dari dua putusan di atas adalah Putusan Mahkamah Konstitusi tidak mengikat kepada Majelis Hakim dalam perkara peninjauan kembali. Soal ini penulis berpendapat bahwa sikap tersebut konstitusional jika dikaitkan dengan pendapat sebelumnya di atas. Lepas dari itu, penulis sendiri, yang tidak setuju dengan pendirian Mahkamah Konstitusi tentang konstitusionalitas pidana mati, menyambut positif koreksi yang dilakukan oleh Majelis Hakim kasus Hillary K. Chimezie dan Hanky Gunawan.<sup>50</sup> Menanggapi temuan di atas, dan juga menguatkan argumen penulis sebelumnya, sudah selayaknya jika *enforcement* konstitusi, terutama perlindungan terhadap hak-hak konstitusional c.q. hak-hak

<sup>49</sup> Putusan Mahkamah Agung Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011, 53-54.

<sup>50</sup> Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi HAM oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008*, Bandung: Penerbit CV. Mandar Maju, 2015, h. 160-167.

asasi manusia, tidak dipercayakan hanya pada satu institusi saja, dalam hal ini Mahkamah Konstitusi, terlebih jika yang bersangkutan gagal dalam memberikan perlindungan atas hak-hak konstitusional tersebut. Secara asas atau prinsip kita boleh percaya kepada Mahkamah Konstitusi dalam fungsinya sebagai *the guardian of the Constitution*. Tetapi praktik mungkin menyatakan lain (seperti Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007 dan Nomor 84/PUU-X/2012). Upaya perlindungan terhadap hak-hak konstitusional belum sepenuhnya mampu dijalankan secara taat asas oleh Mahkamah Konstitusi, dan bahkan praktik peradilan konstitusionalnya masih kurang prediktabel.<sup>51</sup>

Oleh karena itu, komitmen untuk mewujudkan negara konstitusional sebagai proyeksi jangka panjang dari mekanisme peradilan konstitusional tidak dapat hanya dipercayakan kepada Mahkamah Konstitusi saja. Kasus-kasus pidana yang menjadi yurisdiksi peradilan biasa cukup rentan bersinggungan dengan hak-hak konstitusional karena kualitas undang-undang pidana kita yang masih kurang bagus, khususnya penuangan ketentuan pidana yang kurang “ramah” terhadap hak-hak konstitusional. Beberapa contoh yang relevan selain ancaman sanksi pidana mati, adalah: ancaman sanksi pidana tambahan kebiri kimia,<sup>52</sup> tindak pidana penodaan agama,<sup>53</sup> tindak pidana pornografi,<sup>54</sup> dan lain-lain. Mendukung tesis tulisan ini, kita ternyata dapat menemukan preseden atas isu yang didiskusikan. Itu artinya, tesis tulisan ini juga memperoleh pembenaran praktis di dalam praktik oleh Majelis Hakim Mahkamah Agung sendiri, walaupun dapat ditemukan pula praktik yang bertolak belakang dengan ideal tersebut.<sup>55</sup> Penulis menilai bahwa situasi demikian masih wajar, walaupun secara kepastian hukum menjadi tanda tanya besar.

## PENUTUP

Sistem paling baik adalah sistem yang mampu antisipatif terhadap kelemahan internalnya sendiri. Pelibatan Mahkamah Agung dalam fungsi sebagai “peradilan konstitusional” untuk menguji konstitusionalitas undang-undang konkuren

<sup>51</sup> Bandingkan dengan Titon Slamet Kurnia, “Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang,” *Jurnal Konstitusi*, Vol. 13, No. 2, 2016, h. 259-277.

<sup>52</sup> Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2016 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menjadi Undang-Undang.

<sup>53</sup> Pasal 156 dan 156a Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

<sup>54</sup> Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi.

<sup>55</sup> Putusan yang bertolak belakang dengan Putusan Mahkamah Agung Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009 dan Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011 adalah Putusan Mahkamah Agung Nomor 1613 K/PID.SUS/2015. Putusan ini meng-endorse Putusan Mahkamah Konstitusi No. 2-3/PUU-V/2007.

dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah bentuk kolaborasi paling memadai untuk menjawab isu tersebut. Dengan terbukanya semua mekanisme yang mungkin dalam menilai konstitusionalitas undang-undang, maka aspirasi untuk terwujudnya negara konstitusional dalam rangka *enforcement* konstitusi menjadi jauh lebih besar.

Seperti telah disampaikan, fokus tulisan ini adalah supaya praktik peradilan oleh Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) tidak menjadi praktik yang legalistik. Oleh karena itu, asas praduga konstitusional tidak seyogianya berlaku bagi Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya), termasuk meskipun oleh Mahkamah Konstitusi sendiri sudah pernah dinyatakan bahwa undang-undang tersebut tidak inkonstitusional. Kemungkinan kekeliruan dalam interpretasi konstitusi yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi yang mengganggu pengejawantahan konsep negara konstitusional yang ideal harus dapat ditengahi dengan pelibatan Mahkamah Agung untuk menjalankan fungsi peradilan konstitusional seperti yang telah dijelaskan.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Alexander, Larry, “Constitutions, Judicial Review, Moral Rights and Democracy: Disentangling the Issues” dalam Grant Huscroft, ed., 2008, *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Bickel, Alexander M., 1986, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press.
- Indrayana, Denny, 2007, *Amandemen UUD 1945: Antara Mitos dan Pembongkaran*, Bandung: Mizan.
- Dorf, Michael C., “Abstract and Concrete Review” dalam Vikram David Amar & Mark V. Tushnet, eds., 2009, *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press.
- E. Sumaryono, 2002, *Etika dan Hukum: Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Yogyakarta: Penerbit Kanisius.

- Hamilton, Alexander, James Madison & John Jay (Terence Ball, ed.), 2003, *The Federalist with Letters of “Brutus”*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, Hans, 1960, *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell.
- Kurnia, Titon Slamet, 2013, *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Sang Penjaga HAM*, Bandung: Penerbit PT. Alumni.
- \_\_\_\_\_, 2014, *Konstitusi HAM*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- \_\_\_\_\_, 2015, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008*, Bandung: Penerbit Mandar Maju.
- Ratnapala, Suri, 2009, *Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Sajo, Andras, 1999, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Budapest: Central European University Press.
- Soemantri, Sri, 1986, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Penerbit Alumni.

## **Jurnal**

- Calabresi, Steven G., 2006, “The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke,” *Alabama Law Review*, Vol. 57, No. 3, h. 635-687.
- Carmi, Guy E., 2005, “A Constitutional Court in the Absence of a Formal Constitution? On the Ramifications of Appointing the Israeli Supreme Court as the Only Tribunal for Judicial Review,” *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, h. 67-91.
- Edlin, Douglas E., 2010, *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Fuller, Lon L., 1958, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart,” *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 630-672.
- Gerber, Scott D., 2008, “The Court, the Constitution and the History of Ideas,” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, No. 4, 1067-1126.
- Kurnia, Titon Slamet, 2016, “Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang,” *Jurnal Konstitusi*, Vol. 13, No. 2, h. 259-277.
- Prakash, Saikrishna B., 2008, “The Executive’s Duty to Disregard Unconstitutional Laws,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 96, No. 5, 1613-1683.
- Radbruch, Gustav, 2006, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946),” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vo. 26, No. 1, h. 1-11.

\_\_\_\_\_, 2006, "Five Minutes of Legal Philosophy (1945)," *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, h. 13-15.

Reinstein, Robert J., & Mark C. Rahdert, 2005, "Reconstructing *Marbury*," *Arkansas Law Review*, Vol. 57, No. 4, h. 729-833.

Tushnet, Mark, 2006, "Weak-Form Judicial Review and 'Core' Civil Liberties" *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 41, No. 1, h. 1-22.

Whittington, Keith E., 2007, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The President, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History*, New Jersey: Princeton University Press.

Zoethout, Carla M., "Reflections on Constitutionalism in the Netherlands" dalam Charla M. Zoethout, et.al., eds., 2003, *Control in Constitutional Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

### **Peraturan**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menjadi Undang-Undang.

Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi.

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2016 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menjadi Undang-Undang.

### **Putusan**

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 84/PUU-X/2012.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 1613 K/PID.SUS/2015.