

# Menggagas Pelembagaan *Constitutional Question* Melalui Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang

## *Initiating the Constitutional Question Institutionalization by Expanding the Constitutional Court's Constitutional Review Authority*

Hamid Chalid dan Arief Ainul Yaqin

Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok  
Jl. Margonda Raya, Beji, Pondok Cina, Kota Depok, Jawa Barat 16424  
E-mail: ay\_one@ymail.com, hamidachalid@yahoo.com

Naskah diterima: 15-01-2018 revisi: 15-02-2019 disetujui: 08-03-2019

### Abstrak

Tulisan ini membahas tentang gagasan pelembagaan *constitutional question* (pertanyaan konstitusional) di Indonesia melalui perluasan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa lembaga *constitutional question* itu dapat ditempatkan sebagai bagian dari kewenangan pengujian konstitusional yang telah dimiliki Mahkamah Konstitusi berdasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. Selain itu hasil penelitian ini juga menunjukkan bahwa terdapat kebutuhan atau urgensi, baik dari segi teori maupun praktek untuk melembagakan mekanisme *constitutional question* di Mahkamah Konstitusi. Oleh sebab itu pada bagian akhir penelitian ini dikemukakan suatu kesimpulan dan rekomendasi bahwa lembaga *constitutional question* ini sangat perlu dan sangat prospektif untuk segera diterapkan di Indonesia. Caranya cukup dengan melakukan perubahan terhadap undang-undang tentang Mahkamah Konstitusi dengan mengatur dan memasukan mekanisme *constitutional question* ini ke dalam undang-undang yang dimaksud, tanpa harus mengadakan perubahan terhadap UUD 1945.

**Kata Kunci:** pertanyaan konstitusional, mahkamah konstitusi, UUD 1945.

## Abstract

*This study will discuss the concept of constitutional question institutionalization in Indonesia by expanding the Constitutional Court's constitutional review authority against the Constitution. The research shows that the constitutional question can be placed as part of the Constitutional Court's constitutional review method based on Article 24C (1) 1945 Constitution. Moreover, the research also shows that there is a need or urgency, in both theory and practice, to institutionalize the constitutional question mechanism in the Constitutional Court. Therefore, this research concludes that the constitutional question is inevitable, and that is recommended to be immediately adopted in Indonesia. One of the possible methods to implement the mechanism is through the Constitutional Court law revision, which includes the constitutional question mechanism, without amending the Constitution.*

**Keywords:** *constitutional question, constitutional court, 1945 Constitution*

## LATAR BELAKANG

Hingga saat ini, setidaknya sudah ada 80 negara di seluruh dunia yang telah mendirikan Mahkamah Konstitusi.<sup>1</sup> Kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi di satu negara dengan negara lainnya memang bisa berbeda-beda. Akan tetapi di antara beragam kewenangan yang berbeda-beda itu, ada satu kewenangan utama yang pasti dimiliki oleh semua Mahkamah Konstitusi di seluruh dunia, yakni kewenangan pengujian konstitusional atau yang disebut juga dengan *judicial review*.<sup>2</sup>

Dari negara-negara yang telah mendirikan Mahkamah Konstitusi itu, banyak diantaranya yang sudah melengkapi kewenangan Mahkamah Konstitusi-nya dengan mekanisme *constitutional question*. Bahkan jika ditelusuri dari sejarah pengujian konstitusional di negara yang pertama sekali mendirikan mahkamah konstitusi seperti Austria,<sup>3</sup> maka sebetulnya *constitutional question* ini (di samping pengujian

<sup>1</sup> Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri mencatat hingga tahun 2005 ada 78 negara yang telah mendirikan Mahkamah Konstitusi. Lihat Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri, *Mahkamah Konstitusi: Kompilasi Ketentuan UUD, Undang-Undang, dan Peraturan tentang Mahkamah Konstitusi di 78 Negara*, Jakarta: PSHTN FH UI, 2003; sementara setelah tahun 2005, penulis menemukan sekurang-kurangnya ada dua negara yang juga telah mendirikan Mahkamah Konstitusi, yakni Republik Kosovo dan Republik Tajikistan. Mahkamah Konstitusi Republik Kosovo resmi berdiri pada Desember 2008. Sementara Mahkamah Konstitusi Republik Tajikistan resmi berdiri pada Februari 2016. Jadi berdasarkan perkembangan tersebut, telah berdiri sebanyak 80 Mahkamah Konstitusi di seluruh dunia. Lihat lebih lanjut mengenai MK Kosovo ini dalam situs resminya, <<http://www.gjk-ks.org/?cid=2,32>>, diakses tanggal 10 Februari 2017; Lihat juga mengenai MK Tajikistan ini dalam situs resminya, <<http://www.constcourt.tj/eng/>>, diakses 15 Februari 2017.

<sup>2</sup> Lihat Herbert Hesmauninger, *The Austrian Legal System*, Wien: Manzsche Verlags Universitat Buchhandlung, 2003, h. 139.

<sup>3</sup> Untuk diketahui bahwa Mahkamah Konstitusi Austria (*Bundesverfassungsgerichtshof*) merupakan Mahkamah Konstitusi yang pertama di dunia dan telah berdiri sejak tahun 1920, bersamaan dengan disahkannya konstitusi baru Austria pada tanggal 1 Oktober 1920. Lihat lebih lanjut sejarah berdirinya Mahkamah Konstitusi Austria ini antara lain dalam buku Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Edisi Kedua, Jakarta: Sinar Grafika, 2010.

norma abstrak) merupakan kewenangan asli dari mahkamah konstitusi dalam ranah pengujian konstitusional.<sup>4</sup>

Negara-negara yang tercatat telah menerapkan mekanisme *constitutional question* dalam sistem pengujian konstitusionalnya antara lain adalah Jerman, Austria, Italia, Spanyol, Rusia, Korea Selatan, Kroasia, Thailand dan masih banyak lainnya.<sup>5</sup> Bahkan Alec Stone Sweet menyebut hampir semua Mahkamah Konstitusi di negara-negara Eropa telah mengadopsi mekanisme *concrete review* (*constitutional question*) di samping *abstract review* dalam sistem pengujian konstitusionalnya.<sup>6</sup>

Sesuai dengan peristilahannya, yang dimaksud dengan *constitutional question* adalah suatu mekanisme pengujian undang-undang yang diajukan dalam bentuk “pertanyaan konstitusional” oleh hakim dari pengadilan biasa kepada MK manakala hakim meragukan konstitusionalitas undang-undang yang akan ia terapkan dalam kasus konkret yang sedang ditanganinya.<sup>7</sup>

Oleh karena mekanisme *constitutional question* ini pada dasarnya adalah sebuah mekanisme pengujian undang-undang yang bermula dari proses litigasi atau persidangan atas suatu kasus konkret di pengadilan biasa, maka mekanisme ini sering juga disebut dengan istilah *concrete review* atau lengkapnya *concrete judicial review*, maksudnya adalah *judicial review* yang dilakukan terhadap suatu norma undang-undang dalam kaitannya dengan suatu kasus konkret yang sedang berjalan di pengadilan biasa.

Dalam mekanisme *constitutional question*, berlaku satu prosedur bahwa dengan diajukannya *constitutional question* kepada MK, maka pemeriksaan terhadap perkara konkretnya di pengadilan harus ditunda sampai adanya putusan MK.

Putusan MK itulah yang nantinya akan menjadi dasar bagi hakim pengadilan dalam menjatuhkan putusannya. Jika undang-undang yang dimohonkan pengujiannya itu dinyatakan konstitusional oleh MK maka pengadilan dapat melanjutkan proses litigasinya. Sedangkan jika dinyatakan inkonstitusional maka tentu saja pengadilan tidak dapat menerapkan undang-undang yang dimaksud.

<sup>4</sup> Lihat Hamid Chalid, “Urgensi dan Upaya untuk Implementasi Mekanisme *Constitutional Question* melalui Mahkamah Konstitusi RI,” dalam Nur Hidayat Sardini dan Gunawan Suswantoro (editor), *60 Tahun Jimly Asshiddiqie Menurut Para Sahabat*, Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2016, h. 365 dan 370.

<sup>5</sup> Muchamad Ali Safa'at, “Menggagas *Constitutional Question* di Indonesia,” *Majalah Konstitusi*, Desember 2009, h. 7.

<sup>6</sup> Alec Stone Sweet, *The politics of Constitutional Review in France and Europe*, “*International Journal of Constitutional Law*”, Vol. 5, No. 1, 2007, h. 82.

<sup>7</sup> Martin Borowski, *The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court*, “*Journal Ratio Juris*”, Vol. 16, No. 2, 2003, h. 156.

Dengan konstruksi yang demikian maka diharapkan hanya undang-undang yang bebas dari persoalan konstiusionalitas sajalah yang akan diterapkan oleh hakim. Sedangkan undang-undang yang ditengarai bertentangan dengan UUD, dapat diserahkan kepada MK untuk diuji konstiusionalitasnya melalui mekanisme *constitutional question* sebelum undang-undang itu diterapkan oleh hakim.

Kondisi objektif saat ini di Indonesia, mekanisme *constitutional question* sebagaimana dipaparkan di atas sayangnya belum terlembagakan di Mahkamah Konstitusi RI.<sup>8</sup> Akibatnya, ruang pengujian UU di Indonesia masih sangat sempit, yakni hanya menjangkau pengujian norma abstrak saja dan belum mengakomodir pengujian norma konkret atau yang dalam hal ini disebut dengan istilah *constitutional question*. Padahal bukan tidak mungkin persoalan konstiusionalitas dari sebuah undang-undang itu muncul dari proses litigasi di pengadilan.

Hal itu dapat dibuktikan dengan adanya beberapa permohonan pengujian undang-undang di MK yang berpangkal atau bersangkutan paut dengan kasus konkret di pengadilan yang semestinya bisa diwadahi dan diselesaikan melalui mekanisme *constitutional question*.

Akibat absennya mekanisme *constitutional question* dalam sistem pengujian konstiusional di MK maka ada kekosongan ruang perlindungan konstiusional bagi warga negara, khususnya bagi mereka yang sedang terlibat dalam suatu proses litigasi di pengadilan. Sebab sewaktu-waktu mereka dapat dijatuhi hukuman oleh pengadilan atas dasar undang-undang yang masih diragukan konstiusionalitasnya/ undang-undang yang memiliki problem konstiusionalitas. Sebab memang tidak ada mekanisme yang dapat ditempuh untuk mencegah diterapkannya undang-undang yang diduga bertentangan dengan UUD oleh pengadilan.

Asumsi yang demikian itu bukanlah asumsi yang mengada-ada, karena pada faktanya hal tersebut pernah benar-benar terjadi dalam kenyataan, dimana seorang warga negara dijatuhi hukuman oleh pengadilan atas dasar undang-undang yang masih dalam proses pengujian di MK.

Sebaliknya, dengan adanya lembaga *constitutional question*, kerugian konstiusional akibat penarapan hukum yang demikian itu bisa dihindari. Sebab hakim pengadilan tidak boleh menjatuhkan putusan selama undang-undang yang menjadi dasar hukum dari kasus yang bersangkutan masih diuji oleh MK.

<sup>8</sup> Ketiadaan lembaga *constitutional question* ini telah diakui dan sempat disinggung oleh Mahkamah Konstitusi RI dalam Putusannya Nomor 013-022/PUU-IV/2006. Dalam putusannya tersebut MK menyatakan bahwa ada kewenangan penting dalam ranah pengujian konstiusional yang lazim dimiliki oleh MK negara-negara lain namun tidak dimilikinya, yaitu kewenangan mengadili perkara-perkara *constitutional question* dan *constitutional complaint*. Lihat selengkapnya dalam Putusan MK Nomor 013-022/PUU-IV/2006, h. 68.

Fakta-fakta tersebut menunjukkan bahwa sistem pengujian konstitusional di Indonesia hingga saat ini masih memiliki kelemahan, yakni: pertama, sempit dan terbatasnya ruang pengujian konstitusional di Indonesia (pengujian UU terhadap UUD) karena hanya mencakup abstract review saja; Kedua, tidak adanya jaminan dan perlindungan konstitusional bagi warga negara dari ancaman penerapan UU (oleh pengadilan) yang bertentangan dengan UUD.<sup>9</sup>

Itulah sebabnya melalui tulisan ini digagas sebuah ide untuk melembagakan *constitutional question* di MK RI. Jalan kearah itu pun terbilang cukup terbuka dan prospektif karena dapat diwujudkan tanpa harus melakukan Perubahan UUD 1945, tetapi cukup dilembagakan/diatur di level undang-undang saja. Sebab *constitutional question* itu sejatinya merupakan bagian dari kewenangan pengujian konstitusional yang mana kewenangan itu sesungguhnya telah dimiliki oleh MK berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, yakni wewenang menguji undang-undang terhadap UUD.

## PEMBAHASAN

### 1. Teori Pengujian Konstitusional

Dilihat dari akar sejarahnya, pengujian konstitusional sebagaimana yang kita kenal saat ini sesungguhnya berasal dari putusan fenomenal *Supreme Court* (Mahkamah Agung) Amerika dalam kasus “*Marbury versus Madison*” pada tahun 1803. Ketika itu, *Supreme Court* Amerika diketuai oleh *Chief Justice* John Marshall yang juga tidak kalah kontroversial dan fenomenalnya dengan Putusan *Marbury vs Madison* yang dikeluarkannya.<sup>10</sup> Putusan itulah yang menjadi dasar/awal mula berkembangnya teori dan praktek pengujian konstitusional sebagaimana kita kenal sekarang.<sup>11</sup>

Dalam kasus tersebut, untuk pertama kalinya dalam sejarah, *Supreme Court* Amerika melakukan *judicial review* terhadap *Judiciary Act 1789* (Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman). Hasilnya, *Supreme Court* membatalkan undang-undang tersebut karena dinilai bertentangan dengan Article III

<sup>9</sup> Lihat lebih lanjut dalam I Dewa Gede Palguna, “Constitutional Question: Latar Belakang dan Praktik Di Negara Lain Serta Kemungkinan Penerapannya Di Indonesia” (Makalah disampaikan pada Seminar Nasional “*Mekanisme Constitutional Question Sebagai Sarana Menjamin Supremasi Konstitusi*” yang diselenggarakan oleh Pusat Pengkajian Konstitusi (PPK) Fakultas Hukum Universitas Brawijaya bekerjasama dengan Setjen dan Kepaniteraan MK RI, Malang, 21 November 2009, h. 14-15.

<sup>10</sup> Lihat Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, New York: Aspen Law & Business, 1997, h. 36.

<sup>11</sup> Ada banyak sekali buku yang membahas mengenai sejarah *judicial review* yang bermula dari putusan *Supreme Court* dalam kasus *Marbury vs Madison* ini, salah satu yang cukup komprehensif dan dapat dirujuk adalah Leonard W. Levy, *Judicial Review: Sejarah Kelahiran, Wewenang, dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*, Diterjemahkan oleh Eni Purwaningsih, Bandung: Nusamedia, 2005.

Section 2 Konstitusi AS. Padahal ketika itu (dan sampai sekarang) tidak ada satu pun ketentuan di dalam Konstitusi Amerika yang memberikan Supreme Court kewenangan untuk melakukan *judicial review*.<sup>12</sup>

Praktek *judicial review* yang bermula dari Amerika itu kini telah menyebar luas di seluruh penjuru dunia dan menjadi salah satu fenomena “Big Bang” di bidang ketatanegaraan yang menjangkiti banyak negara. Dalam catatan Jimly Asshiddiqie saat ini sudah lebih dari 100 negara dari seluruh penjuru dunia yang telah menerapkan sistem pengujian konstitusional atau *judicial review*.<sup>13</sup> 80 diantaranya telah melembagakan sistem pengujian konstitusional itu dengan membentuk Mahkamah Konstitusi yang berdiri sendiri diluar Mahkamah Agung.

Menurut Mauro Cappelletti, secara garis besarnya ada dua model pelembagaan pengujian konstitusional di dunia ini. *Pertama*, model *decentralized judicial review*, yakni model yang meletakkan kewenangan pengujian konstitusional itu secara tersebar kepada Mahkamah Agung dan badan peradilan dibawahnya. Ciri utama dari model yang pertama ini adalah, pengujian konstitusional hanya dapat dilakukan apabila terkait dengan suatu kasus konkret di pengadilan (*incorporated with factual case*) dan pengujiannya pun dilakukan oleh hakim yang sedang menangani kasus konkretnya itu sendiri. Artinya pengujian konstitusional itu dilakukan secara bersamaan dan tidak terpisahkan dengan penyelesaian kasus konkretnya. Dengan demikian mekanisme pengujian konstitusional yang dikenal di negara-negara yang menganut *decentralized judicial review* hanyalah pengujian norma konkret (*concrete review*). Pelopor daripada model yang pertama ini adalah Amerika Serikat (*American Model*).<sup>14</sup>

*Kedua*, model *centralized judicial review*, yakni yang meletakkan kewenangan pengujian konstitusional itu secara terpusat dengan cara membentuk Mahkamah Konstitusi sebagai organ yang khusus bertugas melakukan pengujian konstitusional. Yang memelopori model ini adalah Austria, negara pertama yang berhasil mengembangkan teori pengujian

<sup>12</sup> Lihat Konstitusi Amerika Serikat (*Constitution of the United State of America*). Hingga tulisan ini dibuat tidak ada satu pun pasal atau ayat dalam Konstitusi Amerika (termasuk amandemennya) khususnya dalam Article III tentang The Judicial Branch, yang mengatur dan memberikan kewenangan *judicial review* kepada Supreme Court. Dengan demikian praktek *judicial review* di Amerika Serikat yang telah dimulai sejak 1803 itu sesungguhnya tidak memiliki landasan konstitusional dalam Konstitusi AS, melainkan hanya didasarkan pada praktek dan tradisi yang telah dikembangkan oleh Supreme Court.

<sup>13</sup> Lihat dalam Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Op. Cit., h. xix-xx dan 1-3.

<sup>14</sup> Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comperative Perspective*, Oxford: Clarendon Press, 1989, h. 133-135.

konstitusional melalui pembentukan Mahkamah Konstitusi yang terpisah dan berdiri sendiri diluar Mahkamah Agung.<sup>15</sup> Meskipun munculnya belakangan dibandingkan dengan model *decentralized judicial review*, akan tetapi model yang disebut terakhir inilah yang justru lebih banyak diikuti dan diadopsi oleh negara-negara diseluruh dunia, termasuk Indonesia.

Oleh karena Indonesia termasuk ke dalam kelompok yang terakhir itu, yakni yang meletakkan kewenangan pengujian konstitusional secara terpusat melalui pembentukan Mahkamah Konstitusi (*centralized judicial review*), maka teori pengujian konstitusional yang akan dikemukakan disini adalah teori pengujian konstitusional yang berlaku dan dipraktekan di lingkungan negara-negara yang menganut model *centralized judicial review* (negara yang mendirikan MK).

Baik secara teoritis maupun empiris, berdasarkan pengalaman di negara-negara yang menganut model *centralized judicial review* seperti Austria, Jerman, Spanyol, Italia, Rusia, Thailand dan sebagainya, pengujian konstitusional di negara-negara tersebut terdiri dari dua varian/mekanisme pengujian, yakni pengujian norma secara asbtrak (*abstract review*) dan pengujian norma secara konkret (*concrete review*) atau yang dikenal dengan istilah *constitutional question*.<sup>16</sup>

Bahkan jika ditelusuri jauh ke belakang, sejak masih dalam angan-angan Hans Kelsen ketika ia ditugasi untuk membidani kelahiran MK Austria (tahun 1919-1920), Kelsen memang telah membayangkan dan mendesain adanya mekanisme pengujian konstitusional (*constitutional review*) yang dilaksanakan melalui *concrete review (constitutional question)*, disamping melalui *abstract review*. Hal ini dapat dilihat dari pendapatnya yang diabadikan dalam bukunya yang fenomenal "*General Theory of Law and State*" bahwa:

*"The power to examine the laws as to their constitutionality and to invalidate unconstitutional laws may be conferred, as a more or less exclusive function, on a special constitutional court, while the other court have only the right to make aplications to the constitutional court for examination and annulment of laws which they have to apply, but which they consider to be unconstitutional."*<sup>17</sup>

<sup>15</sup> *Ibid.*, h. 136-146.

<sup>16</sup> Martin Borowski, *Op. Cit.*, h. 155-156.

<sup>17</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russel & Russel, 1961, h. 268.

Artinya:

*“Kekuasaan untuk menguji konstiusionalitas suatu undang-undang dan membatalkannya apabila undang-undang tersebut bertentangan dengan konstitusi dapat diberikan kepada mahkamah konstitusi sebagai fungsi yang eksklusif yang hanya dimiliki organ tersebut, sementara pengadilan biasa (pengadilan di luar MK) hanya memiliki kewenangan untuk mengajukan permohonan pengujian dan pembatalan kepada MK atas suatu undang-undang yang akan mereka terapkan namun mereka merasa bahwa undang-undang tersebut inkonstitusional.”*

Jadi berdasarkan pengalaman dan sejarahnya di Austria, *concrete review* atau *constitutional question* ini memang sudah melekat sejak awal sebagai kewenangan MK Austria dalam ranah pengujian konstiusional. Pengujian konstiusional menurut model Austria ini memang umumnya dikonstruksikan ke dalam dua mekanisme/varian pengujian, yakni *abstract review* dan *concrete review*. Sebagaimana dikatakan oleh Victor Ferreres Comella bahwa *“there are basically two avenues of constitutional review of legislation: abstract review and concrete review (constitutional questions).”*<sup>18</sup> Artinya, “Pada dasarnya terdapat dua mekanisme pengujian undang-undang: pengujian norma abstrak dan pengujian norma konkret (*constitutional question*).”

Bahkan dalam kasus Jerman dan Austria (dan juga mayoritas negara-negara eropa lainnya), mekanisme *concrete review* atau *constitutional question* inilah yang justru lebih penting dan mendominasi praktek pengujian konstiusional disana.

Untuk kasus Jerman, hal ini dikemukakan misalnya oleh Martin Borowski yang menyebut bahwa *“... and that concrete review, as an important variant of the German Normenkontrolle (..... dan pengujian norma konkret atau constitutional question adalah bentuk pengujian konstiusional yang penting di Jerman).”*<sup>19</sup>

Sementara untuk Austria, sama halnya dengan yang terjadi di Jerman, Gabriele Kucsko-Stadlmayer menyebutkan bahwa *“However, abstract review is a very small part of the Court’s docket (3%). Concrete review has much more practical importance”* (Bagaimana pun, pengujian norma abstrak hanya lah

<sup>18</sup> Victor Ferreres Comella, *The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?* “*International Journal of Constitutional Law*”, Vol. 2, No. 3, 2004, h. 464.

<sup>19</sup> Martin Borowski, *Op. Cit.*, h. 155.



sebagian kecil saja dari total perkara yang masuk dan ditangani oleh MK Austria. Pengujian norma konkret-lah yang justru lebih penting dan lebih sering dipraktikkan).<sup>20</sup>

Berdasarkan penjelasan di atas maka jelaslah bahwa mekanisme *constitutional question* memiliki landasan teoritis (sekaligus empiris) yang tidak terbantahkan sebagai bagian dari sistem pengujian konstitusional. Ia merupakan satu dari dua mekanisme *constitutional review* dimana *constitutional review* itu sendiri di dalam prakteknya dilaksanakan melalui dua varian pengujian: *abstract review* dan *concrete review (constitutional question)*.<sup>21</sup>

Dengan demikian, ide pelembagaan *constitutional question* di Indonesia dengan cara menempatkannya sebagai bagian dari kewenangan MK dalam menguji undang-undang terhadap UUD, memiliki landasan teoretis yang sangat kuat dan *legitimate*. Sebab *constitutional question* itu sendiri memang merupakan bagian dari pengujian konstitusional yang dalam konteks Indonesia disebut dengan “pengujian undang-undang terhadap UUD” yang secara konstitusional kewenangannya sudah dimiliki oleh MK dibawah naungan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945.

## 2. Doktrin Perlindungan Maksimal terhadap Hak Konstitusional Warga Negara melalui Mahkamah Konstitusi

Selain gelar “*the guardian of the constitution*” yang biasa dinisbatkan kepada Mahkamah Konstitusi, ada satu lagi gelar/prinsip yang tak kalah pentingnya yang juga biasa disematkan kepada MK, yani “*the guardian of citizen's constitutional rights*” atau pengawal hak-hak konstitusional warga negara.<sup>22</sup>

Pandangan-pandangan yang sejalan dengan prinsip di atas salah satunya dikemukakan oleh Herbert Hesmauninger. Menurutnya, dalam sistem pengujian konstitusional (*constitutional review*) yang diemban oleh MK, tercakup dua tujuan pokok yang terkandung di dalamnya:

1. Menjamin berfungsinya sistem demokrasi dalam hubungan perimbangan peran antara cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudisial; dan

<sup>20</sup> Gabriele Kucsko-Stadlmayer, “Constitutional Review in Austria: Traditions and New Developments,” Paper presented at *International Conference Dedicated to the 20th Anniversary of the Constitutional Court of Romania*, Bucharest, June 21-22, 2012, h. 1-2.

<sup>21</sup> Hamid Chalid, dalam Nur Hidayat Sardini dan Gunawan Suswantoro ..... *Op. Cit.*, h. 380.

<sup>22</sup> Janedri M. Gaffar, *Peran Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Hak Asasi Manusia*, “*Jurnal Konstitusi*”, Vol. 10, No. 1, 2013, h. 13.

2. Melindungi setiap individu warga negara dari kemungkinan penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga negara yang merugikan hak-hak fundamental warga negara yang dijamin dalam konstitusi.<sup>23</sup>

Dari dua tujuan pengujian konstitusional yang dikemukakan Herbert Hesmauninger diatas, tujuan yang kedua itulah yang tergolong sebagai tujuan perlindungan terhadap hak-hak konstitusional warga negara.

Tujuan pembentukan MK menurut latar belakang historisnya memang tidak bisa dipisahkan dari tujuan untuk meningkatkan perlindungan terhadap hak konstitusional warga negara.<sup>24</sup> Sebagaimana dikatakan oleh Donald L. Horowitz "*Constitutional courts can contribute to making a new regime not merely a democracy but a state governed by law and respectful of its citizens.*"<sup>25</sup> (Mahkamah Konstitusi dapat berkontribusi untuk menciptakan sebuah rezim baru, tidak hanya demokrasi semata tetapi juga pemerintahan yang berdasarkan atas hukum yang menghormati [hak-hak konstitusional] warganya).

Jadi jelas lah bahwa salah satu tujuan dan fungsi dari dibentuknya Mahkamah Konstitusi ialah untuk memastikan agar hak-hak konstitusional warga negara yang telah dijamin oleh konstitusi tidak dilanggar. Dalam hal ini Mahkamah Konstitusi tidak saja berfungsi sebagai "*the guradian of the constitution*" tetapi lebih jauh, ia juga berfungsi sebagai "*the guardian of the citizen's constitutional rights.*"

Salah satu dimensi dari perlindungan konstitusional itu ialah perlindungan bagi warga negara dari kesewenang-wenangan penerapan hukum yang dilakukan oleh pengadilan. Yang dimaksud dengan kewenang-wenangan penerapan hukum disini adalah penerapan hukum (undang-undang) yang bertentangan dengan UUD.

Salah satu lembaga hukum yang dapat diandalkan dalam hal ini, yakni yang dapat melindungi warga negara dari ancaman penerapan undang-undang yang bertentangan dengan UUD, adalah lembaga *constituonal question* atau *concrete review* yang kewenangannya dimiliki oleh MK.

<sup>23</sup> Herbert Hesmauninger, *Loc Cit.*

<sup>24</sup> Hak Konstitusional adalah hak yang tercantum dan dijamin oleh konstitusi. Itulah sebabnya hak yang demikian disebut sebagai hak konstitusional, karena memang hak tersebut bersumber atau diberikan langsung oleh konstitusi. Lihat definisi mengenai hak konstitusi ini antara lain dalam I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint); Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 111.

<sup>25</sup> Donald L. Horowitz, *Constitutional Courts: Opportunities and Pitfalls*, Makalah tersedia dan dapat diunduh pada laman: <<http://www.constitution-net.org/files/E24ConstitutionalCourtsOppsPitfallsHorowitz.pdf>>, diakses tanggal 29 Februari 2017.

Sebaliknya, ketiadaan mekanisme ini dapat menyebabkan kosongnya ruang perlindungan bagi warga negara yang sedang terlibat dalam proses litigasi di pengadilan. Sebab tidak ada mekanisme yang dapat ditempuh oleh warga negara untuk menghindarkan diri dari ancaman penerapan undang-undang yang diduga bertentangan dengan UUD.

Berdasarkan doktrin ini jelas lah bahwa lembaga *constitutional question* merupakan salah satu lembaga yang dapat diadopsi dalam rangka memaksimalkan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara, khususnya hak untuk tidak dihukum berdasarkan undang-undang yang masih diragukan konstitusionalitasnya.<sup>26</sup>

## B. *Constitutional Question* di Beberapa Negara

Dua negara terpilih yang akan dibahas disini adalah Austria dan Jerman. Austria dipilih karena latar belakang historisnya sebagai negara yang paling pertama membentuk Mahkamah Konstitusi<sup>27</sup> dimana *constitutional question* atau *concrete review* telah dipraktekan oleh MK Austria sejak awal pembentukannya sebagai satu dari dua mekanisme pengujian konstitusional yang berlaku disana (disamping *abstract review* atau biasa juga disebut "*constitutional challenge*"). Sementara Jerman dipilih atas dasar reputasi dan keberhasilan Mahkamah Konstitusinya yang mendunia yang kemudian menjadikannya sebagai pusat percontohan bagi Mahkamah Konstitusi lain di seluruh dunia.<sup>28</sup>

### 1. *Constitutional Question* di Austria

Austria dikenal luas sebagai negara yang pertama memelopori pembentukan Mahkamah Konstitusi yang fungsi utamanya ialah menjaga tegaknya supremasi konstitusi.<sup>29</sup> Gambaran mengenai supremasi konstitusi ini dilukiskan secara singkat oleh seorang *jurist* kenamaan asal Perancis Abbe de Sieyes dengan kata-kata "*A constitution is a body of obligatory laws, or it is nothing.*"<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Lihat Jazim Hamidi dan Mustafa Lutfi, *Constitutional Question: Antara Realitas Politik dan Implementasi Hukumnya*, "Jurnal Konstitusi", Vol. 7, No. 1, 2010, h. 44.

<sup>27</sup> Berdasarkan catatan sejarahnya, Mahkamah Austria dibentuk pada Oktober 1920, bersamaan dengan diterimanya Konstitusi Austria Baru 1920 pasca runtuhnya Kekaisaran Austro-Hungarian selepas Perang Dunia I. Pendirian Mahkamah Konstitusi Austria itu sendiri dipelopori oleh *jurist* kenamaan berkebangsaan Austria, yakni Hans Kelsen. Dia lah orang yang pertama mengembangkan sekaligus mewujudkan ide pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai organ kekuasaan kehakiman yang memiliki wewenang khusus di bidang perkara-perkara konstitusional yang terpisah/berdiri sendiri dari Mahkamah Agung. Ada banyak sumber referensi yang membahas masalah ini, lihat salah satunya dalam Herbert Hemauniger, *The Austrian Legal System*, Loc. Cit.; Lihat juga Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Op. Cit., h. 21-29.

<sup>28</sup> Erhard Blankenburg dalam I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional*, Op. Cit., h. 399.

<sup>29</sup> *Ibid.*, h. 189.

<sup>30</sup> Abbe de Sieyes dalam Alec Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, (New York: Oxford University Press, 1992), hal. 35.

Awalnya, gagasan untuk mengadopsi pengujian konstitusional atau *judicial review* di Austria ini dilontarkan oleh Georg Jellinek (akhir abad ke 19). Pada saat itu ia mempunyai ide untuk mengadopsi *constitutional review* di Austria melalui Mahkamah Agung, seperti halnya di Amerika Serikat.<sup>31</sup> Namun ide dan gagasannya itu tidak sempat terwujud, karena Hans Kelsen, seorang yang ditugasi untuk merancang Konstitusi Austria pada 1919 lebih suka melembagakan ide *constitutional review* itu dengan cara membentuk organ khusus yang disebut Mahkamah Konstitusi yang berdiri sendiri dan terpisah dari Mahkamah Agung.<sup>32</sup>

Rancangan konstitusi yang mulai disusun tahun 1919 itu sendiri kemudian berhasil dirampungkan dan disahkan pada tanggal 1 Oktober 1920 dengan nama resmi *Bundesverfassungsgesetz* (Konstitusi Federal Austria).<sup>33</sup>

Berdasarkan Konstitusi 1920 itulah lahir sebuah lembaga baru dengan fungsi yang juga baru dalam sistem ketatanegaraan Austria, yaitu Mahkamah Konstitusi Austria (*Bundesverfassungsgerichtshof*). Mahkamah ini memiliki wewenang eksklusif untuk melakukan pengujian konstitusional.<sup>34</sup> Sejak saat itulah sejarah baru dalam bidang ketatanegaraan tercipta, yaitu pembentukan sebuah organ kehakiman yang bernama Mahkamah Konstitusi yang berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung dengan fungsi utamanya melakukan pengujian konstitusional.

Dalam sejarah pembentukan Mahkamah Konstitusi di dunia, MK Austria (*Bundesverfassungsgerichtshof*) inilah yang dinisbatkan sebagai yang pertama di dunia yang kemudian menjadi *role model* bagi banyak negara lainnya.<sup>35</sup>

Berdasarkan Konstitusi Austria yang salah satu materinya mengatur tentang MK Austria, dapat diketahui bahwa MK Austria memiliki cukup banyak kewenangan yang jika dirangkum adalah sebagai berikut.<sup>36</sup>

#### 1. Pengujian Konstitusional:

baik melalui mekanisme pengujian norma abstrak (*abstract review*) maupun melalui mekanisme pengujian norma konkret (*concrete review*) atau yang populer disebut *constitutional question*.

<sup>31</sup> Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional* I..., Op. Cit., h. 24.

<sup>32</sup> Lihat Mauro Cappelletti, Op. Cit., h. 163-164.

<sup>33</sup> Lihat Herbert Hemauniger, Loc. Cit.

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

<sup>35</sup> Lihat selengkapnya dalam Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Edisi Kedua, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), h. 3.

<sup>36</sup> Lihat Chapter VI tentang "Constitutional and Administrative Guarantees" Khususnya pada Bagian D tentang "Constitutional Court," dari Pasal 137 sampai dengan Pasal 148 Konstitusi Austria.

2. Memutus sengketa hasil Pemilu Parlemen dan Presiden;
3. Memutus sengketa kompetensi antara Peradilan Umum dan Peradilan Administrasi serta sluruh jenis peradilan lainnya;
4. Memutus perkara impeachment terhadap pejabat tinggi negara; dan
5. *Constitutional complaint (individual complaint)* sejak 1975.<sup>37</sup>

Berdasarkan rumusan diatas dapat diketahui bahwa salah satu kewenangan MK Austria adalah melakukan pengujian konstitusional. Pengujian konstitusional itu sendiri mencakup pengujian norma abstrak atau disebut juga *abstract norm review*<sup>38</sup> dan pengujian norma konkret atau yang dikenal dengan istilah *constitutional question*.<sup>39</sup>

Pengujian norma abstrak di Austria hanya ditujukan terhadap suatu RUU yang sudah diterima/disetujui oleh Parlemen namun belum resmi diundangkan menjadi undang-undang. Itulah sebabnya pengujian jenis ini disebut juga dengan istilah *a priori review* atau *preventive review*, maksudnya adalah pengujian yang dilakukan terhadap suatu RUU yang belum resmi menjadi undang-undang (belum berlaku). *Legal standing* atau pihak yang dapat mengajukan pengujian jenis ini terbatas hanya pada organ pemerintahan federal dan pemerintahan negara bagian saja.<sup>40</sup>

Sementara itu, disamping pengujian norma asbtrak dikenal pula adanya mekanisme pengujian norma konkret (*constitutional question*). Terhadap suatu undang-undang yang sudah resmi berlaku (bukan lagi berupa RUU) maka pengujian terhadapnya hanya dapat dilakukan dalam konteks pengujian norma konkret. Artinya, pengujian terhadap suatu UU di MK Austria hanya dimungkinkan apabila terkait dengan suatu kasus konkret yang dihadapi oleh pemohon pengujian di pengadilan biasa.<sup>41</sup>

Permohonan *constitutional question* di Austria dapat diajukan baik atas inisiatif para pihak yang sedang menghadapi kasus konkret di pengadilan maupun atas inisiatif hakim manakala hakim meragukan konstitusionalitas dari suatu norma hukum yang menjadi dasar dalam perkara yang sedang ia tangani.

<sup>37</sup> Lihat Pasal 144 Konstitusi Austria.

<sup>38</sup> *Ibid.*, Pasal 138 (2).

<sup>39</sup> *Ibid.*, Pasal 139.

<sup>40</sup> *Ibid.*, Pasal 138 (2).

<sup>41</sup> *Ibid.*, Pasal 139.

Dalam hal terdapat “pertanyaan konstitusional” yang perlu diserahkan penyelesaiannya kepada MK, hakim dari pengadilan biasa itu dapat mengajukan penyerahan/pelimpahan perkara konstitusionalitas yang dimaksud kepada MK. Proses itu biasa disebut dengan istilah *judicial referral of constitutional question*.<sup>42</sup> Selama proses pengujian di MK sedang berlangsung maka pemeriksaan terhadap kasus konkretnya harus dihentikan sementara (ditunda) sampai adanya putusan MK.<sup>43</sup>

Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan oleh Herbebrt Hesmauninger, disebutkan bahwa terdapat hampir seratus (100) perkara *constitutional question* yang diterima oleh MK Austria setiap tahunnya. Akan tetapi penelitian itu juga menunjukkan bahwa perkara-perkara *constitutional question* yang berasal dari pengadilan biasa itu mayoritasnya tidak dikabulkan oleh MK Austria.<sup>44</sup>

Dibukanya mekanisme *constitutional question* melalui MK Austria telah membawa pengaruh yang besar dalam kehidupan ketatanegaraan Austria. Mekanisme *constitutional question* sebagai pelengkap dari mekanisme pengujian norma abstrak telah menjadikan sistem pengujian konstitusional di Austria sebagai salah satu yang terbaik di dunia. Mekanisme *constitutional question* telah menyediakan sarana perlindungan yang maksimal bagi warga negara dari kemungkinan penerapan hukum yang bertentangan dengan konstitusi.

## 2. *Constitutional Question* di Jerman

Untuk melengkapi penelitian ini maka pada bagian ini akan diuraikan secara ringkas mengenai potret pengaturan dan pelaksanaan *constitutional question* di salah satu negara yang telah menerapkannya, yaitu Jerman. Pemaparan ini diharapkan dapat memberikan gambaran umum tentang bagaimana pengaturan dan pelaksanaan *constitutional question* di negara-negara yang telah menerapkannya.

Dalam pergaulan dan pembicaraan tentang Mahkamah Konstitusi di dunia, MK Jerman menempati kedudukan yang sangat terhormat dan istimewa diantara yang lainnya. Hal ini disebabkan antara lain karena luasnya kewenangan konstitusional yang dimiliki oleh MK Jerman sebagai organ yang

<sup>42</sup> Herbert Hausmaninger, “Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia”, *Tulane European and Civil Law Forum*, Vo. 12, No. 2, 1997, h. 25.

<sup>43</sup> Lihat Pasal 139 Konstitusi Austria.

<sup>44</sup> See Herbert Hesmauninger, *Austrian Legal System*, Op. Cit., h. 157.

diberi mandat untuk menjaga dan memastikan ketataan terhadap Konstitusi Jerman (*grundgesetz*).<sup>45</sup> Disamping itu, pada kenyataannya MK Jerman juga mampu melaksanakan tugas dan peranannya dengan baik sehingga semakin mengukuhkan kedudukan sebagai organ federal yang sangat dihormati dan disegani, tidak hanya di Jerman melainkan juga di dunia internasional.<sup>46</sup>

Berdasarkan hal itu maka signifikansi kehadiran MK Jerman dalam menjamin tegaknya negara hukum konstitusional di Jerman tidak terbantahkan lagi. Atas prestasinya itu, banyak pujian yang secara terang-terangan dialamatkan kepada MK Jerman, diantaranya ialah pujian dan pengakuan yang datang dari Rupert Scholz.<sup>47</sup> Ia mengatakan bahwa MK Jerman memiliki kedudukan dan peran yang sangat signifikan dalam memajukan demokrasi konstitusional di Jerman sehingga tidaklah mengherankan jika MK Jerman mendapat kepercayaan dan penerimaan yang luar biasa.<sup>48</sup>

Berdasarkan kewenangan yang diberikan oleh UUD Federal Jerman dan UU tentang MK Jerman, MK Jerman memiliki kewenangan yang sangat luas, meliputi semua persoalan konstitusional yang ada di Republik Federal Jerman.<sup>49</sup> Bahkan dengan kewenangannya yang luas itu, MK Jerman bisa disebut sebagai “Peradilan Puncak” terhadap semua persoalan hukum yang memiliki dimensi konstitusional di dalamnya. Mahkamah Konstitusi Jerman melalui kewenangan eksklusifnya untuk menegakan konstitusi, menjadi semacam pengadilan banding atau peninjau atas putusan pengadilan lain yang diduga telah dibuat diatas pelanggaran terhadap Konstitusi Jerman.<sup>50</sup>

Jika diringkaskan, berikut adalah kewenangan MK Jerman menurut UUD Federal Jerman:<sup>51</sup>

1. Menyelesaikan sengketa kewenangan lembaga negara antara pemerintah federal dengan pemerintah negara bagian atau antara organ tinggi pemerintahan federal;
2. Pengujian peraturan perundang-undangan (*judicial review*); pengujian ini terdiri atas dua model pengujian, yakni:

<sup>45</sup> Erhard Denninger, “Judicial Review Revisited: the German Experience”, *59 Tulane Law Review* 1013”, 1985, h. 1031.

<sup>46</sup> Lihat I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional .....*, *Op. Cit.*, h. 232.

<sup>47</sup> Rupert Scholz adalah seorang Profesor Hukum kenamaan asal Jerman.

<sup>48</sup> Rupert Scholz, “Mahkamah Konstitusi Federal: Pelindung Konstitusi atau Pengganti Pembuat Undang-Undang?” dalam Friedrich-Naumann-Stiftung Indonesia, *Mahkamah Konstitusi Republik Federal Jerman*, Jakarta, 2007, h. 4.

<sup>49</sup> Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham and London: Duke University Press, 1989, h. 14-15.

<sup>50</sup> Lihat David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago: The University of Chicago Press, 1994, h. 27.

<sup>51</sup> Lihat Pasal 93 *Basic Law* 1949 (UUD Federal Jerman).

- a. Pengujian norma hukum abstrak (*abstract norm review*)
- b. Pengujian norma hukum konkret atau (*concrete norm review/ constitutional question*)
3. Memutus Permohonan Pengaduan Konstitusional (*constitutional complaint*); dan
4. Menyelesaikan perselisihan hasil Pemilu (Pasal 41 *Basic Law 1949*).<sup>52</sup>

Dari rumusan kewenangan yang diberikan oleh UUD Jerman diatas, dapat diketahui bahwa salah satu kewenangan MK Jerman ialah melakukan pengujian konstitusional terhadap norma konkret atau yang biasa disebut dengan istilah *constitutional question*.<sup>53</sup>

Pengujian Konstitusional di Jerman dapat dilakukan melalui dua cara/ mekanisme, yaitu pengujian terhadap norma abstrak sebagaimana menjadi ciri khas dari kewenangan pengujian konstitusional yang dimiliki oleh MK di seluruh dunia dan pengujian terhadap norma konkret (*constitutional question*).<sup>54</sup>

Pengujian norma konkret di Jerman pada dasarnya merupakan suatu mekanisme penyerahan dari peradilan umum manakala hakim peradilan umum ragu akan konstitusionalitas suatu undang-undang yang menjadi dasar hukum dari perkara yang sedang ditanganinya.<sup>55</sup> Jadi dalam konteks uji konkret di Jerman boleh dikatakan bahwa peradilan umum-lah yang menjadi *trigger mechanism*-nya.

Mula-mula hakim peradilan umum menyidangkan suatu perkara. Apabila kemudian timbul keraguan akan konstitusionalitas peraturan yang menjadi dasar hukum dari perkara tersebut, maka disaat itulah hakim atas inisiatifnya sendiri atau atas permintaan para pihak, dapat mengajukan pertanyaan konstitusional kepada MK.<sup>56</sup>

Baik secara teoritis maupun empiris disebutkan bahwa *constitutional question* timbul dari proses litigasi di peradilan biasa, yaitu ketika hakim (*ordinary judges*) merasa bimbang atas penerapan suatu undang-undang yang

<sup>52</sup> Selain kewenangan yang disebut dan diatur dalam *Basic Law 1949* (UUD Federal Jerman), MK Jerman juga masih memiliki sejumlah kewenangan lain yang diberikan/diatur dalam *Bundesverfassungsgerichtsgesets* atau Undang-Undang Mahkamah Konstitusi Federal Jerman.

<sup>53</sup> Lihat Pasal 100 *Basic Law 1949* (UUD Federal Jerman).

<sup>54</sup> Martin Borowski, *Op. Cit.*, . 155-156

<sup>55</sup> David M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics: Struggles for Power and Governmental Accountability*, New York: W.W Norton 7 Company, 2000, h. 163

<sup>56</sup> Lihat Pasal 80 Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi Federal Jerman *juncto* Pasal 100 (1) *Basic Law 1949* (Konstitusi Federal Jerman).



diduga inkonstitusional.<sup>57</sup> Permohonan *constitutional question* dari peradilan biasa kepada Mahkamah Konstitusi dilakukan melalui sistem penyerahan (*referral of the constitutional question*).<sup>58</sup>

Melalui mekanisme pengujian ganda yang berlaku di Jerman, yaitu *abstract review* dan *concrete review (constitutional question)*, pembentukan norma hukum disana dilakukan dengan sangat hati-hati dan cermat. Sebab ada ancaman pembatalan oleh Mahkamah Konstitusi bagi norma hukum yang bertentangan dengan Konstitusi. Mengenai hal ini, Erhard Blankenburg mengatakan bahwa kini Jerman telah menunjukkan dirinya sebagai negara demokrasi yang stabil dengan pola negara hukumnya yang mapan.<sup>59</sup> Kedua mekanisme pengujian tersebut pada akhirnya memang benar-benar dapat menghadirkan kemantapan sistem hukum dan keadilan konstitusional di Jerman.<sup>60</sup>

Oleh sebab itu tidak mengherankan dan tidak pula berlebihan jika Stefan Langer mengatakan bahwa sistem perlindungan hak-hak asasi manusia di Jerman melalui MK Jerman hampir dapat dikatakan sempurna.<sup>61</sup> Lebih lanjut, David P. Currie bahkan berkesimpulan bahwa dalam hal upaya menjamin ketaatan yang senyatanya kepada konstitusi dan dalam hal memajukan negara hukum (*rule of law*), Republik Federal Jerman telah melampaui Amerika Serikat.<sup>62</sup>

### C. Kondisi Objektif Sistem Pengujian Konstitusional di Indonesia

Sejak disahkannya Perubahan Ketiga UUD 1945 pada tahun 2001 silam, bangsa Indonesia telah resmi memilih Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang dipercaya untuk mengemban fungsi pengujian konstitusional. Itu artinya kewenangan pengujian konstitusional (*constitutional review*) di Indonesia dimiliki dan dilaksanakan oleh Mahkamah Konstitusi. Sementara yang dimaksud dengan pengujian konstitusional dalam konteks Indonesia ialah “pengujian undang-undang terhadap UUD.” Istilah itu disebut secara eksplisit di dalam Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> Jimly Asshiddiqie dan Ahmad Syahrizal, *Op. Cit.*, h. 61.

<sup>58</sup> Martin Borowski, *Loc Cit.*

<sup>59</sup> Erhard Blankenburg dalam I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional ....*, *Op. Cit.*, h. 399.

<sup>60</sup> Arief Ainul Yaqin, *Pengujian Konstitusional (Constitutional Review) di Jerman*, <<http://equityjusticia.blogspot.com/2015/02/pengujian-konstitusional-di-jerman.html>>, diakses tanggal 17 Februari 2017.

<sup>61</sup> Stefan Langer, “*The Protection of Fundamental Rights by the Federal Constitutional Court, in particular by way of Constitutional Complaint*”, Report from Conference on International Experience and Perspectives of Human Rights Protection Before the Constitutional Court, Yerevan, 4-5 October 2002, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg, 18 December 2002, h. 3.

<sup>62</sup> David P. Currie, *Op. Cit.*, h. 173.

<sup>63</sup> Lihat Hamid Chalid, *Op. Cit.*, h. 359.

Sebagaimana yang dapat dibaca dalam pasal tersebut, rumusan kewenangan pengujian konstitusional yang dimiliki oleh MK itu ternyata dirumuskan dalam rumusan yang sangat singkat dan sepintas lalu saja. Berikut bunyi rumusan yang dimaksud:

*“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar ....”*

Di luar rumusan yang sangat singkat itu, tidak ada petunjuk lain yang diberikan oleh UUD 1945 mengenai detail kewenangan pengujian konstitusional atau tentang bagaimana tata cara pelaksanaannya. Sebaliknya, Pasal 24C ayat (6) hanya menyebutkan bahwa pengaturan lebih lanjut mengenai hukum acara dan lain-lain hal menyangkut Mahkamah Konstitusi akan diatur dengan undang-undang.<sup>64</sup>

Atas dasar kewenangan delegasi (*delegatie van bevoegdheid*) yang diberikan oleh Pasal 24 C ayat (6) UUD itulah kemudian pembentuk UU (DPR bersama Presiden) membentuk UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011). Undang-undang itulah yang mengatur hal-hal lebih lanjut tentang Mahkamah Konstitusi RI beserta hukum acaranya, termasuk mengenai hukum acara pengujian UU terhadap UUD.<sup>65</sup>

Berdasarkan UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011, ditentukan bahwa ruang lingkup pengujian konstitusional di MK RI hanya mencakup pengujian abstrak (*abstract review*) saja.<sup>66</sup> Dikategorikan sebagai pengujian abstrak karena pada prinsipnya yang diuji adalah norma undang-undang yang bersifat abstrak, bukan norma undang-undang yang sedang atau akan diterapkan dalam kasus konkret di pengadilan.

Seandainya pun pada suatu ketika MK RI menerima permohonan pengujian undang-undang dalam kaitannya dengan suatu kasus konkret di pengadilan, menurut Hamid Chalid hal itu tetap jatuh pada ranah pengujian abstrak, karena secara formal prosedural MK RI tidak dilengkapi dengan kewenangan menguji suatu undang-undang dalam suatu kasus konkret yang sedang di tangani pengadilan atau yang biasa disebut *constitutional question*.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Bunyi Pasal 24C ayat (6) UUD 1945 itu adalah: “Pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang.”

<sup>65</sup> Hamid Chalid, *Op. Cit.*, h. 361.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.* h. 362.

Dalam pengertian *constitutional question* atau pengujian norma konkret yang berlaku di negara-negara lain, pengujian itu bermula dari adanya kasus konkret di pengadilan. Manakala di dalam proses litigasi tersebut hakim atau para pihak menemukan *prejudice* atau anggapan bahwa suatu undang-undang yang menjadi dasar hukum dari perkara tersebut inkonstitusional, maka hakim diberikan hak untuk menyerahkan persoalan konstitusionalitas (pertanyaan konstitusional) tersebut kepada MK. Dalam literatur, mekanisme penyerahan “pertanyaan konstitusional” dari pengadilan biasa kepada MK itu disebut dengan istilah *judicial referral of constitutional question*.

Dengan adanya pelimpahan pertanyaan konstitusional tersebut maka pemeriksaan atas kasus konkretnya di pengadilan harus dihentikan sementara sampai adanya putusan MK yang akan menentukan konstitusionalitas dari undang-undang yang sedang diuji oleh MK; apakah konstitusional sehingga bisa diterapkan oleh pengadilan, atau inkonstitusional sehingga tidak bisa diterapkan oleh pengadilan.

Demikian itulah kira-kira gambaran umum mengenai mekanisme *concrete review* atau *constitutional question* yang berlaku di negara-negara lain yang telah menerapkannya.<sup>68</sup>

Mekanisme yang diuraikan diatas jelas tidak ditemukan dalam sistem pengujian konstitusional di Indonesia. Pengujian suatu undang-undang yang berawal atau bersangkutan paut dengan kasus konkret di pengadilan tidak serta merta dapat diajukan oleh hakim pengadilan melalui sistem pelimpahan (*referral*) kepada MK. Sebab yang dapat mengajukan pengujian undang-undang menurut Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi adalah mereka yang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang.

Dengan konstruksi yang demikian tentu saja subjek yang dapat memenuhi syarat *legal standing* itu adalah para pihak yang terlibat dalam suatu perkara di Pengadilan yang merasa terancam hak-haknya oleh suatu undang-undang yang akan diterapkan oleh hakim. Jadi bukan hakim yang memiliki *legal standing* untuk itu melainkan para pihak. Sebab hakim pengadilan tidak berada pada posisi yang terancam hak-hak konstitusionalnya oleh penerapan suatu undang-undang.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Arief Ainul Yaqin, *Gagasan Pelembagaan Constitutional Question di Indonesia melalui Mahkamah Konstitusi RI*, <<http://equityjusticia.blogspot.co.id/2015/05/gagasan-pelembagaan-constitutional.html>>, diakses tanggal 10 November 2017.

<sup>69</sup> I Dewa Gede Palguna, “Constitutional Question: ..... *Op. Cit.*, h. 14.

Demikian juga seandainya ada permohonan pengujian undang-undang yang bersangkutan paut dengan suatu kasus konkret yang sedang berjalan di pengadilan maka permohonan tersebut tidak serta merta mengakibatkan pemeriksaan terhadap kasus konkretnya ditunda sampai adanya putusan MK sebagaimana yang berlaku di negara-negara yang telah mengadopsi lembaga *constitutional question*.<sup>70</sup>

Atas alasan-alasan itulah maka pengujian undang-undang di Indonesia, sekali pun pada kenyataannya mungkin saja ia berawal atau bersangkutan paut dengan kasus konkret, tetap tidak bisa dikategorikan sebagai *concrete review* atau *constitutional question*.

Artinya, berdasarkan UU No. 24 Tahun 2003 *juncto* UU No. 8 Tahun 2011 tentang MK, sistem pengujian konstiusional di Indonesia hingga hari ini belum menerapkan mekanisme pengujian norma konkret atau *constitutional question*.<sup>71</sup> Padahal lembaga *constitutional question* ini dalam perkembangan ketatengaraan global, telah diterima dan diadopsi secara luas sebagai salah satu/bagian dari kewenangan MK dalam ranah pengujian konstiusional. Hal ini ditegaskan salah satunya oleh Victor Ferreres Comela dengan menyatakan bahwa:

*"There are basically two avenues by which the court can be reached in order to trigger constitutional review of legislation: 'constitutional challenges' (abstract review) and 'constitutional questions' (concrete review)."*<sup>72</sup>

Artinya: "Pada dasarnya terdapat dua mekanisme pengujian undang-undang: pengujian norma abstrak dan pengujian norma konkret (*constitutional question*)."

#### **D. Urgensi dan Upaya untuk Melembagakan *Constitutional Question* di Indonesia**

Berkaca dari pengalaman negara-negara lain yang telah menerapkan mekanisme *constitutional question* seperti yang dicontohkan melalui kasus Jerman diatas, penulis menilai setidaknya-tidaknya ada tiga manfaat yang bisa dipetik jika seandainya mekanisme *constitutional question* ini diadopsi oleh MK RI. Ketiga manfaat atau keuntungan itu adalah:

*Pertama*, mekanisme *constitutional question* atau pengujian norma konkret ini dapat melengkapi sistem pengujian konstiusional di Indonesia. Dengan diadopsinya mekanisme *constitutional question* ini maka ruang pengujian

<sup>70</sup> Arief Ainul Yaqin, *Loc. Cit.*

<sup>71</sup> Moh. Mahfud M.D et.al., *Constitutional Question: Alternatif Baru Pencarian Keadilan Konstitusional*, Malang: Universitas Brawijaya Press, 2010, h. 73.

<sup>72</sup> Victor Ferreres Comella, *Loc. Cit.*

konstitusional di Indonesia akan semakin luas dan lengkap, yakni tidak terbatas pada *abstract review* saja, melainkan juga meliputi *concrete review*.<sup>73</sup> Karena bukan tidak mungkin persoalan konstitusionalitas dari suatu norma hukum itu justru muncul dari proses litigasi di pengadilan.<sup>74</sup> Kemungkinan-kemungkinan itu tentu saja harus bisa diantisipasi dan ditanggulangi, caranya yaitu dengan membuka ruang pengujian konstitusional dari jalur *constitutional question* (pertanyaan konstitusional dari hakim pengadilan).

*Kedua*, *constitutional question* atau pengujian norma konkret dapat memberikan perlindungan yang maksimal terhadap hak-hak konstitusional warga negara. Melalui pelembagaan mekanisme *constitutional question* ini warga negara dapat dilindungi dari kemungkinan penerapan hukum yang inkonstitusional oleh pengadilan sehubungan dengan kasus hukum yang menjeratnya. Bilamana hakim ragu akan konstitusionalitas sebuah undang-undang yang akan ia terapkan dalam suatu kasus konkret, maka hakim dapat menyalurkan keraguannya itu kepada Mahkamah Konstitusi (*judicial referral of constitutional question*).<sup>75</sup> Selanjutnya Mahkamah Konstitusi akan memberikan putusan terkait konstitusionalitas undang-undang yang dimaksud. Selama proses pengujian itu berlangsung, pengadilan yang bersangkutan wajib menunda persidangan atas kasus yang dimaksud sampai adanya putusan MK. Dengan mekanisme ini maka diharapkan tidak ada lagi kerugian hak konstitusional warga negara akibat penerapan hukum yang bertentangan dengan UUD.<sup>76</sup>

*Ketiga*, hakim tidak dipaksa untuk menerapkan undang-undang terhadap suatu perkara yang menurut keyakinannya undang-undang itu bertentangan dengan Konstitusi.<sup>77</sup> Akan tetapi pada saat yang bersamaan hakim juga tidak boleh mengabaikan atau mengesampingkan undang-undang itu begitu saja. Manakala hakim dihadapkan pada dilema yang seperti itu maka hakim dapat mengambil inisiatif untuk mengajukan pertanyaan konstitusional kepada MK. Dengan demikian, disatu sisi hakim tidak dipaksa untuk menerapkan undang-undang yang menurutnya bertentangan dengan konstitusi, akan tetapi disisi yang lain hakim juga tidak semene-mena mengabaikan undang-undang yang akan ia

<sup>73</sup> Pendapat yang sama dari para ahli di tanah air mengenai hal ini dikemukakan juga antara lain oleh Muchamad Ali Syafa'at dan I Dewa Gede Palguna. Lihat Muchamad Ali Syafa'at, *Op. Cit.*, h. 1; Lihat juga I Dewa Gede Palguna, *Op. Cit.*, h. 16.

<sup>74</sup> Muchamad Ali Syafa'at, *Ibid.*, h. 5.

<sup>75</sup> See Herbert Hausmaninger, *Judicial Referral of Constitutional Questions*, *Op. Cit.*, h. 25.

<sup>76</sup> Tom Ginsburg, *Comparative Constitutional Review*, <[http://comparativeconstitutionsproject.org/files/constitutional\\_review.pdf](http://comparativeconstitutionsproject.org/files/constitutional_review.pdf)>, diakses tanggal 15 Februari 2017.

<sup>77</sup> I Dewa Gede Palguna, *Loc. Cit.*

terapkan, melainkan harus menyerahkan persoalan konstitusionalitas itu kepada Mahkamah Konstitusi dengan jalan mengajukan pertanyaan konstitusional.

Demikian itulah gambaran tentang manfaat atau keuntungan yang bisa diperoleh apabila mekanisme *constitutional question* ini betul-betul diadopsi dalam sistem pengujian konstitusional di Indonesia. Sebaliknya, adalah suatu kerugian, menurut hemat penulis, apabila mekanisme ini tidak segera diadopsi dalam sistem pengujian konstitusional kita yang hingga saat ini masih timpang, yakni masih terbatas pada pengujian norma abstrak saja (*abstract review*).

Akan tetapi sangat disayangkan bahwa kewenangan pengujian konstitusional yang dimiliki MK RI hingga saat ini baru mencakup *abstract review* saja dan belum mengakomodasi *concrete review/constitutional question*.<sup>78</sup> Padahal bukan tidak mungkin persoalan konstitusionalitas dari sebuah undang-undang itu justru muncul dari kasus konkret (proses litigasi) di pengadilan. Kelemahan atau inkonstitusionalitas dari sebuah undang-undang justru seringkali baru disadari pada saat undang-undang itu sedang “dihidupkan” atau diterapkan oleh hakim dalam kasus konkret. Pada saat itulah orang biasanya mulai sadar akan kelemahan dan inkonstitusionalitas dari sebuah undang-undang.<sup>79</sup>

Adanya kebutuhan untuk mengadopsi mekanisme *constitutional question* ini dapat dilihat misalnya dari adanya beberapa permohonan pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi yang secara substansial sebetulnya dapat dikategorikan sebagai permohonan *constitutional question*, karena permohonan tersebut berpangkal atau bersangkutan paut dengan kasus konkret di pengadilan yang semestinya bisa diwadahi dan diselesaikan melalui mekanisme *constitutional question*.<sup>80</sup>

Beberapa permohonan pengujian undang-undang (PUU) yang tercatat memiliki sangkut paut atau berasal dari kasus konkret di pengadilan yang sebetulnya bisa diwadahi melalui mekanisme *constitutional question* itu diantaranya adalah:

1. Perkara PUU No. 013/PUU-I/2003; diajukan oleh Pemohon yang merupakan terdakwa kasus Bom Bali Tahun 2002.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Sebagaimana telah dipaparkan dan disimpulkan pada bagian sebelumnya tentang Kondisi Objektif Sistem Pengujian Konstitusional di Indonesia, belum terlembagakannya *constitutional question* di MK RI ini bukan disebabkan oleh karena hambatan konstitusional, dalam arti tidak dimungkinkan oleh UUD, melainkan hanya persoalan di aras legislasi dimana pembentuk undang-undang memang tidak mengatur adanya prosedur pengujian undang-undang melalui mekanisme *concrete review/constitutional question* di dalam Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 *juncto* Undang-Undang No. 8 Tahun 2011 tentang Mahkamah Konstitusi.

<sup>79</sup> Sehubungan dengan hal ini Ali Safa'at mengatakan bahwa hakim pengadilan adalah profesi yang mempunyai kapasitas lebih untuk mengetahui adanya kemungkinan pertentangan norma. Lihat Muchamad Ali Safa'at, *Op. Cit.*, h. 1.

<sup>80</sup> Hami Chalid, *Op. Cit.*, h. 377.

<sup>81</sup> Lihat selengkapnya dalam Putusan MK RI No. 013/PUU-I/2003.

2. Perkara PUU No. 003/PUU-IV/2006; diajukan oleh Pemohon Dawud Sudjatmiko untuk menguji Pasal 2 ayat (1) dan Penjelasannya, Pasal 3 dan Penjelasannya, serta Pasal 15 UU No. 31 Tahun 1999 *juncto* UU No. 20 Tahun 2011 tentang Tindak Pidana Korupsi. Dalam perkara ini Pemohon berstatus sebagai Terdakwa dalam kasus dugaan Korupsi.<sup>82</sup>
3. Perkara PUU No. 013-022/PUU-IV/2006; diajukan oleh Pemohon Eggi Sudjana dan Pandapotan Lubis untuk menguji Pasal 134 dan Pasal 136 bis KUHP mengenai Penghinaan dengan Sengaja terhadap Kepala Negara, dimana Pemohon menjadi Terdakwa dalam kasus tersebut.<sup>83</sup>
4. Perkara PUU No. I/PUU-IX/2011; diajukan oleh Pemohon Alias Wello untuk menguji Pasal 310 KUHP tentang Penghinaan/Pencemaran Nama Baik, dimana Pemohon berstatus sebagai Terdakwa dan sedang mengajukan upaya hukum kasasi atas kasus yang menimpanya tersebut.<sup>84</sup>
5. Perkara PUU No. 77/PUU-XII/2014; diajukan oleh Pemohon Akil Mochtar untuk menguji sejumlah Pasal dari Undang-Undang Tindak Pidana Pencucian Uang (UU No. 8 Tahun 2010), dimana yang bersangkutan menjadi Terdakwa dalam kasus Korupsi dan Pencucian Uang.<sup>85</sup>
6. Perkara PUU No. 6/PUU-V/2007; diajukan oleh Pemohon Panji Utomo untuk menguji Pasal 107, Pasal 154, Pasal 155, Pasal 160, Pasal 161, Pasal 207 dan Pasal 208 KUHP mengenai hasutan permusuhan, kebencian atau penghinaan di muka umum terhadap Pemerintah. Dalam hal ini Pemohon telah disangka, didakwa, diadili, dan divonis bersalah berdasarkan pasal-pasal diatas (Pasal 154, Pasal 155, dan Pasal 160 KUHP).<sup>86</sup>
7. Perkara PUU No. 33/PUU-IV/2016, diajukan oleh Pemohon Anna Boentaran yang merupakan Isteri dari Terpidana Kasus Korupsi Joko Tcandra.<sup>87</sup>

Adanya fakta-fakta empiris diatas jelas menunjukkan bahwa ide untuk mengadopsi lembaga *constitutional question* di Indonesia (melalui MK RI) bukan lah suatu ide yang mengada-ada, melainkan suatu ide sangat sangat relevan dan urgen untuk segera diwujudkan.

Sementara itu, peluang dan upaya yang diperlukan guna mewujudkan gagasan ini terbilang cukup terbuka dan prospektif untuk diwujudkan. Sebab

<sup>82</sup> Lihat Selengkapnya dalam Putusan MK RI No. 003/PUU-IV/2006.

<sup>83</sup> Lihat selengkapnya dalam Putusan MK RI No. 013-022/PUU-IV/2006.

<sup>84</sup> Lihat Selengkapnya dalam Putusan MK RI No. I/PUU-IX/2011.

<sup>85</sup> Lihat Selengkapnya dalam Putusan MK RI No. 77/PUU-XII/2014

<sup>86</sup> Lihat selengkapnya dalam Putusan MK RI No. 6/PUU-V/2007.

<sup>87</sup> Lihat selengkapnya dalam Putusan MK RI No. 33/PUU-IV/2016.

sebagaimana telah disinggung sebelumnya, *constitutional question* itu sejatinya adalah bagian dari kewenangan pengujian konstitusional<sup>88</sup> yang mana kewenangan itu sesungguhnya telah dimiliki oleh MK berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 (wewenang menguji UU terhadap UUD).

Itu artinya, mekanisme *constitutional question* ini sebetulnya telah memiliki landasan konstitusional dalam UUD 1945. Sehingga untuk menghidupkan/melembagakannya, tidak perlu dilakukan dengan cara mengubah UUD terlebih dahulu, misalnya melalui perubahan Pasal 24C ayat (1) UUD dengan memasukkan *constitutional question* ini sebagai kewenangan baru bagi MK RI.

Dengan demikian, jika seandainya MK diberikan wewenang untuk mengadili perkara *constitutional question*, maka hal itu bukanlah merupakan penambahan atau penciptaan kewenangan baru bagi MK, melainkan hanya sebatas perluasan kewenangan yang sudah dimilikinya berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD, yakni kewenangan menguji undang-undang terhadap UUD. Yang dimaksud dengan perluasan kewenangan disini adalah memperluas wewenang pengujian undang-undang yang selama ini telah dimiliki oleh MK RI, dari yang semula hanya menjangkau *abstract review* saja, kemudian diperluas sehingga menjangkau juga *concrete review* atau *constitutional question*.

Oleh karena itu untuk melembagakan *constitutional question* di Indonesia cukup dilakukan dengan cara mengubah undang-undang tentang Mahkamah Konstitusi, yakni dengan mengatur dan memasukkan mekanisme *constitutional question* ini ke dalam undang-undang yang dimaksud. Materi perubahannya itu sendiri paling kurang harus mencakup ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

- a. Dibukanya peluang pengujian undang-undang yang berasal dari proses litigasi di pengadilan yang permohonannya diajukan oleh hakim manakala ia merasa ragu akan konstitusionalitas undang-undang yang akan ia terapkan dalam kasus konkret yang sedang ditanganinya (*judicial referral of constitutional question*);
- b. Penghentian sementara persidangan atas kasus konkret yang dasar hukumnya sedang diuji oleh MK hingga adanya putusan MK. Sehingga pengadilan tidak bisa serta merta menjatuhkan putusan terhadap suatu perkara yang dasar hukumnya masih dipersoalkan dan masih diuji oleh MK.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Mengenai *constitutional question* atau pengujian norma konkret yang sesungguhnya merupakan bagian dari pengujian konstitusional ini, Victor Ferreres Comella mengungkapkannya melalui kata-kata sebagai berikut "There are basically two avenues of constitutional review of legislation: abstract review and concrete review (constitutional questions)." Lihat Victor Ferreres Comella, *Loc. Cit.*

<sup>89</sup> Contoh mengenai ketentuan ini dapat dilihat antara lain dalam Pasal 100 Konstitusi Federal Jerman dan Pasal 80 Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi Federal Jerman.



- c. Keharusan bagi pengadilan yang telah mengajukan *constitutional question* itu khususnya, dan semua orang pada umumnya, untuk mematuhi putusan MK atas perkara *constitutional question* yang dimaksud. Apabila undang-undang yang diuji oleh MK itu dinyatakan inkonstitusional, maka undang-undang yang dimaksud menjadi batal dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sehingga tidak bisa lagi digunakan oleh hakim. Sedangkan apabila dinyatakan konstitusional oleh MK maka hakim dapat melanjutkan penerapan undang-undang yang dimaksud.<sup>90</sup>

## KESIMPULAN

Ide untuk mengadopsi mekanisme *constitutional question* di Indonesia, baik secara teoretis maupun empiris, nampaknya telah menjadi suatu kebutuhan yang nyata dan tidak bisa lagi ditunda-tunda. Demikian juga peluang dan prospek penerapannya, sangat terbuka untuk segera diwujudkan. Sebab untuk mewujudkan ide ini, tidak perlu dilakukan dengan cara mengubah UUD, karena *constitutional question* bisa dikonstruksikan sebagai bagian dari kewenangan MK dalam menguji UU terhadap UUD yang telah memiliki landasan konstitusional dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. Dengan demikian, ide dan upaya untuk melembagakan mekanisme *constitutional question* ini sangat urgen, relevan, dan prospektif untuk segera diwujudkan.

## DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly dan Ahmad Syahrizal, 2012, *Peradilan Konstitusi di 10 Negara*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Asshiddiqie, Jimly dan Mustafa Fakhri, 2003, *Mahkamah Konstitusi: Kompilasi Ketentuan UUD, Undang-Undang, dan Peraturan tentang Mahkamah Konstitusi di 78 Negara*, Jakarta: PSHTN FH UI.
- Asshiddiqie, Jimly, 2010, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Edisi Kedua, Cet. Ke 1, Jakarta: Sinar Grafika.
- Borowski, Martin, 2003, "The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court," *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2, h.155-186.
- Cappelletti, Mauro, 1989, *The Judicial Process in Comperative Perspective*, Oxford: Clarendon Press.

<sup>90</sup> *Ibid.*

- Chalid, Hamid, 2016, "Urgensi dan Upaya untuk Implementasi Mekanisme Constitutional Question melalui Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia" *60 Tahun Jimly Asshiddiqie Menurut Para Sahabat*. Ed. Nur Hidayat Sardini dan Gunawan Suswantoro, Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia.
- Chemersinsky, Erwin, 1997, *Constitutional Law: Principles and Policies*, New York: Aspen Law & Bussiness.
- Comella, Victor Ferreres, 2004, "The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?," *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 3, h. 461-491.
- Constitutional Court of Republic of Kosovo, 2017, <http://www.gjk-ks.org/?cid=2,32>, diakses 10 Februari.
- Constitutional Court of Republic of Tajikistan, 2017, <http://www.constcourt.tj/eng/>, diakses 15 Februari.
- Currie, David P, 1994, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Denninger, Erhard, 1985, "Judicial Review Revisited: the German Experience," *59 Tulane Law Review* 1013, h. 1010-1033.
- Gaffar, Janedri M., 2013, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Hak Asasi Manusia," *Jurnal Konstitusi*, Vol. 10, No. 1, h. 1-32.
- Ginsburg, Tom, 2017, "Comparative Constitutional Review," [http://comparativeconstitutionsproject.org/files/constitutional\\_review.pdf](http://comparativeconstitutionsproject.org/files/constitutional_review.pdf), diakses 15 Februari.
- Hamidi, Jazim dan Mustafa Lutfi, 2010 "Constitutional Question: Antara Realitas Politik dan Implementasi Hukumnya," *Jurnal Konstitusi*, Vol. 7, No. 1, h. 29-48.
- Hausmaninger, Herbert, 1997, "Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia," *Tulane European and Civil Law Forum* 12, h. 25-37.
- Hesmauninger, Herbert, 2003, *The Australian Legal System*. Wien: Manzsche Verlagsund Universitatbuchhandlung.
- Horowitz, Donald L., 2017, "Constitutional Courts: Opportunities and Pitfalls," Makalah tersedia dan dapat diunduh pada laman: <http://www.constitutionnet.org/files/E24ConstitutionalCourtsOppsPitfallsHorowitz.pdf>, diakses tanggal 29 Februari.

- Kelsen, Hans, 1961, *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell.
- Kommers, Donald P., 1989, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham and London: Duke University Press.
- Kucsko, Gabriele and Stadlmayer, 2012, "Constitutional Review in Austria: Traditions and New Developments." Paper presented at *International Conference Dedicated to the 20th Anniversary of the Constitutional Court of Romania*, Bucharest, June 21-22.
- Langer, Stefan, 2002, "The Protection of Fundamental Rights by the Federal Constitutional Court, in particular by way of Constitutional Complaint." Report from Conference on International Experience and Perspectives of Human Rights Protection Before the Constitutional Court, Yerevan, 4-5 October 2002, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg, 18 December.
- Levy, Leonard W., 2005, *Judicial Review: Sejarah Kelahiran, Wewenang, dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*, Diterjemahkan oleh Eni Purwaningsih' Bandung: Nusamedia.
- Mahfud M.D dkk., 2010, *Constitutional Question: Alternatif Baru Pencarian Keadilan Konstitusional*, Malang: Universitas Brawijaya Press.
- O'Brien, David M, 2000, *Constitutional Law and Politics: Struggles for Power and Governmental Accountability*. New York: W.W Norton Company.
- Palguna, I Dewa Gede, 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint); Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Palguna, I Dewa, 2009, "Constitutional Question: Latar Belakang dan Praktik di Negara Lain Serta Kemungkinan Penerapannya di Indonesia." Makalah disampaikan dalam Seminar Nasional "*Mekanisme Constitutional Question Sebagai Sarana Menjamin Supremasi Konstitusi*" yang diselenggarakan oleh Pusat Pengkajian Konstitusi (PPK) Fakultas Hukum Universitas Brawijaya bekerjasama dengan Setjen dan Kepaniteraan MK RI, Malang, 21 November.
- Rehnquist, William H., 1989, *The Supreme Court: How It Was, How It Is*, New York: William Morrow.
- Safa'at, Ali, 2009, "Menggagas Constitutional Question di Indonesia" *Majalah Konstitusi*, Desember.

- Scholz, Rupert, 2007, "Mahkamah Konstitusi Federal: Pelindung Konstitusi atau Pengganti Pembuat Undang-Undang?" dalam Friedrich-Naumann-Stiftung Indonesia, *Mahkamah Konstitusi Republik Federal Jerman*, Jakarta.
- Siahaan, Maruarar, 2011, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Edisi Kedua, Jakarta: Sinar Grafika.
- Sweet, Alec Stone, 2007, "The Politics of Constitutional Review in France and Europe," *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, No. 1, h. 69-92.
- Sweet, Alec Stone, 1992, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. New York: Oxford University Press.
- Yaqin, Arief Ainul, 2017, "Gagasan Pelembagaan Constitutional Question di Indonesia melalui Mahkamah Konstitusi RI," <http://equityjusticia.blogspot.co.id/2015/05/gagasan-pelembagaan-constitutional.html>, diakses 10 November.
- Yaqin, Arief Ainul, 2017, "Pengujian Konstitusional (Constitutional Review) di Jerman," <http://equityjusticia.blogspot.com/2015/02/pengujian-konstitusional-di-jerman.html>, diakses 17 Februari.