

# Uji Konstitusionalitas Peraturan Perundang-Undangan Negara Kita: Masalah dan Tantangan

Maruarar Siahaan

## PENDAHULUAN

Perubahan Ketiga UUD 1945 menghasilkan pergeseran ke arah susunan kekuasaan yang bersifat horizontal fungsional, dimana kedudukan lembaga-lembaga negara menjadi setara. Masing-masing lembaga negara sebagai penyelenggara kekuasaan negara melakukan pengawasan secara fungsional terhadap lembaga negara lainnya. Perubahan yang dilakukan bertujuan untuk menyempurnakan aturan dasar penyelenggaraan negara secara demokratis dan modern, antara lain melalui pemisahan dan/atau pembagian kekuasaan yang lebih tegas, sistem *checks and balances* yang lebih ketat dan transparan, serta pembentukan lembaga-lembaga negara yang baru untuk mengakomodasi perkembangan kebutuhan bangsa dan tantangan zaman.<sup>1</sup> Kedaulatan rakyat yang sebelumnya dilaksanakan sepenuhnya oleh MPR sebagai perwujudan seluruh rakyat maka setelah Perubahan Ketiga UUD 1945, dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar.<sup>2</sup> Hal itu berarti MPR tidak lagi menjadi lembaga negara tertinggi yang dalam kedudukannya sebagai penjelmaan seluruh rakyat, bertugas memberi mandat kepada penyelenggara negara lainnya, yang wajib memberikan

<sup>1</sup> Sekretariat Jenderal MPR R.I., *Panduan Dalam Memasyarakatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Latar Belakang, Proses dan Hasil Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945* (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR R.I. 2003) hal. 16.

<sup>2</sup> Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 hasil perubahan.

pertanggungjawaban pelaksanaan mandat yang diberikan. Dengan demikian, MPR hanya menjadi salah satu lembaga negara di antara lembaga negara lainnya yang memiliki kedudukan setara, namun dengan tugas, kewenangan, dan fungsi yang berbeda. Pernyataan bahwa Indonesia ialah negara yang berdasarkan hukum (*rechtsstaat*) dan tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*machtsstaat*), sebagaimana termuat dalam Penjelasan UUD 1945 sebelum perubahan, telah dimuat menjadi materi norma dalam batang tubuh Undang-Undang Dasar 1945 hasil perubahan.<sup>3</sup> Dengan demikian terjadi pergeseran dari sistem supremasi parlemen (MPR merupakan lembaga tertinggi negara) menjadi sistem supremasi konstitusi dimana konstitusi ditempatkan sebagai hukum yang tertinggi. Konstitusi menjadi sumber legitimasi dari peraturan perundang-undangan yang dibentuk dan berlaku. Pernyataan bahwa kedaulatan di tangan rakyat yang dilaksanakan berdasarkan Undang-Undang Dasar serta pernyataan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum, dapat dilihat sebagai pendirian yang tegas bahwa prinsip penyelenggaraan negara secara demokratis didasarkan pada konstitusi (*constitutional democracy*). Demikian pula negara hukum yang dianut adalah bersifat demokratis (*demokratische rechtstaat*), yang diartikan bahwa proses pembentukan hukum berlangsung dengan partisipasi warga negara.

Ada tiga ciri utama yang menandai prinsip supremasi konstitusi, yaitu: (i) pembedaan antara norma hukum konstitusi dan norma hukum lainnya; (ii) keterikatan penguasa terhadap Undang-Undang Dasar; dan (iii) adanya satu lembaga yang memiliki kewenangan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang dan tindakan hukum Pemerintah.<sup>4</sup> Meskipun ciri tersebut merupakan ciri lahir dalam sistem negara lain, tetapi hal itu telah merupakan ciri yang diterima dan diakui secara universal. Diadopsinya prinsip supremasi konstitusi dalam perubahan UUD 1945 sudah barang

---

<sup>3</sup> Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 hasil perubahan. Di tengah proses pembahasan perubahan UUD 1945, Panitia *Ad Hoc* I menyusun kesepakatan dasar berkaitan dengan perubahan yang akan dilakukan, yang mencakup lima hal, antara lain tidak akan dilakukan perubahan atas Pembukaan UUD 1945 dan meniadakan penjelasan UUD 1945 tersebut, tetapi memasukkan hal-hal normatif dalam Penjelasan menjadi bagian dari batang tubuh dalam pasal-pasal. (Sekretariat Jenderal MPR R.I., *op.cit.*, hal. 25.).

<sup>4</sup> Jutta Limbach, *The Concept of the Supremacy of the Constitution*, dalam "The Modern Law Review", Vol. 64, No. 1, Januari 2001, hal. 3.

tentu menimbulkan banyak permasalahan yang tidak dapat dilihat secara sederhana. Masalah utama yang dihadapi adalah bagaimana menjamin bahwa prinsip tersebut dipatuhi sehingga terdapat konsistensi dan harmonisasi dalam pembuatan peraturan perundang-undangan dan penyusunan kebijakan negara dengan menempatkan UUD 1945 sebagai hukum tertinggi. Hal tersebut meliputi bentuk kelembagaan yang ditugasi untuk menegakkan prinsip supremasi konstitusi tersebut serta bagaimana mekanisme pelaksanaannya.

Sebagai jawaban atas permasalahan tersebut, dalam Perubahan Ketiga UUD 1945 telah diatur keberadaan sebuah Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai bagian dari cabang kekuasaan kehakiman yang salah satu kewenangannya adalah melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945. Namun berbeda dengan sistem yang dikenal di Amerika Serikat, kewenangan khusus untuk mengawal konstitusi disusun sebagai bagian dari kewenangan *Supreme Court* (Mahkamah Agung-pen). Sedangkan Indonesia membentuk lembaga yang berdiri sendiri, terpisah dari Mahkamah Agung.

Pembentukan MK sebagai *special tribunal* yang terpisah dari Mahkamah Agung, Indonesia mengikuti model yang dibangun oleh Hans Kelsen ketika diminta menyusun sebuah konstitusi bagi Republik Austria pada awal abad ke-20.<sup>5</sup> Konsep tersebut menyebar secara cepat di dunia dan Indonesia turut mengadopsi MK model Kelsen tersebut pada saat berlangsungnya transisi pemerintahan dari otoriter menuju demokrasi.

Kewenangan yang khusus diberikan oleh UUD 1945 melalui perubahan ketiga yang terjadi pada tahun 2001, telah menciptakan pembagian kekuasaan atau pemisahan kekuasaan yang memungkinkan adanya proses saling mengawasi dan saling mengimbangi di antara cabang-cabang kekuasaan negara yang ada atau yang lazim disebut dengan mekanisme *checks and balances*. Hal itu tampak terutama dari salah satu kewenangan yang dilimpahkan kepada MK untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Pengujian ini baik secara formal (*formele toetsing*), yaitu menguji keabsahan kelembagaan, bentuk, dan tatacara atau

<sup>5</sup> Herman Schwartz, *The Struggle For Constitutional Justice in Post Communist Europe*, 2002, hal 13.

prosedur pembentukan undang-undang maupun secara materil (*materiele toetsing*), yaitu menguji konsistensi dan kesesuaian substansi materi undang-undang, baik pasal, ayat atau bagian undang-undang dengan prinsip dan jiwa UUD 1945.<sup>6</sup> Kewenangan tersebut hanya salah satu dari empat kewenangan lainnya yang diberikan UUD 1945 kepada MK. Satu contoh kewenangan lain sebagai bagian mekanisme *checks and balances* adalah peran MK dalam proses pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden yang diatur dalam UUD 1945 perubahan. Mekanisme pemberhentian tersebut melibatkan lembaga-lembaga negara pemegang kekuasaan negara secara bersama yaitu Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), MK dan MPR, sebagai sebuah upaya untuk mengimplementasikan kesejajaran kedudukan lembaga negara pemegang kekuasaan negara tersebut yang bersifat saling mengawasi.<sup>7</sup> Keterlibatan beberapa lembaga negara dalam mekanisme pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden adalah untuk melakukan pengujian secara konstitusional juridis terhadap kesahihan dalil-dalil dugaan yang disimpulkan DPR secara politik yang merupakan hasil investigasi dari fungsi pengawasan yang dimilikinya. Dengan cara saling mengawasi tersebut, diharapkan terdapat kesejajaran atau keseimbangan (*balances*) dalam kedudukan antara Presiden dengan DPR. Pada satu sisi, Presiden tidak dapat membekukan dan/atau membubarkan DPR<sup>8</sup> sedangkan di sisi lain DPR tidak dapat membekukan dan/atau memberhentikan Presiden dan/

<sup>6</sup> Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 berbunyi: "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum".

<sup>7</sup> Mekanisme pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden secara umum diatur dalam Pasal 7A dan 7B UUD 1945. Sedangkan pengaturan mekanisme/prosedur beracara harus diatur dalam peraturan internal masing-masing lembaga terkait. Misalnya prosedur di DPR harus sesuai dengan Peraturan Tata Tertib DPR yang berlaku. Demikian pula prosedur beracara tentang pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden harus sesuai dengan Peraturan Mahkamah Konstitusi yang telah ditetapkan. (Pada 31 Desember 2009 MK telah menetapkan Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 21 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Memutus Pendapat Dewan Perwakilan Rakyat Mengenai Dugaan Pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden).

<sup>8</sup> Pasal 7C UUD 1945 menyatakan "Presiden tidak dapat membekukan dan/atau membubarkan DPR".

atau Wakil Presiden kecuali dengan mekanisme yang telah diatur dalam konstitusi.

Salah satu kewenangan yang dimiliki MK yakni pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, secara umum/lazim disebut *judicial review*. Pengertian *judicial review* dalam praktik sistem *common law* maupun dalam praktik peradilan umum di Indonesia, mencakup juga pemeriksaan tingkat banding, kasasi, dan Peninjauan Kembali (PK).<sup>9</sup> Oleh karenanya, untuk memahami secara lebih khusus wewenang dan proses pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar sering disebut sebagai *constitutional review*. Proses dan kewenangan tersebut selalu diawali dengan sebuah permohonan dan akan berakhir dalam suatu putusan. Putusan MK dalam proses pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, adalah merupakan sebuah pendapat tertulis Hakim Konstitusi, yang mengakhiri dan menyelesaikan perselisihan yang diajukan tentang penafsiran konstitusi.

## MAHKAMAH KONSTITUSI DAN JUDICIAL REVIEW

Fungsi *review* sesungguhnya telah pula menjadi kajian di Indonesia. Namun perdebatan pandangan para pakar hukum akhirnya dapat diakhiri setelah terjadinya perubahan UUD 1945. Para pelaku perubahan UUD 1945, dan para pakar hukum serta semangat reformasi paska turunnya Suharto, menyadari pentingnya pembatasan terhadap kewenangan absolut lembaga legislatif dalam pembentukan perundang-undangan. Meskipun demikian, tidaklah berarti bahwa setelah terbentuknya lembaga peradilan yang berwenang melakukan *review* produk legislasi, perdebatan mengenai sah atau tidaknya fungsi *review* telah berhenti sebagaimana telah dikemukakan di atas.

<sup>9</sup> Pasal 23 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa "Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, pihak-pihak yang bersangkutan dapat mengajukan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung, apabila terdapat hal atau keadaan tertentu yang ditentukan dalam undang-undang". Sedangkan dalam Pasal 263 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana dinyatakan bahwa "Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, kecuali putusan bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum, terpidana atau ahli warisnya dapat mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung".

Fungsi *judicial review* ini juga semestinya dilihat dari pandangan teori jenjang norma hukum dari Hans Nawiasky<sup>10</sup> yang menyatakan bahwa '*Staatsfundamentalnorm*' (norma dasar negara) sebagai norma tertinggi yang harus menjadi acuan bagi norma-norma hukum yang berada di bawahnya. Permasalahan yang timbul adalah apabila norma atau undang-undang di bawah norma dasar bertentangan dengan *staatsfundamentalnorm* tersebut<sup>11</sup>, sehingga harus dibentuk sebuah mekanisme tersendiri agar penyimpangan yang terjadi dapat diluruskan. Hukum yang merupakan suatu sistem aturan, secara berjenjang dari yang terendah sampai kepada yang tertinggi, harus tertata dalam sebuah sistem. Hukum yang bertujuan untuk menyelenggarakan dan menegakkan ketertiban berkeadilan di masyarakat, mustahil dapat diwujudkan jikalau kaidah-kaidah hukum positif yang menguasai masyarakat saling bertentangan, saling meniadakan pengaruh daya kerja dari masing-masing kaidah hukum itu.

Fungsi dari *judicial review* adalah untuk mengoreksi produk hukum di bawah *staatsfundamentalnorm*, produk perundang-undangan di bawah undang-undang dasar. Untuk mempertahankan objektivitas, benar bahwa tugas untuk *re-review* peraturan perundang-undangan terhadap Undang-Undang Dasar, sebaiknya memang diserahkan kepada lembaga di luar lembaga pembentuknya (legislatif dan eksekutif). Pengujian internal (*legislative review* atau *executive review*) dipandang cenderung bersifat subjektif. Pengaturan fungsi pengujian atau *review* tersebut dalam UUD 1945 diatur terhadap dua lembaga kekuasaan kehakiman yang berbeda. Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji terhadap UUD 1945, dan Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap

---

<sup>10</sup> Hans Nawiasky adalah murid Hans Kelsen yang mengemukakan teori jenjang norma (*Stufentheorie*). Terdapat perbedaan teori di antara guru dan murid ini. Nawiasky mengemukakan teori jenjang norma, khusus berkaitan dengan negara sedangkan Kelsen lebih umum, berlaku untuk semua jenjang norma. Nawiasky menyebut norma negara tertinggi sebaiknya tidak disebut *staatsgrundnorm*, melainkan *staatsfundamentalnorm*. Penggunaan *grundnorm* tersebut menimbulkan pengertian bahwa norma tersebut tidak dapat dirubah, sedangkan penggunaan istilah *staatsfundamentalnorm* memberikan pemahaman bahwa norma tertinggi tersebut sewaktu-waktu dapat dirubah.

<sup>11</sup> Bandingkan dengan Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar Pembentukannya* (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 1998) hal. 28.

Undang-Undang.<sup>12</sup> Pembagian kewenangan pengujian seperti yang ditentukan dalam UUD 1945 dalam praktek menimbulkan kesulitan dalam upaya menjaga keutuhan sistim hukum yang berlaku, karena secara teoritik maupun empirik, ada kemungkinan peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang, tidak bertentangan dengan undang-undang yang menjadi sumber validitasnya, tetapi jikalau dilihat dan diuji kepada konstitusi peraturan tersebut tidak sesuai atau inkonsisten dan bahkan bertentangan.

## UNDANG-UNDANG DALAM SISTEM HUKUM INDONESIA

Kewenangan pengujian yang dimiliki MK, baik dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 maupun Pasal 10 ayat (1) UU MK, hanya menyebut bahwa *“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar...”*. Apa yang dimaksud dengan undang-undang, harus dilihat baik dalam UUD 1945, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, praktik yang berlangsung maupun literatur. Kata *“undang-undang”* dalam Pasal 24C UUD 1945 tersebut ditulis dengan huruf kecil, sehingga dimaknai sebagai kata yang bersifat umum, dan belum merupakan nama diri atau kata yang bersifat khusus, sehingga dalam konteks ini kata *“undang-undang”* dimaknai *“undang-undang dalam arti formil”* dan *“undang-undang dalam arti materiil”*. Dalam praktiknya juga, semua jenis undang-undang atau peraturan yang dimuat dalam naskah tertulis yang merupakan hasil persetujuan DPR dengan Presiden dan diundangkan sebagai satu produk yang disebut undang-undang merupakan objek pengujian yang menjadi kewenangan MK, sesuai dengan norma konstitusi tersebut diatas.

Terdapat perbedaan undang-undang dilihat dari bentuk maupun isinya. Perbedaan jenis undang-undang tersebut sama sekali tidak disinggung baik dalam UUD 1945 maupun dalam UU MK. Hal tersebut diartikan bahwa segala jenis undang-undang (tanpa melihat substansinya), tunduk dan merupakan objek pengujian yang dapat diajukan ke MK.

<sup>12</sup> Pasal 24A ayat (1) dan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945.

Pasal 20 ayat (1) sampai dengan ayat (4) UUD 1945 menyatakan bahwa DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang, yang setiap rancangannya dibahas oleh DPR dan Presiden, untuk mendapat persetujuan bersama. Setelah rancangan undang-undang tersebut disetujui bersama, maka Presiden mengesahkan rancangan undang-undang tersebut menjadi undang-undang.<sup>13</sup> Presiden dapat pula mengajukan rancangan undang-undang kepada DPR, untuk kemudian juga mendapat persetujuan bersama. Dari uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa undang-undang merupakan peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum,<sup>14</sup> dalam bentuk satu naskah yang merupakan hasil persetujuan bersama antara DPR dengan Presiden.<sup>15</sup>

Penekanan dalam memahami undang-undang dalam kaitannya dengan wewenang pengujian undang-undang di MK, hanya digantungkan pada bentuk produknya sebagai hasil persetujuan bersama antara DPR dengan Presiden. Meskipun ada perbedaan undang-undang dilihat dari materi atau substansi yang diatur di dalamnya, perbedaan demikian tidak mengurangi atau mempengaruhi kewenangan MK dalam pengujian yang dilakukan, sepanjang wadah materi pengaturan tersebut merupakan undang-undang. Namun perbedaan demikian mempunyai pengaruh yang cukup berarti berkaitan dengan implikasi dan akibat hukum serta bagaimana tindak lanjut atau implementasinya. Sesuai dengan pembagian atau pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) dan bentuk negara demokrasi, maka rakyat yang menurut UUD 1945

---

<sup>13</sup> Maria Farida mengatakan bahwa meskipun perubahan UUD 1945 dikatakan memberi kewenangan legislasi kepada DPR, akan tetapi jika dibaca secara menyeluruh perubahan yang dilakukan secara normatif lebih menguatkan posisi Presiden dalam pembentukan undang-undang. Dalam studi yang dilakukan Blair Andrew King tentang kekuasaan Presiden Indonesia setelah 4 kali perubahan UUD 1945, dengan menggunakan skala Shugart-Carey ternyata kekuasaan legislatif Presiden justru tambah kuat dibanding sebelum perubahan. (*Empowering The Presidency: Interest and Perceptions in Indonesia's Constitutional Reform*, Dissertation, The Ohio State University, 2004, hal. 64). Baca juga Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi Dalam Sistem Pemerintahan Indonesia Setelah Perubahan Undang-Undang Dasar 1945*, Disertasi, Yogyakarta 2009.

<sup>14</sup> Pasal 1 angka (2) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

<sup>15</sup> Pasal 1 angka (3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

memegang kedaulatan, tentu berhak menentukan arah kebijakan dan peraturan yang mengikat secara umum. Rakyat melalui wakil-wakilnya dalam lembaga legislatif akan menjalankan kewenangan legislasi demikian, sebagai kebijakan yang mengikat secara umum seluruh rakyat, yang boleh berisi kebolehan (*permittere*), larangan (*prohibere*), dan kewajiban atau suruhan (*obligatere*) yang harus dilakukan oleh seluruh warga.<sup>16</sup>

Perbedaan undang-undang dalam arti formil (*wet in formele zin*) dan dalam arti materiil (*wet in materiele zin*) didasarkan bukan hanya pada pembuatnya, melainkan dapat juga dilihat dari substansi atau materi muatan yang dikandung. Undang-undang dalam arti formil (*wet in formele zin*) oleh sebagian penulis dipandang lebih tepat disebut *formele wetten* atau *formell gezeetz*, di negeri Belanda dibuat oleh *Regering* bersama dengan *Staten General*.<sup>17</sup> Perbedaan ini dapat dipahami secara lebih jelas dengan menyimak bahwa satu undang-undang dapat dilihat dari segi isi, materi, dan substansinya. Itu yang disebut undang-undang dalam arti materiil (*wet in materiele zin*). Pemahaman berbeda juga ditemukan dalam melihat *wet in materiele zin*, bahwa tidak selalu bentuknya berupa undang-undang (yang dihasilkan DPR dan Presiden) melainkan substansinya merupakan peraturan yang mengikat secara umum.<sup>18</sup> Sebaliknya jika undang-undang tersebut dilihat dari segi bentuk dan proses pembentukannya, maka hal tersebut berarti melihat undang-undang dalam arti formil (*wet in formele zin*). Jimly Asshidiqie memperjelas perbedaan tersebut dengan memberi gambaran perbedaan antara bentuk dan isi peraturan dimaksud dalam beberapa kemungkinan, yaitu: (i) ada peraturan yang berbentuk undang-undang tetapi materi yang diaturnya seharusnya cukup dituangkan dalam bentuk peraturan pemerintah saja; (ii) ada peraturan yang berbentuk Peraturan Presiden, namun isinya seharusnya berbentuk undang-undang.<sup>19</sup>

Van Der Vlies mengadakan perbedaan jenis peraturan perundang-undangan dilihat dari subjek pengaturannya, yang dapat menyangkut hukum keluarga, hukum tata ruang, dan lain-lain. Dapat pula dibedakan dari fungsi undang-undang bagi pemerintah

<sup>16</sup> Jimly Asshidiqie, *Perihal Undang-Undang*, *op.cit.*, hal. 3.

<sup>17</sup> Maria Farida Indrati Suprpto, *op.cit.*, hal. 33.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Jimly Asshidiqie, *Perihal Undang-Undang*, *op.cit.*, hal. 35.

serta pembedaan dalam sifat dan teknik pembuatan undang-undang. Dalam pembedaan yang melihat dari sifat yang menyangkut isi, Van der Vlies membedakan antara undang-undang kodifikasi (undang-undang yang membakukan pendapat hukum yang berlaku) dengan undang-undang modifikasi (undang-undang yang bertujuan untuk mengubah pendapat hukum yang berlaku). Dari pembedaan ini, dikatakan bahwa peraturan perundang-undangan kodifikasi tersebut merupakan perundang-undangan yang tradisional, sedangkan undang-undang modifikasi lebih merupakan perundang-undangan yang mengatur substansi di bidang sosial ekonomi, pendidikan, lingkungan, dan kesejahteraan sosial.<sup>20</sup>

Pembedaan jenis undang-undang yang disinggung terdahulu, menunjukkan bahwa terdapat peraturan perundang-undangan yang dilihat dari bentuknya merupakan undang-undang (*wet in formele zin*), dan karena bentuknya yang demikian disebut sebagai *algemene verbindende voorschriften*. Namun dari segi substansi, sesungguhnya terdapat juga undang-undang yang lebih ditujukan kepada penyelenggara pemerintahan, karena lebih merupakan rencana, pengaturan, dan kebijakan makro dalam perekonomian.

Adanya perbedaan jenis undang-undang yang telah disinggung di atas, menunjukkan bahwa terdapat undang-undang yang hanya dalam arti formal (*wet in formele zijn*)<sup>21</sup>. Undang-undang seperti itu sesungguhnya tidak dimaksudkan untuk berlaku dan mengikat secara umum, melainkan lebih merupakan rencana, pengaturan,

---

<sup>20</sup> I.C. Van Der Vlies, *Handboek Wetgeving*, diterjemahkan oleh Linus Doludjawa, *Buku Pegangan Perancang Peraturan Perundang-Undangan* (Jakarta: Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-Undangan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia, 2005) hal. 8-13.

<sup>21</sup> Perbedaan undang-undang dalam arti formal (*wet in formele zin*) dan undang-undang dalam arti materil (*wet in materiele zin*) didasarkan bukan hanya pada siapa pembuatnya, melainkan dapat juga dari substansi yang dikandung. Undang-undang dalam arti formal (*wet in formele zin*) oleh sebagian penulis dipandang sesungguhnya lebih tepat disebut *formele wetten* atau *formell gezeetz*, yang di Belanda dibuat *Regering* bersama *Staten General* (Maria Farida Indrati Suprpto, *Ilmu Perundang-undangan*, Penerbit Kanisius 1998, hal. 33). Bandingkan juga dengan H.A.S. Natabaya, *Sistem Peraturan Perundang-Undangan Indonesia*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi R.I. 2006, hal. 11-14). Dalam Pasal 20 ayat (1) dan (2) UUD 1945 setelah perubahan pertama ditentukan bahwa DPR memegang kekuasaan membuat undang-undang, yang setiap rancangannya dibahas bersama Presiden untuk mendapat persetujuan bersama, sedangkan Pasal 5 ayat (1) UUD 1945 sebelum perubahan menyatakan Presiden memegang kekuasaan membentuk undang-undang dengan persetujuan DPR.

dan kebijakan makro dalam perekonomian seperti halnya UU APBN. Penulis menyebutnya sebagai undang-undang yang memuat kebijakan publik dan cenderung sebagai *policy legislation* yang memuat *policy-rules/beleidsregels*. Sementara itu, dalam literatur dan pandangan beberapa penulis, disebut peraturan perundang-undang dengan bentuk khusus yang dinamakan *policy rules* atau *beleidsregels*<sup>22</sup> merupakan bentuk peraturan perundang-undangan yang tidak dapat dikategorikan sebagai bentuk peraturan perundang-undangan biasa. Peraturan perundang-undangan dapat dikategorikan menjadi 4 (empat), yaitu:

- (i) Peraturan perundang-undangan yang bersifat umum dan abstrak, yang tidak menunjuk pada hal, peristiwa atau kasus konkret sebelum peraturan ditetapkan;
- (ii) Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus karena kekhususan subjek yang diatur, yaitu berlaku hanya untuk subjek hukum tertentu;
- (iii) Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus berdasar wilayah berlakunya, yaitu khusus berlaku di wilayah/lokal tertentu; dan
- (iv) Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus karena daya ikat materinya, yaitu hanya berlaku internal.<sup>23</sup>

*Policy rules* atau *beleidsregels* yang merupakan bentuk peraturan kebijakan, dikatakan tidak dapat dikategorikan sebagai bentuk peraturan perundang-undangan yang biasa, seperti Instruksi Presiden, surat-surat edaran dengan muatan kebijakan tertentu, rancangan program dan sebagainya.<sup>24</sup> Bagir Manan berpendapat bahwa peraturan kebijakan (*beleidsregels*, *spiegelsrecht*, *pseudowetgeving* atau *policy-rules*) adalah ketentuan (*rules* bukan *law*) yang dibuat

<sup>22</sup> Dikatakan bahwa *beleidsregels* akan berbeda dengan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum, yaitu berlaku umum bagi siapa saja dan bersifat abstrak karena tidak menunjuk kepada hal atau peristiwa atau kasus konkret yang sudah ada sebelum peraturan ditetapkan. Suatu norma hukum dikatakan bersifat abstrak jika rumusannya berisi nilai baik buruk sehingga harus dilarang (*prohibere*), disuruh (*obligatere*), ataupun diperbolehkan (*permittere*), yang tidak secara langsung dikaitkan dengan subjek-subjek, keadaan atau peristiwa konkret tertentu. (Jimly Asshidiqie, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: Konpress, 2006, hal. 19-20).

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*, hal. 20.

oleh pemerintah sebagai administrasi negara. Cabang pemerintahan lain tidak berwenang membuat peraturan kebijakan.<sup>25</sup>

Kebijakan dipahami sebagai arah atau pola kegiatan dan bukan sekadar suatu keputusan untuk melakukan sesuatu. Kebijakan sebagai satu arah tindakan yang diusulkan dalam satu lingkungan tertentu dalam rangka mencapai satu tujuan atau merealisasikan suatu sasaran atau suatu maksud tertentu.<sup>26</sup> Dalam praktik muatan materi yang disebut *policy rules* atau *beleidsregels* justru ditemukan juga sebagai materi muatan undang-undang yang merupakan peraturan tertulis yang dibuat oleh pemerintah dengan persetujuan DPR. Schoenbrod menyatakan:

“...a key question regarding this test is whether the courts can distinguish between a statute that lays down a rule of conduct...from a statute that is in the form of a rule but in reality only sets forth goals. The former would be a rule, the latter would not because it calls for policymaking rather than interpretation.”<sup>27</sup>

Ukuran yang digunakan adalah adanya undang-undang yang meletakkan aturan tingkah laku dengan undang-undang yang hanya menetapkan tujuan-tujuan yang hendak dicapai tetapi dimuat dalam undang-undang. Secara formal produk demikian dikatakan sebagai undang-undang, yang juga tunduk kepada kewenangan pengujian MK meskipun materi muatannya tidak merupakan *algemene verbindende voorschriften*. Untuk implementasi putusannya jikalau dalam pengujian yang dilakukan MK dibatalkan, dengan mana suatu norma atau kebijakan baru dibentuk melalui perubahan undang-undang yang didasarkan pada tafsir dan *operative proposition*<sup>28</sup> yang dikeluarkan MK dan akan dijadikan

---

<sup>25</sup> Bagir Manan & Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Penerbit Alumni Bandung, 1997, hal 161.

<sup>26</sup> Robert Eystone, *The Threads of Policy : A Study in Policy Leadership*, Bob Merrils-Indianapolis, hal 8.

<sup>27</sup> David Schoenbrod, *Separation of Powers and the Powers that be : The Constitutional Purposes of the Delegation Doctrin*, “36 American University Law Review” Vol. 36, 1986-1987, hal 359. Bandingkan dengan William N. Eskridge Jr & Philip P. Frickey, *Cases and Materials on Legislation, Statutes and the Creation of Public Policy*, West Publishing Co, 1998. Dikatakan bahwa “Once one rejects the formalist notion that all new policy (law) comes from the will of Congress, and that the executive and the judiciary have no role other than to implement that will, a good deal of formalist doctrine about statutes should be reexamined. (hal. )

<sup>28</sup> Istilah tersebut digunakan oleh Mitchell N. Berman, dalam artikel *Constitutional Decision Rules* dalam “Virginia Law Review”, Vol. 90, No. 1 March 2004, yang

dasar hukum dalam menyelenggarakan kegiatan negara selanjutnya, berbeda. Perubahan undang-undang atas dasar putusan MK harus dilakukan terlebih dahulu untuk dapat menjadi dasar hukum yang baru bagi kebijakan yang lahir dari putusan MK.

Jimly Asshidiqie menyebutkan, ada bentuk peraturan sebagai bentuk khusus yang dinamakan *policy rules* atau *beleidsregels* yang merupakan *quasi-legislation*, dalam bentuk peraturan kebijakan, dan tidak dalam bentuk undang-undang. Semua bentuk peraturan kebijakan seperti ini, menurut Jimly ditetapkan oleh lembaga-lembaga atau pejabat administrasi negara.<sup>29</sup> Penulis sependapat dengan Van Der Vlies yang menyatakan bahwa aturan kebijakan atau *policy rules* bukanlah merupakan peraturan yang mengikat umum, tetapi bukanlah semata-mata karena organ yang membuatnya sesungguhnya tidak mendapat delegasi kewenangan dari undang-undang yang di atasnya, atau juga karena organ yang mengeluarkan peraturan kebijakan tersebut tidak berwenang, melainkan karena peraturan perundang-undangan dalam arti materiil yang demikian dikeluarkan sebenarnya tidak ditujukan untuk mengikat umum.<sup>30</sup> Hemat penulis, peraturan perundangan yang bersifat kebijakan (dalam arti sebagai produk yang dibuat DPR dan memperoleh persetujuan dari Presiden dalam bentuk undang-undang) merupakan rencana maupun pedoman yang harus dirujuk oleh penyelenggara kekuasaan atau pemerintahan yang ditujukan kepada pemerintah pusat maupun daerah. Sebagai undang-undang formil, hal tersebut berarti mengikat bagi seluruh rakyat, namun undang-undang tersebut tidak melahirkan hak dan kewajiban yang dapat di *enforce* dalam proses hukum. Undang-undang demikian lebih ditujukan kepada penyelenggara pemerintahan dalam menyusun kebijakan dan rencana kerja untuk melaksanakan tujuan yang telah ditentukan dalam Undang-Undang Dasar. Sebagai contoh adalah undang-undang tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang dan Menengah. Demikian juga undang-undang tentang APBN. Van Der Vlies mengatakan bahwa undang-undang tentang APBN semata-mata sebagai suatu undang-undang pemberian kuasa termasuk kepada menteri. Artinya tidak berarti bahwa ketiadaan

---

merupakan pedoman yang diperoleh sebagai hasil interpretasi konstitusi.

<sup>29</sup> Jimly Asshidiqie, *Perihal Undang-Undang*, *op.cit.*, hal. 377.

<sup>30</sup> Lihat juga catatan kaki nomor 48 di atas tentang hal ini.

suatu mata anggaran dalam APBN dapat digunakan sebagai alasan untuk melepaskan diri dari kewajiban keuangannya.<sup>31</sup> Sebagai sebuah rencana pendapatan dan belanja negara, maka apa yang termuat dalam undang-undang, sesungguhnya hanya merupakan pedoman bagi Pemerintah dalam menyelenggarakan pemerintahan dengan dukungan keuangan yang direncanakan perhitungannya. Dengan demikian, undang-undang tentang APBN, sama sekali tidak meletakkan kewajiban, larangan, dan perintah kepada warga negara, melainkan ditujukan hanya secara terbatas kepada penyelenggara kekuasaan negara, untuk menyusun kegiatan dan rencana kerja berdasar rencana perhitungan pendapatan yang diperkirakan. Pengujian undang-undang yang demikian, memiliki implikasi yang berbeda, jika dibandingkan dengan undang-undang yang mengikat secara umum, yang meletakkan kewajiban, larangan, dan perintah secara langsung kepada seluruh rakyat. Apabila undang-undang yang hanya berisi kebijakan dan pedoman, rencana dan perhitungan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, jelas tidaklah dapat bersifat *self-implementing*, atau berlaku dengan sendirinya berdasarkan Putusan MK, melainkan harus dengan revisi undang-undang menurut interpretasi Hakim Konstitusi.

Teori “undang-undang dalam arti formil” dan “undang-undang dalam arti materiil” dibahas juga oleh A. Hamid, S.A., dalam disertasinya.<sup>32</sup> A. Hamid, S.A., tidak menggunakan kata “undang-undang” sebagai terjemahan/padanan kata “*wet*” karena dalam konteks teori ini pengertian “*wet*” menurut A. Hamid S.A., tidak dapat diterjemahkan dengan “undang-undang”. A. Hamid, S.A., berpendapat bahwa pengertian “*wet* dalam arti formil” dan “*wet* dalam arti materiil”, tidak tepat diterjemahkan dengan “undang-undang”, dan karenanya tidak tepat pula apabila kata-kata “*wet in formele zin*” diterjemahkan dengan “undang-undang dalam arti formil” atau pun kata-kata “*wet in materiele zin*” dengan “undang-undang dalam arti materiil”. Hal ini disebabkan kata “undang-undang” dalam bahasa Indonesia tidak dapat dilepaskan kaitannya dari konteks pengertian ketatanegaraan Indonesia menurut UUD 1945. Apabila dilepaskan dari konteks pengertian tersebut, maka

---

<sup>31</sup> I.C. Van Der Vlies, *op.cit.*, hal. 2003.

<sup>32</sup> A. Hamid, S.A., *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, Disertasi (Jakarta: tidak dipublikasikan, 1990) hal. 22, 160, 162, 199, 200, 203, 314, 321, dan 331.

akan timbul kerancuan mengenai pemahamannya. “undang-undang” dalam konteks pengertian teknis ketatanegaraan Indonesia yang menurut A. Hamid, S.A., ialah “produk hukum yang dibentuk oleh Presiden” dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan negara dengan persetujuan DPR.

Dengan adanya amendemen terhadap UUD 1945, rumusan tersebut sudah tidak tepat lagi, karena berdasarkan ketentuan Pasal 5 ayat (1) *jo* Pasal 20 (Perubahan Pertama dan Perubahan Kedua UUD 1945) pemegang kekuasaan membentuk undang-undang saat ini berada di tangan DPR, tidak lagi di tangan Presiden. “*Wet in formele zin*” memang dapat dipersamakan dengan undang-undang, karena secara formal, *wet* merupakan hasil bentukan pembentuk *wet* yang di Negeri Belanda terdiri dari Pemerintah (*Regering*) dan *Staten-Generaal* bersama-sama, sedangkan undang-undang di Indonesia dibentuk oleh Presiden dengan persetujuan DPR (berdasarkan UUD 1945 pra-amendemen) atau DPR dengan persetujuan bersama Presiden (berdasarkan UUD 1945 pasca amendemen). “*Wet in materiele zin*” di Negeri Belanda mempunyai arti khusus yang berisi peraturan, tetapi tidak selalu merupakan hasil bentukan *Regering* dan *Staten-Generaal* bersama-sama, melainkan dapat juga merupakan produk pembentuk peraturan (*regelsgever*) yang lebih rendah, seperti raja, menteri, provinsi, kota, dan lainnya. Untuk menghilangkan kerancuan pengertian seperti yang dikemukakan di atas, A. Hamid S.A., menyarankan agar kata-kata “*wet in formele zin*” diterjemahkan dengan “undang-undang” (saja), sedang “*wet in materiele zin*” diterjemahkan dengan “peraturan perundang-undangan”.

Sesuai dengan Putusan MK dalam Perkara Nomor 066/PUU-II/2004 tentang Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1987 tentang Kamar Dagang dan Industri dan pengujian pasal 50 UU MK, maka pengertian “undang-undang” harus ditafsirkan kembali (*reinterpretatie*). Hal ini disebabkan telah dihapuskannya pembatasan undang-undang yang dapat diajukan pengujian ke MK yang semula terbatas pada undang-undang yang diundangkan sesudah amendemen pertama UUD 1945. Pembatasan demikian menjadi tidak relevan lagi. Baik undang-undang (atau peraturan perundang-undangan yang dianggap setingkat dengan undang-undang) yang diundangkan sejak tahun 1945 ataupun sebelumnya (masa Hindia Belanda), dapat diuji oleh MK karena Aturan Peralihan UUD 1945

menyatakan bahwa “Segala peraturan perundang-undangan yang ada masih tetap berlaku selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini”<sup>33</sup>.

Dengan demikian jenis-jenis peraturan perundang-undangan yang setingkat ataupun dianggap setingkat dengan undang-undang yang dibentuk sesudah ataupun sebelum kemerdekaan Indonesia meliputi:

- a. Undang-undang dan Peraturan pemerintah pengganti undang-undang atau disingkat Perppu/Perpu (versi UUD1945) serta undang-undang darurat (versi KRIS 1949 dan UUDS 1950);
- b. *Wet*, dibentuk di Belanda oleh *Regering/Koning* dan *Staten-Generaal*, dan dengan asas konkordansi diperlakukan di Hindia Belanda;
- c. *AmvB (Algemene Maatregelen van Bestuur)* yang dituangkan dalam *Koninklijke Besluit* (terkadang disebut *grote KB* sebagai lawan dari *kleine KB* yang bersifat *beschikking*) sebagai peraturan pelaksana *wet*, yang dibentuk di Belanda;
- d. *Ordonnantie* (ordonansi) yang dibentuk oleh Pemerintah Hindia Belanda (Indonesia) baik yang dibentuk sebelum kemerdekaan RI tanggal 17 Agustus 1945 maupun yang dibentuk antara tahun 1945 s/d 1949 dan diberlakukan di wilayah (pengakuan kedaulatan RI oleh Belanda).<sup>34</sup>

Di samping itu, beberapa TAP MPR yang masih berlaku karena memuat ketentuan yang mengikat umum “dapat disamakan kedudukannya” dengan undang-undang sesuai dengan bunyi Pasal 4 TAP MPR Nomor I/MPR/2003 yang mengatakan bahwa TAP-TAP MPR dalam Pasal 4 tersebut “*tetap berlaku sampai dengan terbentuknya undang-undang*”. Dengan pemahaman demikian TAP-TAP MPR tersebut, yang mengandung materi muatan ketentuan yang bersifat mengikat umum, dapat dikategorikan sebagai undang-undang dalam arti materil sehingga dapat diuji ke MK.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Pasal I Aturan Peralihan UUD 1945 (Perubahan Keempat).

<sup>34</sup> Machmud Aziz, *Beberapa Catatan untuk Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, dalam buku “Menjaga Denyut Konstitusi, Refleksi Satu Tahun Mahkamah Konstitusi”, Editor, Refli Harun, dkk., (Jakarta: Konpress, 2004) hal. 253-265.

<sup>35</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, *op. cit.* hal. 70-80.

## PENGUJIAN UNDANG-UNDANG TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR.

*Judicial review* atau secara lebih spesifik *constitutional review* sebagai lembaga hukum untuk melakukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, merupakan konsepsi hukum yang mengalami sejarah panjang dalam sistem-sistem hukum yang berbeda. Bentuk pokok berdasarkan gagasan tentang adanya hierarki norma hukum yang menempatkan norma dasar sebagai hukum tertinggi dalam sistem norma, mengendalikan dan menjadi sumber legitimasi peraturan di bawahnya yang dibentuk sebagai konkretisasi norma dasar tersebut. Semua norma-norma yang validitasnya dapat ditelusuri kepada satu norma dasar dan norma dasar yang sama membentuk satu sistem norma-norma, merupakan sebuah tertib normatif. Norma dasar tersebut merupakan sumber validitas yang sama bagi semua norma yang termasuk dalam tertib yang sama dan merupakan alasan validitas yang sama bagi keberlakuan norma.<sup>36</sup> Ketertiban hidup bermasyarakat dan bernegara memerlukan adanya hukum yang berkembang dari kesadaran manusia sendiri demi tatanan yang menjamin nilai-nilai yang dianggap perlu dalam mencapai tujuan kehidupan bersama dan tujuan kehidupan secara individual.

Manusia sebagai makhluk sosial hanya dapat mewujudkan kehidupannya dalam kebersamaan dengan orang lain dengan menjamin kehidupan bersama serta memberi tempat bagi orang per orang dan kelompok untuk mempertahankan diri dan memenuhi kebutuhan hidupnya dalam rangka mencapai tujuan bersama. Untuk itu diperlukan hukum yang mengatur sehingga konflik kepentingan dapat dicegah, dan tidak menjadi konflik terbuka, yang semata-mata diselesaikan atas dasar kekuatan atau kelemahan pihak-pihak yang terlibat.<sup>37</sup> Konsep *judicial review* mencakup pengertian yang lebih luas dilihat dari sudut objek pengujiannya. Konsep tersebut mencakup juga pengujian legalitas peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, yang juga dilakukan oleh lembaga peradilan. Demikian pula pemeriksaan putusan pengadilan

<sup>36</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, (Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press, 1967) hal.

<sup>37</sup> Franz Magnis Suseno, *Etika Politik, Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern* (Jakarta: Gramedia, 1988) hal. 77.

yang lebih rendah oleh pengadilan yang lebih tinggi, terutama sebagai upaya hukum luar biasa, putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dapat juga dimohonkan peninjauan kembali ke Mahkamah Agung. Semua upaya tersebut secara umum disebut juga *judicial review*. Oleh karenanya, pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar yang juga dilakukan oleh hakim secara lebih spesifik disebut sebagai *constitutional review*.

Sejak proklamasi kemerdekaan Indonesia, juga telah dinyatakan bahwa negara Indonesia yang akan dibentuk adalah negara yang berdasar atas hukum (*rechtsstaat*), tidak berdasarkan kekuasaan semata-mata (*machtsstaat*).<sup>38</sup> Hal tersebut dimaknai bahwa dalam ketertiban hidup bermasyarakat dan bernegara, semua tindakan yang dilakukan, baik oleh penyelenggara negara maupun individu dalam hubungan satu sama lain dan dengan masyarakat, harus selalu didasarkan dan berpedoman pada hukum. Hukum tersebut tersusun dalam satu pertingkatan. Artinya peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kedudukannya menjadi sumber peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Hans Kelsen mengemukakannya dalam teorinya yang klasik *Stufenbau des Rechts* sebagai berikut:

“The relation existing between a norm which governs the creation or the content of another norm and the norm which is created can be presented in a spatial figure. The first is the “superior” norm; the second the “inferior”. If one views the legal order from this dynamic point of view, it does not appear, as it does from the static point of view, as a system of norms of equal rank, standing one beside the other, but rather as hierarchy in which the norms of the constitution from the top most stratum. In this functional sense, ‘constitution’ means those norms that determine the creation, and occasionally to some extent the content, of the general legal norms which in turn govern such individual norms as judicial decisions.”<sup>39</sup>

Hubungan antara satu norma dengan peringkat yang lebih tinggi dengan norma yang lebih rendah (misalnya antara konstitusi dengan undang-undang yang dibuat sesuai dengan konstitusi) juga berarti bahwa di dalam norma yang lebih tinggi tersebut

---

<sup>38</sup> Penjelasan UUD 1945 sebelum perubahan.

<sup>39</sup> Hans Kelsen, *What Is Justice? Justice, Law, and Politics in The Mirror of Science*, *op.cit.*, hal. 279.

ditemukan dasar keabsahan aturan yang lebih rendah. Satu norma hukum tercipta dengan cara yang ditentukan oleh norma hukum lainnya. Ini disebut sebagai prinsip dinamis yang sempurna dan merupakan prinsip validitas yang khas bagi hukum positif. Norma umum itu menjadi sah karena dibentuk sesuai dengan konstitusi, dan keabsahan konstitusi diperoleh dari norma dasar (*grundnorm*) yang bertanggungjawab atas kesatuan tertib hukum yang tidak dapat diterangkan sumber keabsahannya serta hanya dilihat sebagai sesuatu yang telah ada sebelumnya (*presupposed by juristic thinking, the hypothetical basic norm*).<sup>40</sup> Konstitusi Amerika yang diratifikasi oleh negara-negara bagian pada tahun 1787, menyebut secara jelas bahwa Konstitusi Amerika Serikat merupakan hukum tertinggi yang mengikat eksekutif, legislatif, dan yudikatif serta setiap pejabat publik harus bersumpah terlebih dahulu untuk mendukung dan mempertahankan konstitusi tersebut.<sup>41</sup> Indonesia menyebutnya secara lebih khusus dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dengan menyatakan bahwa UUD 1945 merupakan hukum dasar dalam peraturan perundang-undangan dan Undang-Undang Dasar tersebut ditempatkan pada posisi teratas dalam hierarki peraturan perundang-undangan.<sup>42</sup> Hierarki yang sama sebelumnya sudah ditetapkan,<sup>43</sup> meskipun dengan pengaturan yang berubah dan belum disertai dengan pedoman yang lebih terinci.

Hierarki peraturan perundang-undangan dengan UUD 1945 sebagai hukum tertinggi akan mengendalikan konsistensi aturan yang lebih rendah dan harus dipatuhi oleh pembuat undang-undang di semua tingkat kewenangan. Dalam hal terjadi inkonsistensi dan pelanggaran terhadap prinsip hierarki perundang-undangan yang berlaku, tidak selalu dapat diidentifikasi secara kasat mata dan segera. Tetapi inkonsistensi maupun pelanggaran prinsip demikian akan menggerakkan mekanisme kontrol yang *inherent* dalam prinsip hierarki tersebut dan menjadi kewajiban konstitusional dari pemegang kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif untuk

<sup>40</sup> *Ibid*, hal. 222.

<sup>41</sup> Article VI (2) (3) of the US Constitution.

<sup>42</sup> Pasal 3 ayat (1) *juncto* Pasal 7 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

<sup>43</sup> Ketetapan MPRS Nomor III/MPRS/ 1966 dan Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000.

memberi akibat hukum pada norma hukum yang inkonstitusional dalam batas kewenangannya. Pada tahap terakhir perbaikan harus dilakukan oleh rakyat melalui pemilihan wakil-wakil yang lebih patuh pada konstitusi untuk melakukan perubahan peraturan perundang-undangan yang lebih serasi dengan konstitusi.<sup>44</sup> Tiap tindakan yang lahir dari kewenangan yang didelegasikan oleh sumber yang lebih tinggi adalah batal, jika tindakan atau regulasi yang dilahirkan, bertentangan dengan sumber yang lebih tinggi tersebut. Karenanya tidak satu undang-undang pun yang merupakan hasil dari pelaksanaan wewenang yang berasal dari konstitusi yang bertentangan dengan konstitusi dapat dipandang sah. Kekuasaan rakyat yang terjelma dalam konstitusi merupakan kekuasaan tertinggi sehingga manakala kehendak pembuat UU bertentangan dengan konstitusi, kehendak rakyat yang terjelma dalam konstitusi adalah yang berlaku.<sup>45</sup> Konstitusi Amerika Serikat sesungguhnya tidak memberikan secara eksplisit kewenangan kepada *Supreme Court* untuk menguji konstitusionalitas undang-undang. Akan tetapi prinsip konstitusi sebagai hukum tertinggi sedemikian rupa tegas disebut dalam Konstitusi Amerika dan didukung oleh sumpah jabatan pejabat publik untuk mempertahankan konstitusi dalam menyelenggarakan kekuasaan negara. Hal ini menyebabkan konsekuensi prinsip konsistensi dalam hierarki perundang-undangan yang berlaku terbangun secara internal (*built-in*) dalam sistem hukum yang dianut dan beroperasi sebagai satu mekanisme yang diterima dalam praktik, meskipun tidak dengan sendirinya. Hak uji materiil yang tumbuh dan berkembang dari prinsip konstitusi tersebut, pertama kali diperkenalkan atau diterapkan dalam putusan besar hakim pada masa John Marshall yang menjabat sebagai Ketua *Supreme Court*, ketika mengadili perkara *Marbury vs Madison* pada tahun 1803. William Marbury, pada saat-saat akhir sebelum Pemerintahan Thomas Jefferson diangkat sebagai Hakim tetapi ketika Pemerintahan telah beralih kepada Thomas Jefferson, surat keputusannya tidak sempat diserahkan oleh pemerintah yang lama kepada pemerintah yang baru. Marbury menggugat berdasar undang-undang tentang kekuasaan kehakiman (*judiciary act*) tahun 1789. Berdasarkan undang-undang

---

<sup>44</sup> James Madison dalam *The Federalist Papers*, Mentor Books, 1961, hal. 286.

<sup>45</sup> Alexander Hamilton, *op.cit.*, hal. 468.

tersebut, *Supreme Court* sesungguhnya berhak mengeluarkan *writ of mandamus* yang memberi wewenang untuk memerintahkan agar surat keputusan pengangkatan tersebut diserahkan. *Supreme Court* tidak menggunakan wewenang tersebut, namun justru membatalkan *judiciary act* karena dipandang bertentangan dengan konstitusi. Marshall melihatnya sebagai kasus yang mengandung kesempatan unik untuk merebut kewenangan *judicial review*. Ketika publik melihat ke arah lain, dengan cara yang menentang bahaya Marshall bergerak ke arah lain dengan membatalkan *judiciary act* tersebut.<sup>46</sup>

Meskipun konstitusi Amerika Serikat tidak mengatur hal tersebut secara tegas, *Supreme Court* menganggap hal itu adalah tugas pokoknya yang ditafsirkan dari konstitusi. Dari pandangan tentang tugas pokok yang demikian, kemudian berkembang pengertian bahwa *Supreme Court* merupakan pengawal konstitusi yang bertanggungjawab menjamin agar norma dasar yang terkandung dalam konstitusi agar sungguh-sungguh ditaati dan dilaksanakan.<sup>47</sup>

Sejak putusan tersebut, lembaga *judicial review* menyebar ke seluruh dunia dan dipandang sebagai fungsi dan tugas pelaku kekuasaan kehakiman untuk menjaga, mengawal, dan melindungi konstitusi. Gagasan ini didasarkan pada prinsip negara hukum, pemisahan kekuasaan, dan perlindungan hak asasi manusia. Perlindungan konstitusional diperlukan sebab kekuasaan negara dapat saja dengan berbagai dalih atau alasan melakukan campur tangan ke dalam kehidupan privat warga. Oleh karenanya perilaku kolektif negara selalu cenderung meniadakan kepentingan masyarakat secara individual.<sup>48</sup>

Indonesia menyatakan dengan tegas merupakan negara berdasarkan kedaulatan rakyat, yang dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar (*constitutional democracy*) dan negara hukum (*rechtsstaat*). Artinya semua tindakan negara maupun warga negara didasarkan pada hukum yang ada yang dibentuk dan dipengaruhi

<sup>46</sup> Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law, Principles, and Policies* (New York: Aspen Law and Business, 1977) hal. 38.

<sup>47</sup> Jimly Asshidiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cet. I (Jakarta: Konstitusi Press, 2005) hal. 23.

<sup>48</sup> Jimly Asshidiqie dan Achmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi di Sepuluh Negara* (Jakarta: Konpress, 2006) hal. 8-9.

dengan persetujuan rakyat.<sup>49</sup> Negara hukum yang demikian harus memberikan jaminan bahwa hukum dibangun dan ditegakkan menurut prinsip demokrasi karena prinsip supremasi hukum dan kedaulatan hukum berasal dari kedaulatan rakyat.<sup>50</sup>

Pemikiran dan fungsi kekuasaan kehakiman yang terkandung dalam putusan Marshall dalam *Marbury vs Madison* di atas melahirkan pembaharuan hukum. Di benua Eropa mulai berkembang pemikiran bahwa lembaga atau wewenang Mahkamah Agung semacam itu mungkin berguna juga di Eropa. Tetapi sebenarnya perkembangan yang terjadi secara berbeda di Eropa Barat timbul karena jasa Hans Kelsen (seorang sarjana hukum yang sangat berpengaruh pada abad ke-20) yang diminta untuk menyusun sebuah konstitusi bagi Republik Austria yang muncul dari puing Kekaisaran Austro-Hungarian tahun 1919. Seperti halnya Marshall, Kelsen juga berpendapat bahwa konstitusi harus diperlakukan sebagai seperangkat norma hukum yang *superior* (lebih tinggi) dari undang-undang dan harus ditegakkan. Tetapi dalam transisi kekuasaan yang terjadi pada masa itu, Kelsen mengakui adanya ketidakpercayaan yang luas terhadap kemampuan hakim dari badan peradilan untuk melaksanakan tugas penegakan konstitusi. Oleh karena itu, Kelsen merancang mahkamah khusus yang terpisah dari peradilan umum untuk mengawasi undang-undang dan membatalkannya jika ternyata bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.<sup>51</sup>

Indonesia kemudian mengikuti pemikiran Hans Kelsen dan merupakan negara ke-78 yang membentuk MK sebagai lembaga kekuasaan kehakiman yang berdiri sendiri (terpisah dan berada di samping Mahkamah Agung).<sup>52</sup> Hal tersebut diwujudkan dalam Perubahan Ketiga UUD 1945 pada tanggal 9 November tahun 2001. Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 mengadopsi sistem dan mekanisme *judicial review* tersebut, dan dengan UU MK dibentuklah MK dengan salah satu kewenangannya melakukan pengujian konstitusionalitas undang-undang. Dua tugas pokok dalam uji konstitusionalitas undang-undang (*constitutional review*) yaitu:

---

<sup>49</sup> Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945.

<sup>50</sup> Jimly Asshidiqie dan Ahmad Syahrizal, *op.cit.*, hal. 9.

<sup>51</sup> Herman Schwartz, *op. cit.*, hal. 13. Bandingkan dengan *ibid.* hal. 18.

<sup>52</sup> Jimly Asshidiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, *op.cit.*, hal. 18.

- a. Menjamin berfungsinya sistem demokrasi dalam hubungan pertimbangan peran (*interplay*) antara cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, dan lembaga peradilan (*judiciary*). *Constitutional review* dimaksudkan untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh satu cabang kekuasaan; dan
- b. Melindungi setiap individu warga negara dari penyalahgunaan kekuasaan negara yang merugikan hak-hak fundamental mereka yang dijamin oleh konstitusi.<sup>53</sup>

Sebenarnya ide atau gagasan tentang kewenangan seperti ini pernah muncul dalam rapat-rapat *Dokuritu Ziunby Tyosa Kai* (Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia/ BPUPKI) ketika membicarakan pembentukan Undang-Undang Dasar Indonesia Merdeka pada tahun 1945. Ketika itu, Moh. Yamin mengemukakan perlunya kewenangan "*memanding undang-undang*", meskipun dengan dasar pengujian yang berbeda. Dikatakannya bahwa akan ada satu balai agung atau mahkamah tinggi, dan mahkamah itu ialah suara balai agung yang di dalamnya ada mahkamah adat, mahkamah Islam, mahkamah sipil, dan mahkamah kriminal. Mahkamah inilah yang setinggi-tingginya sehingga dalam membanding undang-undang, suatu balai agung ini yang akan memutuskan apakah undang-undang yang diundangkan sejalan dengan hukum adat, syari'ah, dan Undang-Undang Dasar.<sup>54</sup> Gagasan ini sangat ditentang oleh Soepomo karena dianggap sebagai paham liberal yang tidak cocok digunakan dalam negara dengan paham integralistik yang berdasarkan paham kekeluargaan, sehingga pada waktu itu tidak disetujui oleh rapat.<sup>55</sup> Soepomo menolak gagasan itu karena Indonesia yang masih muda, belum siap untuk itu.<sup>56</sup>

Pengujian konstitusionalitas undang-undang yang dipersyaratkan dalam negara hukum dan demokrasi tersebut dilimpahkan kewenangannya kepada MK. Sebelum lahirnya MK melalui Perubahan Ketiga UUD 1945, hakim hanya berwenang untuk menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang

<sup>53</sup> *Ibid*, hal. 10.

<sup>54</sup> R.M. A.B. Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945* (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004) hal. 279.

<sup>55</sup> *Ibid*.

<sup>56</sup> *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI)*, sebagaimana dikutip dalam Jimly Asshidiqie dan Ahmad Syahrizal, *op.cit.*

terhadap undang-undang. Lembaga pengujian ini tidak melakukan penilaian terhadap konstitusionalitas norma peraturan perundang-undangan yang diuji, melainkan - dengan menggunakan istilah Jimly Ashidiqie - hanya merupakan pengujian tentang legalitas norma. Pengujian peraturan perundang-undangan demikian diadopsi dalam Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman. Sementara itu, tuntutan dan gagasan untuk mengatur wewenang pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, yang merupakan kewenangan badan peradilan telah sejak lama menguat dan telah sering diwacanakan. Namun dalam masa Pemerintahan Orde Baru, gagasan semacam itu dipandang sebagai rongrongan terhadap kekuasaan pemerintahan yang kuat, sehingga baru setelah reformasi gagasan tersebut dapat menjadi kenyataan.

Sri Sumantri membagi "hak menguji" tersebut atas (i) hak menguji formal (*formele toetsingsrecht*) dan (ii) hak menguji materiil (*Materiele toetsingsrecht*). Hak menguji formal adalah wewenang untuk menilai, apakah satu produk legislatif seperti undang-undang misalnya terjelma melalui formalitas atau cara-cara (prosedur) sebagaimana ditentukan/diatur dalam peraturan perundang-undangan. Yang diuji adalah tata cara pembentukan suatu undang-undang dan lembaga yang membentuknya.<sup>57</sup> Hak menguji materiil adalah wewenang menyelidiki dan kemudian menilai apakah isi atau materi muatan suatu peraturan perundang-undangan sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya. Jimly Asshidiqie mengemukakan bahwa uji formil akan memeriksa konstitusionalitas undang-undang dari segi *procedure* atau tata cara pembuatan yang diharuskan Undang-Undang Dasar dan dari segi kelembagaan (*institutional*) yang berhak untuk menyusun, membentuk, dan mengesahkan.<sup>58</sup> Berkaitan dengan pengujian undang-undang tersebut, UU MK menyatakan bahwa dalam permohonan, Pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa:

- a. pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan UUD 1945; dan/atau

---

<sup>57</sup> Sri Sumantri, *Hak Uji Materil di Indonesia*, Bandung, PT. Alumni, 1977, hal 18.

<sup>58</sup> Jimly Asshidiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi R.I. 2006), hal 62-63.

- b. materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan UUD 1945.<sup>59</sup>

Jenis pengujian yang diuraikan dalam huruf a, dimaksudkan sebagai uji formil UU sedangkan yang disebut terakhir merupakan uji materiil UU

#### **PUTUSAN MK DALAM PENGUJIAN PERPU NOMOR 4 TAHUN 2009.**

Ketentuan yang menyatakan bahwa Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum (negara), dan UUD 1945 merupakan hukum tertinggi, menyebabkan bahwa legitimasi dari semua peraturan perundang-undangan harus dapat diukur dan diuji kepada sumbernya yang merupakan hukum tertinggi tersebut. Meskipun secara hierarkis Peraturan Perundang-undangan di bawah Undang-Undang yang tata cara pembentukannya atau materi muatannya harus konsisten atau sesuai dengan peraturan perundang-undang di atasnya, ketentuan ini tidak harus dilihat dan diperlakukan secara linier, sehingga menutup akses untuk menguji konstitusionalitas peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap hukum tertinggi yaitu UUD 1945. Hal ini terjadi karena sebagaimana telah diutarakan di atas, bahwa tata-hukum itu baru akan tertata sebagai sebuah sistem, jika tata-hukum itu merupakan perwujudan suatu tata nilai yang bersumber pada nilai-nilai pokok tertentu yang merupakan nilai-nilai fundamental.<sup>60</sup> Oleh karenanya, walaupun ditetapkan differensiasi pengujian undang-undang dengan peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang dalam dua kekuasaan kehakiman yang berbeda, hal tidaklah dapat ditafsirkan bahwa semua peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang, tidak harus memenuhi syarat konstitusionalitas yang diharuskan dan juga tidak boleh menutup mekanisme pengujian konstitusionalitas norma tersebut dihadapan lembaga yang berwenang untuk itu. Jikalau hal itu ditutup, sangat jelas tampak bahwa UUD 1945 bukan merupakan hukum tertinggi, dan peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang boleh jadi dibentuk secara bertentangan dengan UUD 1945.

<sup>59</sup> Pasal 51 ayat (3) UU MK.

<sup>60</sup> B. Arief Sidharta, op.cit. hal..

Bunyi Pasal 22 Ayat (1) UUD 1945 tentang kewenangan Presiden untuk mengeluarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) menetapkan bahwa Perpu demikian harus diajukan kepada DPR pada sidang berikut, untuk memperoleh persetujuan. Kalau Perpu tersebut disetujui, maka Perpu menjadi Undang-Undang, sedang apabila Perpu ditolak, maka Perpu tersebut tidak berlaku. Pengaturan ini, menimbulkan kesan selama ini bahwa Perpu tidak termasuk norma yang tunduk pada pengujian yang dilakukan MK, melainkan merupakan kewenangan DPR dalam ranah *legislative review* secara politik. Dua pertanyaan yang selalu menggema yaitu (i) apakah materi muatan Perpu tersebut bukan merupakan materi muatan undang-undang, yang karena alasan kebutuhan yang genting untuk melakukan pengaturan, tetapi DPR belum bersidang, dan belum disusun satu RUU yang masuk dalam prolegnas yang siap untuk dibahas, memaksa dikeluarkannya satu peraturan perundang-undangan; (ii) apakah dalam waktu terbatas antara diterbitkannya Perpu dengan sidang pembahasan di DPR untuk memperoleh persetujuan atau tidak, diperkenankan lahirnya perbuatan dan akibat-akibat hukum yang bertentangan dengan UUD 1945.

Dalam Perpu Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, ditambahkan dua pasal yang mengatur bahwa dalam hal terjadi kekosongan keanggotaan Pimpinan KPK sehingga jumlahnya kurang dari (3) orang, Presiden mengangkat *anggota sementara* Pimpinan KPK sejumlah yang kosong dengan tugas, wewenang, kewajiban dan hak yang sama dengan pimpinan KPK. Apabila anggota Pimpinan KPK yang digantikan karena diberhentikan sementara, *diaktifkan kembali* karena pemberhentian sementara tidak berlanjut menjadi pemberhentian tetap, maka masa jabatan anggota sementara Pimpinan KPK sementara berakhir.<sup>61</sup>

Sejumlah pihak telah memohon Perpu tersebut diajukan kepada MK untuk diuji konstitusionalitasnya dengan alasan Perpu tersebut menimbulkan komplikasi hukum, ketidak pastian hukum, kediaktatoran konstitusional, padahal Presiden menurut UUD 1945 harus memegang teguh UUD 1945 dan menjalankannya

---

<sup>61</sup> Pasal 33A Ayat (1) jo. Pasal 33B huruf a Perpu Nomor 4 Tahun 2009.

dengan selurus-lurusnya serta berbakti kepada nusa dan bangsa, sehingga Perpu tersebut dapat menjadi preseden buruk dan dapat membahayakan negara karena mudahnya mengeluarkan Perpu yang dapat dikategorikan penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*).<sup>62</sup> Terlepas dari pendapat MK tentang tidak terpenuhinya syarat kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon untuk mengajukan permohonan, MK telah menyatakan pendiriannya yang sangat tegas bahwa Perpu tunduk pada pengujian konstitusional (*constitutional review*) MK dengan argumen berikut :

- a. Pasal 7 ayat (1) UU 10/2004 telah mendudukan Perpu sejajar dengan Undang-Undang.
- b. UUD membedakan antara Perpu dengan Peraturan Pemerintah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (2) yang tujuannya adalah untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya. Perpu diatur dalam Bab tentang DPR sedang DPR adalah pemegang kekuasaan untuk membentuk Undang-Undang, maka materi Perpu adalah materi yang menurut UUD 1945 diatur dengan Undang-Undang, dan bukan materi yang melaksanakan undang-undang sebagai maan dimaksud Pasal 5 ayat (2) UUD 1945;
- c. Apabila terjadi kekosongan Undang-Undang karena adanya berbagai hal sehingga materi undang-undang tersebut belum diproses sesuai dengan tata cara yang berlaku namun terjadi situasi dan kondisi yang mendesak yang membutuhkan aturan hukum *in casu* Undang-Undang untuk segera digunakan mengatasi sesuatu hal yang terjadi, maka Pasal 22 UUD 1945 menyediakan pranata khusus dengan memberi wewenang kepada Presiden untuk membuat Peraturan Pemerintah (sebagai) Pengganti Undang-Undang.
- d. Perpu diperlukan apabila :
  1. Adanya keadaan yaitu kebutuhan mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan undang-undang;
  2. Undang-Undang yang dibutuhkan tersebut belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum, atau ada undang-undang tetapi tidak memadai;

<sup>62</sup> Perkara Nomor 138/PUU-VII/2009.

3. Kekosongan hukum tersebut tidak dapat diatasi dengan cara membuat Undang-Undang secara prosedur biasa karena memerlukan waktu yang cukup lama sedangkan keadaan yang mendesak tersebut perlu kepastian untuk diselesaikan.<sup>63</sup>

Dengan uraian demikian MK hendak mengatakan secara tegas bahwa baik tempat Perpu dalam hierarki Peraturan Perundang-undangan maupun materi muatannya, Perpu adalah Undang-Undang yang dikeluarkan Presiden dalam bentuk Peraturan Pemerintah sebagai Pengganti Undang-Undang, karena adanya keadaan mendesak atau kegentingan yang memaksa. Oleh MK pengertian kegentingan yang memaksa tidak diartikan hanya sebatas keadaan bahaya sebagaimana diatur dalam Pasal 12 UUD 1945, meskipun hal demikian dapat menyebabkan pembentukan undang-undang secara biasa atau normal tidak dapat terlaksana. Tetapi keadaan bahaya bukan satu-satunya keadaan yang menyebabkan timbulnya kegentingan memaksa tersebut.

Kesan yang timbul bahwa pembuatan Perpu sangat subjektif karena menjadi hak Presiden dan tergantung sepenuhnya pada penilaian Presiden karena frasa "*Presiden berhak*", akan tetapi hal tersebut tidak secara absolut tergantung pada penilaian subjektif Presiden, karena penilaian subjektif Presiden tersebut harus didasarkan pada keadaan yang objektif yang diuraikan dalam 3 (tiga) syarat diatas sebagai parameter kegentingan memaksa. Dalam keadaan tertentu dimana terdapat kebutuhan mendesak menyelesaikan persoalan negara yang sangat penting bagi seluruh bangsa, maka hak Presiden untuk menetapkan Perpu dapat menjadi **amanat** kepada Presiden untuk menetapkan Perpu.<sup>64</sup> Barangkali dengan kata lain "hak Presiden" tersebut dalam kondisi tertentu dapat menjadi "kewajiban konstitusional" untuk mengeluarkan Perpu.

Perpu sebagai peraturan perundang-undangan melahirkan norma hukum, dan sebagai norma hukum baru dapat menimbulkan: (a) status hukum baru, (b) hubungan hukum baru, dan (c) akibat hukum baru. Norma hukum tersebut dengan segala akibat

---

<sup>63</sup> Putusan MK Nomor 138/PUU-VII/2009 tanggal 8 Februari 2010 Paragraf [3.7] sampai dengan [3.11].

<sup>64</sup> *Ibid*, para [3.13]

hukumnya lahir sejak Perpu dikeluarkan, akan tetapi nasib Perpu tersebut tergantung kepada persetujuan DPR, sehingga karena akibat hukum yang dilahirkan mempunyai kekuatan mengikat yang sama dengan undang-undang, telah dijadikan alasan bahwa terhadap norma yang terdapat Perpu, *MK berwenang menguji konstitusionalitas Perpu* sebelum ada penolakan atau persetujuan DPR.<sup>65</sup>

Tentu saja dapat dipersoalkan apakah dengan tidak disetujuinya Perpu tersebut sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat lagi, dapat diartikan menghapuskan segala akibat yang timbul dan lahir dari Perpu. Meskipun hal ini tidak disinggung oleh MK dalam putusannya menyangkut perkara tersebut, namun dapat disimpulkan melalui analogi dengan kekuatan mengikat Putusan MK yang prospektif dan tidak retroaktif, akibat-akibat hukum yang timbul dari Perpu tersebut tidaklah menjadi batal sejak awal (*void ab-initio*) karena akan menimbulkan kekacauan dan ketidak pastian hukum yang luas. Akibat hukum dari Perpu itu tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sejak ditolak oleh DPR.

Argumentasi MK dalam Perkara Nomor 138/PUU-VII/2009 yang disinggung di atas, telah meletakkan dasar hukum yang kokoh bagi kewenangan pengujian Perpu, yang selama ini masih diperdebatkan. Meskipun tampak dengan jelas bahwa terdapat pendapat berbeda (*dissenting opinion*) yang mencerminkan pandangan tradisionil yang selama ini dianut, dan yang menyetujui dengan alasan yang berbeda (*concurring opinion*)<sup>66</sup>, namun terdapat

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Hakim Konstitusi Alim yang mendasarkan pandangannya lebih pada tafsir gramatikal, berbeda pendapat dan menyatakan Perpu tidak tunduk pada pengujian yang dilakukan MK, sedangkan Moh. Machfud MD menyetujui putusan MK, tetapi mengajukan alasan berbeda (*concurring opinion*) dengan menyatakan bahwa bertolak dari *original intent*, tafsir historik, tafsir gramatik dan logika hukum, Perpu tidak tunduk pada *judicial review* MK. Pasal 24C ayat (1) sangat jelas hanya menyebut Undang-Undang dan tidak menyebut Perpu, dan sendainya MK diperbolehkan menguji Perpu UUD tentu menyebut secara eksplisit pembolehan tersebut sebab secara formal UUD 1945 membedakan dan menempatkan secara berbeda penyebutan atau pengaturan antara Undang-Undang dengan Perpu. Kewenangan MK menguji Perpu yang materinya undang-undang hanya dapat dilakukan apabila sudah diuji, dinilai, dibahas atau apapun namanya dalam forum politik di DPR dan DPR menyetujuinya menjadi Undang-Undang. Pengujian Perpu oleh lembaga Pengadilan, menurut kajian-kajian akademik, merupakan “perampasan atas hak dan kewenangan konstitusional DPR. Akan tetapi beberapa perkembangan ketatanegaraan di

landasan hukum yang dapat dijadikan sebagai titik tolak dalam merumuskan kewenangan MK mereview Perpu terhadap UUD 1945, antara lain, (i) dipersandingkannya Undang-Undang dengan hireraki yang sama dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang dalam Pasal 7 ayat (1) UU 10/2004, (ii) letak pengaturan wewenang Presiden mengeluarkan Perpu dalam UUD 1945 yang berada dibawah Bab DPR sebagai pemegang wewenang pembuatan undang-undang, dan (iii) Peraturan Pemerintah yang dikeluarkan Presiden sebagai Pengganti Undang-Undang, bukanlah dalam rangka pelaksanaan undang-undang, namun menurut hemat saya, tetap saja putusan MK tersebut merupakan putusan yang membentuk hukum (*judge-made law*) yang jelas dan telah menghilangkan keragu-raguan tentang perdebatan selama ini.

## UJI KONSTITUSIONALITAS PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DI BAWAH UNDANG-UNDANG.

Hierarki peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Peraturan Perundang-undangan, menentukan bahwa Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum(negara).<sup>67</sup> Dalam pada itu, hierarki peraturan perundang-undangan yang ditetapkan tersebut, menempatkan UUD 1945 pada puncak sistim peraturan perundang-undangan, dengan undang-undang/Peraturan Pemerintah Pengganti undang-undang di urutan berikut, disusul oleh Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden dan Peraturan Daerah. Undang-Undang 10/2004, memuat beberapa definisi yang sangat penting terhadap beberapa pengertian atau konsep, antara lain :

- Peraturan Perundang-undangan adalah keputusan tertulis yang memuat norma hukum yang dibentuk atau ditetapkan oleh

---

lapangan menyebabkan Moch. Machfud MD menyetujui wewenang *judicial review* terhadap Perpu, yaitu (i) penilaian untuk memberi persetujuan Perpu dalam sidang DPR berikutnya, tidak tegas apakah sidang berikut setelah dikeluarkan Perpu atau dalam arti kapan saja;(ii)Tidak jelas apakah Perpu yang dipersoalkan keabsahan hukumnya karena tidak nyata-nyata disetujui atau tidak nyata-nyata ditolak, sehingga memungkinkan berkembangnya debat sebuah Perpu yang tidak disetujui DPR masih dapat terus diperlakukan; dan (iii) ketidak pastian sampai berapa lama Perpu yang tidak mendapat persetujuan DPR harus diganti dengan Undang-Undang Pencabutan atau Pengganti.

<sup>67</sup> Pasal 2 UU 10 Tahun 2004.

lembaga negara atau pejabat yang berwenang membentuk, atau menetapkan Peraturan Perundang-undangan.

- Undang-Undang adalah jenis peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden.
- Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang adalah jenis peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa.
- Peraturan Pemerintah adalah jenis peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya.
- Peraturan Presiden adalah jenis Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan undang-undang, Peraturan Pemerintah, atau dalam rangka melaksanakan penyelenggaraan pemerintahan negara.
- Peraturan Daerah adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh dewan perwakilan rakyat daerah dengan persetujuan bersama kepala daerah

Suatu aturan menyangkut hubungan antara jenis Peraturan perundang undangan dengan materi muatan peraturan perundang-undangan yang harus dimuat dalam Peraturan Perundang-undangan sesuai dengan jenis, fungsi, dan hierarki Peraturan Perundang-undangan, memberi ketegasan pada kita bahwa ketepatan materi dalam jenis peraturan menjadi tolok ukur yang dapat diuji.<sup>68</sup>

Pada tataran peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang dan yang bukan merupakan Perpu, tetap masih tersisa persoalan uji konstitusionalitas yang timbul akibat disintegrasi dan diferensiasi wewenang pengujian yang dilakukan oleh 2 (dua) lembaga peradilan yang berbeda. Perbedaan yang terjadi bukan hanya menyangkut kelembagaan dan kewenangannya, tetapi yang lebih serious adalah tolok ukur pengujian, yang timbul dari pendekatan yang linier dalam hierarki norma, dimana norma yang lebih rendah peringkatnya dalam hierarki, seakan-akan diuji secara linier dengan norma yang di atasnya. Pendekatan yang demikian seolah-olah menutup akses pengujian terhadap norma dalam puncak hierarki, yang justru menjadi hukum tertinggi, sumber dari segala

<sup>68</sup> Pasal 1 UU 10/2004.

peraturan-perundang-undangan dibawahnya, dan yang dibentuk justru untuk melaksanakan tujuan bernegara yang disepakati dalam konstitusi sebagai kesepakatan bersama yang berkenaan dengan cita-cita bersama yang menentukan tegaknya konstitusi dan konstitusionalisme. Dalam rangka menjamin kebersamaan dalam kehidupan bernegara dengan masyarakat yang majemuk (pluralis) diperlukan perumusan tentang tujuan atau cita-cita bersama yang merupakan falsafah kenegaraan atau *staatsidee* (cita-negara) yang berfungsi sebagai *filosofische grondslag*<sup>69</sup>. Kesepakatan lainnya adalah bahwa pemerintahan didasarkan atas aturan hukum dan konstitusi, dimana setiap warga negara harus memiliki keyakinan bersama bahwa penyelenggaraan negara harus didasarkan atas *rule of the game* yang disebut *rule of law*.<sup>70</sup> Salah satu komponen *rule of law* adalah *supremacy of law*, dimana penyelenggaraan negara harus didasarkan pada hukum, yang merupakan satu kesatuan sistem, dimana pada puncaknya terdapat pengertian mengenai hukum dasar yaitu konstitusi. Kesepakatan tentang sistem aturan penting agar konstitusi dapat dijadikan yang hukum tertinggi dalam memutuskan segala sesuatu yang harus didasarkan pada hukum.<sup>71</sup>

Mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang yang dilakukan secara linier menurut hierarki yang ditentukan dalam Undang-Undang 10/2004, dan disintegrasi maupun diferensiasi wewenang pengujian dalam dua lembaga kehakiman yang berbeda, kemungkinan dapat menutup akses pengujian konstitusional peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang. Hal demikian tidak boleh dibiarkan mengesampingkan prinsip umum (*general principle*) penting yang menjadi landasan kehidupan ketatanegaraan Indonesia, yaitu UUD 1945 sebagai hukum tertinggi atau hukum dasar dan sebagai *filosofische grondslag* dan *staatsidee* (cita negara), yang harus mengalir dalam dan menjadi sumber seluruh peraturan perundang-undangan, dibawah Undang-Undang Dasar. Dalam praktek, bukanlah hal yang mustahil, bahwa peraturan perundang-undangan sesungguhnya mengandung materi muatan yang seharusnya menjadi materi muatan undang-undang, namun baik secara sengaja ataupun tidak,

---

<sup>69</sup> Jimly Asshidiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2006, hal. 26.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.* hal 28.

untuk menghindari dapat dilakukannya pengujian terhadap nilai dan norma dalam UUD, materi muatan tersebut dibentuk dalam peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang. Kadang-kadang hal itu terjadi karena adanya delegasi legislasi (*delegated legislation or delegation of rule making power*) kepada eksekutif yang terlalu terbuka atau *sub-delegation of law-making power* yang sangat luas yang oleh Jimly Asshidiqie disebut sebagai kebiasaan pendelegasian dengan “cek kosong”, sehingga Pemerintah mengatur sendiri segala hal secara sewenang-wenang yang seharusnya diatur dalam undang-undang.<sup>72</sup>

Dapat disebutkan salah satu contoh yang jelas. Peraturan Menteri Keuangan atau bahkan Peraturan Direktur Jenderal Pajak, membebani wajib pajak dengan jenis pajak dan tarif tertentu yang seharusnya menjadi materi undang-undang, atau belum ditentukan dalam undang-undang.<sup>73</sup>

Penetapan ketertutupan dan keterbukaan bidang usaha yang dilakukan semata-mata dengan Peraturan Presiden, meskipun dengan mendasarkan diri pada mandat yang diberikan undang-undang, sebagaimana halnya Peraturan Presiden R.I. nomor 77 tahun 2007 yang kemudian dalam waktu yang amat singkat telah dirubah dengan Peraturan Presiden nomor 111 tahun 2007 tentang daftar bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan, menunjukkan dengan jelas kewenangan yang terlalu besar melalui *delegation of rule-making power* telah diberikan pada Presiden secara tidak sesuai dengan amanat UUD 1945. Pasal 33 Ayat (5) UUD 1945 dengan tegas menentukan bahwa ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini (yaitu tentang sumber daya alam dan cabang-cabang produksi penting bagi Negara) diatur dalam undang-undang. Kriteria yang ditentukan dalam pasal 12 ayat (2) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 sama sekali tidak merujuk pada kriteria yang disebut dalam pasal 33 UUD 1945, yaitu cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak, serta bumi, air dengan segala isinya yang dikuasai negara. Pasal 12 ayat (3) UU 25/2007 tersebut menentukan bahwa daftar bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal, baik asing maupun dalam negeri, ditetapkan dengan Peraturan Presiden

<sup>72</sup> Jimly Asshidiqie, *Perihal Undang-Undang*, Konstitusi Press, 2006, hal. 276.

<sup>73</sup> *Ibid.*

berdasarkan kriteria kesehatan, moral, kebudayaan, lingkungan hidup, pertahanan dan keamanan nasional, serta kepentingan nasional lainnya, sedang pasal 12 ayat (4) menyebutkan bahwa kriteria dan persyaratan bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan serta daftar bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan masing-masing akan diatur dengan Peraturan Presiden. Delegasi wewenang yang terbuka dan merupakan "cek kosong" tersebut dapat mengelakkan uji konstitusionalitas hanya karena alasan mekanisme pengujian sesuai hierarki peraturan perundang-undangan yang linear, menutup uji konstitusionalitas review tersebut, walaupun sangat bertentangan dengan keadilan konstitusional yang menjadi prinsip dasar. Oleh karenanya, dalam pembentukan peraturan perundang-undangan pelaksanaan undang-undang tertentu, perlu pengaturan secara ketat tentang prosedur dan mekanisme delegasi dan sub-delegasi *rule-making power*, agar tidak terjadi penyalahgunaan. Untuk menjamin agar prinsip kedaulatan rakyat yang memegang kedaulatan membuat peraturan yang mengikat dalam kehidupan bernegara ditegakkan, kewenangan pengaturan lebih lanjut suatu undang-undang haruslah lahir dari pendelegasian kewenangan DPR sebagai wakil rakyat dengan rumusan delegasi dan subdelegasi kepada lembaga pelaksana undang-undang.<sup>74</sup>

Hal yang sama terjadi dalam pembentukan Peraturan Daerah. Secara sadar atau tidak pembentukan Peraturan Daerah sering mengabaikan asas-asas yang berlaku dalam pembuatan peraturan perundang-undangan yang baik dan justru inkonsisten dengan norma-norma konstitusi, meskipun kalau diuji dengan peraturan yang secara langsung berada di atasnya, melalui tafsir yang digunakan, seolah-olah tidak menunjukkan masalah konstitusionalitas norma peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Asas-Asas dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, seperti yang diatur dalam UU 10/2004 tentang kejelasan tujuan, kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat, kesesuaian antara jenis dan materi muatan, dapat dilaksanakan (*implementability*), kedayagunaan dan kehasilgunaan, kejelasan rumusan; keterbukaan dan transparansi, demikian juga asas pengayoman, kemanusiaan, kebangsaan, kekeluargaan,

---

<sup>74</sup> *Ibid.* Hal 277-278.

kenusantaraan, bhinneka tunggal ika, keadilan, kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan (non diskriminasi) ketertiban dan kepastian hukum, dan/atau keseimbangan, keserasian, dan keselarasan, sesungguhnya merupakan nilai-nilai hukum dasar yang juga menjadi muatan konstitusi, yang menurut Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, juga berlaku dan menjadi tolok ukur keabsahan peraturan-perundang-undangan dibawah undang-undang, sebagai mana ditentukan dalam tata-urut Pasal 7 UU 10/2004.<sup>75</sup> Kepastian hukum, keadilan, kemanfaatan (*doelmatigheid*), kewenangan lembaga yang membentuk, kesesuaian materi muatan yang ditentukan bagi jenis peraturan perundang-undangan, non-diskriminasi adalah merupakan tolok ukur yang termuat dalam UUD 1945 sebagai hukum dasar, yang menjadi tolok ukur uji konstitusionalitas seluruh norma yang dibentuk oleh Peraturan Perundang-undangan.

Pembatasan-pembatasan yang ditentukan seperti ditemukan dalam Peraturan Mahkamah Agung dan Peraturan Pelaksanaan lain berdasarkan delegasi, dilihat dari segi jangka waktu (*time-frame*) untuk dapat mengajukan pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang, meskipun dapat dipahami dari segi kepastian hukum atas berlakunya peraturan hukum yang telah dibentuk dan akibat-akibat hukumnya, namun prinsip konstitusi yang menjadi hukum dasar, tidaklah memperkenankan hal demikian terjadi sekiranya benar bahwa peraturan perundang-undangan demikian berada dalam posisi diametral dengan asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, yang justru menjadi nilai dan norma hukum dasar atau hukum tertinggi.<sup>76</sup>

Oleh karenanya demi menegakkan konstitusionalisme dan hukum dasar dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, pengujian Peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang yang materinya adalah materi yang menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 harus diatur dengan dan/atau oleh undang-undang serta Peraturan Perundang-undangan di bawah Undang-Undang yang tata cara

<sup>75</sup> Pasal 5 dan Pasal 6 UU 10/2004.

<sup>76</sup> Pasal 2 ayat (4) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1/2004, membatasi pengajuan permohonan hanya dapat dilakukan 180 (seratus delapan puluh) hari sejak ditetapkan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.

pembentukannya atau materi muatannya tidak sesuai dengan ketentuan Undang-Undang ini, dapat dimohonkan pembatalannya. Pengujian konstiusionalitas atau pengujian konsistensi Peraturan Perundang-undangan di bawah Undang-Undang dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dapat dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi setelah semua upaya hukum yang tersedia dilalui, sesuai dengan hukum acara yang berlaku bagi Mahkamah Agung dalam pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang.

## TANTANGAN

Perluasan akses keadilan konstiusional melalui kemungkinan pengujian konstiusionalitas peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang oleh MK, setelah upaya hukum yang ditentukan dilalui semua (*exhausted*), pasti mendapat tantangan yang luas, dengan alasan bahwa Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, hanya memberikan kewenangan menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945 secara limitatif, dan tidak dapat diperluas hanya dengan Undang-Undang. Distentegrasi dan diferensiasi kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan dalam dua lembaga yang berbeda, berakibat seolah-olah keduanya tidak terhubungkan satu dengan lain. Konsekwensi yang timbul, maka disamping hal itu tidak konsisten dengan kesatuan sistim hukum nasional (*the integrity of the national legal system*) yang terbentuk antara lain dalam peraturan perundang-undangan yang paling rendah sampai dengan yang paling tinggi, dengan mana di puncak susunan tersebut konstitusi sebagai hukum dasar merupakan hukum tertinggi, terdapat kemungkinan tatahukum yang dibangun tidak tertata dalam wujud yang serasi dengan nilai yang menjadi sumber utama legitimasinya. Sebagai Implikasinya, putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan satu undang-undang, pasal, ayat atau bagian undang-undang tidak lagi berlaku, hanya mempunyai kekuatan hukum mengikat yang terbatas pada undang-undang yang diuji tersebut, sementara peraturan perundang-undangan yang lebih rendah sebagai pelaksanaan undang-undang yang telah diuji dan dinyatakan tidak berlaku lagi masih mempunyai kekuatan hukum mengikat, meskipun telah kehilangan legitimasinya dalam undang-

undang yang telah dibatalkan tersebut. Dalam hal demikian sangat mungkin terjadi bahwa Peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang yang dinyatakan inkonstitusional, yang dalam implementasinya tidak termasuk dalam ruang lingkup akibat hukum putusan MK, tetap berlaku sampai diubah sendiri oleh otoritas yang membuatnya. Dapatlah dipastikan, jikalau hal itu terjadi akan timbul kekacauan dalam sistim hukum yang berlaku.

Sebaliknya di negara-negara yang menganut kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan secara terintegrasi di satu tangan yaitu MK, ruang lingkup akibat hukum putusan MK yang menyatakan satu undang-undang tidak sesuai dengan konstitusi, meliputi peraturan-peraturan perundang-undangan yang lebih rendah yang lahir dari undang-undang yang diuji. Peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tersebut di Jerman sebagai "*ketentuan lebih lanjut dari undang-undang*".<sup>77</sup>

Aliran hukum progresif yang berkeinginan menembus ketidak harmonisan antara doktrin konstitusionalime yang dianut dengan pengaturan mekanisme dan kewenangan lembaga yang mengadili dan memutus perselisihan hukum menyangkut konstitusionalitas norma hukum melalui *judge-made law*, juga harus memberi argumentasi yang masuk akal untuk mengesampingkan doktrin *separation of powers*. Perdebatan klasik tentang hal ini telah dapat diselesaikan dalam penerimaan *judicial review* sebagai bagian dari sistem *checks and balances* untuk memungkinkan penyelenggara kekuasaan negara terhubungkan satu dengan yang lain dalam rangka mencapai tujuan bernegara yang ditetapkan dalam konstitusi. *Separation of powers* dalam pembagian kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan antara MK dengan MA membutuhkan jalan keluar dari kebuntuan melalui berbagai terobosan, antara lain dari perubahan undang-undang, interpretasi dan konstruksi UUD 1945 dan praktek hakim atau jurisprudensi.

Dalam rangka mendorong perubahan hukum yang berlaku, masukan dalam RUU Perubahan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang

<sup>77</sup> Pasal 78 UU MK Federal Jerman menyatakan : "Jika MK sampai pada kesimpulan bahwa undang-undang federal tidak sesuai dengan hukum dasar atau undang-undang federal lainnya tidak sesuai dengan hukum dasar, MK menyatakan UU tersebut batal. Jika ketentuan lebih lanjut dari UU yang sama tidak sesuai dengan hukum dasar atau UU federal lainnya, MK boleh juga menyatakannya batal".

dilakukan, telah merumuskan perubahan yang dikehendaki dalam Pasal sebagai berikut :

Pasal 5 : Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan harus berdasarkan pada asas-asas

Pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik meliputi :

a. Konsistensi dengan peraturan perundang-undangan yang menjadi sumber pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut;

Pasal 6 : Materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus mengandung asas :

k. non-diskriminasi dan kesetaraan.

Pasal 14A ayat (7) : Pengujian konstiusionalitas atau pengujian konsistensi Peraturan Perundang- Undangan dibawah undang-undang dengan Undang-Undang Dasar 1945 selain yang dimaksud dengan ayat (5) pasal ini dapat dilakukan Mahkamah Konstitusi setelah semua upaya hukum yang tersedia dilalui.

Usul perubahan yang dilakukan tentu membutuhkan perjuangan di DPR, yang tentu tidak mudah, terutama karena pandangan yang umum berlaku bahwa itu hanya dapat dilakukan dengan perubahan UUD 1945. Namun pengalaman praktek ketatanegaraan Indonesia dalam penyelesaian sengketa pilkada dengan perubahan yang dilakukan dalam UU Penyelenggara Pemilu dan UU Pemerintahan Daerah, kewenangan demikian dapat ditambahkan kepada MK. Hal ini sangat didukung oleh UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan kehakiman, yang dalam pengaturan kewenangan MK yang secara limitatif disebut UUD 1945, Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman menambahkan kewenangan tersebut dengan frasa "dan kewenangan lain yang diberikan oleh undang-undang".<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Pasal 29 ayat (1) huruf e, "kewenangan lain yang diberikan oleh undang-undang".

## PENUTUP

Praktek MK, yang dalam kiprahnya selama hampir delapan tahun, dengan *judicial activism* yang cukup rasional, tampaknya telah berusaha mengisi kekosongan dan kebutuhan yang ada, sehingga dapat memberikan keadilan konstitusi (*constitutional justice*) yang diharapkan banyak orang. Akses pengujian konstitusionalitas yang lebih luas terhadap peraturan perundang-undangan, sangat dimungkinkan dengan menafsirkan frasa “undang-undang” dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dalam arti materil dan formil maupun dengan alasan materi muatan peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang, sesungguhnya menjadi materi muatan undang-undang, sehingga meski secara formil bukan undang-undang yang dibentuk DPR dan Presiden, secara substantif atau materiil merupakan undang-undang. Pendekatan yang progresif harus dilakukan, karena kebutuhan dan jaminan konstitusionalisme menjadi paradigma yang dianut, baik melalui *judge-made constitutional law*, maupun melalui interpretasi Pembuat Undang-Undang dalam revisi Undang-Undang, sepanjang tidak bertentangan dengan UUD 1945. Kepemimpinan Marshall juga pada tahun 1803 membawa Mahkamah Agung Amerika Serikat kedalam kejayaan dalam sejarah peradilan di dunia melalui putusan *Marbury v Madison*, justru melalui tafsir konstitusi yang menghasilkan putusan hakim yang menjadi hukum.