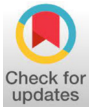




## *Formal Review of Constitutional Court Decision: Annotation to the Constitutional Court Decision Number 145/PUU-XXI/2023*



### **Pengujian Formal terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi: Komentar terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 145/PUU-XXI/2023**

Suwarno Abadi 

Fakultas Hukum, Universitas Wijaya Putra, Surabaya, Indonesia

#### Article Info

##### Corresponding Author:

Suwarno Abadi  
✉ [suwarnoabadi@uwp.ac.id](mailto:suwarnoabadi@uwp.ac.id)

##### History:

Submitted: 30-01-2024  
Revised: 06-03-2025  
Accepted: 17-03-2025

##### Keyword:

*Constitutional Court Decision; Formal Review;  
Judicial Discretion.*

##### Kata Kunci:

Diskresi Yudisial; Pengujian Formal; Putusan  
Mahkamah Konstitusi.

#### Abstract

*This article discusses issue concerning formal review of Constitutional Court decision. This article comments the Constitutional Court Decision Number 145/PUU-XXI/2023. The Application requests the Constitutional Court to conduct formal review to Constitutional Court Decision Number 90/PUU-XXI/2023. This issue is very interesting. The Constitutional Court does not have authority over this case because such authority is not explicitly granted by the positive law which is the basis of the Constitutional Court's jurisdiction. The Constitutional Court rejected the Applicants' application on the grounds that Constitutional Court Decision was not legislation. This verdict is correct, but not interesting. On that basis, this article argues that this issue is about whether the Constitutional Court will use its judicial discretion or not to decide the case. This article proposes the thesis that although it can exercise judicial discretion, the Constitutional Court should not exercise that discretion.*

#### Abstrak

Artikel ini membahas isu tentang pengujian formal Putusan Mahkamah Konstitusi. Artikel ini memberikan komentar terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 145/PUU-XXI/2023 yang substansinya adalah perkara Permohonan pengujian formal terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 90/PUU-XXI/2023 ke Mahkamah Konstitusi. Isu ini sangat menarik karena Mahkamah Konstitusi tidak memiliki kewenangan yang demikian karena tidak ada dasar hukumnya yang eksplisit. Mahkamah Konstitusi tidak mengabulkan Permohonan pihak Pemohon dengan alasan Putusan Mahkamah Konstitusi bukan undang-undang. Putusan ini benar, tetapi tidak menarik. Atas dasar itu artikel ini berargumen bahwa isu yang sebenarnya adalah apakah Mahkamah Konstitusi akan menggunakan atau tidak diskresi yudisialnya untuk memutuskan kasus tersebut. Artikel ini mengajukan tesis bahwa meskipun Mahkamah Konstitusi dapat menjalankan diskresi yudisial, akan tetapi Mahkamah Konstitusi seyogianya tidak menggunakan diskresinya tersebut.



Copyright © 2023 by  
Jurnal Konstitusi.

All writings published in this journal  
are personal views of the authors  
and do not represent the views of the  
Constitutional Court.

 <https://doi.org/10.31078/jk2217>

## A. PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK) adalah badan peradilan konstitusional yang memiliki kewenangan menguji konstitusionalitas undang-undang. Dalam menguji konstitusionalitas undang-undang, kewenangan pengujian yang dimiliki MK ada dua. Pertama, pengujian material. Kedua, pengujian formal.<sup>1</sup> Dengan kewenangannya tersebut, meminjam konsep yang dikenalkan Hans Kelsen, MK adalah *negative legislator* (legislator negatif). Sebagai legislator negatif, MK berpartisipasi dalam proses legislatif dengan cara yang berbeda dari badan pembentuk undang-undang yang memegang kekuasaan legislatif. Kelsen menjelaskan konsepnya: “*The annulment of a law is a legislative function, an act – so to speak – of negative legislation. A court which is competent to abolish laws – individually or generally – functions as a negative legislator.*”<sup>2</sup> Menjelaskan lebih lanjut pemikiran Kelsen, Alec Stone Sweet menyatakan:

*Kelsen understood the constitutional review of statutes to be an inherently political activity – however judicial in form – since the reviewing authority would inevitably participate in the legislative function. Nonetheless, he distinguished how parliaments and constitutional courts make law. Parliaments, he argued, are “positive legislators,” since they make law freely, according to their own policy preferences, subject only to the constraints of the constitution (for example, rules of procedure). Constitutional judges, on the other hand, are “negative legislators,” whose legislative authority is restricted to the annulment of statutes when they conflict with the law of the constitution.*<sup>3</sup>

Dalam perkara pengujian formal terhadap Pasal 169 huruf q Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum (selanjutnya disebut UU Pemilu) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) yang diregistrasi dalam Perkara Nomor 145/PUU-XXI/2023, muncul isu hukum menarik secara doktrinal, yaitu “pengujian formal terhadap Putusan MK yang dianggap cacat formal dalam proses pembentukannya” yang secara implikasi pada hakikatnya menguji peran MK ketika bertindak sebagai *positive legislator* (legislator positif) ketika memutus pengujian material terhadap Pasal 169 huruf q UU Pemilu dengan putusan inkonstitusional bersyarat dalam Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Secara historis, ketentuan Pasal 169 huruf q UU Pemilu yang diuji adalah “ketentuan baru” hasil pengujian MK dalam Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Dalam pengujian tersebut Putusan MK menyatakan inkonstitusional bersyarat sehingga rumusan Pasal 169 huruf q yang semula berbunyi “berusia paling rendah 40 (empat puluh) tahun” menjadi “berusia paling rendah 40 (empat puluh) tahun atau pernah/ sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan

<sup>1</sup> M. Ali Safa'at et al., *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* (Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2019), 163-174.

<sup>2</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (New York: Russell & Russell, 1961), 268.

<sup>3</sup> Alec Stone Sweet, “The Politics of Constitutional Review in France and Europe,” *International Journal of Constitutional Law* 5, no. 1 (2007): 83.

kepala daerah.”<sup>4</sup> Perubahan ketentuan Pasal 169 huruf q UU Pemilu hasil penerapan peran legislator positif oleh MK tersebut menjadi objek pengujian formal dalam Perkara Nomor 145/PUU-XXI/2023. Permohonan ini mendalilkan:

*“Bahwa MK memiliki 2 (dua) fungsi peraturan perundang-undangan yakni sebagai: negative legislature, dalam hal MK menyatakan sebuah norma dalam Undang-Undang bertentangan dengan UUD 1945; dan/atau positive legislature, dalam hal MK menyatakan konstitusional atau inkonstitusional sebuah norma dengan cara membuat norma baru. Biasanya hal ini dilakukan dengan memaknai pasal tertentu dalam undang-undang atau pasal yang diuji. Dalam hal Pasal 169 huruf q UU Pemilu sebagaimana dibuat oleh MK melalui Putusan 90/PUU-XXI/2023, MK sedang mendudukkan dirinya sebagai positive legislature, yakni membentuk sebuah norma Undang-Undang melalui produk putusan. Oleh karena itu, segala ketentuan mengenai formalitas pembentukan Putusan a quo harus dinyatakan berlaku sebagaimana ketentuan mengenai formalitas pembentukan Undang-Undang itu sendiri.”<sup>5</sup>*

Peran MK sebagai legislator positif adalah peran yang tidak terhindarkan – bukan peran yang secara sengaja dirancang demikian. Peran ini, secara implikasi, sesuatu yang dikehendaki, walaupun secara dasar kewenangan tidak memiliki dasar hukum eksplisit. Legislator positif adalah fenomena umum yang terjadi dalam praktik pengujian konstitusionalitas undang-undang.<sup>6</sup> Dengan demikian isunya adalah, sama seperti proses legislatif normal, undang-undang yang dihasilkan dapat mengandung cacat formal. Upaya hukum sebagai koreksi terhadap cacat formal dalam proses pembentukan undang-undang adalah mekanisme pengujian formal.<sup>7</sup> Akan tetapi, hal berbeda dengan materi muatan baru undang-undang yang dihasilkan melalui peran MK sebagai legislator positif. Isu pengujian formal pada perkara ini sangat menarik karena kondisi hukumnya mengandung *legal gap*: MK memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian formal terhadap undang-undang hasil proses legislatif normal, tetapi tidak memiliki kewenangan eksplisit untuk melakukan pengujian formal terhadap munculnya materi muatan baru dalam undang-undang hasil putusan MK sendiri yang bertindak sebagai legislator positif seperti isu hukum Perkara Nomor 145/PUU-XXI/2023. Isu hukum demikian, dikaitkan dengan kewenangan pengujian formal undang-undang oleh MK, sangat menarik karena fokus diskusi selama ini hanya fokus pada yurisdiksi orisinal pengujian formal yang ditujukan pada undang-undang, tetapi belum menyentuh isu artikel ini ketika dalam praktiknya MK, dalam pengujian undang-undang, bertindak “sama” dengan pembentuk undang-undang, yaitu menjadi legislator positif. Cacat formal dalam putusan legislator positif sangat mungkin – dan secara hakikat putusan legislator positif itu adalah undang-undang (walaupun dengan baju putusan yudisial). Dari hasil temuan *literature review* yang dilakukan, studi tentang pengujian formal baru

<sup>4</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90/PUU-XXI/2023, 58.

<sup>5</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145/PUU-XXI/2023, 4.

<sup>6</sup> Bandingkan dengan Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 31-40.

<sup>7</sup> Safa’at et al., *Hukum Acara*, 163-165.

tertuju pada pengujian undang-undang – dan bukan pengujian formal terhadap putusan legislator positif oleh MK – seperti studi yang dilakukan: Gabrielle Priscilla Wijaya,<sup>8</sup> Idul Rishan,<sup>9</sup> Dixon Sanjaya dan Rasji,<sup>10</sup> Jorawati Simarmata,<sup>11</sup> serta Tanto Lailam.<sup>12</sup> Atas dasar itu artikel ini mengandung *novelty*.

## 2. Perumusan Masalah

Artikel ini bertujuan hendak memberikan komentar atau anotasi terhadap Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 yang menguji kembali Pasal 169 huruf q UU Pemilu pasca Putusan MK No. 90/PUU-XXI/2023. Posisi hukum MK dalam Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 adalah menolak dengan pertimbangan bahwa praktik legislator positif oleh MK tidak sama dengan proses legislatif normal yang dijalankan oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) – bersama-sama dengan Presiden.<sup>13</sup> Menjadi menarik, Hakim Konstitusi Arief Hidayat dalam Putusan tersebut memberikan *concurring opinion* yang secara kasuistis posisinya dapat setuju dengan kerangka berpikir dari Permohonan bahwa MK “seyogianya” dapat melakukan pengujian formal dengan justifikasi adanya situasi abnormal terkait dengan Putusan tersebut.<sup>14</sup> Pijakan MK dalam Putusan tersebut adalah Putusan MK yang dihasilkan dari praktik legislator positif bukan undang-undang sehingga pengujian formal tidak dapat diterapkan dalam Putusan tersebut. MK rupanya tidak tergoda untuk masuk ke dalam isu yang lebih substantif bahwa tanpa dasar kewenangan eksplisit MK sebenarnya memiliki diskresi yang bersifat inheren untuk memutuskan isu tersebut. Sebaliknya, posisi demikian nampak tersirat dalam *concurring opinion* Hakim Konstitusi Arief Hidayat.

*Atas dasar itu, isu hukum artikel ini adalah:*

*Apakah MK dapat melakukan pengujian formal terhadap putusannya yang bersifat legislator positif jika ditemukan terjadi cacat formal dalam putusan walaupun tidak ada dasar kewenangan eksplisit untuk melakukan itu?*

Terhadap isu hukum di atas artikel ini mengajukan *thesis statement* yang posisinya setuju dengan *ratio decidendi* Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 dan menambahkan argumentasi baru yang tidak terelaborasi dalam Putusan yaitu “tanpa dasar kewenangan eksplisit MK tidak dapat melakukan pengujian formal terhadap putusannya dalam kapasitas sebagai legislator positif jika ditemukan adanya cacat formal dalam putusan tersebut – termasuk menggunakan alasan diskresi yudisial dengan jalan *merebut* kewenangan tersebut

<sup>8</sup> Gabrielle Priscilla Wijaya, “Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja,” *Mandalika Law Journal* 1, No. 1 (2023): 8-18.

<sup>9</sup> Idul Rishan, “Konsep Pengujian Formil Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi,” *Jurnal Konstitusi* 18, No. 1 (2021): 1-21.

<sup>10</sup> Dixon Sanjaya dan Rasji, “Pengujian Formil Undang-Undang Cipta Kerja dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020,” *Jurnal Hukum Adigama* 4, No. 2 (2021): 3255-3279.

<sup>11</sup> Jorawati Simarmata, “Pengujian Undang-Undang secara Formil oleh Mahkamah Konstitusi: Apakah Keniscayaan,” *Jurnal Legislasi Indonesia* 14, No. 1 (2017): 39-48.

<sup>12</sup> Tanto Lailam, “Analisis Praktik Pengujian Formil Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945,” *Pranata Hukum* 6, No. 2 (2011): 143-160.

<sup>13</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145, 61.

<sup>14</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145, 71.

analog seperti yang dilakukan putusan kasus *Marbury v. Madison* (1803) di Amerika Serikat walaupun diskresi yudisial tersebut sebenarnya merupakan kewenangan inheren pada badan yudisial. Tesis demikian sekaligus ditujukan untuk menanggapi *concurring opinion* Hakim Konstitusi Arief Hidayat.

### 3. Metode Penelitian

Penelitian hukum dalam rangka penulisan artikel ini adalah *case note* atau anotasi putusan pengadilan. Pendekatan yang digunakan dalam penulisan artikel ini adalah pendekatan konseptual di mana penulis menggunakan pendapat sarjana sebagai bahan hukum dalam bentuk literatur hukum seperti buku dan artikel jurnal. Fokus dari pendapat sarjana tersebut adalah tentang teori kewenangan, khususnya kewenangan yang tidak memiliki dasar hukum eksplisit. Untuk kewenangan yang demikian, pendapat sarjana mengkualifikasikan kewenangan tersebut sebagai diskresi – dan pada badan yudisial dinamakan diskresi yudisial (lihat Pembahasan B.1).

## B. PEMBAHASAN

### 1. Asas Negara Hukum dan Kewenangan

Teori klasik tentang kewenangan memiliki preskripsi bahwa kewenangan harus memiliki dasar hukum eksplisit. Ketiadaan dasar hukum eksplisit berimplikasi yuridis tidak ada kewenangan.<sup>15</sup> Oleh karena itu, ajaran pokok tentang kewenangan ini bersifat legalistik. Ajaran tersebut hanya dapat dipahami dengan baik jika dikembalikan pada asas yang mendasarinya yaitu asas negara hukum.

Berdasarkan pendekatan perbandingan, terminologi negara hukum yang biasa digunakan dalam diskursus hukum di Indonesia sesungguhnya adalah konsep yang tidak tunggal. Terminologi tersebut setidaknya dapat disejajarkan pengertiannya dengan konsep berdasarkan empat tradisi utama berbeda: *the English rule of law*, *the North American version of the rule of law*, *the German Rechtsstaat* dan *the French Etat de droit*. Danilo Zolo lalu menyimpulkan titik temu pengertian negara hukum adalah “*the normative and institutional structure of a modern State within which the legal system – and not other functional subsystems – is entrusted with the task of guaranteeing individual rights, curbing the natural tendency of political power to expand and act arbitrarily.*”<sup>16</sup> Poin inti dari pengertian negara hukum menurut Zolo adalah hukum itu sendiri dalam hal ini peranan sistem hukum dalam rangka pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah. Sistem hukum, dalam kerangka asas negara hukum, bertanggung jawab sebagai preskripsi untuk, pada satu sisi, memberikan perlindungan terhadap hak-hak individu, dan, pada sisi lain, mencegah

<sup>15</sup> Philipus M. Hadjon, “Tentang Wewenang,” *Yuridika* 7, No. 5-6 (1997): 1-8.

<sup>16</sup> Danilo Zolo, “Rule of Law: A Critical Appraisal,” dalam Pietro Costa dan Danilo Zolo (editors), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism* (Dordrecht: Springer, 2007), 7.

supaya kekuasaan pemerintah untuk tidak bertambah sehingga pemerintah dapat leluasa bertindak secara sewenang-wenang.

Randall Peerenboom mengelaborasi pengertian negara hukum sebagai berikut: “*At its most basic, rule of law refers to a system in which law is able to impose meaningful restraints on the State and individual members of the ruling elite, as captured in the rhetorically powerful if overly simplistic notions of a government of laws, the supremacy of the law and equality of all before the law.*”<sup>17</sup> Pengertian yang dikemukakan Peerenboom bertolak dari pengertian-pengertian klise dari negara hukum seperti “pemerintahan hukum,” “supremasi hukum” dan “persamaan kedudukan di depan hukum.” Inti dari pengertian-pengertian tersebut adalah tuntutan supaya hukum harus mampu memberikan pembatasan secara bermakna terhadap negara (pemerintah dan pejabat yang memegang kekuasaan pemerintahan dalam arti luas) – bahkan termasuk individu-individu yang dapat dikategorikan sebagai *ruling elite*. Peerenboom membedakan makna substantif dari negara hukum dengan konsep *thin* dan *thick*. Untuk menjelaskan hubungan antara konsep kewenangan dan negara hukum, penulis hanya akan merujuk penjelasan yang relevan dari Peerenboom tentang konsep *thin* dari negara hukum:

*For present purposes, the constitutive elements of a thin conception include, in addition to meaningful restraints on State actors, the following. There must be rules or norms for determining which entities (including courts) may make law, and laws must be made by an entity in accordance with such rules and norms to be valid. Laws must be made public and readily accessible. Law must be generally applicable: that is, laws must not be aimed at a particular person and must treat similarly situated people equally for the most part. Laws must be relatively clear, consistent on the whole, relatively stable, and generally prospective rather than retroactive. Laws must be enforced – the gap between the law on books and law in practice should be relatively narrow – and fairly applied. Moreover, laws must be reasonably acceptable to a majority of the populace or people affected (or at least the key groups affected) by the laws.*<sup>18</sup>

Pada kutipan di atas, peranan hukum, berdasarkan asas negara hukum, dalam kaitan dengan kewenangan nampak pada pernyataan harus adanya “*rules or norms for determining which entities (including courts) may make law, and laws must be made by an entity in accordance with such rules and norms to be valid.*” Berda

sarkan pendapat Peerenboom dapat disimpulkan bahwa kewenangan adalah konsep yang dibentuk dan diberikan oleh hukum sehingga pembatasan hukum terhadap pemerintah – seperti yang menjadi tuntutan dari asas negara hukum – dapat operasional.

Tentu saja pengertian ini masih perlu dielaborasi lebih lanjut dengan pertanyaan: pembentukan dan pemberian kekuasaan oleh hukum seperti apa yang secara fungsional

<sup>17</sup> Randall Peerenboom, “Varieties of Rule of Law: An Introduction and Provisional Conclusion,” dalam Randall Peerenboom (editor), *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, French and the U.S.* (London: Routledge, 2005), 2.

<sup>18</sup> Randall Peerenboom, “Varieties,” 2.

mampu berdampak membatasi kekuasaan. Selain kewenangan yang dibentuk dan kemudian diberikan harus terbatas, kewenangan tersebut harus dipilah-pilah secara fungsional atau sesuai dengan fungsinya. Inilah yang dikenal dengan konsep *separation of powers*, instrumen untuk pembatasan kekuasaan, di mana kewenangan diberikan kepada badan-badan pemerintah sesuai dengan fungsi badan-badan pemerintah itu masing-masing. Tentang makna *separation of powers* Montesquieu menjelaskan:

*When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may arise lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner. Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be subject to arbitrary control; for the judge would then be legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression. There would be an end of everything, were the same man or the same body, whether of the nobles or of the people, to exercise those three powers, that of enacting laws, that of executing the public resolutions, and of trying the causes of individuals.<sup>19</sup>*

Pendapat doktrinal selanjutnya untuk dirujuk adalah fungsi negara hukum dari Brian Tamanaha. Menurut Tamanaha, negara hukum memiliki dua fungsi, yaitu “*impose legal restraints on government officials*”<sup>20</sup> dan “*maintain order and coordinate behavior and transactions among citizens.*”<sup>21</sup> Penulis hanya akan fokus pada penjelasan tentang fungsi pertama yang sifatnya vertikal (hubungan antara pemerintah dengan warga negara), bukan fungsi kedua yang sifatnya horisontal (hubungan antar warga negara). Fungsi pertama ini dijalankan dengan dua cara. Pertama, *by requiring compliance with existing law*. Tuntutannya di sini adalah pemerintah (pejabat pemerintah) harus patuh terhadap hukum positif dalam setiap tindakannya dengan pengertian: tindakan pemerintah harus memiliki dasar dalam hukum positif (*positive legal authorization*) dan tindakan pemerintah tersebut tidak boleh bertentangan dengan larangan atau pembatasan yang diberlakukan oleh hukum positif kepadanya.<sup>22</sup> Kedua, *by imposing legal limits on law-making power*. Pembatasan ini memiliki pengertian pemerintah tidak memiliki kebebasan dalam membentuk peraturan perundang-undangan meskipun memiliki kewenangan untuk melakukan itu.<sup>23</sup> Pembatasan ini dielaborasi lebih lanjut oleh Tamanaha:

*Legal restrictions of this sort rank above (control over) ordinary law-making. The most familiar versions of this are: 1) constitutionally imposed limits, 2) transnational or international legal limits, 3) human rights limits, and 4) religious or natural law*

<sup>19</sup> Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 52.

<sup>20</sup> Brian Z. Tamanaha, “A Concise Guide to the Rule of Law,” dalam Gianluigi Palombella dan Neil Walker (editors), *Relocating the Rule of Law* (Oxford: Hart Publishing, 2009), 4.

<sup>21</sup> Tamanaha, “Concise,” 6.

<sup>22</sup> Tamanaha, “Concise,” 4.

<sup>23</sup> Tamanaha, “Concise,” 4.

*limits. In different ways and senses, these types of law are superior to and impose restraints upon routine law-making.*<sup>24</sup>

Pembatasan seperti dijelaskan Tamanaha di atas adalah pembatasan “hukum” terhadap materi muatan peraturan perundang-undangan yang dapat dibentuk oleh pemerintah. Tentu saja selain pembatasan substantif tersebut, tersedia pula pembatasan yang lain dalam pembentukan peraturan perundang-undangan yaitu pembatasan prosedural.<sup>25</sup>

Berdasarkan penjelasan asas negara hukum di atas maka dapat dipahami mengapa kewenangan harus memiliki dasar hukum eksplisit. Kewenangan harus memiliki dasar hukum eksplisit didasari pengertian pembatasan hukum terhadap kekuasaan. Pembatasan hukum terhadap kekuasaan ini adalah inti dari asas negara hukum seperti dijelaskan di atas. Selanjutnya dipertanyakan apakah norma tersebut (kewenangan harus memiliki dasar hukum eksplisit) absolut? Ataukah dalam situasi tertentu terdapat pengecualian terhadap norma tersebut – dan pengecualian demikian juga tetap sesuai dengan asas negara hukum?

Asas negara hukum tidak memperlakukan norma tersebut absolut dengan dikenalnya konsep diskresi sebagai pengecualiannya. Konsepsi diskresi paling menarik dikemukakan oleh John Locke karena konsepsi ini dibangun atas dasar pra-pemahaman konsep *limited government*.<sup>26</sup> Secara substantif, inti ajaran Locke dapat dibedakan menjadi dua. Pertama, ajaran sebagai asas umum yang preskripsinya adalah “*the powers of government ought to be exercised by established and promulgated laws.*”<sup>27</sup> Ajaran ini yang berdasarkan penjelasan di atas merupakan pengertian pokok dari asas negara hukum dalam kaitan dengan kewenangan pemerintah yaitu “kewenangan harus memiliki dasar hukum eksplisit.” Kedua, ajaran sebagai pengecualian dari asas umum tersebut, yang preskripsinya adalah “*to act according to discretion, for the publick good, without the prescription of the Law, and sometimes even against it.*”<sup>28</sup> Secara harfiah pernyataan Locke tersebut dapat dimaknai sebagai “bertindak sesuai dengan diskresi, untuk kepentingan umum, tanpa dasar hukum eksplisit, dan bahkan bertentangan dengan dasar hukum tersebut. Konsep demikian dinamakan Locke sebagai *prerogative*.

Diskresi adalah konsep tentang kewenangan pemerintah yang ada pada semua badan pemerintah sesuai dengan fungsinya masing-masing. Di ranah yudisial, pendapat Justice Antonin Scalia, Mahkamah Agung Amerika Serikat, yang mengutip pendapat Aristoteles sangat tepat sebagai sebuah prapemahaman. Pendapat Aristoteles menyatakan: “*Rightly constituted laws should be the final sovereign; and personal rule, whether it be exercised by a single*

<sup>24</sup> Tamanaha, “Concise,” 5.

<sup>25</sup> Titon Slamet Kurnia, *Sistem Hukum Indonesia: Sebuah Pemahaman Awal* (Bandung: Mandar Maju, 2016), 41-45.

<sup>26</sup> Krishna D. Darumurti, “Perspektif Filosofis Kekuasaan Diskresi Pemerintah,” *Refleksi Hukum* 8, No. 1 (2014): 46.

<sup>27</sup> Clement Fatovic, *Outside the Law: Emergency and Executive Power* (Baltimore: The John Hopkins University Press, 2009), 39.

<sup>28</sup> Fatovic, *Outside*, 39.

*person or a body of persons, should be sovereign only in those matters on which law is unable, owing to the difficulty of framing general rules for all contingencies, to make an exact pronouncement.*"<sup>29</sup> Atas dasar pernyataan tersebut Scalia memberikan interpretasi tentang adanya dua jenis kewenangan. Pertama, kewenangan yang dasarnya *general rule of law*. Kewenangan demikian, dalam kerangka pernyataan Aristoteles di atas, memiliki pengertian: "*Rightly constituted laws should be the final sovereign.*" Kedua, kewenangan yang dasarnya *personal discretion to do justice*. Kewenangan ini memiliki pengertian "*should be sovereign only in those matters on which law is unable, owing to the difficulty of framing general rules for all contingencies, to make an exact pronouncement.*"

Pengertian seperti dikemukakan di atas sangat relevan dengan isu hukum dari artikel ini, yaitu ketiadaan dasar kewenangan eksplisit pada MK untuk dapat melakukan pengujian formal terhadap materi muatan baru suatu undang-undang sebagai implikasi dari putusannya sebagai legislator positif jika ditemukan adanya cacat formal dalam putusan tersebut. Berdasarkan pengertian di atas, satu-satunya jalan hukum untuk MK dapat melakukan pengujian formal adalah menggunakan kewenangan yang basisnya adalah konsep diskresi. Pada badan yudisial, diskresi demikian disebut diskresi yudisial – dan itu bukanlah konsep yang asing. Salah satu contoh pengakuan terhadap konsep diskresi yudisial dikemukakan oleh H.L.A. Hart, seorang filsuf hukum terkemuka dari Inggris: "*If in such cases the judge is to reach a decision and is not, as Bentham once advocated, to disclaim jurisdiction or to refer the points not regulated by the existing law to the legislature to decide, he must exercise his discretion and make law for the case instead of merely applying already pre-existing settled law.*"<sup>30</sup> Menjelaskan lebih lanjut tentang diskresi yudisial – dan perbedaannya dengan tindakan pembentuk undang-undang dalam menjalankan kekuasaan legislatif – Hart menyatakan:

*It is important that the law-creating powers which I ascribe to the judges to regulate cases left partly unregulated by the law are different from those of a legislature: not only are the judge's powers subject to many constraints narrowing his choice from which a legislature may be quite free, but since the judge's powers are exercised only to dispose of particular instant cases he cannot use these to introduce large-scale reforms or new codes. So his powers are interstitial as well as subject to many substantive constraints. None the less there will be points where the existing law fails to dictate any decision as the correct one, and to decide cases where this is so the judge must exercise his law-making powers. But he must not do this arbitrarily: that is he must always have some general reasons justifying his decision and he must act as a conscientious legislator would by deciding according to his own beliefs and values.*<sup>31</sup>

Untuk mempertajam penjelasan teoretis di atas, penulis menggunakan kasus *Marbury v. Madison* sebagai preseden tentang penerapan diskresi yudisial dengan dasar pemikiran Mahkamah Agung Amerika Serikat tidak memiliki kewenangan eksplisit, berdasarkan

<sup>29</sup> Antonin Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules," *University of Chicago Law Review* 56, No. 4 (1989): 1176.

<sup>30</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1994), 272.

<sup>31</sup> Hart, *The Concept*, 273.

Konstitusi, untuk menguji konstusionalitas undang-undang.<sup>32</sup> Tindakan *Chief Justice* John Marshall menyatakan *the Judiciary Act 1789* inkonstitusional berdasarkan Artikel III Konstitusi Amerika Serikat adalah tindakan merampas atau merebut kekuasaan tersebut dengan dibantu teknik logika yuridis dari Konstitusi Amerika Serikat yang kedudukannya sebagai *the supreme law of the land* untuk menciptakan bagi dirinya sendiri, Mahkamah Agung, kewenangan menyatakan undang-undang inkonstitusional (atau biasa dikenal dengan konsep *judicial review*). Penjelasan teoretis tentang tindakan Marshall tersebut diberikan oleh Robert Reinstein dan Marc Rahdert.

Reinstein dan Rahdert menjelaskan, bangunan logika yuridis dari tindakan Marshall menyatakan *the Judiciary Act 1789* inkonstitusional sebagai berikut:

1. *In a case properly before it, the court is bound by an oath to decide according to the law;*
2. *If two laws are in conflict in that case, the court must choose which law to apply;*
3. *If one of the laws is superior to the other in importance and authority, that law must be held by the court to nullify the lesser law;*
4. *The Constitution is a superior law to an ordinary statute and therefore must be held by the court to nullify a statute whose terms conflict with the Constitution; and*
5. *It is the special province of the judiciary to determine the meaning of all laws, including the Constitution.*<sup>33</sup>

Walaupun tidak memiliki kewenangan eksplisit untuk menyatakan undang-undang inkonstitusional, secara silogistik Marshall menyatakan bahwa kewenangan demikian “tetap ada” karena “*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.*”<sup>34</sup> Kewenangan “*to say what the law is*”, merujuk pada bangunan logika yuridis di atas, dasarnya terletak pada proposisi ke-empat di mana “*The Constitution is a superior law to an ordinary statute and therefore must be held by the court to nullify a statute whose terms conflict with the Constitution.*” Reinstein dan Rahdert yang menjelaskan makna di balik proposisi ke-empat menyatakan:

*Although the Supremacy Clause establishes the hierarchy of federal over state law, it does not explicitly make the Constitution superior to acts of Congress or federal treaties. The revolutionary doctrine in Marbury is that the Constitution is a law that is superior to all other laws, including statutes enacted by Congress. This explains why Marshall went to such lengths to prove the doctrinal supremacy of the Constitution, which is now considered obvious. By establishing that the Constitution is itself a law, and supreme to all other federal laws, Marshall could then place the Constitution at*

<sup>32</sup> Titon Slamet Kurnia, “Mahkamah Agung dan Supremasi Konstitusi: Diskresi Yudisial dalam Penerapan Undang-Undang,” *Mimbar Hukum* 34, No. 1 (2022): 96-99.

<sup>33</sup> Robert J. Reinstein dan Marc C. Rahdert, “Reconstructing Marbury,” *Arkansas Law Review* 57, No. 4 (2005): 801.

<sup>34</sup> Reinstein dan Rahdert, “Reconstructing,” 803.

*the apex of the hierarchy of laws and apply accepted English rule of law principles to establish judicial review.*<sup>35</sup>

Dengan demikian, walaupun tanpa dasar kewenangan eksplisit yang diberikan oleh Konstitusi, Mahkamah Agung Amerika Serikat, dalam kasus *Marbury*, “merebut” dan “menciptakan” kewenangan tersebut secara inferensial. Inilah diskresi yudisial sebagai dasar untuk tindakan Mahkamah Agung Amerika Serikat menyatakan undang-undang inkonstitusional. Sebagai catatan, praktik ini sebenarnya didukung secara historis oleh preseden sangat kuat, walaupun ketentuan Konstitusi mengandung *gap* untuk isu kewenangan tersebut.<sup>36</sup>

## 2. Perdebatan Pemikiran Hukum dalam Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023

Permohonan ini memahami keterbatasannya bahwa upaya untuk mengajukan pengujian formal dalam Perkara Nomor 145/PUU-XXI/2023 ini ibarat *mission impossible*. Dalam proses meyakinkan MK, Permohonan mendalilkan bahwa Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 analog dengan undang-undang karena, lewat praktik legislator positif, timbul ketentuan baru dalam Pasal 169 huruf q yang semula berbunyi “berusia paling rendah 40 (empat puluh) tahun” menjadi “berusia paling rendah 40 (empat puluh) tahun atau pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah.” Pengertian ini nampak tersirat dalam Permohonan:

*Norma Pasal 169 huruf q UU Pemilu sendiri dibuat menjadi norma baru oleh MK. Ketika MK mendudukkan diri sebagai positive legislature, maka menjadi sebuah konsekuensi logis bahwa MK juga terikat dengan prosedur formil pembentukan putusan, karena kedudukannya saat itu dianggap sama dengan pembentuk undang-undang. Oleh karena itu, sudah tepat jika cluster yang dilakukan dalam perkara ini adalah cluster uji formil.*<sup>37</sup>

Mengingat MK bukan badan pembentuk undang-undang, maka isu pengujian formal di sini adalah terkait dengan formalitas dari proses pembuatan Putusan oleh MK. Formalitas dari pembuatan Putusan oleh MK, dalam hal ini Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023, menjadi isu karena di kemudian hari diperoleh bukti bahwa Putusan tersebut mengandung cacat formal,<sup>38</sup> sehingga berimplikasi terhadap keabsahan materi muatan baru dalam Pasal 169 huruf q UU Pemilu yang dihasilkan lewat praktik legislator positif tersebut.

<sup>35</sup> Reinstein dan Rahdert, “Reconstructing,” 802.

<sup>36</sup> Edward S. Corwin, “The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress,” *Michigan Law Review* 4, No. 8 (1906): 613-630; Edward S. Corwin, “The Establishment of Judicial Review I,” *Michigan Law Review* 9, No. 2 (1910): 102-125; Edward S. Corwin, “Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review,” *Michigan Law Review* 12, No. 7 (1914): 538-572; William M. Treanor, “Judicial Review Before Marbury,” *Stanford Law Review* 58, No. 2 (2005): 455-562; Scott D. Gerber, “The Court, the Constitution, and the History of Ideas,” *Vanderbilt Law Review* 61, No. 4 (2008): 1067-1126.

<sup>37</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145, 5.

<sup>38</sup> Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi, Putusan Nomor: 2/MKMK/L/11/2023.

Walaupun kewenangan MK untuk melakukan pengujian formal terhadap Putusannya tidak dinyatakan secara eksplisit, Permohonan berusaha meyakinkan MK bahwa kewenangan demikian ada – walaupun implisit – dengan argumentasi:

*Permohonan ini adalah pemeriksaan perkara baru yang meminta agar MK melakukan pengujian formil terkait sebuah norma yang derajatnya setingkat dengan UU, yakni norma Pasal 169 huruf q UU Pemilu yang dibuat oleh MK melalui Putusan 90/PUU-XXI/2023 (bukan Putusan 90/PUU-XXI/2023 secara tunggal). Terlebih sebagaimana dalil Para Pemohon, posisi MK saat itu sedang memainkan peran sebagai positive legislature. Oleh karena itu, MK jelas memiliki kewenangan dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara a quo.<sup>39</sup>*

Lebih lanjut, Permohonan menyatakan:

*Bahwa penting untuk kembali merujuk kepada pasal-pasal yang Para Pemohon sebutkan sebagai dasar kewenangan MK menguji undang-undang terhadap UUD 1945, yakni pada Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Pasal 10 ayat (1) huruf a UU MK, Pasal 29 ayat (1) huruf a UU Kekuasaan Kehakiman, dan Pasal 2 ayat (3) PMK 2/2021 yang menyatakan bahwa MK berwenang menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Seluruhnya menggunakan kata “undang-undang” dengan huruf kecil. Artinya, tidak hanya merujuk pada undang-undang yang dikeluarkan oleh DPR dan Presiden, melainkan sebuah amar yang dikeluarkan oleh MK ketika memainkan perannya sebagai positive legislature, maka amar tersebut selevel dengan “undang-undang” yang dimaksud pasal-pasal a quo.<sup>40</sup>*

MK dalam perkara pengujian formal ini menjatuhkan putusan menolak atau tidak mengabulkan. Justifikasi yang diberikan MK atas putusannya sangat lugas. Meskipun dalam Putusan tersebut MK bertindak sebagai legislator positif, akan tetapi produk hukum yang menjadi kemasannya bukan undang-undang, melainkan putusan yudisial. MK menyatakan *ratio decidendi* Putusan ini: “Mahkamah tidak mungkin mempersamakan proses pembentukan undang-undang dengan proses pengambilan putusan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH) ketika memutus untuk menilai konstitusionalitas norma yang sejatinya merupakan bagian materiil dari suatu undang-undang.”<sup>41</sup> Secara teoretis, jika disimpulkan, MK memilih tidak menempuh jalan yang dikenal dengan konsep diskresi yudisial. Menggunakan atau tidak menggunakan diskresi yudisial untuk melakukan pengujian formal belum menjadi isu karena posisi MK berhenti di titik bahwa Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023, yang menambahkan materi muatan baru ke dalam Pasal 169 q UU Pemilu, tidak memenuhi kualifikasi sebagai undang-undang. Sementara yurisdiksi MK adalah menguji undang-undang baik secara material maupun secara formal. Posisi tersebut dapat dipahami karena MK berpendirian bahwa RPH yang merupakan inti dari proses yudisial dalam menghasilkan

<sup>39</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145, 7.

<sup>40</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145, 7.

<sup>41</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145, 61.

putusan tidak sama dengan proses legislatif sehingga walaupun sebagai implikasi dari praktik legislator positif membuat materi muatan undang-undang bertambah, hal ini bukan ranah yurisdiksi MK untuk “menguji” secara baik material maupun secara formal. Dengan pengertian lebih sederhana, isu hukum dalam Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 adalah permohonan untuk menguji formal Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Karena Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 bukan undang-undang maka permohonan pengujian yang objeknya demikian ditolak oleh MK.

Penulis berpendapat bahwa *ratio decidendi* MK tersebut tidak salah, tetapi kurang menarik karena tidak masuk ke dalam pertanyaan yang lebih substantif seperti yang hendak diarahkan oleh Permohonan ini. Dipahami secara teoretis, pendirian MK mengandung pengertian, sumber kewenangan pengujian MK adalah undang-undang sendiri sebagai objek pengujian yang sifatnya absolut. Jika bukan undang-undang maka konklusinya MK menganggap dirinya tidak memiliki kewenangan. Dalam kasus ini, MK tidak mengindahkan analogi dalam Permohonan bahwa putusan yang menerapkan peran sebagai legislator positif memposisikan MK sejajar dengan pembentuk undang-undang, sehingga putusannya analog dengan undang-undang. Atas dasar itu, pertanyaan selanjutnya sebagai implikasi menjadi tidak terjawab. Pertanyaan itu adalah pertanyaan yang menjadi isu hukum dari artikel ini dalam memberikan anotasi terhadap Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023, yaitu tanpa dasar kewenangan eksplisit, dapatkah MK melakukan pengujian formal terhadap putusannya yang menjalankan peran sebagai legislator positif jika ditemukan adanya cacat formal dalam putusan tersebut.

Posisi Permohonan sudah tepat dalam upayanya untuk “mempengaruhi” MK supaya permohonannya dikabulkan. Permohonan mengusulkan kepada MK untuk menggunakan pendekatan aktivisme yudisial dan pendekatan hukum progresif dalam memutuskan perkara.<sup>42</sup> Posisi tersebut nampaknya beralasan menurut Hakim Konstitusi Arief Hidayat yang memberikan *concurring opinion*. Hakim Konstitusi Arief Hidayat menyatakan:

*Berkenaan dengan situasi yang normal, telah menjadi suatu keniscayaan bahwa putusan Mahkamah bersifat final dan mengikat (final and binding) sebagaimana ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. Namun melihat dinamika dan perkembangan praktik pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi, terutama pasca Putusan 90/PUU-XXI/2023, saya merasa bahwa Mahkamah sebagai penafsir akhir konstitusi (the final interpreter of constitution) perlu menafsirkan ulang makna final dan mengikat sebagaimana ketentuan dimaksud hanya apabila dihadapkan pada situasi yang abnormal. Definisi dan batasan dari situasi abnormal adalah situasi di mana saat Mahkamah mengadili suatu perkara ternyata terdapat dugaan kuat adanya intervensi dari cabang kekuasaan lain yang secara faktual maupun potensial merusak independensi Mahkamah dalam mengadili dan memutus perkara, adanya hak ingkar hakim yang diabaikan, hakim konstitusi yang memiliki benturan kepentingan baik*

<sup>42</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145, 21-31.

*langsung maupun tidak langsung tidak mengundurkan diri, adanya kejanggalan dalam proses penanganan perkara, dan adanya kuorum pengambilan keputusan yang terkesan dipaksakan. Dalam kondisi demikian, masyarakat pencari keadilan dapat saja mengajukan pengujian formil terhadap putusan Mahkamah Konstitusi yang bermasalah tersebut dengan tidak mengikutsertakan hakim konstitusi yang diduga atau secara nyata memiliki benturan kepentingan (conflict of interest) dengan perkara a quo.*<sup>43</sup>

Berdasarkan pernyataan di atas nampaknya Hakim Konstitusi Arief Hidayat “tergoda” untuk menggunakan jalan diskresi yudisial. Menanggapi isu hukum dari perkara ini, kerangka berpikir *concurring opinion* Hakim Konstitusi Arief Hidayat nampak paralel dengan pendapat Aristoteles ketika dilakukan pembedaan antara situasi normal dan situasi abnormal sebagai situasi yang harus diperhatikan untuk mendasari “bagaimana seharusnya hakim memutuskan suatu perkara.”<sup>44</sup> Dari pernyataan Hakim Konstitusi Arief Hidayat dapat disimpulkan pengertian bahwa situasi abnormal yang melatarbelakangi putusan berimplikasi pada lahirnya kewenangan untuk melakukan pengujian formal terhadap putusan meskipun pengujian demikian tidak memiliki dasar hukum secara eksplisit. Di sini Hakim Konstitusi Arief Hidayat mendasarkan pendapatnya pada pendekatan hukum progresif.<sup>45</sup>

Walaupun posisi ini nampak menarik, penulis pada bagian selanjutnya akan menanggapi itu sebagai pendekatan yang tidak seharusnya untuk ditempuh MK. Diskresi yudisial seperti dilakukan Marshall dalam kasus *Marbury* bukan praktik asing di lingkungan MK seperti diintrodukirnya peran MK sebagai legislator positif yang justru bertolak belakang dengan hakikat dari institusi peradilan konstitusional sebagai legislator negatif seperti konsep Kelsen. Praktik demikian masih dapat ditoleransi. Akan tetapi lain halnya jika, mengikuti dalil Permohonan, MK merasa memiliki kewenangan untuk memutus pengujian formal terhadap Putusan MK dengan menggunakan argumen kewenangan diskresi yudisial inheren karena putusan tersebut dianggap analog dengan undang-undang.

### **3. Mengapa Diskresi Yudisial Tidak Aplikabel untuk Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023**

Bagian ini ditujukan untuk menjawab isu hukum dari artikel di mana posisi penulis adalah “tanpa dasar kewenangan eksplisit MK tidak dapat melakukan pengujian formal terhadap putusannya dalam kapasitas sebagai legislator positif jika ditemukan adanya cacat formal dalam putusan tersebut.” Dengan demikian artikel ini setuju dengan Putusan MK No. 145/PUU-XXI/2023. Walaupun memiliki diskresi yudisial, tetapi MK tidak dapat menerapkannya untuk kasus ini. Artikel ini memberikan argumentasi tambahan supaya pendirian MK dalam kasus ini semakin *make sense* – tidak hanya bersandar pada pendekatan formalisme semata.

<sup>43</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145, 71.

<sup>44</sup> Lihat kembali Sub-Judul B.1.

<sup>45</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145, 72-74.

Menanggapi isu hukum pengujian formal terhadap Pasal 169 q UU Pemilu sebagai produk penerapan peran legislator positif dalam Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023, MK, secara teori, memosisikan diri sebagai formalis – sebuah pendirian yang selalu diklaim paling mendekati tuntutan asas negara hukum. Predikat sebagai formalis ini nampak paralel dengan pendapat Scalia yang memberikan ilustrasi tentang bagaimana posisi formalis itu bekerja:

*The rule of law is about form. If, for example, a citizen performs an act – let us say the sale of certain technology to a foreign country – which is prohibited by a widely publicized bill proposed by the administration and passed by both houses of Congress, but not yet signed by the President, that sale is lawful. It is of no consequence that everyone knows both houses of Congress and the President wish to prevent that sale. Before the wish becomes a binding law, it must be embodied in a bill that passes both houses and is signed by the President. Is that not formalism?<sup>46</sup>*

Kemungkinan MK menempatkan diri sebagai formalis seperti pernyataan Scalia di atas sebenarnya sudah diantisipasi oleh Permohonan dengan meminta MK untuk menerapkan pendekatan hukum progresif setidaknya berkenaan dengan dua isu. Pertama, Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 analog dengan undang-undang. Kedua, implikasinya, karena analog dengan undang-undang, MK dianggap memiliki kewenangan melakukan pengujian formal terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Seandainya MK mengikuti pendirian dari Permohonan maka kemungkinan hasilnya Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 ini akan menarik karena menuntut MK untuk melakukan tindakan “akrobatik” yang biasa disebut dengan istilah *rule-breaking*,<sup>47</sup> dan bahkan, kemungkinan, tindakan ini akan memperoleh respons positif dari publik yang kecewa dengan Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023.

Pertama-tama, dalam anotasi menanggapi Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023, penulis tidak akan muluk-muluk seperti posisi Permohonan. Berdasarkan asas negara hukum, isu tentang kewenangan dapat dijawab sebagai berikut. Sebagai asas umum, kewenangan harus memiliki dasar hukum eksplisit. Ketiadaan dasar hukum eksplisit berimplikasi yuridis tidak ada kewenangan. Asas negara hukum tidak memberlakukan “hukum” tentang kewenangan yang demikian secara absolut, tetapi memberikannya pengecualian. Pengecualian ini yang disebut dengan diskresi – dan di ranah kekuasaan yudisial, diskresi tersebut dinamakan diskresi yudisial. Tanpa memerlukan justifikasi yang rumit, seperti pendekatan hukum progresif, keberadaan diskresi yudisial sudah bersifat inheren sebagai ranah kewenangan tradisional dari badan yudisial untuk kasus-kasus tertentu.<sup>48</sup> Dengan demikian yang seharusnya menjadi isu bukanlah *apakah diskresi yudisial itu ada atau tidak* (sehingga ada atau tidaknya harus dibuktikan terlebih dahulu), tetapi *apakah diskresi yudisial itu akan digunakan atau tidak* (kursif – penulis).

<sup>46</sup> Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation* (New Jersey: Princeton University Press, 1997), 25.

<sup>47</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 145, 24.

<sup>48</sup> Lihat kembali Sub-judul B.1.

Mengingat isu hukum sebenarnya dalam Perkara Nomor 145/PUU-XXI/2023 adalah ketiadaan dasar kewenangan eksplisit pada MK untuk dapat melakukan pengujian formal terhadap materi muatan baru suatu undang-undang sebagai implikasi dari putusnya sebagai legislator positif jika ditemukan adanya cacat formal dalam putusan tersebut, maka pertanyaan yang seharusnya adalah *apakah diskresi yudisial aplikabel untuk kasus ini*. Dengan kerangka berpikir demikian, diskresi yudisial adalah konsep yang bersifat *self-evident* sebagai kewenangan inheren dari badan yudisial, termasuk MK. Oleh karena itu, pertanyaan ikutannya adalah dapatkah diskresi yudisial menjadi dasar untuk menjawab isu hukum dalam Perkara Nomor 145/PUU-XXI/2023.

Seperti dipaparkan sebelumnya, poin di atas tidak terelaborasi dalam Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 karena sebelum masuk ke dalam isu substantif, dalil Permohonan bahwa Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 analog dengan undang-undang dimentahkan MK. Ibaratnya, isu ini seperti layu sebelum berkembang. Posisi MK, yang secara teori disebut sebagai formalis, sudah benar. Akan tetapi, untuk kepentingan teoretis, hal demikian tidak memuaskan. Menganalogikan Putusan MK yang menerapkan peran legislator positif dengan undang-undang adalah masuk akal karena kewenangan MK menguji konstitusionalitas undang-undang adalah kewenangan yang sifatnya konkuren dengan kekuasaan legislatif, tetapi dilaksanakan oleh badan yudisial. Atas dasar itu, peran badan yudisial dalam menguji konstitusionalitas undang-undang disebut sebagai peran legislatif – *negative legislator* menurut Kelsen, maupun *positive legislator* yang berada di luar skenario Kelsen.

Namun begitu, walau benar, *ratio decidendi* MK yang menyatakan “Mahkamah tidak mungkin mempersamakan proses pembentukan undang-undang dengan proses pengambilan putusan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH) ketika memutuskan untuk menilai konstitusionalitas norma yang sejatinya merupakan bagian materiil dari suatu undang-undang” tidak menarik secara teoretis. Poin keberatannya adalah, dengan menerapkan peran legislator positif maka MK sejatinya sudah keluar dari peran normalnya dalam melakukan pengujian konstitusionalitas undang-undang sebagai negatif legislator. Dengan *legislate* secara positif maka MK sudah menjadi badan legislatif, tidak hanya badan yudisial yang perannya dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang sebagai legislator negatif sebatas menyatakan undang-undang inkonstitusional. Membedakan proses pembentukan undang-undang dengan RPH perihal Putusan MK yang bersifat legislator positif seperti *ratio decidendi* MK dalam Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 jelas tidak *fair*. Jika tidak ingin dituntut untuk dipersamakan dengan badan pembentuk undang-undang maka seharusnya, supaya *fair*, MK hanya bertindak dalam peran orisinalnya sebagai legislator negatif, tidak melakukan tindakan sebagai legislator positif.

Supaya menarik, seharusnya MK melakukan analisis dua tahap dalam menjawab isu hukum pengujian formal dalam Perkara Nomor 145/PUU-XXI/2023. Pertama, mengkualifikasikan Putusan MK yang bersifat legislator positif analog dengan undang-undang. Kedua, menjawab isu substantif perihal MK sesungguhnya memiliki diskresi yudisial

inheren untuk memutuskan kasus ini meskipun tanpa dasar kewenangan eksplisit tetapi pada akhirnya MK memilih menahan diri dengan menyerahkan isu tentang kewenangan tersebut kepada pembentuk undang-undang. Hal ini supaya terdapat kontrol terhadap tindakan MK sebagai legislator positif oleh dirinya sendiri, sehingga jika terjadi kesalahan dalam tindakan tersebut yang melakukan koreksi adalah MK sendiri (baca: asas *contrarius actus*). Kesimpulan MK bahwa RPH tidak dapat dipersamakan dengan proses legislatif dalam menghasilkan undang-undang menunjukkan bahwa MK melokalisir isu hukum perkara tersebut hanya sebatas *error in objecto*. Atas dasar itu penulis tiba pada poin substantif dari artikel ini perihal dapat atau tidaknya isu hukum dalam Perkara Nomor 145/PUU-XXI/2023 ini diputuskan dengan diskresi yudisial – setidaknya mengikuti preseden kasus *Marbury* – di mana MK “menciptakan” sendiri kewenangan untuk melakukan pengujian formal terhadap putusannya (khusus) hanya sebagai legislator positif.

Posisi anotasi ini terhadap isu hukum tersebut adalah negatif. Tidak melakukan diskresi yudisial seperti kasus *Marbury* adalah hal positif – walaupun secara hasil mungkin sangat tidak dikehendaki publik mengingat publik yang bereaksi negatif terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Seperti dijelaskan sebelumnya, walaupun “diskresi yudisial itu ada” – dan presedennya seperti kasus *Marbury* juga eksplisit – MK dapat menempatkan isu ini sebagai ranah kekuasaan legislatif supaya jika dikehendaki pengujian formal terhadap Putusan MK yang bertindak sebagai legislator positif maka kewenangannya harus diberikan lebih dahulu oleh undang-undang. Walaupun MK memiliki diskresi yudisial tetapi MK dapat memilih tidak menggunakannya sebagai komitmen kenegarawanan untuk menghindari praktik yudisialisasi politik. Posisi demikian justru akan sangat menarik secara institusional – dan sekaligus berfungsi sebagai otokritik terhadap putusan sebelumnya – Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 – yang jelas-jelas merupakan praktik yudisialisasi politik sangat vulgar tepat seperti kritik Hakim Konstitusi Saldi Isra dalam *dissenting opinion*-nya yang menyatakan:

*Selain itu, secara doktriner, permasalahan yang berkaitan dengan persyaratan usia minimum pejabat negara, termasuk syarat usia minimum sebagai calon presiden dan wakil presiden, sebagaimana diajukan dalam permohonan a quo dapat dikatakan menjadi bagian dalam doktrin political question, yaitu permasalahan yang seharusnya diselesaikan dengan keputusan yang diambil oleh cabang-cabang politik pemerintahan lain, in casu Presiden dan DPR selaku pembentuk undang-undang, bukan oleh lembaga peradilan seperti Mahkamah Konstitusi (vide Louis Henkin, “Is There a ‘Political Question’ Doctrine”, 1976, hlm. 597). Doktrin political question yang dikenal dalam praktik lembaga peradilan ini merupakan konsep yang mengacu pada prinsip bahwa beberapa permasalahan atau pertanyaan yang melibatkan keputusan politik atau kebijakan pemerintah, seharusnya tidak menjadi domain lembaga peradilan untuk memutuskannya. Sebaliknya, permasalahan atau pertanyaan tersebut seyogianya ditangani oleh cabang kekuasaan yang berwenang, seperti eksekutif atau legislatif.<sup>49</sup>*

<sup>49</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 105.

Lepas dari kritik yang diberikan, penulis memberikan apresiasi setinggi-tingginya terhadap posisi MK dalam Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023. Dalam kasus ini, di mana kemungkinan posisi publik sangat mencela Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023, MK ternyata mampu bersikap dengan kepala dingin dan penuh kebijaksanaan. Posisi ini justru, sebagai cara hukum yang “normal”, menunjukkan kewibawaan MK sebagai institusi yang tidak dapat didikte – yang berbeda dengan posisi MK dalam Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 yang menunjukkan keadaan sebaliknya. Bagi publik yang awam mungkin bertanya-tanya mengapa Putusan ini datar-datar saja, tidak heroik, seperti harapan Permohonan. Dengan datar-datar saja, dan didukung oleh *justifying reason* yang tepat, MK sesungguhnya telah memberikan sinyal bahwa institusi ini telah berhasil memulihkan diri sebagai institusi yang independen dengan membuat putusan yang mungkin dirasakan publik tidak seperti aspirasinya.

Pengamat yang kurang cermat mungkin menyimpulkan bahwa MK bersikap konservatif karena Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 sama saja – dan memvalidasi – Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Penulis justru berbeda, Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 secara hakikat bertolak belakang dengan Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Faktor utama pembedanya adalah MK memilih tidak berpolitik. Jika Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 sangat politis, maka pendirian MK dalam Putusan Nomor 145/PUU-XXI/2023 justru sangat yuridis. Pendirian tersebut membangkitkan kepercayaan kepada kita untuk menunjukkan bahwa MK, pasca Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023, sudah sangat berbeda. Lebih lanjut, lewat Putusan Nomor 145/PUU-XXI/2023, MK sejatinya melakukan pengujian “secara diam-diam” untuk menunjukkan bahwa inilah posisi hukum MK yang seharusnya – seandainya tidak timbul masalah terkait dengan peran Ketua MK Anwar Usman yang kehadirannya sangat menentukan arah Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 yang kontroversial tersebut. Jika skenario ini di balik, posisi seperti itu seandainya digunakan untuk memutus Perkara Nomor 90/PUU-XXI/2023 akan memberikan hasil berbeda karena MK benar-benar menyikapinya secara yuridis, tidak politis.

### C. KESIMPULAN

*Ratio decidendi* Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 yang isunya tentang “pengujian formal terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023” telah benar bahwa Putusan MK bukan undang-undang. Akan tetapi, dalam anotasi yang diberikan, *ratio decidendi* tersebut kurang menarik secara teoretis. Walaupun hasil akhirnya jatuh sama seperti amar Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023, artikel ini memberikan kritik kecil terhadap *ratio decidendi* Putusan tersebut. Poin kritiknya adalah, setuju dengan dalil Permohonan, MK seharusnya menganalogikan Putusannya yang bersifat legislator positif dengan undang-undang. Dengan demikian, isu hukum yang seharusnya ditanggapi dalam Putusan MK Nomor 145/PUU-XXI/2023 adalah apakah MK dapat melakukan pengujian formal dengan dasar diskresi

yudisial. Berbeda dengan Permohonan, artikel ini pada posisi, walaupun memiliki diskresi yudisial untuk kasus ini, MK tidak seyogianya menggunakan diskresinya tersebut dengan menempatkan isu ini sebagai ranah kekuasaan legislatif supaya jika dikehendaki pengujian formal terhadap Putusan MK yang bertindak sebagai legislator positif maka kewenangannya harus diberikan lebih dahulu oleh undang-undang.

## **DAFTAR PUSTAKA**

- Brewer-Carias, Allan R. *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Corwin, Edward S. "The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress." *Michigan Law Review* Volume 4, Nomor 8 (1906): 613-630.
- Corwin, Edward S. "The Establishment of Judicial Review I." *Michigan Law Review* Volume 9, Nomor 2 (1910): 102-125.
- Corwin, Edward S. "Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review." *Michigan Law Review* Volume 12, Nomor 7 (1914): 538-572.
- Darumurti, Krishna D. "Perspektif Filosofis Kekuasaan Diskresi Pemerintah." *Refleksi Hukum* Volume 8, Nomor 1 (2014): 41-59.
- Fatovic, Clement. *Outside the Law: Emergency and Executive Power*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2009.
- Gerber, Scott D. "The Court, the Constitution, and the History of Ideas." *Vanderbilt Law Review* Volume 61, Nomor 4 (2008): 1067-1126.
- Hadjon, Philipus M. "Tentang Wewenang." *Yuridika* Volumen 7, Nomor 5-6 (1997): 1-8.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell, 1961.
- Kurnia, Titon Slamet. *Sistem Hukum Indonesia: Sebuah Pemahaman Awal*. Bandung: Mandar Maju, 2016.
- Kurnia, Titon Slamet. "Mahkamah Agung dan Supremasi Konstitusi: Diskresi Yudisial dalam Penerapan Undang-Undang." *Mimbar Hukum* 34, Nomor 1 (2022): 90-124.
- Lailam, Tanto. "Analisis Praktik Pengujian Formil Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945." *Pranata Hukum* Volume 6, Nomor 2 (2011): 143-160.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Nomor 90/PUU-XXI/2023.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Nomor 145/PUU-XXI/2023.
- Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Putusan Nomor: 2/MKMK/L/11/2023.
- Peerenboom, Randall. "Varieties of Rule of Law: An Introduction and Provisional Conclusion" dalam Randall Peerenboom (editor). *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and*

- Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, French and the U.S.* London: Routledge, 2005.
- Reinstein, Robert J. dan Marc C. Rahdert. "Reconstructing Marbury." *Arkansas Law Review* Volume 57, Nomor 4 (2005): 729-833.
- Rishan, Idul. "Konsep Penguujian Formil Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* Volume 18, Nomor 1 (2021): 1-21. <https://doi.org/10.31078/jk1811>
- Safa'at et al., M. Ali. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2019.
- Sanjaya, Dixon dan Rasji. "Penguujian Formil Undang-Undang Cipta Kerja dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020." *Jurnal Hukum Adigama* Volume 4, Nomor 2 (2021): 3255-3279.
- Scalia, Antonin. "The Rule of Law as a Law of Rules." *University of Chicago Law Review* Volume 56, Nomor 4 (1989): 1176-1188.
- Scalia, Antonin. *A Matter of Interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.
- Simarmata, Jorawati. "Penguujian Undang-Undang secara Formil oleh Mahkamah Konstitusi: Apakah Keniscayaan." *Jurnal Legislasi Indonesia* Volume 14, Nomor 1 (2017): 39-48.
- Sweet, Alec Stone. "The Politics of Constitutional Review in France and Europe." *International Journal of Constitutional Law* Volume 5, Nomor 1 (2007): 69-92.
- Tamanaha, Brian Z. *On the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Tamanaha, Brian Z. "A Concise Guide to the Rule of Law" dalam Gianluigi Palombella dan Neil Walker (editors). *Relocating the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- Treanor, William M. "Judicial Review Before Marbury." *Stanford Law Review* Volume 58, Nomor 2 (2005): 455-562.
- Zolo, Danilo. "Rule of Law: A Critical Appraisal," dalam Pietro Costa dan Danilo Zolo (editors). *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, 2007.
- Wijaya, Gabrielle Priscilla. "Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Penguujian Formil Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja." *Mandalika Law Journal* Volume 1, Nomor 1 (2023): 8-18. <https://doi.org/10.59613/mlj.v1i1.1543>