



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 20 Nomor 3, September 2023

- ◉ The Overlapping Consensus in the Indonesian Constitution and Its Challenges  
Sunaryo
- ◉ Authority Dispute Between State Institutions Whose Authorities from Regulations Below the 1945 Constitution  
Moh. Roziq Saifulloh, Putri Riska Answendy
- ◉ Consumer Empowerment: Safeguarding Consumer Rights Through BPSK's Arbitration Post the Constitutional Court Decision  
Rizkisyabana Yulistyaputri, Ratih Lestarini
- ◉ The Use of Progressive Law Phrase in Constitutional Court Decisions: Context, Meaning, and Implication  
M. Zulfa Aulia, Bimo Fajar Hantoro, Wawan Sanjaya, dan Mahrus Ali
- ◉ Ketidakteraturan Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara Atas Sikap Diam Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan  
Umar Dani
- ◉ Menakar Kompatibilitas Putusan Bersyarat dalam Pengujian Formil Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi  
Faiz Rahman dan Dian Agung Wicaksono
- ◉ Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum Pemohon bagi Masyarakat Hukum Adat dalam Pengujian Undang-Undang  
Dian Agung Wicaksono
- ◉ Konvergensi Penafsiran Konstitusional terhadap Pengujian Undang-Undang Melalui Pendekatan *Constitutional Dialogue*  
Ahmad, M. Fence Wantu, dan Dian Ekawaty Ismail
- ◉ Penafsiran Perkawinan Beda Agama dan/atau Kepercayaan oleh Hakim: Disparitas dan Kekosongan Hukum  
Umar Haris Sanjaya

JK	Vol. 20	Nomor 3	Halaman 358 - 555	Jakarta September 2023	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN 2548-1657
----	---------	------------	----------------------	---------------------------	--------------------------------------

Terakreditasi RISTEKDIKTI Nomor : 21/E/KPT/2018



**MAHKAMAH KONSTITUSI  
REPUBLIK INDONESIA**

**JURNAL KONSTITUSI**

<b>Vol. 20 No. 3</b>	<b>P-ISSN 1829-7706   E-ISSN: 2548-1657</b>	<b>September 2023</b>
<b>Terakreditasi RISTEKDIKTI Nomor : 21/E/KPT/2018</b>		

Jurnal Konstitusi memuat naskah hasil penelitian atau kajian konseptual yang terkait dengan putusan Mahkamah Konstitusi, isu-isu ketatanegaraan dan kajian hukum konstitusi.  
Jurnal Konstitusi adalah media triwulan, terbit sebanyak empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember).

**Susunan Redaksi**

*(Editorial Team)*

**Pemimpin Redaksi**

*(Chief Editor)*

Abdul Basid Fuadi

**Dewan Redaksi**

*(Board of Editors)*

Muhammad Reza Winata

Sharfina Sabila

Intan Permata Putri

Anna Triningsih

Winda Wijayanti

**Redaktur Pelaksana**

*(Managing Editors)*

Adam Ilyas

**Sekretaris**

*(Secretary)*

Yuni Sandrawati

**Tata Letak & Sampul**

Layout & cover

Nur Budiman

Alamat *(Address)*

Redaksi Jurnal Konstitusi

**Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia**

Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110

Telp. (021) 23529000 Faks. (021) 352177

E-mail: [jurnalkonstitusi@mkri.id](mailto:jurnalkonstitusi@mkri.id)

Jurnal ini dapat diunduh di OJS Jurnal Konstitusi di: [jurnalkonstitusi.mkri.id](http://jurnalkonstitusi.mkri.id)  
atau di menu publikasi-jurnal pada laman [mkri.id](http://mkri.id)

---

Isi Jurnal Konstitusi dapat dikutip dengan menyebutkan sumbernya  
*(Citation is permitted with acknowledgement of the source)*

---



## DAFTAR ISI

<b>Pengantar Redaksi</b> .....	iii - vi
The Overlapping Consensus in the Indonesian Constitution and Its Challenges Sunaryo .....	358-381
Authority Dispute Between State Institutions Whose Authorities from Regulations Below the 1945 Constitution Moh. Roziq Saifulloh, Putri Riska Answendy .....	382-405
Consumer Empowerment: Safeguarding Consumer Rights Through BPSK's Arbitration Post the Constitutional Court Decision Rizkisyabana Yulistiyaputri, Ratih Lestarini .....	406-422
The Use of Progressive Law Phrase in Constitutional Court Decisions: Context, Meaning, and Implication M. Zulfa Aulia, Bimo Fajar Hantoro, Wawan Sanjaya, dan Mahrus Ali .....	423-450
Ketidakteraturan Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara Atas Sikap Diam Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan Umar Dani.....	451-467
Menakar Kompatibilitas Putusan Bersyarat dalam Pengujian Formil Undang- Undang oleh Mahkamah Konstitusi Faiz Rahman dan Dian Agung Wicaksono .....	468-493
Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum Pemohon bagi Masyarakat Hukum Adat dalam Pengujian Undang-Undang Dian Agung Wicaksono .....	494-513

Konvergensi Penafsiran Konstitusional terhadap Pengujian Undang-Undang Melalui Pendekatan <i>Constitutional Dialogue</i>	
Ahmad, M. Fence Wantu, dan Dian Ekawaty Ismail .....	514-535
Penafsiran Perkawinan Beda Agama dan/atau Kepercayaan oleh Hakim: Disparitas dan Kekosongan Hukum	
Umar Haris Sanjaya .....	536-555

## **Biodata**

## **Pedoman Penulisan**

## Dari Redaksi



Pada edisi September 2023 ini Jurnal Konstitusi kembali hadir menyuguhkan karya terbaru yang membahas sejumlah persoalan seputar hukum dan ketatanegaraan. Sebagaimana diketahui bahwa Jurnal Konstitusi merupakan sarana media keilmuan di bidang hukum konstitusi dan ketatanegaraan dari hasil penelitian atau kajian konseptual. Pada edisi ini terdapat 9 (sembilan) artikel dengan isu utama mengenai implementasi konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi, dan berbagai isu ketatanegaraan yang berkembang secara global.

Artikel pertama ditulis oleh Sunaryo, dengan judul *The Overlapping Consensus in the Indonesian Constitution and Its Challenges*. Artikel ini menganalisis apakah prinsip-prinsip konsensus kenegaraan bangsa Indonesia sudah sesuai dengan kriteria konsensus berkeadilan (*overlapping consensus*) John Rawls. Penulis berkesimpulan bahwa kesepakatan para pendiri bangsa Indonesia sudah memenuhi kriteria “*overlapping consensus*.” Namun hal yang juga disoroti Penulis adalah bahwa dalam realitas di Indonesia, konsensus ini memiliki tantangan dan ancaman yang perlu diatasi. Adanya kelompok yang ingin mensubordinasi kelompok lain dan aturan-aturan yang tidak sejalan dengan prinsip-prinsip keadilan merupakan bagian dari tantangan dan ancaman yang harus diatasi saat ini dan ke depan. Menurut Penulis komitmen negara dan masyarakat dalam menjaga konsensus berkeadilan menjadi sangat penting. Lebih lanjut Penulis menyampaikan bahwa salah satu institusi yang diharapkan menjaga konsensus berkeadilan adalah Mahkamah Konstitusi.

Artikel kedua berjudul *Authority Dispute Between State Institutions Whose Authorities from Regulations Below the 1945 Constitution* yang ditulis oleh Moh. Roziq Saifulloh dan Putri Riska Answendy. Tulisan ini menguraikan pola pembatasan kekuasaan lembaga negara dan mengetahui penyelesaian sengketa kewenangan antarlembaga negara yang kewenangannya didasari peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI Tahun 1945. Menurut Penulis, setiap lembaga negara memperoleh kewenangan secara atribusi, yaitu

bersumber dari UUD NRI Tahun 1945 atau bersumber dari peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI Tahun 1945. Lebih lanjut Penulis juga mengemukakan bahwa pembatalan materi berisi kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI Tahun 1945 tersebut hanya dapat dilakukan melalui uji materiil (*judicial review*) oleh lembaga yudikatif, yaitu Mahkamah Agung.

Artikel ketiga oleh **Rizkisyabana Yulistyaputri** dan **Ratih Lestarini** dengan judul ***Consumer Empowerment: Safeguarding Consumer Rights Through BPSK's Arbitration Post the Constitutional Court Decision***. Artikel ini membahas mengenai proses arbitrase dalam upaya penyelesaian sengketa konsumen, perlindungan konsumen, serta dampak Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) terhadap proses penyelesaian sengketa konsumen di BPSK. Penulis menemukan bahwa terdapat peningkatan putusan terkait pembatalan putusan arbitrase dan keberatan atas putusan BPSK, 3 (tiga) tahun sejak diucapkannya Putusan MK terkait. Di satu sisi, Putusan MK, menurut Penulis mempermudah pihak yang dirugikan dalam proses penyelesaian sengketa konsumen melalui arbitrase untuk mengajukan pembatalan ataupun keberatan. Namun di sisi lain, juga membuat proses perlindungan konsumen dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase kehilangan kekuatan final and binding-nya.

Artikel keempat dengan judul ***The Use of Progressive Law Phrase in Constitutional Court Decisions: Context, Meaning, and Implication*** oleh **M. Zulfa Aulia, Bimo Fajar Hantoro, Wawan Sanjaya, dan Mahrus Ali**. Tulisan ini mengkaji bagaimana sebetulnya frasa hukum progresif digunakan dalam putusan pengadilan, dan apakah asumsi, pilar, atau prinsip yang mendasarinya telah dipertimbangkan oleh penggunanya. Penulis menunjukkan bahwa penggunaan frasa hukum progresif secara umum telah mempertimbangkan sebagian asumsi hukum progresif sebagaimana yang dikemukakan Satjipto Rahardjo. Namun, asumsi tersebut telah dipilah dan digunakan secara parsial sesuai dengan kebutuhan dan kepentingan penggunanya, sehingga bisa berimplikasi bias tatkala disandingkan dan ditelaah secara lebih komprehensif pada asumsi lainnya.

Artikel kelima dengan judul ***Ketidakteraturan Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara Atas Sikap Diam Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan*** oleh **Umar Dani**. Tulisan ini mengkaji 2 (dua) hal, yakni: apakah perubahan fiktif negatif ke fiktif positif merupakan bentuk ketidakteraturan hukum dan yang kedua Penulis mengkaji dampak pengaturan fiktif positif pasca UU No. 11 Tahun 2020 terhadap perlindungan hak konstitusional warga negara. Dalam tulisannya Penulis menunjukkan bahwa pencabutan keberlakuan norma dapat dilakukan melalui perubahan undang-undang itu sendiri atau karena putusan Mahkamah Konstitusi. Peniadaan validitas fiktif negatif dalam Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1986 ke Fiktif positif melalui Pasal 53 UU No. 30 Tahun 2014 adalah bentuk

ketidakteraturan hukum. Tulisan ini juga mengemukakan bahwa pengaturan fiktif positif pasca UU No. 11 Tahun 2020 berdampak pada dua hal: pertama, menghilangkan akses perlindungan hak konstitusional warga negara; kedua, keputusan pengabulan otomatis tanpa pengawasan pengadilan dapat digunakan sebagai alat legalitas dan dapat merugikan pihak ketiga.

Artikel keenam dengan judul **Menakar Kompatibilitas Putusan Bersyarat dalam Pengujian Formil Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi** oleh **Faiz Rahman** dan **Dian Agung Wicaksono**. Tulisan ini menganalisis kompatibilitas model putusan bersyarat dalam pengujian formil, dengan menganalisis berbagai putusan pengujian formil dan putusan bersyarat yang dijatuhkan oleh MK selama ini. Penulis menunjukkan bahwa putusan bersyarat rupanya tidak kompatibel dengan putusan pengujian formil. Hal ini dapat dilihat dari ketidakcocokan model putusan bersyarat dengan desain pengaturan pengujian formil dan akibat hukum yang ditimbulkannya.

Artikel ketujuh dengan judul **Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum Pemohon bagi Masyarakat Hukum Adat dalam Pengujian Undang-Undang** oleh **Dian Agung Wicaksono**. Artikel ini menganalisis dinamika dan dasar pemberian kedudukan hukum Pemohon bagi Masyarakat Hukum Adat (MHA) dalam pengujian undang-undang (PUU) oleh Mahkamah Konstitusi (MK) serta memberikan usulan dasar penentuan kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam PUU. Penulis menunjukkan terdapat beberapa pola pertimbangan hukum dan dasar pertimbangan hukum MK dalam pemberian kedudukan hukum kepada MHA sebagai Pemohon pada PUU.

Artikel kedelapan dengan judul **Konvergensi Penafsiran Konstitusional terhadap Pengujian Undang-Undang Melalui Pendekatan *Constitutional Dialogue*** oleh **Ahmad, Fence M. Wantu, dan Dian Ekawaty Ismail**. Artikel ini menganalisis dominasi penafsiran konstitusional dalam pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 dengan pendekatan constitutional dialogue. Penulis menunjukkan bahwa: 1) bentuk penghormatan kepada lembaga negara yang lain, terutama kepada MPR RI. 2) membangun system pengujian UU terhadap UUD 1945 di Mahkamah Konstitusi yang lebih demokratis. 3) memecah dominasi penafsiran konstitusional yang terpusat kepada MK. dan 4) menghidupkan asas *nemo iudex in causa sua*, hal ini diperlukan sebab salah satu UU yang banyak dilakukan pengujian adalah Undang-Undang MK sehingga menimbulkan persoalan pada Imparsialitas atas putusan yang dihasilkan.

Artikel kesembilan dengan judul **Penafsiran Perkawinan Beda Agama dan/atau Kepercayaan oleh Hakim: Disparitas dan Kekosongan Hukum** oleh **Umar Haris Sanjaya**. Tulisan ini membahas mengenai disparitas pemaknaan perkawinan beda kepercayaan dan/atau agama oleh hakim di Mahkamah Agung, sehingga produk hukum baik penetapan yang dibuat menjadi berbeda. Menariknya, selain antar hakim di Mahkamah Agung, disparitas

pemahaman juga terjadi antara hakim Mahkamah Konstitusi dan hakim peradilan di lingkungan Mahkamah Agung. Penulis menemukan bahwa Hakim di lingkungan Mahkamah Agung mengatakan terjadi kekosongan hukum dan Hakim di Mahkamah Konstitusi mengatakan bahwa sudah jelas sesuai Undang-Undang.

Akhir kata, redaksi berharap semoga kehadiran Jurnal Konstitusi dapat memperkaya khazanah pengetahuan dan wawasan pembaca di bidang hukum dan konstitusi di Indonesia serta bermanfaat dalam upaya membangun budaya sadar konstitusi.

Redaksi Jurnal Konstitusi



**Kata Kunci bersumber dari artikel  
Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Sunaryo**

**The Overlapping Consensus in the Indonesian Constitution and Its Challenges**

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 20 No. 3 p. 358-381*

Pancasila and UUD 1945 form the foundation of Indonesia's social unity. This article analyzes whether Pancasila and UUD 1945 align with John Rawls' criteria of overlapping consensus. The article concludes that the agreement among Indonesia's founding fathers fulfills the requirements of an "overlapping consensus." This consensus encompasses principles of justice that remain independent of any comprehensive doctrine, ensuring the protection of citizens' fundamental rights and the most disadvantaged groups. Despite its imperfections, this consensus significantly contributes to Indonesian social unity. Nevertheless, the reality is marked by challenges and threats that require resolution. Some groups seek to dominate others, and specific rules deviate from the principles of justice. The state and society's commitment to uphold the overlapping consensus is crucial. Among the institutions entrusted with maintaining this consensus is the Constitutional Court.

**Keyword(s):** Social Unity; Indonesian Constitution; Overlapping Consensus; Reasonableness; Justice.

**Sunaryo**

***Konsensus Berkeadilan dalam Konstitusi Indonesia dan Tantangan-Tantangannya***

*Jurnal Konstitusi Vol. 20 No. 3 hlm. 358-381*

*Pancasila dan UUD 1945 merupakan dasar bagi kesatuan sosial Indonesia. Artikel ini akan menganalisis apakah prinsip-prinsip konsensus kenegaraan bangsa Indonesia sudah sesuai dengan kriteria konsensus berkeadilan (overlapping consensus) John Rawls. Dari analisis ini, kami berkesimpulan bahwa kesepakatan para pendiri bangsa ini sudah memenuhi kriteria "overlapping consensus." Konsensus ini mengandung prinsip-prinsip keadilan yang berdiri bebas dari doktrin yang komprehensif tertentu dan menjamin perlindungan hak-hak dasar warga negara dan kelompok tidak berdaya. Konsensus berkeadilan ini memiliki arti yang sangat penting bagi kesatuan sosial Indonesia, meskipun belum sempurna. Dalam realitas, konsensus ini memiliki tantangan dan ancaman yang perlu diatasi. Adanya kelompok yang ingin mensubordinasi kelompok lain dan aturan-aturan yang tidak sejalan dengan prinsip-prinsip keadilan merupakan bagian dari tantangan dan ancaman yang harus diatasi saat ini dan ke depan. Komitmen negara dan masyarakat dalam menjaga konsensus berkeadilan menjadi sangat penting. Salah satu institusi yang diharapkan menjaga konsensus berkeadilan ada pada Mahkamah Konstitusi.*

**Kata Kunci:** Kesatuan Sosial; Konstitusi; Konsensus Berkeadilan; Nalar Yang Wajar; Keadilan.

**Kata Kunci bersumber dari artikel  
Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Moh. Roziq Saifulloh, and Putri Riska Answendy**

***Authority Dispute Between State Institutions Whose Authorities from Regulations Below the 1945 Constitution***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 20 No. 3 p. 382-405*

*The dispute over authority between state institutions whose authorities are based on regulations under the 1945 Constitution cannot be resolved through a decision (beschikking), considering that matters involving overlapping authority that has been included in the regulations (regelling) and will remain in effect unless one of the matters has been annulled. This research aims to elaborate the pattern of power restriction on state institutions and find out the resolution of authority disputes between state institutions whose authority is based on regulations under the 1945 Constitution. This research is a legal argumentation using a normative research approach. The results of the research show that each state institution obtains authority by attribution, which originates from the 1945 Constitution or from regulations under the 1945 Constitution. The annulment of material containing authority that is sourced from the regulations under the 1945 Constitution can only be carried out through a material test (judicial review) by the judiciary, namely the Supreme Court.*

**Keywords:** Authority; Institutions; Overlapping; Dispute; Judicial Review.

**Moh. Roziq Saifulloh, dan Putri Riska Answendy**

***Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara yang Kewenangannya didasari Peraturan Perundang-undangan di bawah Undang-Undang Dasar 1945***

*Jurnal Konstitusi Vol. 20 No. 3 hlm. 382-405*

*Sengketa kewenangan antarlembaga negara yang kewenangannya didasari Peraturan Perundang-undangan di bawah Undang-Undang Dasar Negara Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) tidak dapat diselesaikan melalui penetapan (beschikking), mengingat materi berisi kewenangan yang tumpang tindih telah tercantum dalam peraturan perundang-undangan (regelling) akan terus berlaku kecuali salah satu materinya telah dibatalkan. Penelitian ini bertujuan untuk menguraikan pola pembatasan kekuasaan lembaga negara dan mengetahui penyelesaian sengketa kewenangan antarlembaga negara yang kewenangannya didasari peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI Tahun 1945. Penelitian ini merupakan argumentasi hukum menggunakan pendekatan penelitian normatif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa setiap lembaga negara memperoleh kewenangan secara atribusi, yaitu bersumber dari UUD NRI Tahun 1945 atau bersumber dari peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI Tahun 1945. Adapun pembatalan materi berisi kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI Tahun 1945 tersebut hanya dapat dilakukan melalui uji materiil (judicial review) oleh lembaga yudikatif, yaitu Mahkamah Agung.*

**Kata kunci:** Kewenangan; Lembaga Negara; Tumpang Tindih; Sengketa; Uji Materiil.

**Kata Kunci bersumber dari artikel  
Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Rizkisyabana Yulistyaputri and Ratih Lestarini**

***Consumer Empowerment: Safeguarding Consumer Rights Through BPSK's Arbitration Post the Constitutional Court Decision***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 20 No. 3 p. 406-422*

*The arbitration decision by BPSK, can be filed with objections in accordance with Law 8/1999 and annulment under Law 30/1999. These two actions raise questions related to the arbitration process to resolve consumer disputes, consumer protection, and the impact of the Constitutional Court's decision on the annulment of arbitration awards. This is because both actions are contrary to the final and binding nature of the arbitration award. Through the doctrinal research method, it was found that three years since the Constitutional Court's Decision, there has been an increase in decisions related to the annulment of arbitration awards and objections to BPSK decisions. The Constitutional Court Decision has two contrary impacts. It makes easier for the aggrieved party in the process of resolving consumer disputes through arbitration to file for annulment or objection. Meanwhile, it also makes the process of consumer protection through arbitration lose its final and binding force.*

**Keywords:** Arbitration; BPSK; Consumer Disputes.

**Rizkisyabana Yulistyaputri dan Ratih Lestarini**

**Dinamika Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Pengaturan Kewarganegaraan Indonesia**

Jurnal Konstitusi Vol. 20 No. 3 hlm. 406-422

Terhadap putusan arbitrase oleh BPSK dapat diajukan keberatan sesuai dengan UU 8/1999 dan pembatalan sesuai dengan UU 30/1999. Kedua tindakan tersebut menimbulkan pertanyaan terkait proses arbitrase dalam upaya penyelesaian sengketa konsumen, perlindungan konsumen, serta dampak Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) terhadap proses penyelesaian sengketa konsumen di BPSK. Hal ini mengingat bahwa kedua tindakan tersebut bertentangan dengan sifat final and binding dari putusan arbitrase. Melalui metode penelitian doktrinal, Penulis menemukan bahwa terdapat peningkatan putusan terkait pembatalan putusan arbitrase dan keberatan atas putusan BPSK, 3 (tiga) tahun sejak diucapkannya Putusan MK terkait. Di satu sisi, Putusan MK mempermudah pihak yang dirugikan dalam proses penyelesaian sengketa konsumen melalui arbitrase untuk mengajukan pembatalan ataupun keberatan. Namun di sisi lain, juga membuat proses perlindungan konsumen dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase kehilangan kekuatan final and binding-nya.

**Kata Kunci:** Arbitrase; BPSK; Sengketa Konsumen.

**Kata Kunci bersumber dari artikel  
Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**M. Zulfa Aulia, Bimo Fajar Hantoro, Wawan Sanjaya, and Mahrus Ali**

***The Use of Progressive Law Phrase in Constitutional Court Decisions: Context, Meaning, and Implication***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 20 No. 3 p. 423-450*

*As an influential legal idea, Satjipto Rahardjo's progressive law has colored various legal discourses and practices in Indonesia. Court decisions, as legal texts that record and summarize the trial process, also show that litigants, experts, and court judges often use this legal idea. This research will examine how progressive legal phrases are used in court decisions and whether the users have considered their underlying assumptions, pillars, or principles. This research is limited to Constitutional Court decisions in law review cases. The use of progressive legal phrases is generally accompanied by several progressive legal assumptions proposed by Satjipto Rahardjo. However, these are selected and used partially according to the needs and interests of their users, and thus can have bias implications when compared and examined comprehensively based on other assumptions or pillars.*

**Keywords:** *Progressive Law; the Use of Phrase; Court Decision.*

**M. Zulfa Aulia, Bimo Fajar Hantoro, Wawan Sanjaya, dan Mahrus Ali**

**Penggunaan Frasa Hukum Progresif dalam Putusan Mahkamah Konstitusi: Konteks, Makna, dan Implikasi**

Jurnal Konstitusi Vol. 20 No. 3 hlm. 423-450

Perubahan konstitusi non-formal melalui legislative interpretation maupun judicial interpretation menyisakan permasalahan legitimasi dan pembatasan perubahan non-formal dapat dilakukan. Tujuan kajian ini menemukan legitimasi perubahan konstitusi non-formal dan menggali batasan perubahan konstitusi non-formal. Penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif dengan pendekatan perundang-undangan, konseptual, dan kasus. Hasil kajian menunjukkan pertama, legitimasi perubahan konstitusi non-formal diukur berdasarkan legitimasi prosedural yakni perubahan non-formal harus didasarkan pada kewenangan dan perubahan tersebut tidak memengaruhi makna teks konstitusi secara keseluruhan. Selain itu, juga diukur berdasarkan legitimasi substansial yakni perubahan non-formal dilakukan untuk melindungi hak asasi manusia dan perubahan tersebut sesuai kebutuhan sosial masyarakat. Kedua hasil penelitian menunjukkan pembatasan perubahan konstitusi non-formal didasarkan substansi pokok konstitusi atau UUD NRI Tahun 1945 (supra constitutional unamendability) yang tidak dapat diubah melalui perubahan non-formal seperti struktur ketatanegaraan, HAM, dan pembatasan kekuasaan. Selain itu, pembatasan juga didasarkan pada moral constitution atas sumpah jabatan untuk menjalankan dan menegakkan UUD NRI Tahun 1945.

**Kata Kunci:** Hukum Progresif; Penggunaan Frasa; Putusan Pengadilan.

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Umar Dani**

### **Ketidakteraturan Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara Atas Sikap Diam Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan**

Jurnal Konstitusi Vol. 20 No. 3 hlm. 451-467

Sikap diam pejabat pemerintahan secara hukum merupakan kesalahan administratif, namun tidak tersedia norma yang mengatur mekanisme perlindungan hukum warga negara atas kesalahan administratif tersebut. Penelitian ini memiliki dua tujuan, *Pertama* menganalisis apakah perubahan fiktif negatif ke fiktif positif merupakan bentuk ketidakteraturan hukum. Kedua mengkaji dampak pengaturan fiktif positif pasca UU No. 11 Tahun 2020 terhadap perlindungan hak konstitusional warga negara. Penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif. Hasil penelitian menunjukkan pencabutan keberlakuan norma dapat dilakukan melalui perubahan undang-undang itu sendiri atau karena putusan Mahkamah Konstitusi. Peniadaan validitas fiktif negatif dalam Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1986 ke Fiktif positif melalui Pasal 53 UU No. 30 Tahun 2014 adalah bentuk ketidakteraturan hukum. Pengaturan fiktif positif pasca UU No. 11 Tahun 2020 berdampak pada dua hal: pertama; Menghilangkan akses perlindungan hak konstitusional warga negara; kedua; Keputusan pengabulan otomatis tanpa pengawasan pengadilan dapat digunakan sebagai alat legalitas dan dapat merugikan pihak ketiga.

**Kata Kunci:** Fiktif Negatif; Fiktif Positif; Hak Konstitusional; Sikap Diam Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan.

**Umar Dani**

### ***Irregularity Protection of Citizens' Constitutional Rights to the Administrative Silence***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 20 No. 3 p. 451-467*

*The Administrative's silence was legally deemed an administrative error; however, there are no standards to govern the mechanisms for protecting citizens against such administrative errors. This research has two objectives. First, to analyze whether changing negative fictional elements to positive fictional elements constitutes a form of legal irregularity. Secondly, to study the regulatory impact of positive fiction after Law number 11 of 2020 issuance on the protection of citizens' rights. This research employs normative legal research. This research shows that the repeal of a norm can be achieved by either amending the law itself or through a decision by the constitutional court. The transformation of negative fictional validity into positive fictional validity, as seen in the change from Article 3 of Law Number 5 of 1986 to Article 53 of Law Number 11 of 2020, has two effects. First, it removes access to citizens' constitutional rights; second, automatic approval decisions without supervision can be used as a tool for legality and may harm third parties.*

**Keywords:** *Negative Fictional; Positive Fictional; Constitutional Rights; Administrative Silence.*

**Kata Kunci bersumber dari artikel  
Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Faiz Rahman dan Dian Agung Wicaksono**

**Menakar Kompatibilitas Putusan Bersyarat dalam Pengujian Formil Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi**

Jurnal Konstitusi Vol. 20 No. 3 hlm. 468-493

Eksistensi putusan bersyarat menjadi dinamika tersendiri dalam pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi, termasuk penggunaannya dalam putusan pengujian formil. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 91/PUU-XVIII/2020 tidak hanya menjadi putusan pertama yang mengabulkan permohonan pengujian formil, namun juga sebagai putusan pengujian formil pertama yang menggunakan model putusan bersyarat. Sayangnya, penggunaan model putusan bersyarat dalam putusan a quo justru menimbulkan diskursus di berbagai kalangan, dari pemerintahan, penegak hukum, hingga akademisi dan masyarakat umum. Berdasarkan diskursus yang berkembang, penelitian ini bertujuan untuk menganalisis kompatibilitas model putusan bersyarat dalam pengujian formil, dengan menganalisis berbagai putusan pengujian formil dan putusan bersyarat yang dijatuhkan oleh MK selama ini. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa putusan bersyarat rupanya tidak kompatibel dengan putusan pengujian formil. Hal ini dapat dilihat dari ketidakcocokan model putusan bersyarat dengan desain pengaturan pengujian formil dan akibat hukum yang ditimbulkannya.

**Kata Kunci:** Kompatibilitas; Pengujian Formil; Pengujian Undang-Undang; Putusan Bersyarat.

**Faiz Rahman and Dian Agung Wicaksono**

***Measuring the Compatibility of Conditional Decision in Formal Constitutional Review by the Constitutional Court***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 20 No. 3 p. 468-493*

*The existence of conditional decisions becomes dynamic in constitutional review, including their use in procedural constitutional reviews. Constitutional Court Decision No. 91/PUU-XVIII/2020 is the first decision to grant the petition and use a conditional decision model. Unfortunately, as mentioned earlier, using the conditional decision model in the decision results in discourse among various parties, including government institutions, law enforcers, academics, and the general public. With the growing discourse, this research aims to analyze the compatibility of the conditional decision model in formal constitutional reviews by examining various formal constitutional review decisions and the conditional decisions handed down by the Constitutional Court. This research indicates that the conditional decision is incompatible with formal constitutional review. This can be observed from the incompatibility of conditional decisions with the regulatory design of formal constitutional reviews and their legal consequences.*

**Keywords:** *Compatibility; Conditional Decision; Constitutional Review; Formal Constitutional Review.*

**Kata Kunci bersumber dari artikel  
Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Dian Agung Wicaksono**

**Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum Pemohon bagi Masyarakat Hukum Adat dalam Pengujian Undang-Undang**

Jurnal Konstitusi Vol. 20 No. 3 hlm. 494-513

Kajian mengenai eksistensi MHA menarik untuk dibahas hingga saat ini. Telah ada penelitian sebelumnya yang membahas keterkaitan antara MHA dengan kewenangan MK dalam pengujian UU, namun belum terdapat penelitian yang secara komprehensif memetakan dinamika pemberian kedudukan hukum bagi MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU sejak berdirinya MK. Penelitian ini bertujuan untuk memperoleh potret dinamika dan dasar pemberian kedudukan hukum Pemohon bagi MHA dalam pengujian UU oleh MK serta memberikan usulan dasar penentuan kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU. Penelitian hukum normatif ini mengkaji data sekunder dengan memetakan secara komprehensif putusan pengujian UU yang mendudukkan MHA sebagai Pemohon sejak dibentuknya MK pada 2003 sampai 2019. Hasil penelitian menunjukkan terdapat beberapa pola pertimbangan hukum dan dasar pertimbangan hukum MK dalam pemberian kedudukan hukum kepada MHA sebagai Pemohon pada pengujian UU.

**Kata Kunci:** Kedudukan Hukum; Masyarakat Hukum Adat; Pemohon; Pengujian Undang-Undang.

**Dian Agung Wicaksono**

***Dynamics of Granting Legal Standing to the Indigenous Community in Constitutional Review of Law***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 20 No. 3 p. 494-513*

*The research on the existence of Indigenous Community (IC) is interesting to discuss heretofore. Previous studies have discussed the relationship between IC and Constitutional Court (CC) authority in judicial review of the Law (JR). Still, no research has comprehensively mapped the dynamics of granting the Litigants' legal standing to IC in JR since the establishment of CC. This research aims to obtain a portrait of the dynamics and basis of CC for granting legal standing to IC as a Litigant in JR and providing a basic proposal for determining IC's legal standing as a Litigant in JR. This normative legal research analyzes secondary data by comprehensively mapping decisions on JR with IC as Petitioner since CC was established in 2003 to 2019. The study's results indicate several patterns of legal considerations and the basis of legal considerations for the CC in granting legal standing to IC as Litigants in JR.*

**Keywords:** *Indigenous Community; Judicial Review; Legal Standing; Litigant.*

**Kata Kunci bersumber dari artikel  
Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Ahmad, M. Fence Wantu, dan Dian Ekawaty Ismail**

**Konvergensi Penafsiran Konstitusional terhadap Pengujian Undang-Undang Melalui Pendekatan Constitutional Dialogue**

Jurnal Konstitusi Vol. 20 No. 3 hlm. 514-535

Kehadiran MK berdampak baik terhadap hukum ketatanegaraan, namun juga tidak lepas dari sejumlah kontroversi, misalnya penyalagunaan wewenang yang dilakukan oleh Hakim MK, penerobosan terhadap asas *nemo iudex in propria causa*, dan menjelma menjadi lembaga super body. Tujuan Penulisan adalah mengetahui dan menganalisis dominasi penafsiran konstitusional dalam pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar 1945 dengan pendekatan *constitutional dialogue*. Jenis Penulisan ini adalah normative, dengan menggunakan pendekatan undang-undang; pendekatan historis; dan pendekatan konseptual. Hasil Penulisan ini menunjukkan bahwa: 1) bentuk penghormatan kepada lembaga negara yang lain, terutama kepada MPR RI. 2) membangun system pengujian UU terhadap UUD 1945 di Mahkamah Konstitusi yang lebih demokratis. 3) memecah dominasi penafsiran konstitusional yang terpusat kepada MK. dan 4) menghidupkan asas *nemo iudex in propria causa*, hal ini diperlukan sebab salah satu UU yang banyak dilakukan pengujian adalah Undang-Undang MK sehingga menimbulkan persoalan pada Imparsialitas atas putusan yang dihasilkan.

**Kata Kunci:** Penafsiran; Dialog Konstitusional; Demokratis.

**Ahmad, M. Fence Wantu, and Dian Ekawaty Ismail**

***Convergence of Constitutional Interpretation to the Test of Laws Through a Constitutional Dialogue Approach***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 20 No. 3 p. 514-535*

*The Constitutional Court's presence yields positive impacts on constitutional law, yet isn't devoid of controversies, including Judge misconduct, transgression of 'nemo iudex in propria causa' principle, and potential super body transformation. This paper aims to comprehend and analyze constitutional interpretation dominance in assessing laws against the 1945 Constitution through a constitutional dialogue approach. This normative writing employs legal, historical, and conceptual methods. Findings underscore: 1) Demonstrating respect for state institutions, notably the People's Consultative Assembly of Indonesia. 2) Establishing a more democratic system to test the 1945 Constitution's compatibility in the Constitutional Court. 3) Breaking the monopoly of Constitutional Court-centric constitutional interpretation. 4) Reviving 'nemo iudex in propria causa' principle is pivotal due to extensive testing of Constitutional Court Law, addressing concerns about verdict impartiality.*

**Keywords:** *Interpretation; Constitutional Dialogue; Democratic.*



**Kata Kunci bersumber dari artikel  
Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Umar Haris Sanjaya**

**Penguatan Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai Politik Hukum Legislatif**

Jurnal Konstitusi Vol. 20 No. 3 hlm. 536-555

Perkawinan beda kepercayaan dan/atau agama oleh hakim mengalami disparitas dalam memaknainya, sehingga produk hukum baik penetapan yang dibuat menjadi berbeda. Perbedaan tersebut ada yang mengabulkan, ataupun menolak. Menariknya pemahaman hakim Mahkamah Konstitusi dan hakim di Pengadilan Negeri memiliki disparitas yang cukup signifikan dimana yang satu mengatakan terjadi kekosongan hukum dan satunya sudah jelas sesuai Undang-Undang. Penelitian ini membahas mengenai perkawinan beda kepercayaan terjadi disparitas dalam penetapannya dan terjadinya kekosongan hukum perkawinan beda kepercayaan oleh hakim di pengadilan. Praktiknya hakim di pengadilan dalam memberikan pertimbangan meyakini terjadi kekosongan hukum terhadap perkawinan beda kepercayaan, akibatnya hakim dalam menetapkan terjadi penetapan secara disparitas ada yang dikabulkan ada yang tidak. Mahkamah Konstitusi sendiri menafsirkan pada putusannya (2014 dan 2022) bahwa perkawinan beda kepercayaan tersebut sudah jelas dan tidak merupakan kekosongan hukum dalam penegakannya.

**Kata kunci:** Disparitas; Kekosongan Hukum; Perkawinan Beda Kepercayaan.

**Umar Haris Sanjaya**

***Interpretation of Interfaith and/or Belief Marriage by Judges: Disparity and Legal Vacuum***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 20 No. 3 p. 536-555*

*Judges experience disparities in interpreting marriages of different beliefs and/or religions, resulting in different legal products, both determinations made. There is a difference between granting and rejecting. Interestingly, the understanding of the Constitutional Court judges and judges at District Courts has a significant disparity where one says there is a legal vacuum and the other is clear in accordance with the law. This study concerning a disparity in interfaith marriages in its determination and the legal vacuum of different-faith marriages created by judges in court. This study concludes that in practice judges in court in giving considerations believe there is a legal vacuum against marriages of different beliefs, as a result judges determine whether there is a disparity determination that is granted or not. The Constitutional Court itself interprets its decisions (2014 and 2022) that interfaith marriages are clear and do not constitute a legal vacuum in its enforcement.*

**Keywords:** *Disparity; Legal Vacuum; Marriage of Different Beliefs.*



## The Overlapping Consensus in the Indonesian Constitution and Its Challenges



### *Konsensus Berkeadilan dalam Konstitusi Indonesia dan Tantangan-Tantangannya*

Sunaryo

Faculty of Philosophy and Civilization, Paramadina University, Jakarta, Indonesia

#### Article Info

##### Corresponding Author:

Sunaryo

✉ [sunaryo@paramadina.ac.id](mailto:sunaryo@paramadina.ac.id)

##### History:

Submitted: 21-06-2022

Revised: 08-03-2023

Accepted: 06-06-2023

##### Keyword:

Social Unity; Indonesian Constitution;  
Overlapping Consensus; Reasonableness;  
Justice.

##### Kata Kunci:

Kesatuan Sosial; Konstitusi; Konsensus  
Berkeadilan; Nalar Yang Wajar; Keadilan.

#### Abstract

Pancasila and UUD 1945 form the foundation of Indonesia's social unity. This article analyzes whether Pancasila and UUD 1945 align with John Rawls' criteria of overlapping consensus. The article concludes that the agreement among Indonesia's founding fathers fulfills the requirements of an "overlapping consensus." This consensus encompasses principles of justice that remain independent of any comprehensive doctrine, ensuring the protection of citizens' fundamental rights and the most disadvantaged groups. Despite its imperfections, this consensus significantly contributes to Indonesian social unity. Nevertheless, the reality is marked by challenges and threats that require resolution. Some groups seek to dominate others, and specific rules deviate from the principles of justice. The state and society's commitment to uphold the overlapping consensus is crucial. Among the institutions entrusted with maintaining this consensus is the Constitutional Court.

#### Abstrak

Pancasila dan UUD 1945 merupakan dasar bagi kesatuan sosial Indonesia. Artikel ini akan menganalisis apakah prinsip-prinsip konsensus kenegaraan bangsa Indonesia sudah sesuai dengan kriteria konsensus berkeadilan (*overlapping consensus*) John Rawls. Dari analisis ini, kami berkesimpulan bahwa kesepakatan para pendiri bangsa ini sudah memenuhi kriteria "overlapping consensus." Konsensus ini mengandung prinsip-prinsip keadilan yang berdiri bebas dari doktrin yang komprehensif tertentu dan menjamin perlindungan hak-hak dasar warga negara dan kelompok tidak berdaya. Konsensus berkeadilan ini memiliki arti yang sangat penting bagi kesatuan sosial Indonesia, meskipun belum sempurna. Dalam realitas, konsensus ini memiliki tantangan dan ancaman yang perlu diatasi. Adanya kelompok yang ingin men subordinasi kelompok lain dan aturan-aturan yang tidak sejalan dengan prinsip-prinsip keadilan merupakan bagian dari tantangan dan ancaman yang harus diatasi saat ini dan ke depan. Komitmen negara dan masyarakat dalam menjaga konsensus berkeadilan menjadi sangat penting. Salah satu institusi yang diharapkan menjaga konsensus berkeadilan ada pada Mahkamah Konstitusi.



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/jk2031>

## A. INTRODUCTION

### 1. Background

What are the prerequisites to make social unity stand relatively in a lasting time? This article holds that the essential thing to maintain social unity is fair consensus, as agreed in the Constitution. A fair consensus is not only a mere agreement but must contain the political conception of justice. This article will use John Rawls' concept of overlapping consensus in the analysis framework. The overlapping consensus is a product of public reason by which all parties stand free from their comprehensive doctrines. Religion is one of the comprehensive doctrines. Through this framework, the state formally is not based on a religion embraced by the majority group. The Constitution must guarantee the most basic justice for citizens. It does not oppress humanity and its basic rights. The existence of this consensus is fundamental so that all citizens have a basis for justice and equality. According to Rawls, the highest achievement of political agreement among plural societies is "overlapping consensus." It creates a basis of social unity through which a political community with different religious affiliations and ethnicities binds commitment to live together reasonably.

This article will examine whether Pancasila and Undang-undang Dasar 1945 (the Indonesian Constitution) is an overlapping consensus. In Indonesian formation history, the discussion of the state basis was the most disputed, especially between nationalist and Islamist groups. The dispute was solved reasonably. To some extent, Pancasila and the Indonesian Constitution are not based on a comprehensive doctrine and contain the conception of justice by which they are the overlapping consensus. This kind of consensus is critical to social unity, although it cannot guarantee Indonesian unity. The future of Indonesian social unity also depends on the extent to which political institution succeeds in standing firmly from unreasonable groups and can realize the ideals of the consensus to all citizens. If the state does not succeed, social unity will be seriously challenged.

This article will identify the threats and weaknesses of Indonesia's overlapping consensus. It highlights the threat from unreasonable groups as the main concern. These groups still want to establish their comprehensive doctrine as the basis of the state. Unreasonable groups exist in every society. To mitigate this threat, rational groups must actively engage in public life to curb the activities of irrational groups. This also highlights the challenges of translating the concept of justice into real life. Two primary weaknesses are enforcing civil and political rights and implementing social justice. The first manifests in blasphemy laws, affecting certain minority groups and government critics. The second is linked to ensuring citizens' fundamental rights for proper livelihoods. These challenges must be addressed to foster a more cohesive social unity in the Indonesian nation-state. The role of the Constitutional Court is pivotal in safeguarding the ideals of Indonesia's founding

fathers, as it possesses the authority to invalidate laws containing articles that conflict with the Constitution.

## 2. Research Questions

This article will examine whether Pancasila and the 1945 Constitution (UUD 1945) constitute an overlapping consensus. In addition, it will identify the threats and weaknesses of an overlapping consensus in Indonesia.

## B. DISCUSSION/ ANALYSIS

### 1. The Overlapping Consensus Framework

In *Political Liberalism*, Rawls identifies that to build overlapping consensus, there are two basic procedures: the reasonable capacity and the state of freestanding from comprehensive doctrines.<sup>1</sup> Reasonable capacity is the ability of citizens to propose views that can be mutually accepted. One of the essential stances in a reasonable capacity is to stand free from all comprehensive doctrines. The criteria become the main requirements put forward by Rawls when proposing the concept of overlapping consensus. He understands that overlapping consensus is not just a mere agreement. In an overlapping consensus, the agreement is based on the values of justice, which respect the principles of freedom and equality for all. According to Rawls, overlapping consensus will strengthen social unity over agreements based on power bargaining.<sup>2</sup>

Rawls emphasizes the importance of reasonable capacity in a well-ordered society.<sup>3</sup> He defines reasonableness as follows:<sup>4</sup>

*“Citizens are reasonable when, viewing one another as free and equal in a system of social cooperation over generations, they are prepared to offer one another fair terms of cooperation according to what they consider the most reasonable conception of political justice; and when they agree to act on those terms, even at the cost of their interests in particular situations, provided that other citizens also accept those terms. The criterion of reciprocity requires that when those terms are proposed as the most reasonable terms of fair cooperation, those proposing them must also think it at least reasonable for others to accept them, as free and equal citizens and not as dominated or manipulated, or under the pressure of an inferior political or social position. Citizens will, of course, differ as to which conceptions of political justice they think the most reasonable, but they will agree that all are reasonable...”*

Every society has diverse religious affiliations, ethnicities, languages, skin colors, philosophical orientations, and hobbies. Rawls calls all these comprehensive doctrines. Usually, each of them has a temptation to dominate others and make them subordinates.

<sup>1</sup> John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1996), xix.

<sup>2</sup> Rawls, 147; Samuel Freeman, *Rawls* (London: Routledge, 2007), 370.

<sup>3</sup> Rawls, *Political Liberalism*, 49–50; John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” in *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”* (Cambridge, MA.: Harvard University Press, 2000), 136–137.

<sup>4</sup> Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” 136–137.

For example, part of Muslim society in Indonesia has desired to make Islamic sharia a state basis. This desire is normal but can become a barrier to making an overlapping consensus. What to do by the first procedure is that all groups of society must be reasonable in terms that they see others as equal and free citizens. Gerald F. Gaus emphasizes why we must accept the principle of liberty and equality for all citizens because we are human beings.<sup>5</sup> Then, by the second procedure, as a consequence of the first, the overlapping consensus is only achieved if the state stands free from one comprehensive doctrine. In other words, the consensus is not based on one religion, ethnicity, or comprehensive doctrine. Society groups can come from one comprehensive doctrine, but they do not impose their comprehensive doctrine as the state basis for developing a fair relationship. These two preconditions are fundamental to making overlapping consensus possible.

According to Rawls, an overlapping consensus is not an agreement among groups based on their temporary interest. The agreement of the state basis based on religious or aristocratic authority is also not an overlapping consensus. A consensus regarding the agreement based on temporary interest is a *modus vivendi*. He defines it as an agreement in which the groups of society accept it because of social and political pressures. It does not contain political values guaranteeing fundamental liberties and other fair principles. This kind of agreement is very fragile and every time can raise disputes. The stability is only on the surface, not for a long time. In short, *modus vivendi* is not a consensus that creates the basis of social unity. Thus, he underlines the fundamental difference between *modus vivendi* and overlapping consensus.<sup>6</sup> The consensus in *modus vivendi* arises just briefly to balance social and political forces. In contrast, overlapping consensus can last long because it is based on reasonableness.

Equal and free persons formulate the overlapping consensus, although they may come from comprehensive doctrines. The consensus must contain a political conception of justice for a democratic society.<sup>7</sup> The essential idea in overlapping consensus is the idea of public reason. According to Rawls, people use public reason if they see others as equal and free citizens.<sup>8</sup> Although society groups come from comprehensive doctrines, they must see other people as equal and free citizens, not as their subordinates. All people must embrace this idea to be reasonable. However, this does not mean making religious people less religious. They can remain religious, but they must see others as equal and free citizens in public life.<sup>9</sup> The comprehensive doctrine imposing its view to be a social-political foundation is unreasonable. To make overlapping consensus possible, we need the active participation of reasonable comprehensive doctrines in society.

<sup>5</sup> Gerald Gaus, *The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 21.

<sup>6</sup> Rawls, *Political Liberalism*, 147.

<sup>7</sup> Freeman, *Rawls*, 370.

<sup>8</sup> Rawls, "The Idea of Public Reason Revisited," 131.

<sup>9</sup> Rawls, *Political Liberalism*, 147.

Here Rawls identifies why public reason is essential to make overlapping consensus. Through public reason, citizens understand the meaning of public political culture. They may come from religious or secular people, but they must see all as equal and accessible when they engage in public life. The principle of equal liberty for all must be accepted wholeheartedly. Rawls also underlines the importance of public reason for legitimacy. Legitimacy connects to citizenship relations which develops fair political values. The essence of political values comes from a reasonable capacity. According to him, legitimate law can only arise from reasonable citizens who see one another as equal and free.<sup>10</sup> Thus, the consensus could be legitimate if the people reciprocally offer fair terms of cooperation.

The consensus must contain political values and all fundamental rights.<sup>11</sup> These guarantee a consensus for a long time, not only for a short time. This consensus can be achieved if it contains political values and the protection of fundamental rights for all citizens. The product of an overlapping consensus is the political conception of justice. Then Rawls identifies the content of political conception in two principles of justice. They are (1) the principle that all people must be equal and free citizens without exception; (2) the principle that all citizens have access to public office and position under conditions of fair equality of opportunity; and the principle that the least advantaged people gain the most significant benefit.<sup>12</sup> In the first principle of justice, he ensures the fundamental rights of all citizens, whatever their religious affiliation, ethnicity, and skin color. He establishes fair equality of opportunity and “the greatest for the least” principle in the second principle.

In the second principle, Rawls underlines fair equality of opportunity to differentiate from the classical liberal jargon ‘careers open to talents.’<sup>13</sup> To distribute opportunities, we must consider citizens’ social and natural circumstances. This principle aims to minimize the negative impact of their social and natural backgrounds. Next, guided by the principle of maximizing benefits for the least advantaged, there is increased pressure to improve the condition of the least advantaged group. State institutions must assist this group in achieving and enhancing their quality of life. Without state aid, they cannot achieve a good life. Therefore, all these principles constitute the content of the political conception of justice, forming the primary basis of the overlapping consensus agreement.

Based on this, we can summarize the criteria of overlapping consensus in two main points. Firstly, the members participating in reaching a consensus are reasonable individuals. They may belong to a religious group or hold other comprehensive doctrines but must exhibit reasonableness when engaging in public life. They embrace fair reciprocal relations in which all of them are, to some extent, equal and free. They can restrain the desire to

<sup>10</sup> Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” 149–150.

<sup>11</sup> Rawls, *Political Liberalism*, 164.

<sup>12</sup> John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, ed. Erin Kelly (Cambridge, MA.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001), 42–43.

<sup>13</sup> John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, MA.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999), 62; Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, 43–44.

impose their convictions to be established on a state basis. While forming a consensus, people might draw inspiration from their religious faith or other comprehensive doctrines, yet the notion of public reason acts as a filter for these doctrines.

The second point involves incorporating the political conception of justice within the consensus, defined by two principles: (1) ensuring equal liberty for all citizens and (2) promoting fair equality of opportunity and providing maximum protection for the least advantaged. The content of the political conception of justice is crucial in ensuring the safeguarding of fundamental rights and the equitable distribution of opportunities. Subsequently, we will assess whether the process of formulation and the content of Pancasila and the “Undang-undang Dasar 1945” adhere to these criteria. Top of Form

The argument in this article shows that Pancasila and Undang-undang Dasar 1945 are relatively following the Rawlsian overlapping consensus criteria. After that, we will show some challenges and threats to the Indonesian’s overlapping consensus. Analysis of challenges and threats refers to actors or conditions, not in line with the criteria of overlapping consensus. In this case, we show the behaviors of some groups who want to become first-class citizens compared to other community groups. The existence of this group indeed threatens the Indonesian’s overlapping consensus. In addition, we also identify several conditions that are not in line with the spirit of justice, such as state abandonment of people with low incomes. This condition is certainly not in line with the principle of justice. Thus it can be assessed as a challenge that must be overcome.

#### **a. Reasonable Agreement in Pancasila**

The deliberation on the state basis was the most noted among meetings of the Committee for the Investigation of Independence (Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan/BPUPK) in 1945. Members of BPUPK attempted to address the question of the foundation upon which the new nation-state would be built. Among many formulations, Soekarno’s is the most structured and the clearest.<sup>14</sup> He answered the question by explaining the meaning of *filosofische gronslag*. By this term, he meant “fundament, philosophy, the deepest thinking, soul, and desire, on which the idea of Indonesia stands forever and everlasting.”<sup>15</sup> In his speech on June 1 (*Pidato 1 Juni*), 1945, he proposed five principles (later called Pancasila). BPUPK’s members appreciated his speech and agreed to follow it up by making a small committee (Panitia Delapan).<sup>16</sup> These five principles were not based

<sup>14</sup> Yudi Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas Dan Aktualitas Pancasila* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2011), 10–12.

<sup>15</sup> Saafuruddin Bahar and Nannie Hudawati, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), 28 Mei 1945-22 Agustus 1945*, ed. Saafuruddin Bahar and Nannie Hudawati (Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1998), 84; RM. A. B. Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945, Revisi* (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2009), 150.

<sup>16</sup> Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas Dan Aktualitas Pancasila*, 75–77.

on religion or ethnicity. The ideas formulated in Pancasila come from Indonesian living values and are a mix of many views, either religious or secular.

Pancasila, or the five principles, could be Indonesia's worldview (*Weltanschauung*). They are nationalism (*kebangsaan*), humanism (*perikemanusiaan*), deliberative democracy (*mufakat*), social justice, and belief in God. In defining nationalism, Soekarno did not think in the European way, which is limited to one nation or chauvinism. He refused the concept 'Deutschland über Alles' in Germany because it made one nation primary and placed others as subordinate.<sup>17</sup> By nationalism, he did not think that the Indonesian nation was the highest and that other nations were subordinates. Humanism is a universal principle that could be accepted by all groups based on religious or secular views. We know that this principle comes from the Western idea, but at the same time, the Islamic faith and other local views did not refuse it. The principle of deliberative democracy or "*mufakat*" is much more seen as a local living value in Indonesian rural societies. Soekarno connected this principle to local traditions, although we can categorize this idea as Western.

Social justice is a universal idea that all religions, ethnicities, and other comprehensive doctrines accept. This principle is a critique of individualism and capitalism. Soekarno emphasized the idea of *politiek economische democratie*, in which Western democracy must be mixed with social justice. The last is the principle of belief in God. Founding fathers and mothers have seen that believing in God is the most valuable for the Indonesian people. This belief is for the monotheistic tradition (Islam and Christianity) and local beliefs. In short, almost all Indonesian people believe in God in terms of transcendent reality. The most interesting in this principle is that belief in God was not meant theologically but must be expressed in civic values. Among those essential values are tolerance and mutual respect. This principle rejects all kinds of exclusive religiosity.<sup>18</sup> Panitia Sembilan (The Committee Nine) then finalized the formulation of all principles and restructured the number of principles. The committee first placed the principle of belief in God, then humanism, nationalism, deliberative democracy, and social justice as the following principles. The perspective to formulate the principles is two: first, they must become common denominators or common ground among many views of Indonesian people, and second, they must be a '*Leitstar*' or a guiding star for Indonesian to achieve their common goal.

Of course, arriving at a common denominator or shared principle among plural societies like Indonesia is difficult. Each group, especially the majority group, might desire to make their value the state basis. Historically tension between Muslim and nationalist groups

<sup>17</sup> Bahar and Hudawati, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), 28 Mei 1945-22 Agustus 1945*, 97; Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, 160.

<sup>18</sup> Bahar and Hudawati, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), 28 Mei 1945-22 Agustus 1945*, 101-102; Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, 163-164.



occurred in BPUPK meetings.<sup>19</sup> However, reasonably, they agree that the state was not based on religion or ethnicity in Indonesia. Persuasively, Soekarno proposed principles that all groups could accept. As described above, Pancasila became an umbrella for all. It is not based on one faith or ideology, but at the same time, all groups in Indonesia, either religious or secular, accept Pancasila. This nation-state belongs to all and is for all. Based on Pancasila, the foundation does not place one religion or ethnicity as first-class and others are subordinate.

The founding fathers realized that every group, either religiosity or ethnicity, wanted to make its group higher than others. Muslim groups may have the desire to make themselves the primary among others. Naturally, their ideal societal concept would be proposed as a social-political foundation. Javanese people, as the majority, may have the desire as well. Nevertheless, reasonably, they believe that if they impose that desire, the idea of building an Indonesian nation-state never comes true. Based on this reasonableness, they proposed principles that are common denominators instead of imposing their particular value. We can see this reasonable consensus when the founding fathers discussed the controversial seven words (Tujuh Kata) in Jakarta Charter (Piagam Jakarta), “by the obligation to carry out the Islamic sharia for its adherents.” This charter was agreed upon on June 22, 1945, by Panitia Sembilan, and on July 11, when the substance was deliberated in BPUPK, Latuharhary, representing Christian and eastern Indonesia, objected to the formulation, especially to those seven words.

Nevertheless, at that time, although objection was delivered, BPUPK members continued to pass this charter with those seven words. Muslim groups remained to defend the formulation as of June 22. The formulation lasted until August 18, a day after the Indonesian Proclamation. At that time, some persons from eastern Indonesia came to Mohammad Hatta with their previous objection to those seven words, and they warned that the unity of Indonesia in the future could not be guaranteed. Hatta then came to the Muslim group and persuaded them to seek a new formulation that did not contradict their aspiration. Finally, they agree to change these seven words into ‘*Ketuhanan Yang Maha Esa*,’ the principle of belief in God Almighty.<sup>20</sup> The change disappointed some Muslim groups, but Hatta and others were convinced that the change did not contradict Islamic values.

This achievement is very historic. Reformulation from ‘by the obligation to carry out Islamic sharia for its adherents’ into ‘belief in God almighty’ was an accommodation

---

<sup>19</sup> Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, 19–24; Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas Dan Aktualitas Pancasila*, 23–39; Yudi Latif, “The Religiosity, Nationality, and Sociality of Pancasila: Toward Pancasila through Soekarno’s Way,” *Studia Islamika* 25, no. 2 (2018): 226, <https://doi.org/10.15408/sdi.v25i2.7502>; Ahmad Syafii Maarif, *Islam Dan Pancasila Sebagai Dasar Negara: Studi Tentang Perdebatan Dalam Konstituante* (Bandung: Mizan, 2017), 148–150. Endang Saifuddin Anshari, *Piagam Jakarta 22 Juni 1945: Sebuah Konsensus Nasional Tentang Dasar Negara Republik Indonesia (1945-1949)* (Jakarta: Gema Insani Press, 1997), 3–11.

<sup>20</sup> Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas Dan Aktualitas Pancasila*, 23–39.

process for all faiths. To some extent, this reformulation is a kind of reasonableness that saves Indonesian unity. This formulation is interesting. On the one hand, they did not reject religion to be active in public life as expressed with public reason; on the other, this nation was officially not a theocratic state. They were not trapped to choose between a secular state (in terms of anti-religion) and a religion-based state. The formulation “belief in God Almighty” is reasonableness because a group of founding fathers finally did not impose their particular concept to be stated on a state basis. They realize that the state belongs to all people of Indonesia and must accommodate all groups. We can see the emphasis on Soekarno’s speech. He emphasized the principle of *Ketuhanan* in a substantive instead of a formalistic way. He stated that we must believe in God in a civilized way (*Ketuhanan yang berkebudayaan*).<sup>21</sup> The principle must be expressed in civic virtues like toleration of one another. The principle is far from formalistic in terms of placing one doctrine of the group as a basis in the Constitution. The way the founding fathers and mothers think of this principle is very substantive to making a polity where a plural society can live together.

We can also see the spirit of reasonableness in Constitutional Court decision no. 97/PUU-XIV/2016, which annulled the 2006 and 2013 Law of Population Administration (Administrasi Kependudukan/Adminduk) articles 61 and 64. The cancellation was because the provisions in the Adminduk law were not following the values of equality and anti-discrimination.<sup>22</sup> The Constitutional Court considered that because the implementation of the Adminduk law articles 61 and 64 had resulted in discriminatory acts against adherents of local believers, these articles must be annulled. These articles do not align with higher principles, namely the articles in the Constitution of the Republic of Indonesia.<sup>23</sup> This decision shows a spirit of reasonableness in the Indonesian Constitution. However, in the practice of law and policy in Indonesia, we often witness human rights violations against minority groups in Indonesia, as we will show in several challenges to the overlapping consensus in Indonesia.

In the context of the principles of Pancasila, we also need to state that these principles are not values that disconnect from religious views, especially Islam. We emphasize this group because Muslims are the majority in Indonesia, and it is normal if they desire to make their ideal view a social-political foundation in this nation-state, as in many new

<sup>21</sup> Soekarno, *Tjamkan Pantja Sila*, ed. Amin Arjono (Jakarta: Panitia Nasional Peringatan Lahirnya Pancasila, 1958); Bahar and Hudawati, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), 28 Mei 1945-22 Agustus 1945*; Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*.

<sup>22</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, “Putusan NO. 97/PUU-XIV/2016” (2016), 130–153; Uli Parulian Sihombing, “Penafsiran Atas Makna Agama Di Dalam Undang-Undang Dasar 1945 Menurut Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 97/PUU-XIV/2016 Dan Nomor 140/PUU-VII/2006,” *Jurnal Konstitusi* 16, no. 4 (2019): 692, <https://doi.org/10.31078/jk1641>; Shandy Harsyahwardhana, “Akibat Hukum Putusan MK No. 97/PUU-XIV/2016 Tentang Judicial Review UU Administrasi Kependudukan Terhadap Penghayat Aliran Kepercayaan,” *Arena Hukum* 13, no. 2 (2020): 383–384.

<sup>23</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan NO. 97/PUU-XIV/2016, 133–136.

nation-states in which Muslims are the majority. Nevertheless, Pancasila is not a religion in terms of Islam, and at the same time, Islamic values do not contradict Pancasila. Some Muslim scholars and clerics have written that Pancasila and the Indonesian Constitution are appropriate to Islamic values.<sup>24</sup> In defining reasonableness, Rawls does not see the idea of public reason as something disconnecting from comprehensive doctrines, especially religion. We can see the case of Martin Luther King, who proposed civil rights in America, inspired by his faith. What he has proposed has legitimacy because it is formulated reasonably.<sup>25</sup> So do all-comprehensive doctrines so far formulated reasonably. It is legitimate for all comprehensive doctrines to propose their values to be a social-political foundation so far in a substantive way. In Pancasila, we see that the principles of social justice, humanism, deliberative democracy, and unity are not something disconnected from comprehensive doctrines in Indonesia. They are or may be inspired by comprehensive doctrines but are relatively delivered reasonably.

### **b. Political Conception of Justice in the Constitution**

To see the political conception of justice in Pancasila and the Indonesian Constitution, we need to explore whether they absorb or contain two principles of justice. The first principle is equal liberty for all without exception. The second principle is fair equality of opportunity and the most significant benefit for the least advantaged. Suppose we discern the deliberations among BPUPK members, UUD 45, and the amended Constitution. In that case, we can conclude that these two principles are stated, although they mean differences in understanding the primary of both. To Rawls, equal liberty is the first principle, whereas, to the Indonesian Constitution, collectivism or “*gotong royong*” (cooperation) is the first. We can find this spirit in the discussions among BPUPK members. In UUD 45, individual freedom was accepted as it did not contradict Indonesian collectivism (*kekeluargaan*). The value of ‘*kekeluargaan*’ is the most rooted in Indonesian society, and this value is much more connected to socialism and collectivism.

Specific statements guaranteeing civil and political rights in UUD 45 are rarely found, except in Article 28 (before the amendment). In comparison, statements guaranteeing social rights can be found in many articles. However, it does not mean that Pancasila and UUD 45 do not contain civil and political rights protection. In his speech on June 1, Soekarno emphasized the principle of equal citizenship by stating:<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Munawir Sjadzali, *Islam Dan Tata Negara: Ajaran, Sejarah Dan Pemikiran* (Jakarta: UI-Press, 1990); Abdurrahman Wahid, *Islam Kosmopolitan, Nilai-Nilai Indonesia & Transformasi Kebudayaan* (Jakarta: The Wahid Institute, 2007); Nurcholish Madjid, *Islam, Kemodernan Dan Keindonesiaan* (Bandung: Penerbit Mizan, 1987); Masdar F. Mas’udi, *Syarah Konstitusi UUD 1945 Dalam Perspektif Islam* (Jakarta: Pustaka Alfabeta and LaKIP, 2010); Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas Dan Aktualitas Pancasila*; Yudi Latif, *Wawasan Pancasila: Bintang Penuntun Untuk Pembudayaan* (Bandung: Mizan, 2020).

<sup>25</sup> Freeman, Rawls, 382–383; Troy Dostert, *Beyond Political Liberalism: Toward a Post-Secular Ethics of Public Life* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2006), 157; 179; 187–188.

<sup>26</sup> Bahar and Hudawati, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), 28 Mei 1945-22 Agustus 1945*, 92; Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, 156.

*“First of all, brothers and sisters, I ask: Do we want to establish an independent Indonesia for one man or a group? If an independent Indonesia is just a formal name in which it belongs to one man to give power to a rich group and give power to a group of nobles, do we mean that? Of course not! Neither those who are called nationalists here nor those who are called Muslim faction have agreed that it is not such a country that we mean. We want to establish a country ‘all for all.’ Not for one person, not for one group, neither the aristocrats nor the rich, but ‘all for all.’”*

This spirit is essential to be underlined. Independent Indonesia (Indonesia Merdeka) does not belong to one group or man. Here, the vision is very modern in that the state is based on the republic principle, “all for all.” Moreover, this nation-state does not belong to the majority group in religious affiliation or ethnicity. The state stands for all citizens. In his speech at BPUPK, Soekarno said that Indonesia does not belong to the proletariat group like the Soviet Union. This statement shows a progressive vision to build Indonesia where all citizens can stand equally. The ideal formulation of citizenship is in Article 26 [1]: *“Citizens shall consist of indigenous Indonesian people and persons of foreign origin who have been legalized as citizens in accordance with the law.”* We can also find the principle of equality before the law in Article 27 [1]: *“All citizens shall be equal before the law and the government and shall be required to respect the law and the government, with no exceptions.”*<sup>27</sup>

Another fundamental thing that could be seen as the political conception of justice in the Constitution is the guarantee of fundamental rights like freedom of association and expression. The discussion on these rights was surrounded by polemic among members of BPUPK. Indeed, the spirit of the founding fathers at that time was to build a collectivist state (*negara kekeluargaan*) which is the institutionalization of “*Gotong Royong*” values. These values are connected to collectivism. Therefore, we can see that the founding fathers’ attention to citizens’ freedom regarding individual rights is not too big. The debate regarding individual freedom among the founding fathers took place on July 15, 1945. Soepomo assumed that the inclusion of individual freedom rested on the spirit of individualism. In his view, if we included individual freedom, the inclusion would have contradicted the model of “*negara kekeluargaan*” built. Soekarno agreed with Soepomo’s view in this matter, although he tried to propose an alternative to make the Declaration of Rights in a “family atmosphere.”<sup>28</sup>

On the other side, for various reasons, M. Yamin, Agus Salim, Mohammad Hatta, and Soekiman saw the urgency of affirming this fundamental freedom of citizens in the Constitution. Hatta proposed a stricter guarantee of the rights to associate, assemble, and express opinions in the Constitution to prevent the potential abuse of power in the name of family principles in the future. While he indeed agreed with the spirit of “*negara*

<sup>27</sup> Indonesia, “Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945” (1945).

<sup>28</sup> Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas Dan Aktualitas Pancasila*, 29–32.

kekeluargaan” and strongly opposed individualism, he argued that the affirmation of fundamental freedom needs to be explicitly stated in the Constitution to avoid the possibility of power abuse. He advocated for a “Rechtstaat,” in which the state is based on the rule of law, rather than a “Machtstaat,” in which power could be uncontrollably abused. The debate finally led to a compromise. The compromise could be found in Article 28 of UUD 1945, which guarantees freedom of association, assembly, and expressing opinions verbally and in writing.<sup>29</sup> This article is the only article that guarantees the freedom of citizens to have opinions and associations, even though the explanation on this matter is further elaborated in the law. We could find more pervasive support for human rights in Konstituante meetings in 1958. However, the agreement to support it more in the Indonesian Constitution could not happen because the Konstituante Assembly was then dissolved by President Soekarno’s Decree in 1959.<sup>30</sup> After the reformation in 1998, members of MPR (*Majelis Permusyawaratan Rakyat/People’s Consultative Assembly*) saw the urgency to make a detailed statement on human rights when they amended UUD 1945.

The following principle of justice is the protection of the weakest groups, i.e., the least advantaged. This principle is not difficult to find in the Indonesian Constitution. We can say that this is the fundamental spirit of the founding fathers to build Indonesia. In the Preamble, the state aimed “...to form a government...which shall protect the people and the land and its territorial integrity that has been struggled for, and to improve public welfare...” The people’s sovereignty in Indonesia is based on togetherness and collectivism. Collectivism has become Indonesian people’s primary social character, contrary to individualism.<sup>31</sup> The founding fathers understood that the goals and responsibilities of the state are to make public welfare happen as stipulated in the Constitution, Articles 33 and 34 concerning the national economy and social welfare.<sup>32</sup> We can also see that goal in Article 27 concerning the right to a job and a humane livelihood.<sup>33</sup> Through these articles, the state must guarantee social welfare in guarantees of employment, life, and health that are appropriate and humane to all citizens.

In those articles, there are two principles to be emphasized. The first is the fair distribution of benefits, and the second is economic democracy.<sup>34</sup> Based on these principles,

<sup>29</sup> Latif, 32–33.

<sup>30</sup> Adnan Buyung Nasution, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional Di Indonesia: Studi Sosio-Legal Atas Konstituante 1956-1959* (Jakarta: Grafiti, 2009), xxxii–xxxiii; Herbert Feith, *The Decline of Constitutional Democracy in Indonesia* (Ithaca and London: Cornell University Press, 1962), 597–608.

<sup>31</sup> Sri-Edi Swasono, *Kebersamaan Dan Asas Kekeluargaan* (Jakarta: UNJ Press, 2005), 1; Mohammad Hatta, *Membangun Ekonomi Indonesia: Kumpulan Pidato Ilmiah*, ed. I. Wangsa Widjaya and Meutia Farida Swasono (Jakarta: Inti Idayu Press, 1985), 5–6.

<sup>32</sup> Republik Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

<sup>33</sup> Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia..

<sup>34</sup> M. Dawam Rahardjo, *Ekonomi Pancasila: Jalan Lurus Menuju Masyarakat Adil Dan Makmur* (Yogyakarta: Aditya Media bekerjasama dengan Pusat Studi Ekonomi Pancasila, UGM, 2004), 23–29; Mubyarto, *Amandemen Konstitusi Dan Pergulatan Pakar Ekonomi* (Yogyakarta: Aditya Media, 2001), 11.

the state must intervene through regulations or economic governance so that economic actors can contribute to prosperity. Historically and practically, there is no economic governance without state intervention. Even in capitalist countries, intervention is always there. What distinguishes one country is the level of intervention, deep or shallow. In the case of Indonesia, the state constitutionally plays a role in creating equitable economic governance. The Constitution states guidelines to realize economic justice. What the Constitution means by economic justice is an economic system that guarantees the fundamental rights of all people and provides protection for the weakest or the least advantaged.

Confirmation of protection for the weakest group can be seen in Article 34, as stated before. The Constitution before the amendment read: "*Impoverished persons and abandoned children shall be taken care of by the state.*" After the amendment, the article contained four sub-articles. The original becomes sub-article 1, while the following three are: (1) The state shall develop a system of social security for all people and shall empower the inadequate and underprivileged in society in accordance with human dignity; (2) The state shall have an obligation to provide sufficient medical and public service facilities; (3) Further provisions regarding the implementation of this article shall be additionally regulated by law. The protection and guarantee of a humane life for a vulnerable community manifest the principle of egalitarianism. As the main initiator of this idea, Hatta referred to this concept as a model of "Indonesian socialism." In simple terms, he sees Indonesian socialism as an idea rooted in the collective spirit, much like what Indonesian village people have always practiced.<sup>35</sup>

Based on this consensus, we can argue that the founding fathers' consensus in 1945 can be categorized as an overlapping consensus. It was deliberated reasonably because the people have not enforced the value of one comprehensive doctrine to be stated in the Constitution. Although some BPUPK members desired to state Islamic sharia obedience in the Constitution, they finally agreed to change with inclusive formula, i.e., the belief in God Almighty "*Ketuhanan Yang Maha Esa.*" The agreement is reasonable because the formula includes all religions and beliefs as equal, not as subordinate. To some extent, it has saved Indonesian existence up to now. The Indonesian founding fathers' consensus also contains two principles of justice, as stated by Rawls. Indeed, the Constitution, in the beginning, has paid more attention to collectivism (*Negara Kekeluargaan*) rather than to individual freedom. However, based on experiences in Soekarno and Soeharto eras, it was amended to pay more attention to individual freedom. Now, individual freedom is part of the most essential in the Indonesian Constitution.

---

<sup>35</sup> Mohammad Hatta, *Persoalan Ekonomi Sosialis Indonesia by Mohammad Hatta*, 2nd ed. (Jakarta: Djambatan, 1967), 13, <https://www.goodreads.com/book/show/8380270-persoalan-ekonomi-sosialis-indonesia>.

## 2. The Challenges of Indonesian Overlapping Consensus

The fulfillment of overlapping consensus criteria in Pancasila and the Indonesian Constitution is a unique achievement if we compare it to other Muslim countries in the world at the same time.<sup>36</sup> There were two main models with the emergence of nation-states in the Muslim world in the twentieth century. The first model was based on Islamic roots, making Islam the foundation of the new nation-state. Second, Islam was discarded as the new nation-state was secularized, similar to Western countries. The Indonesian founding fathers took the middle way. On one side, they did not make Islam the basis, although Muslims had claimed the majority at the time, and on the other, they did not make Indonesia secularized as Western countries. As we explained, the founding fathers agreed on Pancasila as a state basis. They also include the values of a political conception of justice that guarantee equal liberty for all citizens and protection for the least advantaged. This achievement effectively has bound the Indonesian people to be one nation-state, although they have plural comprehensive doctrines.

However, threats to the consensus have occurred in Indonesian history. One of them is the Islamization movement carried out by some Islamist groups. It will be more when Indonesian society is more Islamized than before. As shown by M. C. Ricklefs, Indonesian society, especially Javanese people, is more Islamized deeply, and there is no possibility of reversing it.<sup>37</sup> Of course, Indonesia's term "Islamization" is not always understood similarly. Some Indonesian Muslims do not object to this term as long as it is understood substantively. However, others demand that the term be understood formally. In the future, directly or not, it will impact the principle of freestanding in the Constitution. Years after the reformation, with political decentralization, we have seen the phenomena of "*Perda Syari'ah*" (shari'a district laws) produced by local parliaments.<sup>38</sup> Some discriminative laws in "*Perda Syari'ah*" have not been canceled, although they did not comply with the Constitution.<sup>39</sup> Efforts to Islamize the law and Indonesian people's lives have continued in broader areas.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Myengkyo Seo, "Defining 'religious' in Indonesia: Toward Neither an Islamic nor a Secular State," *Citizenship Studies* 16, no. 8 (December 2012): 1045–1058, <https://doi.org/10.1080/13621025.2012.735028>; Al Makin, "Not a Religious State': A Study of Three Indonesian Religious Leaders on the Relation of State and Religion," *Indonesia and the Malay World* 46, no. 135 (May 4, 2018): 95–116, <https://doi.org/10.1080/13639811.2017.1380279>.

<sup>37</sup> M. C. Ricklefs, *Mengislamkan Jawa: Sejarah Islamisasi Di Jawa Dan Penentangannya Dari 1930 Sampai Sekarang* (Jakarta: Serambi, 2013), 729–730.

<sup>38</sup> Michael Buehler and Dani Muhtada, "Democratization and the Diffusion of Shari'a Law: Comparative Insights from Indonesia," *South East Asia Research* 24, no. 2 (2016): 261–282, <https://doi.org/10.1177/0967828X16649311>; Michael Buehler, *The Politics of Syari'a Law: Islamist Activists and the State in Democratizing Indonesia* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016).

<sup>39</sup> Kyle Knight, "Presiden Jokowi Gagal Menghapuskan Hukum Syariah Yang Kejam | Human Rights Watch," accessed December 13, 2020, <https://www.hrw.org/id/news/2017/04/13/302313>.

<sup>40</sup> Najwa Abdullah and Mohamed Nawab Mohamed Osman, "Islamisation in the Indonesian Media Spaces New Sites for a Conservative Push," *Journal of Religious and Political Practice* 4, no. 3 (September 2, 2018): 214–232, <https://doi.org/10.1080/20566093.2018.1525894>; Robert W. Hefner, "Which Islam? Whose Shariah? Islamisation and Citizen Recognition in Contemporary Indonesia," *Journal of Religious and Political Practice* 4, no. 3 (September 2, 2018): 278–296, <https://doi.org/10.1080/20566093.2018.1525897>.

Thus, if we identify the threat to the political conception of justice in Indonesia, we can identify the unreasonable groups' existence as the real threat. The Islamist groups that continue to fight for the Islamization agenda in the Constitution, laws, policies, and all aspects of societal and political life threaten the idea of pluralism in Indonesia. They are present in political parties, bureaucracies, religious organizations, and others. They have real power either in government or society. They have not been able to change the Constitution, but they have included many agendas of Islamization in government policies.<sup>41</sup> Indeed, their existence is not without social and economic backgrounds. Some observers say that their phenomena are the product of the failure to get social and economic resources.<sup>42</sup> As occurred in recent times, identity politics is created by politicians, business people, and religious leaders. In recent findings, Jeremy Menchik shows that the two major Muslim organizations, Nahdlatul Ulama (NU) and Muhammadiyah, tend to fall into actions that are anti-pluralistic values.<sup>43</sup> Most of the followers of NU and Muhammadiyah tend to reject the existence of Ahmadiyah, who are considered deviant and commit defamation of religion. In Menchik's argument, these actions are inconsistent with democratic values that respect freedom of religion and belief.<sup>44</sup>

In Indonesia, the unreasonable groups are not only those from religious groups. The unreasonable groups are the groups that tend to impose their comprehensive doctrine to be the basis of political life. In addition to religious groups, these unreasonable groups can come from ethnic groups who want to impose their views to become the social foundation. This group is considered a threat because it wants to undermine political values in the overlapping consensus. Political values are undermined to be transformed into particular values as contained in a comprehensive doctrine. In the Indonesian context, the domination of certain ethnicities in political life is a threat, as with the domination of one religion. Pancasila and the Indonesian Constitution do not place certain religions and ethnicities as the foundation of the state. The occupation of certain religions and ethnicities in public life is a severe threat.

Then we also need to highlight the problem of implementing principles of justice in the Constitution. There are two fundamental weaknesses: the enforcement of civil and political rights and the problem of implementing social justice. Political rights have been violated since the Guided Democracy (*Demokrasi Terpimpin*) in the Soekarno era. Although Soekarno was

---

<sup>41</sup> David M. Bouchier, "Two Decades of Ideological Contestation in Indonesia: From Democratic Cosmopolitanism to Religious Nationalism," *Journal of Contemporary Asia* 49, no. 5 (April 8, 2019): 3, <https://doi.org/10.1080/00472336.2019.1590620>.

<sup>42</sup> Vedi R. Hadiz, "A New Islamic Populism and the Contradictions of Development," *Journal of Contemporary Asia* 44, no. 1 (January 2014): 127, <https://doi.org/10.1080/00472336.2013.832790>; Vedi R. Hadiz, "Towards a Sociological Understanding of Islamic Radicalism in Indonesia," *Journal of Contemporary Asia* 38, no. 4 (2008): 639, <https://doi.org/10.1080/00472330802311795>.

<sup>43</sup> Jeremy Menchik, "Moderate Muslims and Democratic Breakdown in Indonesia," *Asian Studies Review* 43, no. 3 (July 3, 2019): 416, <https://doi.org/10.1080/10357823.2019.1627286>.

<sup>44</sup> Menchik, 7-10.



one of the most important founding fathers and inspired the idea of Pancasila, practically, at the end of his era, he led by avoiding principles of democracy and political liberty. Those who disagreed with the President's conception would be considered anti-revolutionary in his era. Ricklefs said that the personality of Soekarno dominated the Guided Democracy.<sup>45</sup> Within the framework of democracy, such a system is a severe threat. Soekarno's figure was too dominant, so no one dared to criticize his view. The violation of political rights then mounted in Soeharto's Orde Baru. With the development agenda proposed by the Orde Baru government, Soeharto silenced critics of the government's development policies. Orde Baru was very tough on groups that were considered politically different. Political freedom, freedom of the press, and freedom of expression are severely restricted. People at that time felt Orde Baru was a very repressive government.<sup>46</sup>

These experiences inspired the new parliament in the reformation era to amend Undang-undang Dasar 1945, especially regarding civil and political rights. The protection of these rights is guaranteed in the amended Constitution. Nevertheless, although the Constitution was amended to protect civil and political rights, Indonesian laws still uphold blasphemy law. Victims of this law are the minority religious groups and those who criticize the social and political policies of the government. The Indonesian Constitution has failed to guarantee the protection of minority religious groups. Cases of Ahmadiyah and Shia in Indonesia reflect the failure. Based on the blasphemy law, the government criminalized these minority groups and deviants.<sup>47</sup> After the reformation, the blasphemy law (Undang-undang No. 1/PNPS/1965) was reviewed several times at the Constitutional Court, but the lawsuit has consistently failed. The judges viewed the lawsuit as legally weak.<sup>48</sup> Indeed, the problem between mainstream and non-mainstream in Indonesia is very complex. It is

<sup>45</sup> M. C. Ricklefs, *A History of Modern Indonesia since c. 1200*, Third Edit (Houndmills: Palgrave, 2001), 312.

<sup>46</sup> Adrian Vickers, *A HISTORY OF MODERN INDONESIA* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 169–96; Wijaya Herlambang, *Kekerasan Budaya Pasca 1965: Bagaimana Orde Baru Melegitimasi Anti-Komunisme Melalui Sastra Dan Film* (Serpong, Tangerang Selatan: Marjin Kiri, 2013), 301–310; Colin Brown, *A Short History of Indonesia* (Crows Nest: Allen & Unwin, 2003), 218–224.

<sup>47</sup> Alfitri, "Religious Liberty in Indonesia and the Rights of 'Deviant' Sects," *Asian Journal of Comparative Law* 3 (2008): 1–27, <https://doi.org/10.1017/S2194607800000144>; Kari Telle, "Faith on Trial: Blasphemy and 'Lawfare' in Indonesia," *Ethnos* 83, no. 2 (March 15, 2017): 371–91, <https://doi.org/10.1080/00141844.2017.1282973>; Melissa A. Crouch, "Law and Religion in Indonesia: The Constitutional Court and the Blasphemy Law," *Asian Journal of Comparative Law* 7 (2011): 1–46, <https://doi.org/10.1017/S2194607800000582>; Melissa Crouch, "Asia-Pacific: Ahmadiyah in Indonesia: A History of Religious Tolerance under Threat?" *Alternative Law Journal* 36, no. 1 (March 1, 2011): 56–57, <https://doi.org/10.1177/1037969X1103600115>; A'an Suryana, "Indonesian Presidents and Communal Violence against Non-Mainstream Faiths," *South East Asia Research* 26, no. 2 (April 15, 2018): 147–160, <https://doi.org/10.1177/0967828X18769393>; Andi Muhammad Irawan, "'They Are Not Muslims': A Critical Discourse Analysis of the Ahmadiyya Sect Issue in Indonesia," *Discourse & Society* 28, no. 2 (March 1, 2017): 162–181, <https://doi.org/10.1177/0957926516685462>.

<sup>48</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, "Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009" (2009), 306–307; Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, "Putusan Nomor 84/PUU-X/2012" (2012), 147–148; Mahkamah Konstitusi, "Putusan Nomor 76/PUU-XVI/2018" (2018), 35–36; Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, "Putusan Nomor 5/PUU-XVII/2019" (2019), 1–2; Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, "Putusan Nomor 56/PUU-XV/2017" (2017), 540–542.

not only about the theological problem.<sup>49</sup> However, by the blasphemy law, many minority groups often become victims.

Another weakness is the problem of the implementation of social justice.<sup>50</sup> The words in Article 34 are very idealistic. The article states, “*Impoverished persons and abandoned children shall be taken care of by the state.*” In contrast, we see many impoverished and deprived people being ignored. They do not have social security to live with dignity. The state must place these idealistic words as guidelines. The government must do its best to make policies comply with the ideal justice. If not, the deprived people will be worse, and they can transform the disappointment to challenge the overlapping consensus. Radical religious leaders and opportunist politicians can address the identity issue because of social and economic inequality. Some policies in the last decades can be a breakthrough, like the national social security system (Sistem Jaminan Sosial Nasional/SJSN), which transforms health services to be better than before.<sup>51</sup> The implementation of the policy opened more comprehensive access to health for all people, but as Lusie Wardani and team show, healthcare infrastructures have not been distributed across Indonesia.<sup>52</sup> Sufficient facilities of health services for people are essential to guarantee the success of the policy. However, to protect impoverished people with human dignity, the SJSN policy is not sufficient. They

---

<sup>49</sup> Zakiyuddin Baidhawiy, “Building Harmony and Peace through Multiculturalist Theology-based Religious Education: An Alternative for Contemporary Indonesia,” *British Journal of Religious Education* 29, no. 1 (2006): 15–30, <https://doi.org/10.1080/01416200601037478>; Lyn Parker, “Religious Education for Peaceful Coexistence in Indonesia?,” *South East Asia Research* 22, no. 4 (December 1, 2014): 487–504, <https://doi.org/10.5367/SEAR.2014.0231>; Paul Marshall, “The Ambiguities of Religious Freedom in Indonesia,” *The Review of Faith & International Affairs* 16, no. 1 (January 2, 2018): 85–96, <https://doi.org/10.1080/15570274.2018.1433588>; Robert W. Hefner, “THE STUDY OF RELIGIOUS FREEDOM IN INDONESIA,” *The Review of Faith & International Affairs* 11, no. 2 (June 2013): 18–27, <https://doi.org/10.1080/15570274.2013.808038>; Ben K.C. Laksana and Bronwyn E. Wood, “Navigating Religious Diversity: Exploring Young People’s Lived Religious Citizenship in Indonesia,” *Journal of Youth Studies* 22, no. 6 (July 3, 2018): 807–823, <https://doi.org/10.1080/13676261.2018.1545998>.

<sup>50</sup> Mohammad Zulfan Tadjoeuddin et al., “Inequality and Violent Conflict: New Evidence from Selected Provinces in Post-Soeharto Indonesia,” *Journal of the Asia Pacific Economy* 26, no. 3 (2021), <https://doi.org/10.1080/13547860.2020.1773607>.

<sup>51</sup> Nafsiah Mboi, “Indonesia: On the Way to Universal Health Care,” *Health Systems & Reform* 1, no. 2 (2015): 91–97, <https://doi.org/10.1080/23288604.2015.1020642>; Edward Aspinall, “Health Care and Democratization in Indonesia,” *Democratization* 21, no. 5 (February 26, 2014): 803–823, <https://doi.org/10.1080/13510347.2013.873791>; Susanti Susanti et al., “What Makes Indonesians Satisfied With Their Health? A Multilevel Analysis,” *SAGE Open* 12, no. 3 (July 1, 2022), <https://doi.org/10.1177/21582440221121722>.or JKN

<sup>52</sup> Lusie Wardani and Yohanna M.L. Gultom, “Health Care Infrastructure Limits the Ability of the Poor to Utilize National Health Insurance: The Case of Indonesia,” *Asia-Pacific Journal of Public Health* 34, no. 1 (January 1, 2022): 137–139, <https://doi.org/10.1177/10105395211046503>; Ratna Dwi Wulandari et al., “Socioeconomic Disparities in Hospital Utilization Among Female Workers in Indonesia: A Cross-Sectional Study,” *Journal of Primary Care & Community Health* 13 (January 24, 2022), <https://doi.org/10.1177/21501319211072679>.

need more, like good education, housing, and economic facilities, to improve their lives.<sup>53</sup> These guarantees are fundamental to protecting human dignity, as the Constitution promised.

It is crucial to overcome these challenges to save the consensus. The political conception of justice in the Indonesian Constitution has meaning if it guides government policies. Unfortunately, there is a profound disparity between the idealistic constitution and government policies. The challenges described above are severe challenges to Indonesia's future. Failure to respond to these challenges will make Indonesian social unity very fragile. The government must strive to build effective communication in a diverse society, guarantee freedom, and create social justice. If the government succeeds in realizing these efforts, the risk of destroying Indonesian social unity can be reduced. In line with the affirming constitutional mandate that Indonesia is a rule-of-law country, then one of the essential principles is the guarantee of the authority of an independent judiciary, free from the influence of other powers to administer justice to enforce law and justice, among others, through the critical role of the Constitutional Court. We have to emphasize here the vital role of the Constitutional Court in canceling laws that are not in line with the Constitution based on the submission of a lawsuit application to the Constitutional Court. It is a crucial role of the court that can maintain Indonesia's overlapping consensus.<sup>54</sup>

### C. CONCLUSION

The article concludes here that first, historically, we can see that the founders of Indonesia have reasonableness in addressing Indonesian diversity, and second, with a different emphasis, they have made a consensus that guarantees principles of justice, namely equality for all citizens and the protection of the least advantaged groups. Nevertheless, we underline that Indonesia's overlapping consensus still faces severe challenges that must be overcome, like unreasonable groups, the avoidance of civil liberty, and the failure to guarantee social justice. Thus, to protect overlapping consensus, reasonable groups must be more active in the public sphere, and it is also crucial to guarantee the role of the Constitutional Court in examining laws that are not in line with the Constitution. Among

---

<sup>53</sup> Elisa Brewis, "Fair Access to Higher Education and Discourses of Development: A Policy Analysis from Indonesia," *Compare: A Journal of Comparative and International Education* 49, no. 3 (May 4, 2018): 453–470, <https://doi.org/10.1080/03057925.2018.1425132>; Mega Wanti et al., "The Role of Social Factors in Access to and Equity in Higher Education for Students with Low Socioeconomic Status: A Case Study from Indonesia," *Equity in Education & Society* 2, no. 1 (November 2022), <https://doi.org/10.1177/27526461221140570>; Sri Irianti and Puguh Prasetyoputra, "Rural–Urban Disparities in Access to Improved Sanitation in Indonesia: A Decomposition Approach," *SAGE Open* 11, no. 3 (July 6, 2021), <https://doi.org/10.1177/21582440211029920>; Irene I. Hadiprayitno, "Food Security and Human Rights in Indonesia," *Development in Practice* 20, no. 1 (February 2010): 122–130, <https://doi.org/10.1080/09614520903447437>; Dalhar Susanto et al., "The Minimum Space Standard: Proposing New House Floorplan on Dwelling Activities in Greater Jakarta Region, Indonesia," *Urban, Planning and Transport Research* 10, no. 1 (December 31, 2022): 373, <https://doi.org/10.1080/21650020.2022.2093790>.

<sup>54</sup> Republik Indonesia, "Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman," (2009).

the homework of the court are Undang-undang PNPS 1965, which is not in line with the principle to guarantee citizens' fundamental rights, and legislature members (DPR) must revise the law to be according to the principle.

## REFERENCES

- Abdullah, Najwa, and Mohamed Nawab Mohamed Osman. "Islamisation in the Indonesian Media Spaces New Sites for a Conservative Push." *Journal of Religious and Political Practice* 4, no. 3 (September 2, 2018): 214–232. <https://doi.org/10.1080/20566093.2018.1525894>.
- Alfitri. "Religious Liberty in Indonesia and the Rights of 'Deviant' Sects." *Asian Journal of Comparative Law* 3 (2008): 1–27. <https://doi.org/10.1017/S2194607800000144>.
- Anshari, Endang Saifuddin. *Piagam Jakarta 22 Juni 1945: Sebuah Konsensus Nasional Tentang Dasar Negara Republik Indonesia (1945-1949)*. Jakarta: Gema Insani Press, 1997.
- Aspinall, Edward. "Health Care and Democratization in Indonesia." *Democratization* 21, no. 5 (February 26, 2014): 803–823. <https://doi.org/10.1080/13510347.2013.873791>.
- Assyaukanie, Luthfi. *Ideologi Islam Dan Utopia: Tiga Model Negara Demokrasi Di Indonesia*. Jakarta: Freedom Institute, 2011.
- Bahar, Saafruddin, and Nannie Hudawati. *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), 28 Mei 1945-22 Agustus 1945*. Edited by Saafruddin Bahar and Nannie Hudawati. Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1998.
- Baidhawiy, Zakiyuddin. "Building Harmony and Peace through Multiculturalist Theology-based Religious Education: An Alternative for Contemporary Indonesia." *British Journal of Religious Education* 29, no. 1 (2006): 15–30. <https://doi.org/10.1080/01416200601037478>.
- Bourchier, David M. "Two Decades of Ideological Contestation in Indonesia: From Democratic Cosmopolitanism to Religious Nationalism." *Journal of Contemporary Asia* 49, no. 5 (April 8, 2019): 1–21. <https://doi.org/10.1080/00472336.2019.1590620>.
- Brewis, Elisa. "Fair Access to Higher Education and Discourses of Development: A Policy Analysis from Indonesia." *Compare: A Journal of Comparative and International Education* 49, no. 3 (May 4, 2018): 453–470. <https://doi.org/10.1080/03057925.2018.1425132>.
- Brown, Colin. *A Short History of Indonesia*. Crows Nest: Allen & Unwin, 2003.
- Buehler, Michael. *The Politics of Syari'a Law: Islamist Activists and the State in Democratizing Indonesia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Buehler, Michael, and Dani Muhtada. "Democratization and the Diffusion of Shari'a Law: Comparative Insights from Indonesia." *South East Asia Research* 24, no. 2 (2016): 261–282. <https://doi.org/10.1177/0967828X16649311>.

- Crouch, Melissa. "Asia-Pacific: Ahmadiyah in Indonesia: A History of Religious Tolerance under Threat?" *Alternative Law Journal* 36, no. 1 (March 1, 2011): 56–57. <https://doi.org/10.1177/1037969X1103600115>.
- Crouch, Melissa A. "Law and Religion in Indonesia: The Constitutional Court and the Blasphemy Law." *Asian Journal of Comparative Law* 7 (2011): 1–46. <https://doi.org/10.1017/S2194607800000582>.
- Dostert, Troy. *Beyond Political Liberalism: Toward a Post-Secular Ethics of Public Life*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2006.
- Republik Indonesia. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (2009).
- Farrelly, Colin. *Introduction to Contemporary Political Theory*. London: SAGE Publications, 2004.
- Feith, Herbert. *The Decline of Constitutional Democracy in Indonesia*. Ithaca and London: Cornell University Press, 1962.
- Freeman, Samuel. *Rawls*. London: Routledge, 2007.
- Gaus, Gerald. *The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Hadiprayitno, Irene I. "Food Security and Human Rights in Indonesia." *Development in Practice* 20, no. 1 (February 2010): 122–30. <https://doi.org/10.1080/09614520903447437>.
- Hadiz, Vedi R. "A New Islamic Populism and the Contradictions of Development." *Journal of Contemporary Asia* 44, no. 1 (January 2014): 125–143. <https://doi.org/10.1080/00472336.2013.832790>.
- . "Towards a Sociological Understanding of Islamic Radicalism in Indonesia." *Journal of Contemporary Asia* 38, no. 4 (2008): 638–47. <https://doi.org/10.1080/00472330802311795>.
- Harsyahwardhana, Shandy. "Akibat Hukum Putusan MK No. 97/PUU-XIV/2016 Tentang Judicial Review UU Administrasi Kependudukan Terhadap Penghayat Aliran Kepercayaan." *Arena Hukum* 13, no. 2 (2020): 369–387.
- Hatta, Mohammad. *Membangun Ekonomi Indonesia: Kumpulan Pidato Ilmiah*. Edited by I. Wangsa Widjaya and Meutia Farida Swasono. Jakarta: Inti Idayu Press, 1985.
- . *Persoalan Ekonomi Sosialis Indonesia by Mohammad Hatta*. 2nd ed. Jakarta: Djambatan, 1967. <https://www.goodreads.com/book/show/8380270-persoalan-ekonomi-sosialis-indonesia>.
- Hefner, Robert W. "THE STUDY OF RELIGIOUS FREEDOM IN INDONESIA." *The Review of Faith & International Affairs* 11, no. 2 (June 2013): 18–27. <https://doi.org/10.1080/15570274.2013.808038>.

- . “Which Islam? Whose Shariah? Islamisation and Citizen Recognition in Contemporary Indonesia.” *Journal of Religious and Political Practice* 4, no. 3 (September 2, 2018): 278-96. <https://doi.org/10.1080/20566093.2018.1525897>.
- Herlambang, Wijaya. *Kekerasan Budaya Pasca 1965: Bagaimana Orde Baru Melegitimasi Anti-Komunisme Melalui Sastra Dan Film*. Serpong, Tangerang Selatan: Marjin Kiri, 2013.
- Irawan, Andi Muhammad. “‘They Are Not Muslims’: A Critical Discourse Analysis of the Ahmadiyya Sect Issue in Indonesia.” *Discourse & Society* 28, no. 2 (March 1, 2017): 168-81. <https://doi.org/10.1177/0957926516685462>.
- Irianti, Sri, and Puguh Prasetyoputra. “Rural–Urban Disparities in Access to Improved Sanitation in Indonesia: A Decomposition Approach.” *SAGE Open* 11, no. 3 (July 6, 2021). <https://doi.org/10.1177/21582440211029920>.
- Knight, Kyle. “Presiden Jokowi Gagal Menghapuskan Hukum Syariah Yang Kejam | Human Rights Watch.” Accessed December 13, 2020. <https://www.hrw.org/id/news/2017/04/13/302313>.
- Kusuma, RM. A. B. *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*. Revisi. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2009.
- Laksana, Ben K.C., and Bronwyn E. Wood. “Navigating Religious Diversity: Exploring Young People’s Lived Religious Citizenship in Indonesia.” *Journal of Youth Studies* 22, no. 6 (July 3, 2018): 807-23. <https://doi.org/10.1080/13676261.2018.1545998>.
- Latif, Yudi. *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas Dan Aktualitas Pancasila*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2011.
- . “The Religiosity, Nationality, and Sociality of Pancasila: Toward Pancasila through Soekarno’s Way.” *Studia Islamika* 25, no. 2 (2018): 207-45. <https://doi.org/10.15408/sdi.v25i2.7502>;
- . *Wawasan Pancasila: Bintang Penuntun Untuk Pembudayaan*. Bandung: Mizan, 2020.
- Maarif, Ahmad Syafii. *Islam Dan Pancasila Sebagai Dasar Negara: Studi Tentang Perdebatan Dalam Konstituante*. Bandung: Mizan, 2017.
- Madjid, Nurcholish. *Islam, Kemodernan Dan Keindonesiaan*. Bandung: Penerbit Mizan, 1987.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan NO. 97/PUU-XIV/2016 (2016).
- . Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009 (2009).
- . Putusan Nomor 5/PUU-XVII/2019 (2019).
- . Putusan Nomor 56/PUU-XV/2017 (2017).
- . Putusan Nomor 76/PUU-XVI/2018 (2018).
- . Putusan Nomor 84/PUU-X/2012 (2012).

- Makin, Al. "‘Not a Religious State’: A Study of Three Indonesian Religious Leaders on the Relation of State and Religion." *Indonesia and the Malay World* 46, no. 135 (May 4, 2018): 95–116. <https://doi.org/10.1080/13639811.2017.1380279>.
- Marshall, Paul. "The Ambiguities of Religious Freedom in Indonesia." *The Review of Faith & International Affairs* 16, no. 1 (January 2, 2018): 85–96. <https://doi.org/10.1080/15570274.2018.1433588>.
- Mas’udi, Masdar F. *Syarah Konstitusi UUD 1945 Dalam Perspektif Islam*. Jakarta: Pustaka Alvabet and LaKIP, 2010.
- Mboi, Nafsiah. "Indonesia: On the Way to Universal Health Care." *Health Systems & Reform* 1, no. 2 (2015): 91–7. <https://doi.org/10.1080/23288604.2015.1020642>.
- Menchik, Jeremy. "Moderate Muslims and Democratic Breakdown in Indonesia." *Asian Studies Review* 43, no. 3 (July 3, 2019): 415–33. <https://doi.org/10.1080/10357823.2019.1627286>.
- Mubyarto. *Amandemen Konstitusi Dan Pergulatan Pakar Ekonomi*. Yogyakarta: Aditya Media, 2001.
- Nasution, Adnan Buyung. *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional Di Indonesia: Studi Sosio-Legal Atas Konstituante 1956-1959*. Jakarta: Grafiti, 2009.
- Parker, Lyn. "Religious Education for Peaceful Coexistence in Indonesia?" *South East Asia Research* 22, no. 4 (December 1, 2014): 487–504. <https://doi.org/10.5367/SEAR.2014.0231>.
- Rahardjo, M. Dawam. *Ekonomi Pancasila: Jalan Lurus Menuju Masyarakat Adil Dan Makmur*. Yogyakarta: Aditya Media bekerjasama dengan Pusat Studi Ekonomi Pancasila, UGM, 2004.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- . *Justice as Fairness: A Restatement*. Edited by Erin Kelly. Cambridge, MA.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.
- . *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.
- . "The Idea of Public Reason Revisited." In *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited."* Cambridge, MA.: Harvard University Press, 2000.
- Republik Indonesia. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (1945).
- Ricklefs, M. C. *A History of Modern Indonesia since c. 1200*. Third Edit. Houndmills: Palgrave, 2001.
- . *Mengislamkan Jawa: Sejarah Islamisasi Di Jawa Dan Penentangannya Dari 1930 Sampai Sekarang*. Jakarta: Serambi, 2013.

- Seo, Myengkyo. "Defining 'religious' in Indonesia: Toward Neither an Islamic nor a Secular State." *Citizenship Studies* 16, no. 8 (December 2012): 1045–58. <https://doi.org/10.1080/13621025.2012.735028>.
- Sihombing, Uli Parulian. "Penafsiran Atas Makna Agama Di Dalam Undang-Undang Dasar 1945 Menurut Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 97/PUU-XIV/2016 Dan Nomor 140/PUU\_VII/2006." *Jurnal Konstitusi* 16, no. 4 (2019).
- Sjadzali, Munawir. *Islam Dan Tata Negara: Ajaran, Sejarah Dan Pemikiran*. Jakarta: UI-Press, 1990.
- Soekarno. *Tjamkan Pantja Sila*. Edited by Amin Arjono. Jakarta: Panitia Nasional Peringatan Lahirnya Pancasila, 1958.
- Suryana, A'an. "Indonesian Presidents and Communal Violence against Non-Mainstream Faiths." *South East Asia Research* 26, no. 2 (April 15, 2018): 147–60. <https://doi.org/10.1177/0967828X18769393>.
- Susanti, Susanti, Adi Cilik Pierewan, Kismiantini Kismiantini, and Sofjan Aripin. "What Makes Indonesians Satisfied With Their Health? A Multilevel Analysis." *SAGE Open* 12, no. 3 (July 1, 2022). <https://doi.org/10.1177/21582440221121722>.
- Susanto, Dalhar, Tria Amalia Ningsih, Rizka Felly, Annisa Permata Sari, and Deynanti Primalaila. "The Minimum Space Standard: Proposing New House Floorplan on Dwelling Activities in Greater Jakarta Region, Indonesia." *Tandf Online* 10, no. 1 (December 31, 2022): 372–395. <https://doi.org/10.1080/21650020.2022.2093790>.
- Swasono, Sri-Edi. *Kebersamaan Dan Asas Kekeluargaan*. Jakarta: UNJ Press, 2005.
- Tadjoeddin, Mohammad Zulfan, Athia Yumna, Sarah E. Gultom, M. Fajar Rakhmadi, and Asep Suryahadi. "Inequality and Violent Conflict: New Evidence from Selected Provinces in Post-Soeharto Indonesia." *Journal of the Asia Pacific Economy*, 2020. <https://doi.org/10.1080/13547860.2020.1773607>.
- Telle, Kari. "Faith on Trial: Blasphemy and 'Lawfare' in Indonesia." *Ethnos* 83, no. 2 (March 15, 2017): 371–91. <https://doi.org/10.1080/00141844.2017.1282973>.
- Vickers, Adrian. *A HISTORY OF MODERN INDONESIA*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Wahid, Abdurrahman. *Islam Kosmopolitan, Nilai-Nilai Indonesia & Transformasi Kebudayaan*. Jakarta: The Wahid Institute, 2007.
- Wanti, Mega, Renate Wesselink, Harm Biemans, and Perry den Brok. "The Role of Social Factors in Access to and Equity in Higher Education for Students with Low Socioeconomic Status: A Case Study from Indonesia." *Equity in Education & Society* 2, no.1 (November 2022): 43-60. <https://doi.org/10.1177/27526461221140570>.



Wardani, Lusie, and Yohanna M.L. Gultom. "Health Care Infrastructure Limits the Ability of the Poor to Utilize National Health Insurance: The Case of Indonesia." *Asia-Pacific Journal of Public Health* 34, no. 1 (January 1, 2022): 137-39. <https://doi.org/10.1177/10105395211046503>.

Wulandari, Ratna Dwi, Agung Dwi Laksono, Yoyok Bakti Prasetyo, and Nurhasmadiar Nandini. "Socioeconomic Disparities in Hospital Utilization Among Female Workers in Indonesia: A Cross-Sectional Study." *Journal of Primary Care & Community Health* 13 (January 2022). <https://doi.org/10.1177/21501319211072679>.



## Authority Dispute Between State Institutions Whose Authorities from Regulations Below the 1945 Constitution

### *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara yang Kewenangannya didasari Peraturan Perundang- undangan di bawah Undang-Undang Dasar 1945*

Moh. Roziq Saifulloh<sup>1</sup> , Putri Riska Answendy<sup>2</sup> 

<sup>1</sup> Enrekang District Court, Sulawesi Selatan, Indonesia

<sup>2</sup> Australian National University, Canberra, Australia

#### Article Info

##### Corresponding Author:

Moh. Roziq Saifulloh  
[✉ roziqsaifulloh@gmail.com](mailto:roziqsaifulloh@gmail.com)

##### History:

Submitted: 11-03-2023  
Revised: 05-07-2023  
Accepted: 20-07-2023

##### Keyword:

Authority; Institutions; Overlapping;  
Dispute; Judicial Review.

##### Kata Kunci:

Kewenangan; Lembaga Negera; Tumpang  
Tindih; Sengketa; Uji Materil.

#### Abstract

The dispute over authority between state institutions whose authorities are based on regulations under the 1945 Constitution cannot be resolved through a decision (*beschikking*), considering that matters involving overlapping authority that has been included in the regulations (*regelling*) and will remain in effect unless one of the matters has been annulled. This research aims to elaborate the pattern of power restriction on state institutions and find out the resolution of authority disputes between state institutions whose authority is based on regulations under the 1945 Constitution. This research is a legal argumentation using a normative research approach. The results of the research show that each state institution obtains authority by attribution, which originates from the 1945 Constitution or from regulations under the 1945 Constitution. The annulment of material containing authority that is sourced from the regulations under the 1945 Constitution can only be carried out through a material test (judicial review) by the judiciary, namely the Supreme Court.

#### Abstrak

*Sengketa kewenangan antarlembaga negara yang kewenangannya didasari Peraturan Perundang-undangan di bawah Undang-Undang Dasar Negara Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) tidak dapat diselesaikan melalui penetapan (beschikking), mengingat materi berisi kewenangan yang tumpang tindih telah tercantum dalam peraturan perundang-undangan (regelling) akan terus berlaku kecuali salah satu materinya telah dibatalkan. Penelitian ini bertujuan untuk menguraikan pola pembatasan kekuasaan lembaga negara dan mengetahui penyelesaian sengketa kewenangan antarlembaga negara yang kewenangannya didasari peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI Tahun 1945. Penelitian ini merupakan argumentasi hukum menggunakan pendekatan penelitian normatif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa setiap lembaga negara memperoleh kewenangan secara atribusi, yaitu bersumber dari UUD NRI Tahun 1945 atau bersumber dari peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI Tahun 1945. Adapun pembatalan materi berisi kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI Tahun 1945 tersebut hanya dapat dilakukan melalui uji materil (judicial review) oleh lembaga yudikatif, yaitu Mahkamah Agung.*



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.

## A. INTRODUCTION

### 1. Background

Based on Article 1 Clause 3 of *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945* (after this can be called the 1945 Constitution) defines that Indonesia is a country based on the rule of Law (*rechtstaat*), not power (*machtstaat*).<sup>1</sup> This provision has become common knowledge among the public, especially among Indonesian law graduates, as it is frequently used in various legal papers as an opening statement or as part of their papers. The mentioned provision emphasizes that everything in the Republic of Indonesia, including the authority held by state institutions and officials, has to be regulated and limited by Law.<sup>2</sup> Even after a close examination of *Naskah Komprehensif* (the Comprehensive Text), the restriction of authority seems to have been intended by the lawmaker to prevent or avoid the misuse of power or absolutism.<sup>3</sup> The limitation of authority is in line with Lord Acton's adage that power tends to make people corrupt.<sup>4</sup>

Before delving deeper into the main discussion, it is necessary to explain the definition<sup>5</sup> of authority and power. Authority is closely related to power, which according to Talcott Parsons, is the ability to ensure the implementation of mandatory tasks in a collective organizational system. Obligations are applied when it comes to collective goals. If there is resistance, negative sanctions being forced are considered reasonable, regardless of who enforces those sanctions. In short, the essence of power is the right to impose sanctions.<sup>6</sup> According to Harold D. Laswell and Abraham Kaplan, authority is formal power. In line with this, Robert Bierstedt defines authority as institutionalized power.<sup>7</sup> In conclusion, authority is legitimate power.<sup>8</sup>

Legitimacy plays a vital role in the existence of state power.<sup>9</sup> Without legitimacy, power force in a country cannot be called authority<sup>10</sup>, and its existence can be categorized as an act against the Law.<sup>11</sup> Miriam Budiardjo defines legitimacy as people's beliefs that were

<sup>1</sup> Rumawi et al., "Parate Executie Dalam Fidusia Menurut Ratio Decidendi Putusan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 19, no. 3 (2022): 555.

<sup>2</sup> Padmo Wahjono, "Hukum Antar Wewenang," in *Pejabat Sebagai Calon Tergugat Dalam Peradilan Tata Usaha Negara*, ed. P.J.J. Sipayung (Jakarta: Sri Rahayu, 1989), 34.

<sup>3</sup> I Dewa Gede Palguna, in the 7<sup>th</sup> Plenary Session of MPR. Mahkamah Konstitusi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002*, Mahkamah Konstitusi (Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2010), 610.

<sup>4</sup> Sri Soemantri Martosoewignyo, in the 7<sup>th</sup> Session of PAH I BP MPR. Mahkamah Konstitusi, 303.

<sup>5</sup> Muhammad Nuruddin, *Logical Fallacy: Menguak Kesalahan-Kesalahan Berpikir Yang Kerap Kita Jumpai Sehari-Hari*, 7th ed. (Depok: Keira Publishing, 2022), 146.

<sup>6</sup> Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2007), 63.

<sup>7</sup> Miriam Budiardjo, 64.

<sup>8</sup> Ichsan Anwary, *Lembaga Negara dan Penyelesaian Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2017), 110.

<sup>9</sup> Uswatun Hasanah et al., "Etika dan Budaya Politik: Konsep Sistem Politik di Indonesia" *Jurnal Pendidikan, Sains dan Teknologi* 1, no. 2 (2022): 336.

<sup>10</sup> Ichsan Anwary, 109-110.

<sup>11</sup> Ichsan Anwary, 120.

given by the authority to a person or group, which its implementation can be accepted and respected because it is in line with the procedures and legal principles that apply. Therefore, peoples obey the rules and decisions passed by the authorities.<sup>12</sup> As a rule of law country, Indonesia must obtain its authority power from the regulations.<sup>13</sup> Therefore, it also applies to the authority of state institutions, which cannot be separated from written legitimacy originating from the regulations.

Furthermore, Jimly Asshiddiqie elaborated in theory about the source of legitimacy norms.<sup>14</sup> That the legitimacy of authority implicates the institutional hierarchy of a state institution, which consequently determines the appropriate legal treatment for the institution, especially regarding protocol etiquette, this theory explains that each state institution, both at the central and regional levels, can be categorized in its position based on the hierarchy of the regulations which were the source of norms from the given authority. As an example, the legitimate authority of State Ministries (*"Kementerian Negara"*) originates from Presidential Regulation Number 68 of 2019 on Organization of State Ministries (*"Peraturan Presiden Nomor 68 Tahun 2019 tentang Organisasi Kementerian Negara"*) as amended by Presidential Regulation Number 32 of 2021 (*"Peraturan Presiden Nomor 32 Tahun 2021"*) from this Presidential Regulation (*"Peraturan Presiden"* (after this can be called as *"Perpres"*)), then became the source of its implementation regulation called Ministerial Regulation (*"Peraturan Menteri"* (after this can called as *"Permen"*)) in each relevant Ministry.<sup>15</sup> Hence based on this example, the President has a higher position than the Ministry as the position of the *Perpres* is higher in the hierarchy than the *Permen*.

With the authority and sources of legitimacy that have been structured, it can be assumed that there will be no problems between state institutions because each authority of each state institution has been divided into Regulations. However, the implementation practice resulted in another way. Issues related to power struggles between state institutions often occur, even though the theory assumes that there should be no more power struggles because it has been divided evenly between each of these state institutions.<sup>16</sup>

The struggle for authority power between state institutions is caused by the overlapping authority between two or more state institutions. This overlapping authority does not just happen, considering Indonesia adheres to the rule of Law.<sup>17</sup> It occur for two reasons. First is the lack of state institutions' understanding of a legal product or statutory regulation.

<sup>12</sup> Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, 64–65.

<sup>13</sup> Costantinus Fatlolon, "Evaluasi Proses Amendemen Undang-Undang Dasar Tahun 1945 : Perspektif Habermasian," *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 819–42.

<sup>14</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006), 49.

<sup>15</sup> Juwita Putri Pratama, Lita Tyesta ALW, and Sekar Anggun Gading Pinilih, "Eksistensi Kedudukan Peraturan Menteri Terhadap Peraturan Daerah Dalam Hierarki Peraturan Perundang-Undangan," *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 865–85, <https://doi.org/10.31078/jk1947>.

<sup>16</sup> Padmo Wahjono, "Hukum Antar Wewenang," 38.

<sup>17</sup> Vera W S Soemarwi, "The Absence of Constitutional Court's Decision Follow Up: Is It A Loss?," *Jurnal Konstitusi* 19, no. 7 (2022): 721, <https://doi.org/10.29123/jy.v12i2.294.721>.

Second, because of the error factor from the lawmaker in understanding the distribution of power based on the source of its legitimacy.<sup>18</sup> For example, cases related to overlapping authorities between state institutions in the economic field, as shown in the following table:

**Table 1.**  
***Overlapping Authority by State Institution***

No	Authority	State Institution	Source of Laws	Overlapping Authority
1.	Authority Licenses on Tobacco Drying and Processing (Indonesian Standard of Industrial Classification) (hereinafter can be called KBLI 12091)	Ministry of Industry	<i>Perpres</i> Number 10 of 2021 as amended by <i>Perpres</i> Number 49 of 2021 and Annex of <i>Permen</i> of Ministry Industry Number 9 of 2021 ( <i>"Permenperin Number 9 of 2021"</i> )	<i>Perpres</i> Number 10 of 2021, as amended by <i>Perpres</i> Number 49 of 2021, does not limit the industrial scale so that it is in line with the Ministry of Industry granting licenses to all industrial scales.
		Ministry of Agriculture	Annex of <i>Permen</i> of Ministry Agriculture Number 15 of 2021 ( <i>"Permentan Nomor 15 Tahun 2021"</i> )	Granting licenses only to micro, small, and medium-scale enterprises.
2.	Authority of State Institutions to resolve disputes related to overlapping authorities	Supreme Court	Article 24A 1945 Constitution	Examine the dispute related to the regulations Hierarchy under the Law to the Law.
		Coordinating Ministry for Economic Affairs	Article 3 <i>Perpres</i> Number 37 of 2020 on Coordinating Ministry of Economic Affairs.	Resolving the issue of Intersecting KBLI and KBLI Without Supporting Ministries/Institutions in two regulations through <i>beschikking</i> : Letter of the Secretary of the Coordinating Ministry for Economic Affairs Number PI.01/433/SES.M.EKON/06/2021 dated 16 June 2021 ( <i>"SESMEKON PI .01/433 Tahun 2021"</i> ).

*Source: Author*

<sup>18</sup> Komisi Reformasi Hukum Nasional (KRHN) as quoted by Maruarar Siahaan in Ichsan Anwary, *Lembaga Negara dan Penyelesaian Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara*, 117.

The two cases above are actually one single case, which the author breaks down to ease the reader to understand. It also emphasizes to the reader that the above case has two legal issues regarding overlapping.

The first case was indeed the initial cause of the issues in overlapping authorities, which is the existence of the same authority over a license/ business permit that is owned by more than one Ministry. This then led to overlapping authority. As of today, 140 KBLI in total were distinguished as overlapping licenses. It included what happened between the Ministry of Industry and the Ministry of Agriculture.<sup>19</sup> Both ministries have the same authority over tobacco-drying and processing industry licensing (“KBLI 12091”). From then, we can see that the legal ground that legitimizes the authority over the KBLI 12091 Licensing at the Ministry of Industry is *Permenperin* Number 9 of 2021, while the legal basis for the Ministry of Agriculture is *Permentan* Number 15 of 2021. At first glance, the two legal grounds have the same hierarchical position, but when being examined further, the two Ministerial Regulations have different legal bases. Therefore, it led to overlapping authorities.

**Table 2.**  
**Sources of Legitimacy Authority of State Institutions  
 for Licensing (KBLI 12091)**

Source of Legitimacy	Ministry of Industries	Ministries of Agriculture
Ministerial Regulation	<i>Permenperin</i> Number 9 of 2021 “All industrial (business) scales: Micro, Small, Medium, and Large”	<i>Permentan</i> Number 15 of 2021 “Only allowed on the scale of Micro, Small, and Medium enterprises.”
Presidential Regulation	Article 3 clause (2) <i>Perpres</i> Number 10 of 2021, as amended by <i>Perpres</i> Number 49 of 2021. “The business scale is not limited so that it can be given to all industrial (business) scales: Micro, Small, Medium, Large.”	-
Government Regulation	Annex I Government Regulation (After this to called <i>PP</i> ) Number 5 of 2021 (Industrial Sector) “Giving authority to the Ministry of Industry.”	Annex I <i>PP</i> Number 5 of 2021 (Agricultural Sector) “Giving authority to the Ministry of Agriculture.”

<sup>19</sup> See Annex I Government Regulation Number 5 of 2021 (Agriculture Sector and Industrial Sector).

Source of Legitimacy	Ministry of Industries	Ministries of Agriculture
Law	Law Number 11 of 2020 on Job Creation ( <i>"UU No. 11 Tahun 2020"</i> )  Article 12 (Legitimation for <i>PP</i> ) and Article 77 (Legitimation for <i>Perpres</i> )	Law Number 11 of 2020  Article 12 (Legitimation for <i>PP</i> )

*Source: Author*

Seeing the authority over the KBLI 12091 on Licensing as described in the table above, both have the same source of legitimacy, Law Number 11 of 2020. The difference is that a Presidential Regulation supports the source of legitimacy for the authority of the Ministry of Industry. At the same time, the Ministry of Agriculture has a different legitimacy supporter. Realizing the problem within the overlapping authority, Coordinating Ministry for Economic Affairs issued a decision (*beschikking*)<sup>20</sup> in the form of SESMEKON PI.01/433 of 2021<sup>21</sup> to resolve cases related to overlapping authority as a whole for the problem that occurred to over 140 related KBLI. Its included authority over KBLI 12091 Licensing.<sup>22</sup> On top of that, one of the *beschikking* materials contains the legitimacy of the Ministry of Agriculture for the authority of the KBLI 12091 Licensing and prohibits the enforcement of the authority of the Ministry of Industry.

The second case is an outcome of the first case. Regardless of the issue with the status of Law Number 11 of 2020, which was already declared conditionally unconstitutional<sup>23</sup>, the actions from the Coordinating Ministry for Economy Affairs that has issued *beschikking*, even if it only contained the results of the agreement set forth in the letter, have been used as a reference or source of legitimacy and cancellation of authority for state institutions. Hence, setting aside the natural source of legitimacy of authority, namely the *Perpres* and *PP*. The Coordinating Ministry for the Economy seems to assume that they can refute the word "law violation" using the argumentation-based Article 3 point e of *Perpres* Number

<sup>20</sup> SESMEKON PI.01/433 of 2021 on function regulated by Article 3 point e *Perpres* Number 37 of 2013, more directed at decisions (*beschikking*) to collect results from coordination meetings for problem-solving, hence they cannot be referred to as Policy Regulations (*beleidsregel*).

<sup>21</sup> AP5I, "Rapat Koordinasi KBLI Beririsan Antara Kementerian Kelautan dan Perikanan Dengan Kementerian Perindustrian - 24 Agustus 2021," accessed November 2, 2022, <https://ap5i-indonesia-seafood.com/indoap5i/2021/08/25/rapat-koordinasi-kbli-beririsan-antara-kementerian-kelautan-dan-perikanan-dengan-kementerian-perindustrian-24-agustus-2021>.

<sup>22</sup> AP5I.

<sup>23</sup> See Law Number 11 of 2020 declared as Conditionally Unconstitutional on 25 November 2021 based Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020 and has been amended by Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang ("*Perpu*") No. 2 Tahun 2022. Helmi Chandra SY and Shelvin Putri Irawan, "Perluasan Makna Partisipasi Masyarakat Dalam Pembentukan Undang-Undang Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 766, <https://doi.org/10.31078/jk1942>.

37 of 2020, which states that the Coordinating Ministry for Economy Affairs carries out the following functions: “*Dispute resolution in the economic sector that cannot be resolved or agreed between Ministries/Institutions and to ensure the implementation of the intended decision.*”

The argument above can be considered as normatively wrong because even though the Coordinating Ministry for Economic Affairs has the authority to resolve problems between state institutions in the economic sector, that does not mean that it can prohibit or prevent the enactment of the regulations, which are still legally valid. The act of prohibiting or preventing the enforcement of authority in statutory regulations implicitly has the same effect as the annulment of statutory regulations, which both impact the invalidity of a particular article. When referring to Article 16 clause (2) of Law Number 30 of 2014 on Government Administration (“UUAP”), it is stated that each head official related has the authority to resolve authority disputes through coordination to produce an agreement. However, it should be underlined that the same article also mentions “unless specified otherwise in the provisions of the statutory regulations.” It means that the agreement between head officials (*beschikking*) does not “necessarily” revoke the authority that is still valid in statutory regulations. Therefore, what is the necessary solution to abolishing the authority that is valid in regulations? The solution is through material testing.

Through material testing, the judicial institution can annul material deemed contrary to the regulations in the higher hierarchy, including material containing overlapping authorities. 1945 Constitution only gives statutory review authority to the judicial institution, the Supreme Court (after this can be called MA) or the Constitutional Court (after this can be called MK).<sup>24</sup> However, it is necessary to realize that no judicial institution is explicitly authorized to resolve disputes over the struggle over authority between state institutions except for those whose has been regulated in the 1945 Constitution.<sup>25</sup> Nevertheless, it has been clearly regulated that cancellation of statutory material, including material that contains overlapping authorities between state institutions, cannot be resolved through a decision (*beschikking*) in the form of an agreement between head officials or a ministerial letter but must be through a judge’s decision (*vonnis*).<sup>26</sup>

Taking an example from the practice of exercising power mentioned above, it can be explained that this kind of situation illustrates an exercise of authority. The reason is that it acts as if given the authority to do administrative court within the administrative environment without any source of legitimacy in statutory regulations.<sup>27</sup> This development indicates that the government’s authority, originally based on statutory regulations, eventually shifted to no need to use statutory regulations and can be based on other forms of Law.

<sup>24</sup> See Article 24 Clause (2) 1945 Constitution.

<sup>25</sup> See Article 24C 1945 Constitution.

<sup>26</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang* (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), 1–5.

<sup>27</sup> Padmo Wahjono, “Hukum Antar Wewenang,” 36.



As long as it is proven to be useful, its existence is justified. Hence, policies flourish as manifestations of authority without a legal basis or “expedited wisdom” (*detournement du pouvoir*).<sup>28</sup>

Kolonel Inf Sadikin’s<sup>29</sup> view that the result of good legislation is often said to be the result of amazing literary art, the fruit of an expert thinker. But, without good implementation, the regulation only becomes a piece of literature, a sentence that is only appreciated among universities. Their usefulness for legal support is doubtful (*justisiabelen*). Just like a factory, not a magnificent factory building architecture or a machine, but the one inside controls or supervises the machine. Just like the regulations, their implementation should be implemented and supervised properly, not being ignored without providing any benefit and easily being violated.

Several previous studies related to disputes over the authority of state institutions were carried out by Triningsih and Mardiya<sup>30</sup>, Eka Lestari,<sup>31</sup> and Janpatar Simamora<sup>32</sup>. Triningsih and Mardiya’s research concludes that disputes over the authority of state institutions have *subjectum litis* and *objectum litis* interpretations that are still widely open. Meanwhile, Eka Lestari concluded that the absolute cumulative conditions for disputes over state institutions are that *subjectum litis* is a state institution specified in the 1945 Constitution, and *objectum litis* is the authority granted by the 1945 Constitution. As for Janpatar Simamora, he concluded that the scope limits and definitions of “state institutions,” as well as the meaning of “whose authority is granted by the constitution,” as stated in Article 24C clause (1) of the 1945 Constitution, is not being strictly regulated. Therefore, it is potentially raise multiple interpretations and diverse views regarding who actually has legal standing in cases of disputes over the authority of state institutions. From those studies, we know that currently, the available discussion is about the settlement of authority disputes between state institutions whose authority was granted by the 1945 Constitution through the Constitutional Court. Both are related to *subjectum litis* and *objectum litis*.<sup>33</sup>In contrast to previous studies, this research discusses authority disputes between state institutions whose powers are granted by the regulations under the 1945 Constitution.

<sup>28</sup> Padmo Wahjono, 40–41.

<sup>29</sup> Inspektorat Djenderal Territorial dan Perlawanan Rakyat, *Undang-Undang Keadaan Bahaja 1957 dan Peraturan-Peraturan Jang Berhubungan Dengan Itu* (Jakarta: Inspektorat Djenderal Territorial dan Perlawanan Rakyat, 1957), 3–4.

<sup>30</sup> Anna Triningsih and Nuzul Qur’aini Mardiya, “Interpretasi Lembaga Negara dan Sengketa Lembaga Negara Dalam Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara,” *Jurnal Konstitusi* 14, no. 4 (2018): 778–98, <https://doi.org/10.31078/jk1444>.

<sup>31</sup> Sulistyani Eka Lestari, “Penyelesaian Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara Oleh Mahkamah Konstitusi,” *DiH: Jurnal Ilmu Hukum* 10, no. 19 (2014): 38–47, <https://doi.org/10.30996/dih.v10i19.284>.

<sup>32</sup> Janpatar Simamora, “Problematika Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara Oleh Mahkamah Konstitusi,” *Mimbar Hukum - Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada* 28, no. 1 (2016): 77–90, <https://doi.org/10.22146/jmh.15859>.

<sup>33</sup> *Subjectum litis* is a state institution whose powers are granted by the Constitution. At the same time, *objectum litis* is the constitutional authority of state institutions granted by the Constitution. See Peraturan MK Nomor 08/PMK/2006.

Based on the background above, it can be understood that there are issues with the pattern of power restriction in state institutions, especially which institutions have the authority granted by the 1945 Constitution and which are granted by statutory regulations under the 1945 Constitution. In addition, there is an absence of authority given by the 1945 Constitution for judicial institutions to settle disputes between state institutions. The legal issue of this research is considered legal obscurity if seen through the overlapping authority of state institutions. Furthermore, it can also be referred to as a legal vacuum if seen through disputes over the authority of state institutions whose powers are not granted by the 1945 Constitution but granted by laws or statutory regulations under it.

## 2. Research Questions

Problems that the author can draw from the background above are how the pattern of power restriction in state institutions is based on regulations? How do authority settle disputes between state institutions whose authorities are granted by the regulations based on the hierarchy below the 1945 Constitution?

## 3. Research Methods

This is a legal argumentation research that focuses on studying the causes of a case related to overlapping authority between the same authorities belonging to two different state institutions. Additionally, Both authorities were still valid.<sup>34</sup> The author uses normative research by analyzing existing regulations, especially the ones related to authority disputes between state institutions, to find the truth based on legal logic.<sup>35</sup> The study and analysis in this normative research cannot be separated from statutory regulations and legal materials relating to the restriction on powers of state institutions and settlement disputes between state institutions over authority whose authority is regulated by the regulations below the 1945 Constitution.<sup>36</sup>

# B. DISCUSSION/ ANALYSIS

## 1. Patterns of Power Restriction in State Institutions Based on The Regulations

State institutions are often associated with state agencies and state organs. The reason is that those three terms are inconsistently used in the regulations.<sup>37</sup> Jimly Asshiddiqie defines the concept of a state institution in a narrow meaning as an institution formed not as a civil organization based on the Constitution, Law, or by lower regulations. State institutions can exist in every realm of a government body, including legislative, executive, judicative,

<sup>34</sup> Moh. Roziq Saifulloh, "Examination and Confiscation of Notarial Deeds for The Purpose of Criminal Law Enforcement without Approval from The Notary Honorary Council," *Jurnal Penelitian Hukum De Jure* 22, no. 4 (2022): 427, <https://doi.org/10.30641/dejure.2022.v22.423-436>.

<sup>35</sup> I Nyoman Putu Budiarta Atmadja, I Dewa Gede, *Teori-Teori Hukum* (Malang: Setara Press, 2018), 124–131.

<sup>36</sup> Phillipus M Hadjon et al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia ( Introduction to the Indonesian Administrative Law )* (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2015), 128.

<sup>37</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, 31.

or even a combination of those three.<sup>38</sup> Nonetheless, the function of state institutions these days is rapidly growing, hence the doctrine of *trias politica* associated with Montesquieu is no longer relevant to be used as a reference, considering it is no longer possible to maintain those organizations only exclusively dealing with one function of power.<sup>39</sup>

In Indonesia, state institutions are born based on statutory regulations. Therefore, each institution's authority must also be stated in writing form in statutory regulations.<sup>40</sup> The theory of sources of legitimacy norms by Jimly Asshiddiqie divides state institutions into stages based on a hierarchy of Regulations as well as provides limits on the powers given to these state institutions.<sup>41</sup> Although Jimly Asshiddiqie prioritizes the application of this theory in protocol etiquette, the author's view of this theory can also be used as a guide for state institutions to find out the pattern of power restriction in state institutions hence they can know where to be responsible for their legal actions. For example, the legitimacy of authority within the State Ministries, before being regulated by each Ministry through its Ministerial Regulation, is being regulated in advance through *Perpres* Number 32 of 2021. Hence based on the hierarchical position of these regulations, it can be concluded that the Ministries are hierarchy below the President and thus responsible to the President.<sup>42</sup>

Building upon the theory of the source of legitimacy norms, this research will describe the power restriction in state institutions based on the hierarchy of the regulations which were the source of their legitimacy so that it can be known to whom a state institution is responsible and to what extent its powers are limited. Additionally, it must be emphasized that there is no room for state institutions to obtain authority without it being regulated in statutory regulations first.<sup>43</sup> The method of granting authority through the regulations is called attribution. Every authority given to the state institution existed or was born in attribution form given from the highest statutory regulations, the 1945 Constitution<sup>44</sup>, and it is referred to as the original power<sup>45</sup>, which is then given and/or delegated to other state institutions through statutory regulations below it.<sup>46</sup> Based on the 1945 Constitution, at least 7 (seven) higher state institutions became the basis of power for the state institutions in Indonesia. It consists of the President, People's Consultative Assembly ("MPR"), House of Representatives ("DPR"), Regional Representatives Council ("DPD"), Constitutional

<sup>38</sup> Jimly Asshiddiqie, 32–33.

<sup>39</sup> Jimly Asshiddiqie, 35.

<sup>40</sup> Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Tata Usaha Negara Buku I* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1994), 87–88.

<sup>41</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, 49–52.

<sup>42</sup> Article 3 Law Number 39 of 2008 on State Ministry.

<sup>43</sup> Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Tata Usaha Negara Buku I*, 89.

<sup>44</sup> Tanto Lailam, Putri Anggia, and Irwansyah Irwansyah, "The Proposal of Constitutional Complaint for the Indonesian Constitutional Court," *Jurnal Konstitusi* 19, no. 3 (2022): 700, <https://doi.org/10.31078/jk1939>.

<sup>45</sup> Made Nurmawati, Nengah Suantra, and Luh Gde Astaryani, *Hukum Kelembagaan Negara* (Denpasar: Fakultas Hukum Universitas Udayana, 2017), 47.

<sup>46</sup> I Gde Pantja Astawa and Firdaus Arifin, *Sengketa Kewenangan Lembaga Negara di Mahkamah Konstitusi* (Refika Aditama, 2021), 149.

Court (“MK”), Supreme Court (“MA”), and Audit Board (“BPK”).<sup>47</sup> Derived from the source of attribution, higher state institutions were the beginning of the power branch since it function as direct state power.<sup>48</sup>

The attribution of other state institutions outside what mentions above must refer to the state power that the 1945 Constitution has determined<sup>49</sup>, hence it will obtain the same power as the 7 (seven) higher state institutions above.<sup>50</sup> In other words, every other state institution was given legitimized authority from higher state institution regulations because those 7 (seven) higher state institutions already obtained direct state power based on the highest Law, the 1945 Constitution. Furthermore, here is the following table that could explain branches of power from the higher state institutions regulated in the 1945 Constitution and its distribution of authority from the branches of power they obtained:<sup>51</sup>

**Table 3.**  
**Branch of Power of the Higher State Institutions and their Implementing Regulations as Attribution Authority to State Institutions**

<b>Higher State Institution</b>	<b>Breach of State Power</b>	<b>State Institutions that obtain Attribution through Implementing Regulations of Higher State Institutions</b>
President	Executive	State institutions under it as administrators of government, both central and regional.
People’s Consultative Assembly	Legislative	Does not form implementing regulations as an attribution of authority to other state institutions.
House of Representative	Legislative (with legislative, budgeting, and supervisory function)	Does not form implementing regulations as an attribution of authority to other state institutions.
Regional Representatives Council	Legislative (as <i>co-legislator</i> )	Does not form implementing regulations as an attribution of authority to other state institutions.

<sup>47</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, 41.

<sup>48</sup> Astawa and Arifin, *Sengketa Kewenangan Lembaga Negara di Mahkamah Konstitusi*, 149.

<sup>49</sup> Pan Mohamad Faiz, “Perlindungan Terhadap Lingkungan Dalam Perspektif Konstitusi,” *Jurnal Konstitusi* 13, no. 4 (December 2016): 769, <https://doi.org/10.31078/jk1344>.

<sup>50</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, 41.

<sup>51</sup> The use of the word “given” refers to attribution, not obtained from other state institutions or state institutions above it. Astawa and Arifin, *Sengketa Kewenangan Lembaga Negara di Mahkamah Konstitusi*, 149.

Higher State Institution	Breach of State Power	State Institutions that obtain Attribution through Implementing Regulations of Higher State Institutions
Constitutional Court	Judicative	State institutions belonging to the judicial or executive branch of power are given functions to hold judicial power based on the Law.
Supreme Court	Judicative	State institutions belonging to the judicial or executive branch of power are given functions to hold judicial power based on the Law.
Audit Board	<i>Financial audit</i>	Does not form implementing regulations as an attribution of authority to other state institutions.

*Source: Author*

Judging from the Higher State Institutions that form implementing regulations as an attribution of authority to state institutions, only 3 (three) higher state institutions can form implementing regulations as an attribution of authority, which are the President, the Constitutional Court (“MK”), and the Supreme Court (“MA”).

Before further discussion about the attribution of authority, it is necessary to understand that constitutionally the President is an executive body that can carry out legislative functions. Even though he has the authority to carry out legislative functions, the President cannot be called a legislative body.<sup>52</sup> Since the DPR holds this power as instructed in Article 20 Clause (1) of the 1945 Constitution. Apparently, the common understanding about mentioning breach of legislative power is being restricted by the 1945 Constitution. Hence it is only attached to the establishment of the Formal Law (*formeell gesetz*). Besides, the President is referred to as the holder of executive power because he holds government power constitutionally.<sup>53</sup> While exercising this power, the President also carries out legislative functions such as establishing Government Regulations,<sup>54</sup> Forming Laws with the DPR, and establishing *Perpu* in conditions of compelling urgency.<sup>55</sup> To sum up, the President is not only authorized to make policies related to government administration (*beschikking*) but also has the authority to form regulations (*regelling*).

<sup>52</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, 134.

<sup>53</sup> Catur Alfath Satriya, “Karakteristik Pemakzulan Presiden di Indonesia,” *Jurnal Konstitusi* 19, no. 3 (2022): 537, <https://doi.org/10.31078/jk1932>.

<sup>54</sup> See Article 5 Clause (2) 1945 Constitution.

<sup>55</sup> See Article 22 1945 Constitution.

The attribution authority of executive government through Presidential Regulation is only given to the executive government at the central and regional levels.<sup>56</sup> Meanwhile, the legislative function in establishing the regulations is given to the central and regional governments (*Pemda*) based on their respective powers.<sup>57</sup> Both central and regional governments, which were executive institutions below the President, have the same authority as the President but still have restrictions in exercising the authority, which can be measured using the parameters of their hierarchical position. Furthermore, the position of the central government is above the regional government,<sup>58</sup> Hence when the regional government carries out its autonomy, it bonds to have limitations, especially central government affairs, which are already regulated based on statutory regulations.<sup>59</sup>

Jimly Asshiddiqie explained that the position of state institutions not only can be categorized from the source of the legitimacy of their authority but also can be categorized as layers of position based on the functions of these state institutions. Where the central government is placed as the first-tier organ consisting of every higher state institution, and the second-tier organ is made up of every state institution that carries out central government affairs. In comparison, the regional government is positioned as the third-tier organ.<sup>60</sup> This can be seen based on what authority is granted by the regulations to carry out the functions of these state institutions. The hierarchical position of state institutions has implications for the legitimacy of state institutions to delegate their authority as well as becomes a parameter of how wide their authority can be applied to the state institutions below them. For example, first- or second-tier organs can delegate their authority to third-tier organs, but the reverse does not apply.<sup>61</sup>

Judicial power exercised by the Supreme Court and the Constitutional Court has one thing in common with the President, in which the three of them can form regulations (*regelling*).<sup>62</sup> Contrary to the similarities, the judicial power also has differences with the President (as executive power holder), which can be seen in the pattern of authority attribution. The difference is that state institutions that are given the function of administering executive government are definitely below the President. Therefore, they are directly responsible to the President. Meanwhile, state institutions that can carry out functions related to judicial

<sup>56</sup> See Elucidation of Law Number 23 of 2014 on Regional Government.

<sup>57</sup> See Article 8 Law Number 12 of 2011 on Formation of the Regulation as has been amended by Law Number 13 of 2022 ("Law P3").

<sup>58</sup> Abdul Rauf Alauddin Said, "Pembagian Kewenangan Pemerintah Pusat - Pemerintah Daerah Dalam Otonomi Seluas - luasnya Menurut UUD 1945," *Fiat Justisia Jurnal Ilmu Hukum* 9, no. 4 (2015): 587, <http://jurnal.fh.unila.ac.id/index.php/fiat/article/viewFile/613/552>.

<sup>59</sup> Proborini Hastuti, "Menakar Konstisionalitas Penundaan dan/atau Pemotongan Anggaran Transfer ke Daerah Dalam UU APBN," *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 843-66, <https://doi.org/10.31078/jk1945>.

<sup>60</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, 105-111.

<sup>61</sup> Article 5 Law Number 23 of 2014 on Regional Government as has been amended by Law Number 9 of 2015.

<sup>62</sup> See Article 8 Law P3.

power outside the MK and MA<sup>63</sup> are not only limited to judicial institutions but also to executive government institutions that are given attributive authority through laws to be able to carry out judicial functions, such as the Attorney General's Office, Police ("POLRI"), Indonesian National Armed Forces ("TNI"), Ministry of Finance (Tax Court), Ministry of Manpower (Mediation of industrial relations), and other executive institutions. Thus, even though the executive branch carries out a judicial function, it is not responsible to the Supreme Court or the Constitutional Court but rather responsible to the President.

Realistically, neither the Supreme Court nor the Constitutional Court form implementing regulations as an attribution of their authority in the executive branch to exercise judicial power because this authority has a source of legitimacy called laws. Even though further regulations regarding the attribution of state institution's authority were also regulated through implementing regulations for the Supreme Court or the Constitutional Court, it does not mean that state institutions can be classified as judicial institutions. The functions related to judicial power only apply to second-tier organs. It does not apply to executive agencies in first-tier and third-tier organs. On the other hand, the authorities obtained by the executive branch in carrying out functions related to judicial power must be given through attribution from the 1945 Constitution or the Law. Therefore, an executive branch that carries out a function related to judicial power without any legal basis can legitimize that authority considered to be violating the Law. The violation refers to Article 17 *UUAP*, which regulates three prohibitions related to abuse of authority, including the prohibition to act arbitrarily, exceed, and/or mix up authority.

Based on the previous explanation, it can be concluded that all state institutions outside the 7 (seven) higher state institutions have their authority due to attribution from original power or authority originating from the regulations under the 1945 Constitution. From there, we can categorize state institutions into 2 (two) which is:

- a. State institutions whose authority originates from the 1945 Constitution consist of 7 (seven) institutions, including President, MPR, DPR, DPD, MK, MA, and BPK;
- b. State institutions whose authority originates from the regulations under the 1945 Constitution, which in the central government consist of 183 institutions as well as DPRD and Regional Governments, such as all Ministries of the Republic of Indonesia, TNI, POLRI, Attorney General, Judicial Commission, Corruption Eradication Commission ("KPK"), Presidential Advisory Council ("DPP"), the General Elections Commission ("KPU"), Business Competition Supervisory Commission ("KPPU"), National Commission on Human Rights ("Komnas HAM"), Commission for the Protection of Children ("KPAI"), the Ombudsman Commission, the Regional Government, and the Regional People's

---

<sup>63</sup> The Judicial Commission has a structural position equal to the Supreme Court and the Constitutional Court. However, it functions only as a support (auxiliary). Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, 63.

Representative Council, as well as other state institutions as long as their powers are regulated in the regulations below the 1945 Constitution.<sup>64</sup>

It is important to understand the pattern of attribution as a source of legitimate authority in order to know where the authority refers to and how to resolve it when disputes occur over authority between state institutions. Fundamentally, there is no room for state institutions to obtain authority except based on the regulations.<sup>65</sup> Even though state institutions have obtained attributive authority, it is not uncommon to find regulations that do not provide specific explanations regarding the exercise of this authority hence state institutions exercise their authority based on discretionary interpretation.<sup>66</sup>

Regarding the extension of which discretion can be exercised, the government only can exercise discretion if the decisions or actions (*beschikking*) that were being made are still within the scope of its authority hence it does not cause conflicts of interest between state institutions and does not contradicting with positive Law.<sup>67</sup> In other words, even though there is a legal vacuum, discretion cannot easily be exercised arbitrarily outside of the function or even beyond the branch of power of state institutions as regulated in Article 31 *UUAP*. The reason it's that a government legal action may be considered to be nicely done in both the application and benefits (*doelmatig*), but if it uses authority that is contrary to positive Law or not even within its authority, even worst if it is supposed to be another institution authority, then the action is considered to be unlawful. In short, all government actions should, in appearance and reality, be based on positive Law.<sup>68</sup> Thus, it is also necessary to realize that discretion is not only talking about the issue of whether there is a legal basis or not (*wetmatigheid*) but also the issue of every action by the executive, which must always be considered proper, appropriate, and fair according to Law (*rechtmatigheid*).<sup>69</sup>

## **2. Dispute Settlement over Authority Between State Institutions whose Authorities are Regulated by The Regulations below the 1945 Constitution**

Previous discussions show two reasons for overlapping authorities between state institutions. First, the ambiguity of the regulations resulted in different interpretations due to state institutions' lack of understanding of how to exercise their authority. Second, lawmakers make errors in understanding the division of powers based on their source of legitimacy, thus giving the same authority to more than one different state institution. Certainly, the first reason can be resolved through coordination between state agencies with

<sup>64</sup> Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, "https://www.menpan.go.id/site/kelembagaan/lembaga-pemerintah-pusat," 2021, https://www.menpan.go.id/site/kelembagaan/lembaga-pemerintah-pusat.

<sup>65</sup> Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Tata Usaha Negara Buku I*, 90.

<sup>66</sup> Indroharto, 88.

<sup>67</sup> See Article 31 *UUAP*.

<sup>68</sup> Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Tata Usaha Negara Buku I*, 87.

<sup>69</sup> Indroharto, 89.



intermediary state institutions above them hence their authority can be mediated and/or clarified by the state agency that makes the authority. For example, disputes between executive agencies due to the differences in the interpretation of regulations which causing overlapping authorities. The President can mediate it as it places in a higher hierarchy in executive institutions. Thus, they can produce an agreement in the form of a decision as regulated in Article 16 *UUAP*.

Contrary to the second reason, regardless of the stages in the judicial process, the same authority belonging to two or more state institutions certainly requires an examination of the articles which contain those powers. This is because the authority has been regulated already in the regulations that are still in force. Hence the enforceability of this authority follows the validity of the material in the regulations that regulate it.<sup>70</sup> Therefore, it is necessary to annul the article that contains the authority belonging to unauthorized state institutions or contradicts the regulations above. In other words, the authority contained in the regulations (*regelling*) requires a judge's verdict to cancel it.<sup>71</sup> If it is not canceled, the regulations governing this authority will still be in force as well as the application of the authority, even if overlap occurs. As for the discussion of solving the problem of overlapping authority between state institutions, the authors limit it to the problem of overlapping based on the second reason, which is lawmaker error in understanding the division of powers based on their source of legitimacy hence they include the same authority in more than one different state institution.

The problem with overlapping authority between state institutions is considered to be the object of dispute from dispute settlement between state institutions. It arises because of the conflicting authorities between different state institutions, as stated in the regulations. The problem of overlapping authority between state institutions is different from state administrative disputes, which occur in the State Administrative Court (PTUN). The following table describes the differences between the two disputes:

**Table 4.**  
**Difference between State Administrative Dispute and Authority Dispute between State Institutions**

Dispute Type	State Administrative Dispute	Authority Dispute between State Institutions
Object	State administrative decisions ( <i>beschikking</i> ).	Regulations ( <i>regelling</i> ) that regulate the same authority or the one that is unclear in multiple state institutions cause overlapping authorities.

<sup>70</sup> Article 10 Law P3.

<sup>71</sup> Article 9 Law P3.

<b>Dispute Type</b>	<b>State Administrative Dispute</b>	<b>Authority Dispute between State Institutions</b>
Subject	Individuals or civil legal entities (Applicant) with state administrative bodies or officials, both at the central and regional levels (Respondent).	State institutions against state institutions.
Enforceability object	<i>Presumptio Iustae Causa Principle:</i> State administrative decisions are deemed correct according to Law hence they can be implemented beforehand as long as they have not been proven otherwise.	Regulations containing overlapping powers remain valid in each state institution. Hence they can still exercise the authority as long as the MK or MA has not annulled the regulations containing the authority.

*Source: Author*

Regarding the problem with overlapping authorities, dispute resolution must trace the norms of legitimacy source that become the legal basis of this authority. The legal basis for “authority of state institutions” is different from the legal basis for “establishing state institutions.” For example, the legal basis for forming ministries is Article 17 of the 1945 Constitution. However, their attributive authority is not regulated in the Constitution but is commonly regulated by Presidential Regulations Number 32 of 2021 and, more specifically, in other Presidential Regulations. By tracing the norms of legitimacy source, which is the legal basis for the authority of state institutions, it can be known which judicial institutions have the right to revoke authority.

Regardless of the stages in the judicial process related to authority disputes between state institutions, the annulment of the authority of state institutions contained in regulations can only be carried out through a judicial review.<sup>72</sup> Even though authority disputes between state institutions can’t be compared with the review of regulations against the higher regulations (judicial review), in the judicial process, disputes over these authorities certainly require the cancellation of part of the material in regulations that contain the authority of one of the institutions. The cancellation or annulment is considered important since the overlapping authority will continue to apply normatively as long as the material in the legislation is not canceled. For example, the same authority over the KBLI 12091 Licencing obtained by the Ministry of Agriculture and Ministry of Industry based on *PP* Number 5 of 2021, both ministries will continue to have normative authority as long as

<sup>72</sup> See Elucidation Article 10 clause (1) point d and clause (2) Law P3.

the material authority of one of those state institutions has not been canceled by court decision.<sup>73</sup> Although realistically, there were deviations from the norms of legislation, in which the authority of the Ministry of Industry is being canceled through *beschikking*.<sup>74</sup>

Up to this point, there are only 2 (two) state institutions, being authorities that constitute to cancel existing regulations, MK and MA.<sup>75</sup> Furthermore, the Constitutional Court is given the authority regarding disputes settlement between state institutions as regulated in Article 24C clause (1) of the 1945 Constitution.<sup>76</sup> The article states that the Constitutional Court has the authority to decide over the disputes of authority between state institutions whose powers are granted by the Constitution.<sup>77</sup> It should emphasize that the subject is “state institutions whose authority is granted by the Constitution,” not “state institutions formed by the Constitution” Hence it only refers to state institutions whose powers are regulated in writing form in the 1945 Constitution, and not just about the establishments or formation of the state institutions. The authority of the Constitutional Court is to interpret the authority of state institutions whose authority is contained in the 1945 Constitution.<sup>78</sup> It can easily be understood if it is being linked to the authority of the Constitutional Court to examine the Law against the 1945 Constitution, in which if a material (including material related to the authority of state institutions) in the Law deemed to be inappropriate or contrary to the authority regulated in the 1945 Constitution, thus the Constitutional Court may cancel some of the material in the said Law.<sup>79</sup>

The same logic that is being used in the authority of the Constitutional Court supposedly can also be used to see what judicial institutions have the right to fill the legal vacuum on which to decide the authority in disputes between state institutions whose powers are granted by laws and/or statutory regulations below them. It certainly requires a judicial review of the regulations below the Law against the Law in order to cancel material related to the authority that is considered contrary to the Law but has been applied normatively in the regulations below the Law. Based on Article 24A of the 1945 Constitution, the judicial review authority is attached to the Supreme Court. The table below explains the concept of resolving Authority Disputes between State Institutions:

<sup>73</sup> See Elucidation Article 12 Law P3.

<sup>74</sup> The practice of deviations from the Law of results of SESMEKON PI.01/433 OF 2021 can be seen on the website of Lembaga OSS, where the authority over permits/legality over KBLI 12091 is only given to the Ministry of Agriculture as stipulated in Permentan Number 15 of 2021. Kementerian Investasi/BKPM, “Klasifikasi Baku Lapangan Usaha Indonesia (KBLI) 2020,” 2021, <https://oss.go.id/informasi/kbli-detail/3c4ce858-dd14-42e8-afab-f5f92346114b>.

<sup>75</sup> See Article 24A and Article 24C 1945 Constitution.

<sup>76</sup> Adam Ilyas, “Problematika Peraturan Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya,” *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 794–818.

<sup>77</sup> Miftah Faried Hadinatha, “Peran Mahkamah Konstitusi Mencegah Gejala Autocratic Legalism di Indonesia,” *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 741–65.

<sup>78</sup> See Article 24C 1945 Constitution *jo.* Article 1 point 5 Peraturan MK Nomor 08/PMK/2006.

<sup>79</sup> Fitra Arsil and Qurrata Ayuni, “Kedudukan Hukum Khusus Dalam Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi,” *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 965, <https://doi.org/10.31078/jk19410>.

**Table 5.**  
**Concept of Resolving Authority Disputes between State Institutions**

<b>State Institutions</b>	<b>Constitutional Court (“MK”)</b>	<b>Supreme Court (“MA”)</b>
Authority	Interpreting the authority in the 1945 Constitution and canceling the authority regulated by the Law, which was considered contrary to the 1945 Constitution.	Interpreting the authority in the Law and canceling the authority regulated by the regulations below the Law, which are deemed contrary to the Law.
Legal Dispute Subject	State institutions whose authorities are regulated in the 1945 Constitution.	Institutions whose authorities are regulated in laws and/or regulations below them.
Dispute Object	The Law contains the authority of the Higher State Institutions that are not in accordance with the authority regulated in the 1945 Constitution.	Materials of regulations below the Law that are not in accordance with the authority regulated in the Law.
Legal Basis	Article 24C clause (1) of the 1945 Constitution <i>“The Constitutional Court has the authority to adjudicate at the first and final instance, the judgment of which is final, to review laws against the Constitution, to judge on authority disputes of state institutions whose authorities are granted by the Constitution, to judge on the dissolution of a political party, and to judge on disputes regarding the result of a general election.”</i>	Article 24A Clause 1 of the 1945 Constitution <i>“The Supreme Court shall have the authority to adjudicate at the level of cassation, to review statutory rules and regulations below the laws against the laws, and shall have other authorities granted by the laws.”</i>

*Source: Author*

The difference in the authority of the Constitutional Court and the Supreme Court lies in the authority that is written in the 1945 Constitution. The authority of the Constitutional Court has a legal basis that is regulated in writing form in the 1945 Constitution, while the Supreme Court does not. However, this does not prevent the Supreme Court from adjudicating its authority in disputes between state institutions whose authority is granted by laws

and/or regulations below it since the court adheres to the *ius curia novit* principle.<sup>80</sup> This means the court is prohibited from refusing a case because the judge is deemed to know and understand all kinds of laws as regulated in Article 10 of Law Number 48 of 2009 on Judicial Power. As a matter of fact, not only regulations but also policy (*beleidsregel*) such as Circulars Letter (*“Surat Edaran”*) have also been tested and annulled by the Supreme Court.<sup>81</sup>

Quoting Paul Scholten’s statement, *“Het recht is er doch het moet worden gevonden, in de vondst zit het nieuwe”*, the law has been found, but it still needs to find its novelty which is shown from the discovery of it.<sup>82</sup> This authority can be seen based on the indicators of power. If we examine the position of the Supreme Court, then we know that the title assigned to the Supreme Court is no different from the Constitutional Court, which is “judicial power.” The two institutions were formed to uphold Law and justice through the judicial administration. Hence, it is not taboo if the same authority as the Constitutional Court is given to the Supreme Court, even if it has a different scope, which is the authority to decide authority disputes between state institutions whose powers are granted by laws and/or regulations below them.

Historically, law enforcement aimed not only at the people but also towards the state as the implementation of the principle of equality before the Law. The implementation of this principle also underlies the formation of PTUN with the aim of orderly administration within the government apparatus to create administrative behavior and prevent government officials from committing legal deviations.<sup>83</sup> Using the same rationale, the dispute resolution over authority between state institutions has the same urgency as establishing an Administrative Court, which is to prevent government officials from committing legal deviations.

The aim being wanted to achieve in the description of this discussion is to fill the legal vacuum by adding the authority of the Supreme Court over dispute resolution related to overlapping authority between state institutions whose authority is granted by legislation under the 1945 Constitution. Hence it can provide legal certainty for dispute resolution. Achieving this concept will help straighten out the chaotic administrative practices such as decisions of the executive branch (*beschikking*), which cancel the authority regulated in regulations (*regelling*). To achieve that goal, an amendment is needed. There has to be the fifth amendment to the 1945 Constitution, adding the phrase related to the authority of the Supreme Court in Article 24A of the 1945 Constitution. The additional phrase needed is

<sup>80</sup> Zainal Arifin Mochtar and Eddy O.S Hiariej, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum: Memahami Kaidah, Teori, Asas dan Filsafat Hukum* (Jakarta: Perpustakaan Nasional RI, 2021), 140.

<sup>81</sup> MA through Putusan 23 P/HUM/2009 declared that SE Dirjen Minerbapabum Departemen ESDM Nomor 03.E/31/DJB/2009 dated 30 January 2009 on Mining and Coal Licensing is invalid and not generally accepted.

<sup>82</sup> Miftakhul Huda, “Rechtsvinding,” *Konstitusi Nomor 98*, 2015.

<sup>83</sup> See Surat Menteri Kehakiman Republik Indonesia Number M.DL.04.04-04 dated 12 March 1987 on Proposals to Upgrade the State Administrative Court.

“to resolve authority despite between state institutions whose powers are granted by laws and/or regulations below the law.” This can also be done by changing the scope of legal subjects in a judicial review within the Supreme Court. Previously applications could only be submitted by community groups or individuals. Hence to accommodate this concept, it is necessary to add that applications can also be submitted by state institutions since the settlement disputes or judicial review to annul an authority cannot be directly initiated by the Supreme Court<sup>84</sup>, but rather state institutions that have an interest in overlapping authorities as the *subjectum litis* that applies within the Constitutional Court.

### C. CONCLUSION

The pattern of power restriction in state institutions based on regulations only gives original powers through the 1945 Constitution to 7 (seven) state institutions, namely the President, MPR, DPR, DPD, MK, MA, and BPK. Apart from those state institutions, other institutions have to obtain authority by attribution referring to the authority obtained by the 7 (seven) higher state institutions. As for the attribution authority, the state institutions can be divided into 2 (two) categories, state institutions whose authority originates from the 1945 Constitution and state institutions whose authority originates from statutory regulations below the 1945 Constitution. Dispute Settlement over authority between state institutions whose authorities are regulated by statutory regulations below the 1945 Constitution is still in a legal vacuum condition, hence the Supreme Court should be able to fill them. Naturally, the decision about canceling regulations, which contains the authority of state institutions, cannot be made internally through a decision of the executive institution (*beschikking*). Thus, it can only be removed through a judicial review. Suppose the dispute settlement over authority between state institutions is implemented. In that case, the *subjectum litis* is “state institutions whose authority is granted by laws and regulations below the Constitution.” At the same time, the *objectum litis* is “authority between state institutions which overlap and still valid in the Law and/or regulations below the Law.”

### REFERENCE

Anwary, Ichsan. *Lembaga Negara dan Penyelesaian Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2017.

AP5I. “Rapat Koordinasi KBLI Beririsan Antara Kementerian Kelautan dan Perikanan Dengan Kementerian Perindustrian – 24 Agustus 2021.” Accessed November 2, 2022. <https://ap5i-indonesia-seafood.com/indoap5i/2021/08/25/rapat-koordinasi-kbli-beririsan-antara-kementerian-kelautan-dan-perikanan-dengan-kementerian-perindustrian-24-agustus-2021>.

<sup>84</sup> Mochtar and Hiariej, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum: Memahami Kaidah, Teori, Asas dan Filsafat Hukum*, 418.

- Arsil, Fitra, and Qurrata Ayuni. "Kedudukan Hukum Khusus Dalam Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 957–80. <https://doi.org/10.31078/jk19410>.
- Asshiddiqie, Jimly. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- . *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.
- Astawa, I Gde Pantja, and Firdaus Arifin. *Sengeketa Kewenangan Lembaga Negara di Mahkamah Konstitusi*. Refika Aditama, 2021.
- Atmadja, I Dewa Gede, I Nyoman Putu Budiarta. *Teori-Teori Hukum*. Malang: Setara Press, 2018.
- Budiardjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2007.
- Chandra SY, Helmi, and Shelvin Putri Irawan. "Perluasan Makna Partisipasi Masyarakat Dalam Pembentukan Undang-Undang Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 766. <https://doi.org/10.31078/jk1942>.
- Faiz, Pan Mohamad. "Perlindungan Terhadap Lingkungan Dalam Perspektif Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 13, no. 4 (December 2016): 766–87. <https://doi.org/10.31078/jk1344>.
- Fatlolon, Costantinus. "Evaluasi Proses Amendemen Undang-Undang Dasar Tahun 1945 : Perspektif Habermasian An Evaluation of the Amendment Process of the 1945 Constitution : A Habermasian Perspective." *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 819–42.
- Hadinatha, Miftah Faried. "Peran Mahkamah Konstitusi Mencegah Gejala Autocratic Legalism di Indonesia." *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 741–65.
- Hadjon, Phillipus M, Sri Soemantri Martosoewignjo, Sjachran Basah, Bagir Manan, Laica Marzuki, J.B. J.M. ten Berge, P.J.J. van Buuren, and F. A.A.M. Stroink. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesian Administrative Law)*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2015.
- Hasanah, Uswatun, Chintia Kirani, Elina Mitha Gabylya, and Robiatul Adawiyah. "Etika dan Budaya Politik: Konsep Sistem Politik Di Indonesia." *Jurnal Pendidikan, Sains dan Teknologi* 1, no. 2 (2022): 330–43.
- Hastuti, Proborini. "Menakar Konstitusionalitas Penundaan dan/atau Pemotongan Anggaran Transfer ke Daerah Dalam UU APBN." *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 843–66. <https://doi.org/10.31078/jk1945>.
- Huda, Miftakhul. "Rechtsvinding." *Konstitusi Nomor 98*, 2015.
- Ilyas, Adam. "Problematika Peraturan Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya." *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 794–818. <https://doi.org/10.31078/jk1943>.

- Indroharto. *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Tata Usaha Negara Buku I*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1994.
- Inspektorat Djenderal Territorial dan Perlawanan Rakyat. *Undang-Undang Keadaan Bahaja 1957 dan Peraturan-Peraturan Jang Berhubungan Dengan Itu*. Jakarta: Inspektorat Djenderal Territorial dan Perlawanan Rakyat, 1957.
- Kementerian Investasi/BKPM. "Klasifikasi Baku Lapangan Usaha Indonesia (KBLI) 2020," 2021. <https://oss.go.id/informasi/kbli-detail/3c4ce858-dd14-42e8-afab-f5f92346114b>.
- Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi. "https://www.menpan.go.id/site/kelembagaan/lembaga-pemerintah-pusat," 2021. <https://www.menpan.go.id/site/kelembagaan/lembaga-pemerintah-pusat>.
- Lailam, Tanto, Putri Anggia, and Irwansyah Irwansyah. "The Proposal of Constitutional Complaint for the Indonesian Constitutional Court." *Jurnal Konstitusi* 19, no. 3 (2022): 693–719. <https://doi.org/10.31078/jk1939>.
- Lestari, Sulistyani Eka. "Penyelesaian Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara Oleh Mahkamah Konstitusi." *DiH: Jurnal Ilmu Hukum* 10, no. 19 (2014): 38–47. <https://doi.org/10.30996/dih.v10i19.284>.
- Mahkamah Konstitusi. *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002*. Mahkamah Konstitusi. Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2010.
- Mochtar, Zainal Arifin, and Eddy O.S Hiariej. *Dasar-Dasar Ilmu Hukum: Memahami Kaidah, Teori, Asas dan Filsafat Hukum*. Jakarta: Perpustakaan Nasional RI, 2021.
- Nurmawati, Made, Nengah Suantra, and Luh Gde Astaryani. *Hukum Kelembagaan Negara*. Denpasar: Fakultas Hukum Universitas Udayana, 2017.
- Nuruddin, Muhammad. *Logical Fallacy: Menguak Kesalahan-Kesalahan Berpikir Yang Kerap Kita Jumpai Sehari-Hari*. 7th ed. Depok: Keira Publishing, 2022.
- Pratama, Juwita Putri, Lita Tyesta ALW, and Sekar Anggun Gading Pinilih. "Eksistensi Kedudukan Peraturan Menteri Terhadap Peraturan Daerah Dalam Hierarki Peraturan Perundang-Undangan." *Jurnal Konstitusi* 19, no. 4 (2022): 865–85. <https://doi.org/10.31078/jk1947>.
- Rumawi, Mellisa Towadi, Supianto, and Udiyo Basuki. "Parate Executie Dalam Fidusia Menurut Ratio Decidendi Putusan Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 19, no. 3 (2022): 554–79.
- Said, Abdul Rauf Alauddin. "Pembagian Kewenangan Pemerintah Pusat - Pemerintah Daerah Dalam Otonomi Seluas - Luasnya Menurut UUD 1945." *Fiat Justisia Jurnal Ilmu Hukum* 9, no. 4 (2015): 577–602. <http://jurnal.fh.unila.ac.id/index.php/fiat/article/viewFile/613/552>.



- Saifulloh, Moh. Roziq. "Examination and Confiscation of Notarial Deeds for The Purpose of Criminal Law Enforcement without Approval from The Notary Honorary Council." *Jurnal Penelitian Hukum De Jure* 22, no. 4 (2022): 423–36. <https://doi.org/10.30641/dejure.2022.v22.423-436>.
- Satriya, Catur Alfath. "Karakteristik Pemakzulan Presiden di Indonesia." *Jurnal Konstitusi* 19, no. 3 (2022): 528–53. <https://doi.org/10.31078/jk1932>.
- Simamora, Janpatar. "Problematika Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara Oleh Mahkamah Konstitusi." *Mimbar Hukum - Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada* 28, no. 1 (2016): 77–90. <https://doi.org/10.22146/jmh.15859>.
- Soemarwi, Vera W S. "The Absence of Constitutional Court's Decision Follow Up: Is It A Loss?" *Jurnal Konstitusi* 19, no. 7 (2022): 720–40. <https://doi.org/10.29123/jy.v12i2.294.721>.
- Triningsih, Anna, and Nuzul Qur'aini Mardiya. "Interpretasi Lembaga Negara dan Sengketa Lembaga Negara Dalam Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara." *Jurnal Konstitusi* 14, no. 4 (2018): 778–98. <https://doi.org/10.31078/jk1444>.
- Wahjono, Padmo. "Hukum Antar Wewenang." In *Pejabat Sebagai Calon Tergugat Dalam Peradilan Tata Usaha Negara*, edited by P.J.J. Sipayung, 27–62. Jakarta: Sri Rahayu, 1989.



## Consumer Empowerment: Safeguarding Consumer Rights Through BPSK's Arbitration Post the Constitutional Court Decision

### *Pemberdayaan Konsumen: Melindungi Hak Konsumen Melalui Proses Arbitrase di BPSK Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi*

Rizkisyabana Yulistyaputri , Ratih Lestari   
Faculty of Law, University of Indonesia, Jakarta, Indonesia



#### Article Info

##### Corresponding Author:

Rizkisyabana Yulistyaputri  
✉ [yulistyaputri18@gmail.com](mailto:yulistyaputri18@gmail.com)

##### History:

Submitted: 31-05-2023  
Revised: 15-08-2023  
Accepted: 25-08-2023

##### Keyword:

Arbitration; BPSK; Consumer Disputes.

##### Kata Kunci:

Arbitrase; BPSK; Sengketa Konsumen.

#### Abstract

The arbitration decision by BPSK, can be filed with objections in accordance with Law 8/1999 and annulment under Law 30/1999. These two actions raise questions related to the arbitration process to resolve consumer disputes, consumer protection, and the impact of the Constitutional Court's decision on the annulment of arbitration awards. This is because both actions are contrary to the final and binding nature of the arbitration award. Through the doctrinal research method, it was found that three years since the Constitutional Court's Decision, there has been an increase in decisions related to the annulment of arbitration awards and objections to BPSK decisions. The Constitutional Court Decision has two contrary impacts. It makes easier for the aggrieved party in the process of resolving consumer disputes through arbitration to file for annulment or objection. Meanwhile, it also makes the process of consumer protection through arbitration lose its final and binding force.

#### Abstrak

Terhadap putusan arbitrase oleh BPSK dapat diajukan keberatan sesuai dengan UU 8/1999 dan pembatalan sesuai dengan UU 30/1999. Kedua tindakan tersebut menimbulkan pertanyaan terkait proses arbitrase dalam upaya penyelesaian sengketa konsumen, perlindungan konsumen, serta dampak Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) terhadap proses penyelesaian sengketa konsumen di BPSK. Hal ini mengingat bahwa kedua tindakan tersebut bertentangan dengan sifat final and binding dari putusan arbitrase. Melalui metode penelitian doktrinal, Penulis menemukan bahwa terdapat peningkatan putusan terkait pembatalan putusan arbitrase dan keberatan atas putusan BPSK, 3 (tiga) tahun sejak diucapkannya Putusan MK terkait. Di satu sisi, Putusan MK mempermudah pihak yang dirugikan dalam proses penyelesaian sengketa konsumen melalui arbitrase untuk mengajukan pembatalan ataupun keberatan. Namun di sisi lain, juga membuat proses perlindungan konsumen dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase kehilangan kekuatan final and binding-nya.



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/jk2033>

## A. INTRODUCTION

### 1. Background

Almost all parts of our daily life need technology, including the buying and selling process between producers and consumers. Sometimes, technology led us to some convenience in our life, but sometimes it is the other way around. Technology is a disruption to traditional business processes that will never return to its origin.<sup>1</sup> Technological changes lead to changes in consumer behavior, which encourages the existence of various legal instruments for consumer protection to adapt to existing technological developments. Consumer protection is part of national development, so state must accommodate it.<sup>2</sup> Economic Law is the overall legislation, which regulates various economic activities and policies from the perspective of Civil Law and Public Law, which has the aim of order and justice in the national economic system.<sup>3</sup> That aim makes state must actively include in every detail of the national economic system through various law instruments.

National Consumer Protection Board (*Badan Perlindungan Konsumen Nasional (BPKN)*) recorded 1041 complaints as of December 2, 2022, with complaints in the financial services sector holding the most complaints at 387 complaints, followed by complaints in the e-commerce sector at 179 complaints.<sup>4</sup> BPKN has resolved 111 complaints in the financial services sector, with the remaining 276 complaints still pending. In 2022, BPKN issued 27 recommendations and 15 responses, demonstrating that state has attempted to participate in consumer protection through various existing institutions or institutions.

*Rechtsbetrekkingen* is a relationship between two or more legal subjects or more regarding the rights and obligations of one party *vis-à-vis* the rights and obligations of the other party. The relationship between producers and consumers can be compared to a contract. A contract is a legal relationship between two parties in the field of property in which one party is entitled to a performance (the creditor) and the other party is obligated to fulfill the performance (the debtor).<sup>5</sup> A contract may be written or unwritten, and can be referred to as a transaction. The rights and obligations of the parties in a legal relationship are guaranteed by law, which is in accordance with the provisions in Article 1338 paragraph 1 of the Civil Code, which states that "All agreements made in accordance with the law shall be valid as laws for those who make them. Just like the obligation, the arrangement between producers and consumers will occur continuously. The agreement cannot be withdrawn other than with the agreement of both parties, or for reasons determined by law. Consent

<sup>1</sup> Mery Christian Putri, *Perjanjian Di Era Digital* (Depok: PT RajaGrafindo Persada, 2020), 1.

<sup>2</sup> Erman Rajaguguk dan Etal, *Hukum Perlindungan Konsumen* (Bandung: Mandar Maju, 2000), 68.

<sup>3</sup> Candra Irawan, *Dasar-Dasar Pemikiran Ekonomi* (Bandung: Mandar Maju, 2013), 9.

<sup>4</sup> Badan Perlindungan Konsumen Nasional, "Jumlah Pengaduan Konsumen BPKN s/d 2 Desember 2022," 2022, [https://bpkn.go.id/statistik\\_pengaduan](https://bpkn.go.id/statistik_pengaduan).

<sup>5</sup> I.Ketut Oka Setiawan, *Hukum Perikatan* (Jakarta Timur: Sinar Grafika, 2021), 1.

must be executed in good faith". Through the provisions in Article 1234 of the Civil Code, an obligation is intended to give something, to do something, or not to do something.

It can be said that in an agreement or obligation, it is still possible for disputes to arise due to the non-fulfilment of rights or non-performance of obligations of one of the parties. There are 2 (two) ways that can be used to resolve consumer protection disputes in Indonesia, namely the peaceful dispute resolution and the dispute resolution through authorized institutions.<sup>6</sup> Amicable dispute resolution is carried out with or without the authorization of the parties and is usually carried out by deliberation to reach a consensus, to make the dispute resolution process more manageable, cheaper, and relatively faster.<sup>7</sup> The authorized institutions or agencies mentioned earlier are general courts or special institutions established by law, one of them is the Consumer Dispute Resolution Board (*Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK)*).

Arbitration is a way of resolving disputes outside the court, which is based on an arbitration agreement, where the agreement is made by the parties, and is carried out by arbitrators chosen by the parties who has the authority to make decisions.<sup>8</sup> Law Number 30 of 1999 concerning Arbitration and Alternative Dispute Resolution (henceforth referred as Law 30/1999) provides a definition of arbitration as a way of resolving civil disputes outside the public courts based on a written arbitration agreement made by the parties to the dispute. The provision in Article 60 of Law 30/1999 states that the arbitration award is final and has permanent legal force and binding for the parties.

On February 18, 2014, the Constitutional Court registered case number 15/PUU-XII/2014, regarding the review of the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 which states that "A petition for annulment may only be filed against an arbitral award that has been registered in the court. The grounds for annulment mentioned in this article must be proven by a court decision. If the court states that the reasons are proven or not proven, then this court decision can be used as a basis for consideration for the judge to grant or deny the application". The petitioners in the case, Ir, Darma Ambiar, M.M., and Drs. Sujana Sulaeman, felt that their constitutional rights under Article 27 paragraph (1) and Article 28D paragraph (1) of the 1945 Constitution were violated due to the elucidation of the article. According to them, the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 contained a new norm that contrary to the main substance of the article, impractical and obstructed the legal right to seek justice, as well as causing confusion and legal uncertainty.. Ir, Darma Ambiar is director of PT Merina Cipta Guna, while Drs. Sujana Sulaeman is director of PT Bangun Bumi Bersatu, both of which are parties to the dispute at the National Arbitration Board. The statement of the National Arbitration Board as a Related Party in case number 15/PUU-XII/2014 at the Constitutional Court on April 30, 2014, , stated that the source

<sup>6</sup> Az Nasution, *Hukum Perlindungan Konsumen: Suatu Pengantar* (Jakarta: Diadit Media, 2014), 232-233.

<sup>7</sup> Nasution.

<sup>8</sup> Gatot Soemartono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia* (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2006), 2.

of the arbitration award is the agreement of the parties based on *pacta sunt servanda*, through the arbitration panel appointed by the parties, so that when the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 is deleted, the legal certainty of an arbitration award will be lost, and injure the constitutional rights of the party who win the arbitration case.<sup>9</sup> The written statement of the DPR explains that basically the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 aims to provide legal certainty for the implementation of arbitral awards and for parties to disputes in arbitration institutions. The Constitutional Court in Decision No. 15/PUU-XII/2014, which was read out on November 11, 2014 stated that it granted the petitioner's request as a whole, so that the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 does not have binding legal force.

Arbitration, as one method of resolving consumer protection disputes, should always provide consumers with legal certainty and protection. Article 70 of Law 30/1999 provides that a judgment may be annulled if it is suspected of containing elements of falsity in letters or documents submitted in the examination; the discovery of decisive documents previously hidden by the opposing party after an award has been made; and the award made is suspected to be the result of deception on the part of one of the parties to the dispute examination. The provision which stipulates that an arbitration decision can be canceled, is contradict with the final and binding nature of the arbitration decision and can raise questions related to legal certainty to consumers protection when such decision is canceled. Constitutional Court Decision Number 15/PUU-XII/2014 which states that the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 does not have binding legal force provides a new path to resolve consumer protection disputes through arbitration, although it does not change the existing provisions in Article 70 regarding the annulment of arbitral judgment.

BPSK was born to strengthen consumer protection, especially in the process of resolving consumer disputes because it can speed up time and costs compared to the dispute resolution process in the court. When the disputing parties have chosen to settle their disputes at BPSK through an arbitration mechanism, this is a *pactum de compromittendo*, meaning that the parties have agreed that the settlement of their disputes will be based on arbitration. In other words, the parties have agreed to get rid of the authority of the court in resolving disputes that arise, and BPSK has full authority to resolve it.<sup>10</sup> Law Number 8 of 1999 concerning Consumer Protection (henceforth referred as Law 8/1999) gives BPSK authorization to resolve consumer protection disputes through arbitration, where the regulation on arbitration itself is also regulated in Arbitration and Alternative Dispute Resolution Law. When BPSK carries out its role as an arbitration institution, the arbitration award issued by BPSK will be final and binding, as is the nature of arbitration

<sup>9</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Decision Number 15/PUU-XII/2014 (2014), 71.

<sup>10</sup> Gusti Ayu Putu Rizky Putri Pratiwi Made Suksma Prijandhini Devi Salain, "Pengaturan Arbitrase Berdasarkan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen," *Jurnal Kertha Wicara* 7, no. 01 (2018): 3.

awards regulated by the provisions in Arbitration and Alternative Dispute Resolution Law. However, there is a provision in Article 56 of Law 8/1999, which states that objections to BPSK decisions can be filed to the District Court, and it is even possible that cassation can be levelled up to the Supreme Court. The existence of the provisions for annulment and the filing of objections to arbitral awards undermined the final and binding nature of arbitral awards. It will also make consumer protection disrupted or, even cause legal uncertainty to resolve consumer disputes and consumer protection.

Based on the above mentioned, this research will discuss consumer protection through the arbitration dispute resolution process in BPSK and the implication of the Constitutional Court Decision Number 15/PUU-XII/2014 on the arbitration process to give protection to the consumer.

## **2. Research Questions**

This research was conducted to analyze the consumer protection that can be provided by the process of resolving consumer disputes using the arbitration method, and also to analyze the implications of the Constitutional Court Decision Number 15/PUU-XII/2014 on the Cancellation of Arbitration Decisions on the arbitration process at BPSK.

## **3. Research Methods**

This research will be doctrinal research that analyzes both law as "law as it is written in the books," and law as "law as it is decided by the judge through judicial process." The data used in this research is secondary data, with primary legal materials in the form of Constitutional Court Decision Number 15/PUU-XII/2014, as well as Law 30/1999 and Law 8/1999, supported by secondary legal materials in the form of books and journals related to consumer protection and arbitration. The Constitutional Court Decision will be used as a basis for analyzing and identifying the reasons used by the Constitutional Court regarding the annulment of arbitration awards and its relation to the settlement of consumer disputes through the arbitration process. Law 30/1999 and Law 8/1999 will be used as a normative reference on how dispute resolution through arbitration and how state participates in consumer protection.

## **B. DISCUSSION/ ANALYSIS**

### **1. Consumers Protection Through Arbitration**

The background of Law 8/1999 is the weakness of consumers in Indonesia, especially the level of public awareness of their rights as consumers which is still quite low due to their relatively low educational background.<sup>11</sup> Prior to the existence of Law 8/1999, Indonesia did not have a comprehensive legal basis to provide protection to consumers, as the existing regulations at that time were considered inadequate to provide maximum protection to

---

<sup>11</sup> Departemen Penerangan RI, "Kabinet Reformasi Pembangunan: Memori Masa Bahkti," 1999, 121.

consumers in Indonesia. The provisions in Article 1 of Law 8/1999, states that there are at least 3 (three) institutions that can actively give protection to consumers, namely the Non-Governmental Consumer Protection Agency, the Consumer Dispute Resolution Board, and the National Consumer Protection Agency. These institutions are a place to provide protection and resolve consumer disputes, where formally the institution is under the auspices of the Directorate of Consumer Protection, Directorate General of Domestic Trade

In 2020, the National Law Development Agency issued the Results of the Harmonization of the Academic Script of the Draft Law on Consumer Protection, where this was because the Law on Consumer Protection, which was born in 1999, was considered less effective in providing protection to consumers and solving existing problems, even after 20 (twenty) years since it was enacted. This is indicated by the existence of institutions implementing consumer protection (these institutions have not yet become a major part of determining national economic policy) and the low Consumer Empowerment Index. In 2019, the index achieved by Indonesia was 41.70, which means that Indonesia has only entered the "capable" level, which is the level when consumers are aware of their rights and obligations, and are able to choose and make their own choices about what they will consume, although they are not active yet to fight for their rights as consumers. Although the results of the harmonization of the academic paper have been published, until now there has been no renewal of the Consumer Law.

Arbitration in Indonesia has been known since the Dutch occupation era. It can be seen through such regulation, such as the *Reglement op de Burgelijke Rechtsvordering* (RV), which was then still used in accordance with the provisions in the transitional rules of the 1945 Constitution at that time. Then, the provisions in this RV ended when Arbitration and Alternative Dispute Resolution Law came into force in 1999,<sup>12</sup> where the RV regulates arbitration in S.1847 - 52 *juncto* S. 1849 - 63.

The provision in Article 1 point 11 of Law 8/1999 states that the Consumer Dispute Settlement Board is a body tasked with handling and resolving disputes between business actors and consumers. BPSK is often considered as a *quasi-judicial* institution, which is a semi-court institution because BPSK has the nature to adjudicate through 3 (three) dispute resolution mechanism, namely conciliation, mediation, and arbitration. Also, its decisions are final and binding. Yet, BPSK cannot be said as a full court,<sup>13</sup> because dispute resolution through BPSK is said to be an out-of-court dispute resolution method, and its decisions do not have the same executorial power as court decisions in general. Moreover BPSK decisions can still be challenged in the District Court, so this is considered not to give enough protection for consumers. BPSK is different with the Small Claim Tribunal (SCT)

<sup>12</sup> Muskibah Muskibah, "Arbitrase Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa," *Jurnal Komunikasi Hukum (JKH)* 4, no. 2 (10 Agustus 2018): 155, <https://doi.org/10.23887/jkh.v4i2.15450>.

<sup>13</sup> Rahmi Rimanda, "Keberadaan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) Sebagai Lembaga Quasi Yudisial Di Indonesia," *Jurnal Bina Mulia Hukum* 4, no. 1 (2019): 20, <https://doi.org/https://doi.org/10.23920/jbmh.v4n1.2>.

model that exists in developed countries that follow the Common Law system. BPSK is designed to combine the existing systems in common law and civil law, so that what exists in SCT is adapted into Alternative Dispute Resolution (ADR).<sup>14</sup>

M. Yahya Harahap says that arbitration is a method of dispute resolution, where disputes that can be resolved by the arbitration method are disputes originating from a contract, which are considered to have the following problems:<sup>15</sup>

- a. Dispute, defined as a difference in interpretation of the performance of an agreement, which can take the form of a controversy, misunderstanding, or disagreement;
- b. Breach of contract, which includes matters relating to the validity of a contract or the validity of a contract;
- c. Termination of contract, which is defined as terminating a contract without the consent of the other party;
- d. Claims caused by damages for a default or unlawful act.

In the process of dispute resolution through arbitration, one or more arbitrators will be appointed to assist in the dispute resolution process, where these arbitrators can be appointed by the parties to the dispute or appointed by the Court. However, before the appointment of this arbitrator, it must be ensured that the parties to the dispute have made a prior arbitration agreement. Because without such agreement, the arbitration will lose its competence to resolve the dispute.<sup>16</sup> Arbitration works in accordance with the jurisdiction under Article 3 of Law 30/1999. It states that "District Courts are not authorized to hear disputes between parties that have been bound by an arbitration agreement." To avoid bias, the provisions of Article 5 of the Law 30/1999 says that "disputes that can be resolved through arbitration are only disputes in the field of trade and regarding rights that according to laws and regulations are fully controlled by the disputing party," so that in Indonesia, not all disputes can be resolved through arbitration due to the restrictions in Article 5 of Law 30/1999 as mentioned above.

Arbitration is the choice of many parties to resolve their problems due to several advantages:<sup>17</sup>

- a) Clear and straightforward procedures to reach a decision in a relatively fast time;
- b) The costs required are not expensive;
- c) Expose decisions in public can be avoided;
- d) Legal procedures for evidence are not as rigid as the dispute resolution process in court;

<sup>14</sup> Rimanda, 25.

<sup>15</sup> Munir Fuady, *Arbitrase Nasional: Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis* (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003), 11-12.

<sup>16</sup> Candra Irawan, *Aspek Hukum dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan (Alternative Dispute Resolution) di Indonesia* (Bandung: Mandar Maju, 2010), 65.

<sup>17</sup> Fuady, *Arbitrase Nasional: Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, 40-41.



- e) The law to be used in the arbitration process can be determined by the parties themselves;
- f) Arbitrators can be chosen by the disputing parties themselves;
- g) Arbitrators can be selected according to their expertise;
- h) The award issued in the arbitration process can be in accordance with the existing situation and conditions;
- i) In principle, the arbitration award is final and binding;
- j) Arbitral awards (in principle) can be directly carried out and executed by the court without having to be reviewed at all, although review is also permitted;
- k) The procedure of dispute resolution process through arbitration is more easily understood by the public;
- l) The arbitration process closes the possibility of "forum shopping."

The provisions in Article 1243 of the Civil Code explain that 'default' is a form of violation of consumer rights, where the rights and obligations of one party are not fulfilled, so that a dispute is arise. Article 49 of Law 8/1999 stipulates that to resolve disputes that occur in the field of consumer protection, the government establishes BPSK. Arbitration is one of the choices of dispute resolution methods that can be picked by the disputing parties when going through the dispute resolution process at BPSK. BPSK is present as one of the out-of-court dispute resolution institutions It comes from several criticisms out-of-court dispute resolution process, which takes a long time, relatively expensive, unresponsiveness of the litigation process, the decision does not resolve the main dispute, and the ability of judges who are still generalists.<sup>18</sup>

Dispute resolution through an arbitration mechanism is often considered the best solution in resolving disputes that occur between consumers and business actors, because the process is fast and in this process there is an opportunity for the parties to the dispute to make peace, so that the agreement reached will not harm either party.<sup>19</sup> Dispute resolution by arbitration is considered by consumers and business actors to be a fairer solution, because this arbitration is agreed by the parties and the decision on the dispute is fully submitted to the BPSK panel consisting of elements of consumers, business actors and government elements as chairman of the panel.<sup>20</sup>

Arbitration uses several special principles in the dispute resolution process, namely *absolute authority* (the court does not have the authority to resolve disputes through the arbitration process), *pacta sunt servanda* (the existence of an arbitration clause in the agreement between the parties means binding the parties not to use legal remedies in

<sup>18</sup> Ahmadi Miru, *Prinsip-Prinsip Perlindungan Hukum Bagi Konsumen di Indonesia* (Depok: Rajagrafindo Persada, 2011), 34-45.

<sup>19</sup> Faisal Riza Rachmad Abdur, "Penyelesaian Sengketa Secara Arbitrase Untuk Melindungi Konsumen Melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen", *Jurnal EduTech* 4, no. 1 (2018): 33, <https://doi.org/10.30596/edutech.v4i1.1886>.

<sup>20</sup> Rachmad Abdur.

court in the dispute resolution process that occurs), and *final and binding decision* (the arbitration decision is final and binding).<sup>21</sup> Through these principles, arbitration is present to help consumers obtain their rights that have previously been violated by the actions of business actors.

## 2. The Implications of the Constitutional Court Decision Number 15/PUU-XII/2014 On the Process of Arbitration at BPSK

The issue in case 15/PUU-XII/2014 is the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 "stated" "A petition for annulment may only be filed against an arbitral award that has been registered in the court. The reasons for requesting annulment mentioned in this article must be proven by a court decision. If the court states that the reasons are proven or not, then this court decision can be used as a basis for consideration for the judge to grant or reject the application." When such issue claimed by the Petitioners is a provision of Law and the basis for is Article 27 paragraph (1) and Article 28D paragraph (1) of the 1945 Constitution, then this has fulfilled the provisions of judicial review of the law against the 1945 Constitution which applies as the authority of the Constitutional Court.

According to the Petitioners, the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999, especially in terms of the wording that is different from the core of the article, creates a new norm, and does not explain the core of the article as it should be. The difference in wording can lead to legal uncertainty, where the recognition, protection, and legal certainty is guaranteed by the provisions in Article 28D paragraph (1) of the 1945 Constitution. Also, it creates a new norm derived from the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999, where such norm contradicts the provisions of Article 70 of Law 30/1999.

In its legal reasoning, the Constitutional Court held that the Court had the authority to hear the case filed by the Petitioners regarding the constitutionality of the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999. The Constitutional Court also believes that the Petitioners have legal standing, where such loss is potential and there is *causal verband*, so there is a possibility that if the application is granted, the constitutional loss will not happen. The Court stated that if the settlement of a civil dispute, which is a legal dispute between individuals in the field of trade, is basically a matter for those involved in it, so state is obliged to provide legal protection for them, one of which is by establishing judicial power, in which there are courts as the main actors in providing dispute resolution services. When dispute resolution becomes a matter for those involved in the dispute, the parties can choose arbitration as a method of dispute resolution.

The ability to bind themselves in an arbitration agreement must be based on mutual consent, so that the factors of voluntary and mutual awareness are the basis for the validity

---

<sup>21</sup> Alisyah Early Fajrin dan Sjaifurrachman Sjaifurrachman, "Analisis Penyelesaian Sengketa Konsumen Melalui Arbitrase," *Jurnal Analisis Hukum* 5, no. 2 (25 September 2022): 142, <https://doi.org/10.38043/jah.v5i2.3764>.

of the arbitration agreement bond, in accordance with the validity and binding of each arbitration agreement, must fulfill the provisions of Article 1320 of the Civil Code.<sup>22</sup> In a civil agreement, when using an arbitration clause as a dispute resolution, the legal opinion of the arbitration body will bind the main agreement, so that everything that deviates from the legal opinion is a violation of the agreement. So, when it has used the arbitration clause it can no longer take any legal remedies<sup>23</sup> to resolve the dispute that occurred. The provisions in Article 11 paragraph (2) of Law 30/1999 explain that the dispute resolution process through arbitration is also limited court involvement<sup>24</sup> so that the court cannot participate when the parties to the dispute have chosen to use the arbitration institution for dispute resolution. For cases that have an arbitration clause, the court has no right to interfere. For cases that have been decided by arbitration, the court is only entitled to the execution of the award, not to re-process the arbitration award, except when there are unlawful efforts in the process of arbitration, so that the aggrieved party can sue the District Court with the argument that the arbitration decision is not based on good faith.<sup>25</sup>

The annulment of an arbitration award can be interpreted as a legal effort that can be made by the parties concerned to request the District Court to cancel an arbitration award, either partial or a whole.<sup>26</sup> In the process of annulment of an arbitral award, the court has function and authority to examine a request for annulment of an arbitral award. This annulment is a legal step to overcome fraud that occurs during the dispute resolution process through arbitration, and one thing that must be underlined is that the function of the court in the process of annulment of an arbitral award is different from its function when examining a request for appointment of an arbitrator or in a request for execution of an arbitral award.<sup>27</sup> In Indonesian practice, the final and binding nature of an arbitral award is given a specificity, so that the award can be canceled based on the provisions in Article 70 of Law 30/1999 and its explanation. The reasons used as the basis for the annulment of an arbitral award can only be submitted against an arbitral award that has been registered in the court and must first be declared by a court decision,<sup>28</sup> so that this serves as a barrier in a way that the arbitral award does not lose its final and binding nature.

The Constitutional Court granted the petition of the Petitioners in a hearing on Tuesday, November 11, 2014, so that the provisions in the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 are contrary to the 1945 Constitution and have no binding legal force. The Constitutional

<sup>22</sup> Nyoman Adi Astiti and Jefry Tarantang, "Penyelesaian Sengketa Bisnis Melalui Lembaga Arbitrase," *Jurnal Al Qaradh* 3, no. 2 (11 Februari 2019): 114, <https://doi.org/10.23971/jaq.v3i2.1179>.

<sup>23</sup> Karma I Putu Wisnu dan I Ketut Artadi, "Arbitrase Sebagai Upaya Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan Dalam Sengketa Hak Kekayaan Intelektual," *Kertha Wicara* 7, no. 1 (2018): 114.

<sup>24</sup> I Ketut Artadi.

<sup>25</sup> I Ketut Artadi, 8.

<sup>26</sup> Fuady, *Arbitrase Nasional: Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*.

<sup>27</sup> Mosgan Situmorang, "Pembatalan Putusan Arbitrase," *Jurnal Penelitian Hukum De Jure* 20, no. 4 (10 Desember 2020): 582, <https://doi.org/10.30641/dejure.2020.V20.573-586>.

<sup>28</sup> Pieter Radjawane, "Upaya Hukum Pembatalan Putusan Arbitrase di Pengadilan," *SASI* 22, no. 2 (13 Desember 2016): 23, <https://doi.org/10.47268/sasi.v22i2.165>.

Court stated that the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 may lead to multiple interpretations as follows “(i) that the Explanation may be interpreted to the reason for filing the petition must first be proven by the court as a condition for filing a petition for annulment, or (ii) that the reason for annulment is proven in the court hearing on the petition for annulment”.<sup>29</sup> The existence of multiple interpretations as explained above, will lead to legal uncertainty that leads to injustice, and when the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 applies in this way, there will be 2 (two) ongoing court proceedings, namely the process of annulment of the arbitral award and the process of proof in the court, which will violate the speedy nature of arbitration as stipulated in Article 71 paragraph (3) of Law 30/1999. The elucidation of Article 70 of the Law 30/1999 may also give birth to a new norm.

Arbitration is one of the dispute resolution methods used in BPSK to resolve consumer disputes. When using the arbitration method, the arbitration award issued by BPSK is also bound by the final and binding nature of the arbitration award. However, there is a provision in Article 56 of Law 8/1999, which states that against BPSK decisions, an objection can be filed to the District Court. It is even possible that cassation can be levelled up to the Supreme Court. The existence of the provisions for annulment and the filing of objections to arbitral awards makes the final and binding nature of arbitral awards is undermined.

M. Syamsudin conducted a study and concluded that there are several reasons which become the basis for the Supreme Court at the cassation level to overrule the BPSK decision, namely:<sup>30</sup>

- a. The authority to adjudicate and examine the contents of the contract between the disputing parties is not vested in the BPSK Panel of Arbitrators;
- b. The types of consumer disputes whose decisions are issued by BPSK do not constitute a class of consumer disputes in accordance with the prevailing laws and regulations;
- c. The decision issued was a verdict relating to a private dispute concerning default and tort;
- d. The decision is considered not to contain severe harm due to the consumer of goods and/or services by the consumer;
- e. The decision is a judgment on a dispute relating to a bank debt, which is not a consumer dispute.

The procedure for filing objections to BPSK decisions is regulated in Supreme Court Regulation Number 1/2006 on the Procedure for Filing Objections to Decisions of Consumer Dispute Settlement Bodies. This regulation was made because the Consumer Protection Law has not regulated the procedure for filing objections to BPSK decisions. The provision in Article 1 point 2 of Supreme Court Regulation Number 1 Year 2006 states that objection is an effort that can be made by business actors and consumers who do not accept BPSK

<sup>29</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Decision Number 15/PUU-XII/2014, para. 3.19

<sup>30</sup> M Syamsudin, “The Failure of The Court to Protect Consumers: A Review of Consumer Dispute Resolution in Indonesia,” *Journal of Consumer Policy* 4, no. 1 (2021): 118, <https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s10603-020-09470-0>.

decisions. The main problem in filing of such objection is that the term 'objection' is not known in the field of Civil Law, so judges in the District Court will find it quite difficult to interpret what is meant by the filing of the objection, whether the objection is a form of appeal, or a lawsuit or petition. In response to this problem, the provisions in Article 6 paragraph (2) of Supreme Court Regulation No. 1/2006 provide an explanation that the objection examination process is conducted based on the BPSK decision and the case file, so that this tends to be more similar to an appeal. The requirements for filing an objection to an arbitration award issued by BPSK are regulated under Article 6 paragraph (3) of Supreme Court Regulation Number 1 of 2006, which explains that basically the requirements for filing an objection to an arbitration award issued by BPSK are the same as the requirements for filing an annulment of an arbitration award in general, as regulated by Law 30/1999.

In 2023, until May, as reported by the Supreme Court's decision directory, there have been 28 (twenty-eight) decisions related to the filing of objections to BPSK Decisions, and of these 17 (seventeen) rulings were to grant the request for objection, either in whole or in part.<sup>31</sup> Through the same website, in the same period, 18 (eighteen) decisions were found related to requests for annulment of arbitral awards, and of these 10 (ten) were arbitral awards issued by BPSK, and all ten decisions granted requests for objections to BPSK decisions as well as annulled the arbitral awards in them.<sup>32</sup>

Processing data from the Supreme Court Decision Directory, from 2012 to 2022 data can be obtained as shown in the following table related to the number of decisions related to arbitration and objections to BPSK decisions:

**Table 1.**  
**Number of Decisions Related to Arbitration and Objections to BPSK Decisions**

Year	Decisions Related to Cancellation of Arbitration Award	Decisions Related to Objections to BPSK Decisions
2012	216	49
2013	300	118
2014	389	165
2015	514	264
2016	1062	655
2017	1406	899
2018	730	284
2019	1081	210
2020	892	194
2021	861	161
2022	182	76

<sup>31</sup> Processed from existing data on Mahkamah Agung, "Direktori Putusan Mahkamah Agung," accessed 29 Mei 2023, [https://putusan3.mahkamahagung.go.id/search.html?q=BPSK&t\\_put=2023&page=2](https://putusan3.mahkamahagung.go.id/search.html?q=BPSK&t_put=2023&page=2).

<sup>32</sup> Processed from existing data on Mahkamah Agung, "Direktori Putusan Mahkamah Agung," accessed 29 Mei 2023, [https://putusan3.mahkamahagung.go.id/search.html?q=arbitrase&jenis\\_doc=&cat=&jd=&tp=&court=&t\\_put=2023&t\\_reg=&t\\_upl=&t\\_pr=](https://putusan3.mahkamahagung.go.id/search.html?q=arbitrase&jenis_doc=&cat=&jd=&tp=&court=&t_put=2023&t_reg=&t_upl=&t_pr=).

According to the table 1 before the Constitutional Court Decision Number 15/PUU-XII/2014, from 2012 to 2014, decisions relating to the annulment of arbitration were only in the range of 200 - 400 decisions each year, and for decisions relating to objections to BPSK decisions were in the range of 49 - 165 decisions each year. After the Constitutional Court Decision Number 15/PUU-XII/2014, decisions relating to the annulment of arbitration decisions and objections to BPSK decisions tend to increase every year, but experienced a drastic decline from 2021 to 2022. Such increase in the number of decisions related to the annulment of arbitral awards and also objections to BPSK decisions, which may also be the result of the arbitration process, from 2015 to 2017 after the Constitutional Court Decision Number 15/PUU-XII/2014, indicates that the annulment of the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 provides a new door for parties who feel aggrieved by the arbitral award, and people has their own euphoria by apply for annulment or objection to BPSK's arbitration awards. This becomes a double-edged sword. On one hand, when those who file a lawsuit to cancel an arbitration award or object to an arbitration award at BPSK are consumers, then this is an opportunity to provide more protection to consumers. While on the other hand, when those who feel aggrieved file for cancellation or objection are business actors, then consumer rights are again at stake.

When state wants to protect and empower consumers, it requires state's intervention to create and establish a legal system for consumer protection.<sup>33</sup> The scope of consumer protection does not only protect the subject, which is the consumer himself, but also the goods and/or services he uses and the conditions that must be met by producers when selling goods and/or services to consumers. Nevertheless, consumer protection efforts do not mean freeing from disputes. Provisions in Law 8/1999, states that "If an out-of-court consumer dispute resolution effort has been chosen, a lawsuit through the court can only be pursued if the effort is declared unsuccessful by one of the parties or by the parties to the dispute." This provision indicates that the first option for resolving consumer protection disputes is through non-litigation channels, one of which is arbitration, where in Indonesia, this role is held by BPSK. According to Article 52 of Law 8/1999, one of the duties and authorities of BPSK is to handle and settle consumer disputes using mediation, arbitration, or conciliation. In resolving consumer protection disputes through arbitration, the disputing parties will fully submit the dispute resolution to BPSK.

There are several aspects that must be considered related to the annulment of arbitral awards. First, judging from the process and reasons related to the annulment of arbitral awards, its presence exists in the legislation of a country, but not regulated in international treaties. Second, the legal consequences of the annulment of the arbitral award itself are actually the nullification (as if the award was never made) of the arbitral award so that

---

<sup>33</sup> Sigit Sapto Nugroho dan Mierza Aulia Chairani, *Hukum Perlindungan Konsumen: Perspektif Pelindungan Hukum atas Iklan yang Merugikan* (Klaten: Penerbit Lakeisha), 6.

the court can request that there be a repetition of the arbitration process.<sup>34</sup> When the annulment of an arbitration award is granted, it does not immediately make the District Court have the authority to examine and decide the dispute that occurred.<sup>35</sup>

The choice of dispute resolution through the arbitration mechanism can be done at BANI or BPSK, except that dispute resolution using the arbitration method at BPSK can only be used to resolve consumer disputes, not in other fields. This is a choice of forum, or an optional alternative choice related to the jurisdiction of the court. A consumer who feels that his/her rights have been harmed may file a lawsuit in the general court, but in litigating in the general court, arbitration cannot be used as a method of dispute resolution.

The term "objection," which refers to the submission of objections to BPSK decisions to the District Court, is basically unknown in civil procedural law, so this term actually makes it quite difficult for judges in the District Court to provide an interpretation of the position of the objection itself. Whether the submission of the objection is a process such as a lawsuit or a petition, whereas the term objection is intended as a process used by consumers or business actors who do not accept the decision of a consumer dispute submitted by BPSK.<sup>36</sup> However, when viewed through the provisions in Article 6 paragraph (2) of the Supreme Court Regulation Number 1 Year 2006, the examination of the objection is only based on the BPSK decision along with the case file, so this is quite similar to an appeal.<sup>37</sup>

The method of dispute resolution through arbitration conducted by BPSK sometimes raises further questions about whether there is a possibility that the regulations regarding arbitration conducted by BPSK, which are regulated in Law 8/1999, deviate from the arbitration provisions in Law 30/1999. There are two opinions on this matter. First, permanent arbitration institutions such as BANI and BPSK are not subject to the Law 30/1999, because they have their own arbitrators and their own laws of procedure. Second, the Law 30/1999 is a form of *lex arbitri*, so it applies to all arbitration institutions in Indonesia.<sup>38</sup> Law 8/1999 can be considered as a *lex specialis* for arbitration provisions in BPSK, so that it can actually become the strength of arbitration conducted in BPSK if it can be optimized properly.

In general, the Constitutional Court's decision is declaratory and constitutive. A declaratory decision states what is the law, while a constitutive decision means that the

<sup>34</sup> Michael Jordi Kurniawan & Harjono, "IMPLIKASI YURIDIS PEMBATALAN PUTUSAN ARBITRASE DI INDONESIA (Studi Putusan Nomor: 305/Pdt.G/Bani/2014/Pn.Jkt.Utr)," *Jurnal Verstek* 4, no. 3 (2016): 125.

<sup>35</sup> Michael Jordi Kurniawan & Harjono.

<sup>36</sup> Yussy Adelina Mannas, "Upaya Keberatan atas Putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen Ditinjau dari Hukum Acara dan Undang-undang Perlindungan Konsumen," *jurnal Adhaper* 1, no. 1 (2015): 97, <https://jhaper.org/index.php/JHAPER/article/view/5>.

<sup>37</sup> Mannas, 98.

<sup>38</sup> Shidarta, "BPSK sebagai Badan Alternatif Penyelesaian Sengketa," 2020, <https://business-law.binus.ac.id/2020/09/08/bpsk-sebagai-badan-alternatif-penyelesaian-sengketa/>.

decision negates a certain legal situation and/or creates a new law.<sup>39</sup> When the Constitutional Court grants some decisions on a case of judicial review, , it will be declaratory because such decision will became the law at that time.. At the same time, the decision is also constitutive because it negates the legal situation regulated so that it creates a new legal situation.<sup>40</sup> The Constitutional Court Decision No. 15/PUU-XII/2014 granted the Petitioners' request, and created a new legal situation by stating that the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999 is contrary to the 1945 Constitution and has no binding legal force. The decision will be immediately effective without any implementation of changes to the Law 30/1999, so it can be said that this decision is a self-executing decision.<sup>41</sup>

In accordance with *erga omnes* nature of the Constitutional Court's decision, the Constitutional Court Decision No. 15/PUU-XII/2014 also has implications for the arbitration process at BPSK, especially when the requirements for filing objections to arbitral awards issued by BPSK are essentially the same as the requirements for filing an annulment of an arbitral award stipulated in Law 30/1999. Basically, the Constitutional Court's decision strengthens the principle of non-intervention of the court, because it eliminates the requirement to cancel the arbitration award by first proving it in court so that it gets permanent legal force. However, on the other hand, the decision facilitates the process of filing for the annulment of arbitral awards as well as filing an objection process to arbitral awards issued by BPSK.

### C. CONCLUSIONS

BPSK is an institution established with the aim of maximizing consumer protection efforts, one of which is through the arbitration dispute resolution method. The arbitration process conducted by BPSK has the benefit of accelerating the consumer dispute resolution process so that legal certainty for the disputing parties can be achieved immediately. However, such objective is undermined by the provisions regarding the annulment of arbitral awards in Law 30/1999 and objections to arbitral awards stipulated in Law 8/1999. The Constitutional Court Decision No. 15/PUU-XII/2014 annulled the provisions on the annulment of arbitral awards in the Elucidation of Article 70 of Law 30/1999, but did not make arbitral awards irrevocable, because the conditions for annulment of arbitral awards contained in the Article 70 of Law 30/1999 still apply. The Constitutional Court's decision also makes the arbitration award issued by BPSK still subject to challenge, because the requirements for filing a challenge refer to the Article 70 of Law 30/1999. When this is the case, a special regulation should be formulated regarding the provisions of cancellation and objection to arbitral awards issued by BPSK, so that it can maximize consumer protection.

<sup>39</sup> M. Ali Safa'at et al., *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi (Edisi Revisi)*, ed. oleh Fajlruahman Jurdi (Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi RI, 2019).

<sup>40</sup> Safa'at et al.

<sup>41</sup> Maruarar Siahaan, "Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Penegakan Hukum Konstitusi," *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 16, no. 3 (2009): 358, <https://doi.org/10.20885/iustum.vol16.iss3.art3>.



## REFERENCES

- Astiti, Nyoman Adi, dan Jefry Tarantang. "Penyelesaian Sengketa Bisnis Melalui Lembaga Arbitrase." *Jurnal Al-Qardh* 3, no. 2 (2019): 110–22. <https://doi.org/10.23971/jaq.v3i2.1179>.
- Badan Perlindungan Konsumen Nasional. "Jumlah Pengaduan Konsumen BPKN s/d 2 Desember 2022," 2022. [https://bpkn.go.id/statistik\\_pengaduan](https://bpkn.go.id/statistik_pengaduan).
- Candra Irawan. *Aspek hukum dan mekanisme penyelesaian sengketa di luar pengadilan (alternative dispute resolution) di Indonesia*. Bandung: Mandar Maju, 2010.
- Departemen Penerangan RI. "Kabinet Reformasi Pembangunan: Memori Masa Bahkti," 1999.
- Fajrin, Alisyah Early, dan Sjaifurrachman Sjaifurrachman. "Analisis Penyelesaian Sengketa Konsumen Melalui Arbitrase." *Jurnal Analisis Hukum* 5, no. 2 (25 September 2022): 136–46. <https://doi.org/10.38043/jah.v5i2.3764>.
- I Putu Wisnu dan I Ketut Artadi, Karma. "Arbitrase Sebagai Upaya Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan Dalam Sengketa Hak Kekayaan Intelektual." *Kertha Wicara* 7, no. 1 (2018): 1–15.
- . *Dasar-Dasar Pemikiran Ekonomi*. Bandung: Mandar Maju, 2013.
- Munir Fuady. *Arbitrase Nasional, Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2000.
- Mahkamah Agung. "Direktori Putusan Mahkamah Agung." Diakses 29 Mei 2023. [https://putusan3.mahkamahagung.go.id/search.html?q=BPSK&t\\_put=2023&page=2](https://putusan3.mahkamahagung.go.id/search.html?q=BPSK&t_put=2023&page=2).
- . "Direktori Putusan Mahkamah Agung." Diakses 29 Mei 2023. [https://putusan3.mahkamahagung.go.id/search.html?q=arbitrase&jenis\\_doc=&cat=&jd=&tp=&court=&t\\_put=2023&t\\_reg=&t\\_upl=&t\\_pr=](https://putusan3.mahkamahagung.go.id/search.html?q=arbitrase&jenis_doc=&cat=&jd=&tp=&court=&t_put=2023&t_reg=&t_upl=&t_pr=).
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014 (2014).
- Mannas, Yussy Adelina. "Upaya Keberatan atas Putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen Ditinjau dari Hukum Acara dan Undang-undang Perlindungan Konsumen." *jurnal Adhaper* 1, no. 1 (2015): 91–109. <https://jhaper.org/index.php/JHAPER/article/view/5>.
- Miru, Ahmadi. *Prinsip-Prinsip Perlindungan Hukum Bagi Konsumen di Indonesia*. Depok: Rajagrafindo Persada, 2011.
- Muskibah, Muskibah. "Arbitrase Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa." *Jurnal Komunikasi Hukum (JKH)* 4, no. 2 (10 Agustus 2018): 150–71. <https://doi.org/10.23887/jkh.v4i2.15450>.
- Nasution, Az. *Hukum Perlindungan Konsumen: Suatu Pengantar*. Jakarta: Diadit Media, 2014.

- Nugroho, Sigit Sapto, Mierza Aulia Chairani. *Hukum Perlindungan Konsumen (Perspektif Perlindungan Atas Iklan Yang Merugikan)*. Klaten: Penerbit Lakeisha, 2022.
- Putri, Mery Christian. *Perjanjian Di Era Digital*. Depok: PT RajaGrafindo Persada, 2020.
- Radjawane, Pieter. "Upaya Hukum Pembatalan Putusan Arbitrase di Pengadilan." *SASI* 22, no. 2 (13 Desember 2016): 21–29. <https://doi.org/10.47268/sasi.v22i2.165>.
- Rajaguguk, Erman, dan Etal. *Hukum Perlindungan Konsumen*. Bandung: Mandar Maju, 2000.
- Riza, Faisal, dan Rachmad Abduh. "Penyelesaian Sengketa Secara Arbitrase Untuk Melindungi Konsumen Melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen." *Jurnal EduTech* 4, no. 1 (2018): 30–39. <https://doi.org/https://doi.org/10.30596/edutech.v4i1.1886>.
- Rimanda, Rahmi. "Keberadaan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) Sebagai Lembaga Quasi Yudisial Di Indonesia." *Jurnal Bina Mulia Hukum* 4, no. 1 (2019): 17–34. <https://doi.org/https://doi.org/10.23920/jbmh.v4n1.2>.
- Rizky Putri Pratiwi, Gusti Ayu Putu, dan Made Suksma Prijandhini Devi Salain. "Pengaturan Arbitrase Berdasarkan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen." *Kertha Wica : Journal Ilmu Hukum* 7, no. 1 (30 Januari 2018): 1–5.
- Safa'at, M. Ali, Agus Riewanto, Pan M. Faiz K. W, Abdul Ghoftar, Andriani W. Nofitasari, Sunny Ummul Firdaus, Bayu Dwi Anggono, Bisariyadi, Helmi Kasim, dan Luthfi Widagdo Eddyono. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi (Edisi Revisi) No Title*. Diedit oleh Fajlruahman Jurdi. Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi RI, 2019.
- Setiawan, I. Ketut Oka. *Hukum Perikatan*. Jakarta Timur: Sinar Grafika, 2021.
- Shidarta. "BPSK sebagai Badan Alternatif Penyelesaian Sengketa," 2020. <https://business-law.binus.ac.id/2020/09/08/bpsk-sebagai-badan-alternatif-penyelesaian-sengketa/>.
- Siahaan, Maruarar. "Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Penegakan Hukum Konstitusi." *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 16, no. 3 (2009): 357–78. <https://doi.org/10.20885/iustum.vol16.iss3.art3>.
- Situmorang, Mosgan. "Pembatalan Putusan Arbitrase." *Jurnal Penelitian Hukum De Jure* 20, no. 4 (10 Desember 2020): 573–86. <https://doi.org/10.30641/dejure.2020.V20.573-586>.
- Soemartono, Gatot. *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2006.
- Syamsudin, M. "The Failure of The Court to Protect Consumers: A Review of Consumer Dispute Resolution in Indonesia." *Journal of Consumer Policy* 4, no. 1 (2021): 117–130. <https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s10603-020-09470-0>.



## The Use of Progressive Law Phrase in Constitutional Court Decisions: Context, Meaning, and Implication

### *Penggunaan Frasa Hukum Progresif dalam Putusan Mahkamah Konstitusi: Konteks, Makna, dan Implikasi*

Muhammad Zulfa Aulia<sup>1</sup> , Bimo Fajar Hantoro<sup>2</sup> , Wawan Sanjaya<sup>1</sup> , Mahrus Ali<sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Faculty of Law, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, Indonesia

<sup>2</sup> University of Illinois College of Law, Champaign, United States

#### Article Info

##### Corresponding Author:

M. Zulfa Aulia  
[✉ mzulfaulia@gmail.com](mailto:mzulfaulia@gmail.com)

##### History:

Submitted: 04-12-2022  
Revised: 08-03-2023  
Accepted: 23-05-2023

##### Keyword:

Progressive Law; the Use of Phrase; Court Decision.

##### Kata Kunci:

*Hukum Progresif; Penggunaan Frasa; Putusan Pengadilan.*

#### Abstract

As an influential legal idea, Satjipto Rahardjo's progressive law has colored various legal discourses and practices in Indonesia. Court decisions, as legal texts that record and summarize the trial process, also show that litigants, experts, and court judges often use this legal idea. This research will examine how progressive legal phrases are used in court decisions and whether the users have considered their underlying assumptions, pillars, or principles. This research is limited to Constitutional Court decisions in law review cases. The use of progressive legal phrases is generally accompanied by several progressive legal assumptions proposed by Satjipto Rahardjo. However, these are selected and used partially according to the needs and interests of their users, and thus can have bias implications when compared and examined comprehensively based on other assumptions or pillars.

#### Abstrak

Sebagai gagasan hukum yang berpengaruh luas, pemikiran hukum progresif dari Satjipto Rahardjo mewarnai berbagai diskursus hukum akademis maupun praksis di Indonesia. Putusan pengadilan sebagai teks hukum yang merekam dan merangkum proses persidangan, juga menunjukkan gagasan hukum ini kerap digunakan oleh pihak yang berperkara, ahli, dan hakim yang mengadili. Penelitian ini dilakukan untuk memeriksa bagaimana sebetulnya frasa hukum progresif digunakan dalam putusan pengadilan, dan apakah asumsi, pilar, atau prinsip yang mendasarinya telah dipertimbangkan oleh penggunanya. Studi ini dibatasi pada putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian undang-undang. Penelitian ini menunjukkan, penggunaan frasa hukum progresif secara umum telah mempertimbangkan sebagian asumsi hukum progresif sebagaimana yang dikemukakan Satjipto Rahardjo. Namun, asumsi tersebut telah dipilah dan digunakan secara parsial sesuai dengan kebutuhan dan kepentingan penggunanya, sehingga bisa berimplikasi bias tatkala disandingkan dan ditelaah secara lebih komprehensif pada asumsi lainnya.



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/jk2034>

## A. INTRODUCTION

### 1. Background

This article examines the phrase “progressive law” in Constitutional Court decisions. This discussion is in response to the frequent use of the phrase in court decisions, not only by the Constitutional Court but also by the Supreme Court and its subordinate judicial bodies. Progressive legal thought, as conceived by Satjipto Rahardjo, was built on certain assumptions, pillars, and principles. As a result, this article aims to investigate whether the assumptions underlying progressive legal thought have been considered whenever it is used as part of a legal argument in an adjudicatory process by both the parties and the judges adjudicating the case.

Progressive law is a legal thought proposed by Satjipto Rahardjo, and it has seen rapid development at the Universitas Diponegoro Law Faculty, where he spent years teaching.<sup>1</sup> It was conceived as a response to the ongoing breakdown of the rule of law, and thus it advocated for an unconventional way of doing the law, that is, by breaking free and taking a leap in doing the law.<sup>2</sup> Among the ways of ‘breaking free’ and ‘taking a leap’ is to treat legal texts as documents that must be read, not only by using legal reasoning in and of itself but also by considering social realities.<sup>3</sup>

It is undeniable that progressive legal thought has significantly impacted Indonesian legal studies, both academically and in the context of legal practice. Academically, it is demonstrated by a variety of literature that attempts to explain and discuss the concept of progressive legal thought,<sup>4</sup> and some even use it as a tool for analyzing specific legal issues.<sup>5</sup> Its influence in the context of legal practice was marked by its use in rulemaking and rule enforcement, including through judicial decisions. M. Syamsudin, for example, has advocated for a judicial legal culture founded on progressive legal thought.<sup>6</sup>

The phrase “progressive law” has been used by the parties and the judges in several court decisions, as explored and analyzed in this research. It is commonly used in an adjudicatory

<sup>1</sup> Satjipto Rahardjo taught at Universitas Diponegoro from 1961 until he died in 2010. His full biography can be read in, for example, Awaludin Marwan, *Satjipto Rahardjo: Sebuah Biografi Intelektual dan Pertarungan Tafsir terhadap Filsafat Hukum Progresif* (Yogyakarta & Semarang: Thafa Media & Satjipto Rahardjo Institute, 2013), 10-21.

<sup>2</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006), 9-10; Satjipto Rahardjo, “Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan,” *Jurnal Hukum Progresif* 1, no. 1 (2005): 1-24.

<sup>3</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban* (Jakarta: UKI Press, 2006), 163-77.

<sup>4</sup> This is most easily seen in the citations of various works by Satjipto. According to a Google Scholar account in the name of Satjipto Rahardjo, whose email was verified at Diponegoro University, the citations of his work have reached 23.140 with an h-index of 50 as of today (May 2023).

<sup>5</sup> Using the keyword ‘progressive law’ on a search engine like Google will quickly bring up a plethora of works on the subject.

<sup>6</sup> M. Syamsudin, *Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, third edition, 2012); M. Syamsudin, “Rekonstruksi Perilaku Etik Hakim dalam Menangani Perkara Berbasis Hukum Progresif,” *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 18, special edition (2011): 127-45; M. Syamsudin, “Rekonstruksi Pola Pikir Hakim dalam Memutuskan Perkara Korupsi Berbasis Hukum Progresif,” *Jurnal Dinamika Hukum* 11, no. 1 (2011): 11-21.

proceeding because an argument is always needed to support or justify specific outcomes. Therefore, the stance or claim advanced by both parties and judges could be justified and held accountable through argumentative and convincing legal reasoning.<sup>7</sup>

However, regarding progressive legal thought, it is critical to examine whether Satjipto Rahardjo's assumptions, pillars, or principles have been used correctly or considered proportionally in court decisions. Because, after the initiator died, there have been issues with the term "progressive law" being used arbitrarily to simply identify the law or the workings of laws that are not bound by legal texts.<sup>8</sup> This research will examine both the context and meaning of the phrase "progressive law" in court decisions, so that it can be answered whether progressive legal thought was genuinely used by subjects as the basis of legal argument or is it simply used arbitrarily.

Numerous studies on "progressive legal thought" and "court decisions" have been conducted, including studies by Pusat Studi Konstitusi (PUSaKO) (2010),<sup>9</sup> Martitah (2012),<sup>10</sup> Hwian Christianto (2013),<sup>11</sup> Suwito (2015),<sup>12</sup> Muh. Ridha Hakim (2016),<sup>13</sup> and Bayu Setiawan (2018).<sup>14</sup> However, these studies only use progressive legal thought to analyze specific court decisions. In other words, these court decisions were chosen regardless of whether the phrase "progressive law" was used—which most of them were not—and then analyzed using progressive legal thought as a tool of analysis. This article differs from previous studies in that it investigates progressive law through its use in court decisions.

This article starts with a brief explanation of Satjipto Rahardjo's progressive legal thought. The intention is to understand the assumptions, pillars, or principles that form the foundation of progressive legal thought. Subsequently, the article examines the usage of the term "progressive law" in decisions made by the Constitutional Court, focusing on the timing, subjects, and contexts in which it is employed. Lastly, the article concludes by examining the compatibility between the term "progressive law" and the underlying assumptions of progressive legal thought.

<sup>7</sup> Legal reasoning is essentially a systematized thinking activity aimed at obtaining the most argumentative and accountable decision in a specific case. Shidarta, *Hukum Penalaran dan Penalaran Hukum: Akar Filosofis* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2013), 124.

<sup>8</sup> M. Zulfa Aulia, "Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo: Riwayat, Urgensi, dan Relevansi," *Undang: Jurnal Hukum* 1, no. 1 (2018), 183.

<sup>9</sup> Pusat Studi Konstitusi Universitas Andalas, "Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berpikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif), Research Results in Collaboration with Mahkamah Konstitusi, 2010.

<sup>10</sup> Martitah, "Progresivitas Hakim Konstitusi dalam Membuat Putusan (Analisis terhadap Keberadaan Putusan Mahkamah Konstitusi yang Bersifat Positive Legislature)," *Masalah-Masalah Hukum* 41, no. 2 (2012): 315-25.

<sup>11</sup> Hwian Christianto, "Penafsiran Hukum Progresif dalam Perkara Pidana," *Mimbar Hukum* 23, no. 3 (2013): 479-500.

<sup>12</sup> Suwito, "Putusan Hakim yang Progresif dalam Perkara Perdata (Telaah 'Kasus Pohon Mangga')," *Hasanuddin Law Review* 1, no. 1 (2015): 101-13.

<sup>13</sup> Muh. Ridha Hakim, "Implementasi Rechtsvinding yang Berkarakteristik Hukum Progresif," *Jurnal Hukum dan Peradilan* 5, no. 2 (2016): 227-48.

<sup>14</sup> Bayu Setiawan, "Penerapan Hukum Progresif oleh Hakim untuk Mewujudkan Keadilan Substantif Transendensi," in *Hukum Transendental: Pengembangan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, ed. Absori, et. al. (Yogyakarta: Genta Publishing, 2018), 159-79.

## 2. Research Questions

The research questions are as follows: first, what is the frequency, subject, and context of the phrase progressive law in Constitutional Court decisions? Second, have the assumptions or pillars underlying the concept of progressive legal thought been considered in Constitutional Court decisions when using the phrase progressive law?

## 3. Research Methods

This study examines court decisions, specifically the legal ideas or theories used by the parties as part of legal arguments in support of their arguments or claims. As such, this research is doctrinal legal research.<sup>15</sup> All decisions of the Constitutional Court in cases reviewing laws that contain the phrase ‘progressive law’ or ‘progressive’ but about ‘progressive law’ are the subject of this study. This is necessary to emphasize because, in several decisions, the word progressive was found but not concerning progressive law as referred to in this article, for example, ‘progressive realization,’ ‘progressive tax,’ and ‘progressive footprint.’ By mentioning ‘court decision,’ this study also limits its scope of study to the content of the decision’s text. Thus, detailed facts in the trial will be disregarded here if they are not included in the decision’s text. However, by understanding that a court decision is a legal text that records and summarizes the trial process,<sup>16</sup> it can even be equated with a scientific work, which means it was created using correct and accurate procedures, data, analysis, and research methods, the words contained therein can be deemed to describe and represent the process that occurred in court.

## B. DISCUSSION/ANALYSIS

### 1. Progressive Legal Thought in a Nutshell

Progressive law is a legal thought initiated and developed by Satjipto Rahardjo, lecturer and professor at Universitas Diponegoro, Semarang. He used this term for the first time in an article entitled “Indonesia Butuhkan Penegakan Hukum Progresif (Indonesia Needs Progressive Law Enforcement),” which was published in the *Kompas Daily* on June 15, 2002. Following that, Satjipto advanced the concept of progressive law in several works. The phrase ‘progressive law’ appears as part of the title of several books, including *Membedah Hukum Progresif* (Dissecting Progressive Law), published by Penerbit Buku Kompas in 2006, *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia* (Progressive Law: A Synthesis of Indonesian Law) published by Genta Publishing in 2009, and *Penegakan Hukum Progresif* (Progressive Law Enforcement) published by Penerbit Buku Kompas in 2010.

In his various works, progressive law is actually associated by Satjipto with various labels. According to Shidarta, progressive law has been referred to as Satjipto on multiple

<sup>15</sup> A court decision study is essentially doctrinal research. See: Shidarta, “Putusan Pengadilan sebagai Objek Penulisan Artikel Ilmiah,” *Undang: Jurnal Hukum* 5, no. 1 (2022), 110.

<sup>16</sup> Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), 57-8.

occasions. It has also been called an ‘intellectual movement,’ a ‘paradigm,’ a ‘concept of the practice of law,’ ‘progressive legal science,’ and—he has no objection when his students call it—‘legal theory.’<sup>17</sup>

Apart from these various labels or predicates, progressive law stems from Satjipto Rahardjo’s concern about the legal situation, which is not improving. Satjipto believes that a downturn and setback occurred, which led to disappointment with the law itself. This situation, which he describes as a downturn and decline, is reflected, among other things, in the lack of honesty, empathy, and dedication from those who enforce the law, and what is even more prevalent is the judicial mafia and the commercialization of law.<sup>18</sup>

Satjipto was inspired to offer progressive legal ideas in response to the disappointing legal situation that did not bring people closer to happiness. With progressive law, various deteriorating and declining conditions will be changed more quickly, fundamentally, and meaningfully. According to Satjipto, progressive law is a method of law that is simple, namely to free, both in the way of thinking and acting in law, so that it can let the law just flow (*panta rei*, everything flows) to complete its duties to serve humans and humanity.<sup>19</sup>

As an idea, progressive legal thought is based on certain assumptions, pillars, or principles.<sup>20</sup> Among these pillars, the first author of this article categorizes them as “law for humans, not law for humans,” “practicing law substantially and not artificially,” and “practicing law holistically and not skeletonically.”<sup>21</sup>

Shidarta identified ten keywords related to progressive legal thought in greater detail. These keywords, also known as postulates in progressive legal thought, are:<sup>22</sup>

1. Progressive law must be for humans, not humans for law.
2. Progressive law must be for the people and justice.
3. Progressive law must be intended to lead humans to prosperity and happiness.
4. Progressive law is constantly evolving (law as a process, law in the making).
5. Progressive law emphasizes good living as an excellent legal basis.

<sup>17</sup> Shidarta, “Posisi Pemikiran Hukum Progresif dalam Konfigurasi Aliran-aliran Filsafat Hukum: Sebuah Diagnosis Awal,” in *Satjipto Rahardjo dan Hukum Progresif: Urgensi dan Kritik*, ed. Myrna A. Safitri, Awaludin Marwan, and Yance Arizona (Jakarta: Epistema dan HuMa, 2011), 52-3.

<sup>18</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006), 9-10.

<sup>19</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir: Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007), 139-47.

<sup>20</sup> Satjipto never mentioned some of the points explained as assumptions, pillars, or principles in this article. This designation is made to make it easier to determine which progressive legal structure is made up of assumptions, pillars, or principles. However, Satjipto did mention progressive legal thought characteristics, for example, he mentioned five. To begin, “law is for humans” is the progressive legal paradigm. Second, progressive legal thought rejects the legal status quo. Third, progressive legal thought promotes legal methods that provide and open doors for exemption from formal law. Fourth, progressive legal thought places a high value on the role of human behavior in the legal system. Fifth, progressive legal thought is a legal system that is constantly striving to improve itself so that it can serve and bring people prosperity and happiness. Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, 139-47.

<sup>21</sup> Aulia, “Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo,” 166-71.

<sup>22</sup> Shidarta, “Posisi Pemikiran Hukum Progresif dalam Konfigurasi Aliran-aliran Filsafat Hukum,” 55-8.

6. Progressive law is responsive in nature.
7. Progressive law encourages public participation.
8. Progressive law creates a legal state that is conscience-driven.
9. Progressive law is carried out with spiritual intelligence.
10. Progressive law demolishes, replaces, and liberates.

Recognizing the difference in identifying the number of assumptions or pillars—where one identifies them in a broader scope, while the other is more detailed—the following section will present the three pillars in general. First, “law for humans, not humans for the law”: Satjipto wishes to position the relationship between humans and law within this first pillar. If the relationship is framed as ‘law is for humans,’ then the law signifies its existence for something bigger and broader, namely humans and humanity.<sup>23</sup> This relationship has implications for how the law is practiced. Law and legal texts should not be treated as final and sacred but can be disregarded if the main interest here, namely “humans and humanity,” requires it. If the relationship is reversed, ‘humans for law,’ the law becomes the primary goal, and humans must follow the patterns contained in the law.<sup>24</sup>

The second pillar is ‘practicing law substantially and not artificially.’ Practicing law substantially is a behavior-based method of practicing law that prioritizes actions. On the other hand, practicing law artificially is a method that relies on written laws or regulations and prioritizes them. Satjipto advocated for a greater emphasis on practicing law substantially. Because the foundation or fundamental of the law is found in the human being himself, namely human behavior, rather than in regulations or the legal system. Satjipto used an example: of the thousands of judges; their behavior distinguished them. In other words, behavior distinguishes one judge from the other. Satjipto stated that to judge correctly; human behavior must first be good.<sup>25</sup>

However, substantial engagement in practicing law does not imply ignoring or simply disregarding the text of legal regulations. Indeed, Satjipto has repeatedly stated that progressive legal thought does not regard law as finished or final. If this is the case, law and

<sup>23</sup> Rahardjo, *Hukum Progresif*, 5.

<sup>24</sup> Compare this to Dworkin’s concept of “rights as trumps,” which places individual rights as a trump to negate collective interests or goals that are used to justify reducing these individual rights. In the context of constitutional adjudication, this concept requires that balancing individual rights with other interests be prohibited. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Bloomsbury Academic, 2013), 4; Jamal Greene, “Rights as Trumps?,” *Harvard Law Review* 132, no. 1 (2018), 32; Jacob Weinrib, “When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality,” *Ratio Juris* 30, no. 2 (2017): 342.

<sup>25</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perilaku*, 49-55. Compare this to Ronald Dworkin’s ideas on “moral reading,” which seeks to draw interpretation toward abstract moral principles contained in positive law and then requires judges or law enforcers to find the best conception of these abstract moral principles. Dworkin proposes an ideal judge figure, Judge Hercules, who is capable of constructing the best interpretation to resolve difficult cases faced by society based on substantive and procedural justice. Ronald Dworkin, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 7-12; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 150; Arvinth Rai, “Dworkin’s Hercules as a Model for Judges,” *Manchester Review of Law, Crime and Ethics* 6 (2017): 61.



the practice of law will become more rigid, and human and humanitarian interests must also adhere to this rigid legal scheme. However, Satjipto acknowledged that the demands and developments of the times cannot be ignored, which means practicing law artificially. In order to be more substantial, the regulation must be interpreted not only through the logic of the regulations but also through societal reality. Therefore, legal interpretation serves to make artificial law more equitable. It connects rigid and static regulations with the life and development of society today and in the future.<sup>26</sup>

The third pillar is 'practicing law holistically and not skeletically.' A holistic approach to the law requires or unites law with the environment, nature, or larger order of life. Meanwhile, practicing law in a skeletal manner is a method of practicing law that is incomplete or only in parts. In practice, the skeletal approach to practicing law leads to dissatisfaction with problem resolution.<sup>27</sup>

When the law is practiced holistically, it becomes intertwined with the environment, nature, or the larger order of life. As a result, it might seem that the law occupies just a single corner of society's broader order. Instead of being supreme, the law in holistic legal practice must be shared and interact with other domains, such as economics, politics, and more. In this way, law and other fields must interact and complement each other to maintain and create order.<sup>28</sup>

A brief description of the pillars, or assumptions or principles, of this progressive legal thought to demonstrate that the use of 'progressive law' legal arguments in legal discourse, including in an adjudication process, should also use and consider its pillars as a whole or proportionally. It is not appropriate to use progressive legal arguments to support only one position while ignoring its pillars, which must be considered as a whole. Typically,

---

<sup>26</sup> Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, 163-77. Compare this to the school of thought known as legal realism, which holds that a judge should not only focus on the law, but also on the facts of the cases he adjudicates. The main characteristics of the legal realism school are the following: the view of law as a tool for achieving certain social goals; a social-scientific approach to law; efforts to transform legal education to improve legal practice; and initiatives to advance a progressive political agenda through the use of law. Brian Leiter then divides the legal realism school into two branches: sociological legal realism and idiosyncratic legal realism. The fundamental distinction between the two stems from the question of how to explain why judges react to the facts of a case in the manner that they do. The sociological branch concludes that in this case, various "social" forces influence judges to respond to facts similarly and predictably. The idiosyncratic branch contends that the judge's psychology or personality influences his or her response to facts. Brian Leiter, "American Legal Realism," in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Martin P. Golding and William A. Edmundson (Oxford: Blackwell Publishing, 2006), 52-56; Brian Z. Tamanaha, "Understanding Legal Realism," *Texas Law Review* 87, no. 4 (2009), 737.

<sup>27</sup> Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, 25-36.

<sup>28</sup> Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, 97. Juga lihat: Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial; Suatu Tinjauan Teoretis serta Pengalaman-pengalaman di Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, third edition, 2009), 258. This is consistent with Brian Tamanaha's belief that legal institutions are highly dependent on the social and historical context of society, making it difficult for the law to guarantee the establishment of order in society on its own. To function properly, legal institutions require social stability, favorable economic conditions, cultural behavior that promotes the rule of law, and political stability. Brian Z. Tamanaha, "The Primacy of Society and the Failures of Law and Development," *Cornell International Law Journal* 44, no. 2 (2011): 215-24.

progressive law is only referred to support an attitude that is detached and independent of the text of legal regulations. In contrast, the human dimension, legal substance, and its relation to social order are frequently ignored.

## **2. The Use of “Progressive Law” Phrase in Constitutional Court Decisions: Frequency, Subject, and Context**

The Constitutional Court is a state institution whose existence was regulated in the 1945 Constitution<sup>29</sup> and further reinforced through Law Number 24 of 2003 on Constitutional Court.<sup>30</sup> The Court was established as a guardian and final interpreter of the 1945 Constitution. The establishment of this new judicial body marked a new era in the nation’s judicial system, enabling previously impossible cases to be adjudicated and resolved by the Court,<sup>31</sup> one of which was the judicial review of laws (*undang-undang*) against the Constitution.<sup>32</sup>

Judicial review of laws is essentially a mechanism to preserve and uphold the law’s constitutionality. This concept is widely accepted as a modern rule of law mechanism that provides checks and balances against government officials’ arbitrary use of power.<sup>33</sup> This review mechanism is also the result of modern ideas about a democratic government system founded on the principles of the rule of law, the principle of separation of powers, and the protection and promotion of human rights.<sup>34</sup>

A law whose constitutionality is being examined is a legal product of the legislators, namely the DPR and the President. On the other hand, the institution that conducted this review process is part of the judicial branch. As a result, the authority granted to the reviewing body by the Constitution is as legal as the authority granted to the legislature to make laws.<sup>35</sup> The results of the Constitutional Court’s review are corrections to legislative products contrary to the Constitution so that a law does not deviate from the Constitution.<sup>36</sup>

Efforts to protect and uphold the law’s constitutionality necessitate the Constitutional Court prioritizing substantive justice over procedural justice. However, this does not imply that the Constitutional Court must then depart arbitrarily from the provisions of the law.

---

<sup>29</sup> Article 24 paragraph (2) and Article 24C.

<sup>30</sup> Law Number 24 of 2003 has been amended three times by Law Number 8 of 2011, Law Number 4 of 2014, and Law Number 7 of 2020.

<sup>31</sup> Bambang Sutiyoso, “Pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai Pelaku Kekuasaan Kehakiman di Indonesia,” *Jurnal Konstitusi* 7, no. 6 (2010): 26.

<sup>32</sup> Muhammad Siddiq Armia, “Constitutional Court and Judicial Review: Lesson Learned for Indonesia,” *Negara Hukum* 8, no. 1 (2017), 107; Hamid Chalid, “Dualism of Judicial Review in Indonesia: Problems and Solutions,” *Indonesia Law Review* 7, no. 3 (2017): 368-9.

<sup>33</sup> Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara* (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), 2.

<sup>34</sup> Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, 8-9.

<sup>35</sup> Harjono, *Konstitusi sebagai Rumah Bangsa: Pemikiran Hukum Dr. Harjono, S.H., M.C.L. Wakil Ketua MK* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008), 487.

<sup>36</sup> Mohammad Mahrus Ali, *Tafsir Konstitusi: Menguji Konstitusionalitas dan Legalitas Norma* (Depok: Rajawali Pers, 2019), 68.

This departure is only possible if the content “captures” the Constitutional Court’s belief in upholding justice. As a result, the Constitutional Court is sometimes forced to break through and disregard the ‘stop signs’ to make decisions in pursuit of substantive justice.<sup>37</sup>

The Constitutional Court’s method or model of practice for achieving substantive justice demonstrates the creativity of judges in law enforcement. This creativity is intended to bridge the legal gap so that judges must make legal breakthroughs even if it means breaking the rules. This breakthrough is expected to achieve human goals through the operation of the law, thereby promoting people’s happiness.<sup>38</sup> In this context, the law enforcement conducted by the Constitutional Court can be classified as progressive law enforcement.<sup>39</sup>

Suppose the Constitutional Court’s law enforcement is progressive law enforcement, indicating that the Constitutional Court adheres to progressive law.<sup>40</sup> How was the phrase progressive law used in the Constitutional Court’s decisions? The following sections will present the decisions in judicial review cases containing progressive law, who used it, and in what context. Before presenting the various data, it should be stated that this research limits its search to the phrases ‘progressive law’ or ‘progressive’ in relation to progressive law. This is significant because the phrase ‘progressive’ appears in several decisions but not about progressive law, such as ‘progressive realization,’ ‘progressive tax,’ and others.

First, 43 Constitutional Court decisions containing the phrase ‘progressive law’ were found, as shown in Table 1.

<sup>37</sup> Moh. Mahfud MD, “Problematika Putusan MK yang Bersifat Positive Legislature,” introduction in Martitah, *Mahkamah Konstitusi: Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?* (Jakarta: Konstitusi Press, 2013), xv-ii. Lihat juga: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, “Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif,” Refleksi Kinerja MK 2009 Proyeksi 2010, Jakarta, 29 December 2009, among others, mentions on p. 4: “In carrying out its authority..., the Constitutional Court emphasizes that it does not only rely on the formal legality of laws in adjudicating, but also has the responsibility to realize the objectives of the legal norms themselves, namely justice, legal certainty, and benefit” and p. 5: “When deciding cases with a constitutional mandate, the Constitutional Court is not only focused on the words of the law, which sometimes contradict and ignore legal certainty and justice. The Constitutional Court is required to seek substantive justice, which the 1945 Constitution, laws, general principles of the constitution, and judiciary recognize exist.”

<sup>38</sup> Martitah, *Mahkamah Konstitusi: Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?* (Jakarta: Konstitusi Press, 2013), 181; Wahyu Nugroho, “Rule Breaking dan Integritas Penegak Hukum Progresif dalam Pemberantasan Korupsi Pejabat Daerah,” *Jurnal Yudisial* 7, no. 1 (2014), 85; Agus Budi Susilo, “Penegakan Hukum yang Berkeadilan dalam Perspektif Filsafat Hermeneutika Hukum: Suatu Alternatif Solusi terhadap Problematika Penegakan Hukum di Indonesia,” *Perspektif* 16, no. 4 (2011): 220-1.

<sup>39</sup> Martitah, “Progresivitas Hakim Konstitusi,” 324; Theunis Roux, “Indonesia’s Judicial Review Regime in Comparative Perspective,” *Constitutional Review* 4, no. 2 (2018), 210. Concerning the Constitutional Court’s decision and progressive law enforcement, some studies refer to it as a form of judicial activism, for example, Pan Mohamad Faiz, “Dimensi Judicial Activism dalam Putusan Mahkamah Konstitusi,” *Jurnal Konstitusi* 13, no. 2 (2016), 423-4. Judicial activism is a term usually associated with legal breakthroughs by judges through court decisions, and it has at least five meanings in the history of its use, namely (1) nullification of constitutional acts of other branches, (2) failure to comply with precedents, (3) judicial legislation, (4) departure from accepted methods of interpretation, and (5) results-oriented adjudication (Keenan D. Kmiec, “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism,’” *California Law Review* 92, no. 5 [2004]: 1444).

<sup>40</sup> According to Mahfud MD, the Constitutional Court’s chief justice at the time, “the Court currently adheres to progressive law,” as cited by Pusat Studi Konstitusi, “Perkembangan Pengujian Perundang-undangan,” 2.

**Table 1.**  
**Constitutional Court Decisions Containing the Phrase “Progressive Law”<sup>41</sup>**

No.	Decision	Law(s) Reviewed	Date
1	16/PUU-VI/2008	Law Number 4 of 2004 on Judicial Power	15/8/2008
2	132/PUU-VII/2009	Law Number 10 of 2008 on General Elections for the Members of the DPR, DPD, and DPRD	29/12/2009
3	140/PUU-VII/2009	Law Number 1/PNPS/1965 of 1965 on Prevention of Misuse and/or Blasphemy of Religion	19/4/2010
4	120/PUU-VII/2009	Law Number 32 of 2004 on Regional Government as Amended by Law Number 12 of 2008	20/4/2010
5	151/PUU-VII/2009	Law Number 39 of 2008 on State Ministry	3/6/2010
6	64/PUU-VIII/2010	Law Number 48 of 2009 on Judicial Power, Law Number 14 of 1985 on Supreme Court, Law Number 3 of 2009 on the Second Amendment to Law Number 14 of 1985 on Supreme Court, and Law Number 8 of 1981 on Criminal Procedural Law	28/2/2011
7	3/PUU-VIII/2010	Law Number 27 of 2007 on Management of Coastal Zone and Small Islands	16/6/2011
8	72/PUU-VIII/2010	Law Number 41 of 1999 on Forestry	6/10/2011
9	80/PUU-IX/2011	Law Number 15 of 2011 on General Elections	4/1/2012
10	56/PUU-IX/2011	Law Number 8 of 1981 on Criminal Procedure Code	15/3/2012
11	85/PUU-IX/2011	Law Number 32 of 2004 on Regional Government	27/3/2012
12	16/PUU-IX/2011	Law Number 8 of 1981 on Criminal Procedural Law	11/4/2012
13	92/PUU-X/2012	Law Number 27 of 2009 on MPR, DPR, DPD, and DPRD and Law Number 12 of 2011 on Establishment of Laws and Regulations	27/3/2013

<sup>41</sup> To make it easier and simpler to write, the serial number column in this table, which is in the far left column, will be used to describe the case’s decision. For example, if decision number 16/PUU-VI/2008 is in serial number 1, it will be referred to as ‘Case 1 Decision’. And so on until number 43.

No.	Decision	Law(s) Reviewed	Date
14	110/PUU-X/2012	Law Number 11 of 2012 on the Juvenile Criminal Justice System	28/3/2013
15	24/PUU-XI/2013	MPR Decree Number 1/MPR/2003 on Review of Substance and Legal Status of MPRS Decree and MPR Decree from 1960 through 2002	10/9/2013
16	21/PUU-XI/2013	Law Number 8 of 1981 on Criminal Procedure Code	6/3/2014
17	34/PUU-XI/2013	Law Number 8 of 1981 on Criminal Procedure Code	6/3/2014
18	36/PUU-XI/2013	Law Number 8 of 1981 on the Criminal Procedure Code, Law Number 48 of 2009 on Judicial Power, and Law Number 3 of 2009 on the Second Amendment to Law Number 14 of 1985 on Supreme Court	6/3/2014
19	53/PUU-XII/2014	Law Number 42 of 2008 on General Elections of the President and Vice President	3/7/2014
20	77/PUU-XII/2014	Law Number 8 of 2010 on Prevention and Eradication of Money Laundering Crime	12/2/2015
21	33/PUU-XIII/2015	Law Number 8 of 2015 on Amendment to Law Number 1 of 2015 on Stipulation of Government Regulation in Lieu of Law Number 1 of 2014 on Elections of Governor, Regent, and Mayor to Become Law	8/7/2015
22	58/PUU-XIII/2015	Law Number 8 of 2015 on Amendment to Law Number 1 of 2015 on Stipulation of Government Regulation in Lieu of Law Number 1 of 2014 on Elections of Governor, Regent, and Mayor to Become Law	9/7/2015
23	70/PUU-XIII/2015	Law Number 8 of 2015 on Amendment to Law Number 1 of 2015 on Stipulation of Government Regulation in Lieu of Law Number 1 of 2014 on Elections of Governor, Regent, and Mayor to Become Law	9/7/2015
24	79/PUU-XII/2014	Law Number 17 of 2014 on MPR, DPR, DPD, and DPRD	22/9/2015

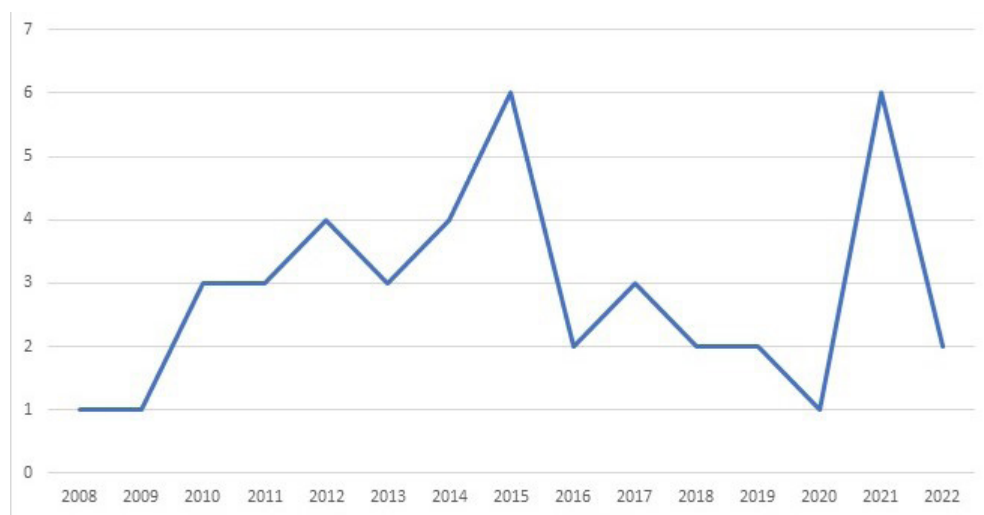
No.	Decision	Law(s) Reviewed	Date
25	95/PUU-XII/2014	Law Number 18 of 2013 on Prevention and Eradication of Forest Destruction dan Law Number 41 of 1999 on Forestry	10/12/2015
26	107/PUU-XIII/2015	Law Number 5 of 2010 on Amendment to Law Number 22 of 2002 on Clemency	15/6/2016
27	32/PUU-XIV/2016	Law Number 5 of 2010 on Amendment to Law Number 22 of 2002 on Clemency	21/6/2016
28	29/PUU-XIV/2016	Law Number 16 of 2004 on Public Prosecution Service	11/1/2017
29	108/PUU-XIV/2016	Law Number 14 of 1985 on Supreme Court and Law Number 48 of 2009 on Judicial Power	26/7/2017
30	85/PUU-XIV/2016	Law Number 5 of 1999 on Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition	20/9/2017
31	6/PUU-XV/2017	Law Number 35 of 2014 on Child Protection and Law Number 14 of 2005 on Teacher and Lecturer	28/3/2018
32	58/PUU-XVI/2018	Law Number 7 of 2017 on General Elections	25/10/2018
33	91/PUU-XVI/2018	Law Number 5 of 2014 on State Civil Apparatus	25/4/2019
34	74/PUU-XVI/2018	Law Number 8 of 2010 on Prevention and Eradication of Money Laundering Crime	21/5/2019
35	83/PUU-XVII/2019	Law Number 18 of 2017 on the Protection of Indonesian Migrant Workers	25/11/2020
36	39/PUU-XVIII/2020	Law Number 32 of 2002 on Broadcasting	14/1/2021
37	29/PUU-XIX/2021	Law Number 31 of 1999 on Eradication of Corruption Crime as Amended by Law Number 20 of 2001 on Amendment to Law Number 31 of 1999 on Eradication of Corruption Crime	29/9/2021
38	60/PUU-XVIII/2020	Law Number 3 of 2020 on Amendment to Law Number 4 of 2009 on Mineral and Coal Mining	27/10/2021
39	91/PUU-XVIII/2020	Law Number 11 of 2020 on Job Creation	25/11/2021
40	4/PUU-XIX/2021	Law Number 11 of 2020 on Job Creation	25/11/2021

No.	Decision	Law(s) Reviewed	Date
41	105/PUU-XVIII/2020	Law Number 11 of 2020 on Job Creation	25/11/2021
42	36/PUU-XX/2022	Law Number 11 of 2008 on Electronic Information and Transaction as Amended by Law Number 19 of 2016 on Amendment to Law Number 11 of 2008 on Electronic Information and Transaction	20/7/2022
43	27/PUU-XIX/2021	Law Number 23 of 2019 on Management of National Resources for National Defense	31/10/2022

**Source:** processed by the Authors from <https://search.mkri.id>.

According to the data in Table 1, the phrase progressive law has appeared in Constitutional Court decisions in judicial review cases since 2008. This number has continued to rise in subsequent years, with the highest being six (in 2015 and 2021) and the lowest being one (in 2008, 2009, and 2020). Graph 1 depicts the number of movements per year from 2008 to 2022 (early November 2022).

**Graph 1.**  
**Number of Constitutional Court Decisions Containing the Phrase “Progressive Law”**



**Source:** processed by the Authors.

Second, regarding the frequency of and subject using progressive legal phrases. The phrase progressive law is used by various parties involved in 43 judicial review decisions, as shown in Table 2. The petitioner, the petitioner’s expert, the government’s expert, the DPR, related parties, experts from interested parties, and justices have all used the phrase.

Most of these parties' usage does not coincide with a single decision, but it has also been discovered that more than one party used this phrase in a single decision.<sup>42</sup> As a result, despite appearing in 43 decisions, this phrase is used on 48 occasions.<sup>43</sup>

**Table 2.**  
**Use of Progressive Law Phrase in Constitutional Court Decisions**

<b>Subject</b>	<b>Frequency</b>
Petitioner	21
Petitioner's Expert	14
Government	2
Government's Expert	2
DPR	2
Related Parties	2
Related Parties' Expert	2
Justice	3
<b>Sum</b>	<b>48</b>

**Source:** processed by the Authors.

According to the data in Table 2, the petitioner and petitioner's expert are the parties who use this phrase the most, with 21 and 14, respectively. The judge, who hears and decides cases, has also used this phrase three times, once by a panel of judges.<sup>44</sup> Saldi Isra, among others, used progressive law the most, namely three times as the petitioner's expert.<sup>45</sup> Interestingly, since joining the Constitutional Court on April 11, 2017, Saldi has never used this phrase in a decision.<sup>46</sup>

Third, in the context of using the "progressive law" phrase in Constitutional Court decisions. It is necessary to research this topic because progressive law has a broad scope and dimension. The previous sub-chapter description indicates whether it includes, among other things, the law's purpose, the law's nature or character, the law, the formation of the

<sup>42</sup> This was found in Case 4 Decision (by the Petitioner's expert, Mudzakkir, and Justice Achmad Sodiki) and Case 20 Decision (by the President's expert, Yunus Husein, and the testimony of the KPK as a related party). This phrase was used by both of the applicant's experts in the Case 24 Decision (Saldi Isra and Refly Harun).

<sup>43</sup> This research will count as one if it has ever been used by a party in a decision, even if the party mentions 'progressive law' more than once. Thus, if it is discovered in one decision that this phrase is used by two parties, for example, the applicant's expert and the judge, it means that it will be counted as two; and so on.

<sup>44</sup> Case 9 Decision.

<sup>45</sup> Cases 8, 13, and 24 Decisions.

<sup>46</sup> However, this could also be due to the court decision model in Indonesia, include by Constitutional Court, which does not express the opinion of each judge (and the possibility of debate) in deciding a case, except for a dissenting opinion. Therefore, it is non known exactly what legal ideas and theories have been used by judges, if any, in strengthening their opinions and decisions.



law, how the law is practiced, and law enforcement. With such a broad scope, this article divides the context into four categories: legal purposes, legal method or legal approach, legal nature or character, and legal interpretation. The phrase ‘purpose of law’ refers to the context in which the law exists in human life. The term ‘legal method or legal approach’ refers to descriptions of how to practice law in accordance with progressive law. The phrase ‘the nature or character of the law’ is used here to refer to all instances in which speakers refer to the nature or character of progressive law. The term ‘legal interpretation’ refers to narratives that state the interpretation and meaning of law according to progressive law.

**Table 3.**  
**The Context of Progressive Law Phrase Use in Constitutional Court Decisions**

Context of its Use	Frequency
Legal purpose	4
Legal method or legal approach	14
Nature character of the law	24
Legal interpretation	11

**Source:** processed by the Authors.

According to the data in Table 3, most of the use of progressive law in Constitutional Court decisions is related to the ‘nature or character of law’ and ‘legal method or legal approach.’ Among the characteristics or characteristics of progressive law that are frequently mentioned are: ‘the law is dynamic,’<sup>47</sup> ‘the law must be in accordance with the conscience and justice of society,’<sup>48</sup> ‘the law always strives to be more righteous and just,’<sup>49</sup> ‘law enforcement that is full of determination, empathy, dedication, and commitment,’<sup>50</sup> and ‘procedures must not limit efforts to seek justice.’<sup>51</sup> Interestingly, some users associate this progressive phrase

<sup>47</sup> For example: Case 39 Decision [stated by Justices Arief Hidayat and Anwar Usman, p. 419, that law must be dynamic and progressive, in the sense that it is strongly influenced by developments in people’s lives and must also be capable of regulating societal development].

<sup>48</sup> For example: Case 22 Decision [As stated by the applicant on p. 28, progressive law views written law as not necessarily being treated rigidly and disregarding conscience in order to fulfill society’s sense of justice]; Case 34 Decision [“... The theory of Progressive Law was introduced by Prof. Dr. Satjipto Rahardjo (1930-2010), who put forward conscience, justice, and the concept of ‘law for humans,’” explained the petitioner’s expert Yunus Husein, p. 52].

<sup>49</sup> For example: Case 6 Decision [“The connotation of progressive law, namely as a school of legal thought that always strives to be more just and fair,” the applicant stated on p. 13].

<sup>50</sup> For example: Case 38 Decision [“Law enforcement is carried out with full determination, empathy, dedication, commitment to the suffering of the nation, and accompanied by the courage to find a different way than is usually done,” explained petitioner’s expert Aan Eko Widiarto, p. 65, quoting Satjipto Rahardjo’s book].

<sup>51</sup> For example: Case 17 Decision [“Whereas the prohibition against filing/application for clemency that can be filed no later than 1 (one) year after the decision obtains permanent legal force at least ignores the principles and values of substantive justice, the principle of a rule of law that guarantees citizens’ human rights to fight for justice, and contrary to responsive or progressive law, so that for justice seekers there may be no restrictions,” conveyed the applicant; p. 7]; Case 29 Decision [“Progressive law was developed by Satjipto Rahardjo et. al. as a legal concept to address contemporary legal needs and challenges. So that there should be no restrictions for justice seekers with the classic reason ‘for and on behalf of legal certainty,’” conveyed the applicant, p. 38].

with regressive law, interpreting it as a law that goes backward, even though this mention refers to the opinion of another person not mentioned in the decision.<sup>52</sup>

Tables 1, 2, and 3, as well as Graph 1, demonstrate that the phrase progressive law has been used by many parties in various decisions and contexts. This phrase appears in 43 decisions, which is not tiny even though it is relatively small compared to the total number of 1590 judicial review decisions issued thus far.<sup>53</sup> This fact also indicates that this phrase has been used in Constitutional Court decisions since 2008, when Satjipto Rahardjo, the initiator, had reached an advanced age (78) and was nearing the end of his life (a year later). If the term progressive law is traced back to its first appearance in 2002, it can be said that this legal concept did not take long to influence legal practice at the Constitutional Court six years later. Since then, the phrase has been used in a variety of contexts, including “purpose of the law,” “legal method or legal approach,” “nature or character of law,” and “legal interpretation.”

### **3. The Assumptions or Pillars of Progressive Legal Thought have been Taken into Account**

This sub-chapter will investigate whether the assumptions or pillars underlying progressive legal thought have been considered by various parties who use the phrase progressive law to support their stance in judicial review cases. This examination is necessary to determine whether this phrase is used entirely, proportionally, or partially based on the speakers’ needs or interests. Furthermore, following Satjipto’s departure, this phrase appears too easy and freely used by anyone, particularly in the context of simply deviating from legal texts or rejecting the status quo.<sup>54</sup>

The discussion of whether its users have taken various progressive legal assumptions into account begins with determining whether the name Satjipto Rahardjo is also included when this phrase is used. Because, in the Indonesian context, it appears that this legal concept is originally from Satjipto, or at the very least, there are no works by other writers who use and explain this term with various assumptions in their versions. Even though ‘progressive’ is a general or generic term that anyone can use, when it is associated with law, which means ‘progressive law,’ this term is already exclusive because it is attached or integrated with the name Satjipto Rahardjo. Even if other legal scholars, particularly those from abroad, use this term, the user or speaker should include the scholar’s name. According to academic principles, the absence of mention of the name being referred to would imply that such an explanation is the user’s or speaker’s copyright.

---

<sup>52</sup> Case 28 Decision [“Dutch legal experts say, there are criminal law experts in Indonesia advocating a progressive law which is a regressive law (law of decline) returning to the law of the days of Sultan Hasanuddin, Sultan Agung, and Sultan Tirtayasa,” conveyed government expert, Andi Hamzah, p. 70].

<sup>53</sup> Data 2003-2022 (29 November). See: <https://www.mkri.id/index.php?page=web.RekapPUU&menu=4>, accessed 29/11/2022.

<sup>54</sup> Aulia, “Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo,” 181.

**Table 4.**  
**The Use of Progressive Law Phrase and the Mention of Satjipto Rahardjo in Constitutional Court Decisions**

<b>Subject</b>	<b>Frequency of the Use of Progressive Law Phrase</b>	<b>Mentioned Satjipto Rahardjo</b>
Petitioner	21	8
Petitioner's Expert	14	5
Government	2	-
Government's Expert	2	1
DPR	2	1
Related Parties	2	1
Related Parties' Expert	2	-
Justice	3	1
<b>Sum</b>	<b>48</b>	<b>17</b>

**Source:** processed by the Authors.

As shown in Table 4, this research demonstrates that Satjipto Rahardjo was only mentioned 17 times out of 48 times the phrase progressive law was used. This means that only less than half of the time, Satjipto Rahardjo's name is mentioned. On the other hand, no names of other figures have been mentioned concerning these legal thoughts or ideas, giving the impression that such terms and explanations came from speakers. Saldi, mentioned in the previous description as the one who used the phrase progressive law the most (three times), apparently did not mention or include the name Satjipto.

A search for the phrase 'progressive law' and 'Satjipto Rahardjo' turned up mentions of Satjipto, but not in conjunction with progressive law phrases. For example, the petitioner has used this phrase to describe the inherent flaws of legal regulation, precisely its formulation.<sup>55</sup> Maruarar Siahaan, a petitioner's expert and former Constitutional Court justice, also stated, quoting Ronald Dworkin, that it is not enough to read the text to interpret the Constitution but also its morals.<sup>56</sup> Maruarar also mentioned Satjipto's name once when explaining the interaction of the final Constitutional Court decision with societal forces.<sup>57</sup> Justice Arief Hidayat also mentioned Satjipto once, though not in conjunction with progressive legal phrases, namely in his dissent, that a series of legal formations, according to Satjipto by quoting Hans Kelsen, ends with the highest basic norm.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Case 13 Decision [pp. 24, 30-2].

<sup>56</sup> Case 13 Decision [p. 114].

<sup>57</sup> Case 24 Decision [p. 102]. In fact, Maruarar stated that his source was doctoral lecture material.

<sup>58</sup> Case 24 Decision [p. 201]. Arief's statement was put forward in a different opinion on Decision Number 73/PUU-XII/2014, in addition to the decision that is the subject of this research. In its development, the applicant frequently quotes Arief's statement in Decision Number 73, among others in Case 26 Decision (p. 24) and Case 27 Decision (p. 25). In Case 31 Decision (p. 22), with essentially the same statement, the source of the reference is not mentioned.

The finding of the phrase progressive law that is not always followed by the mention of Satjipto Rahardjo's name raises critical questions about whether mentioning a particular legal idea or theory should be followed by mentioning the person who initiated it. This can be answered in terms of copyright law. In copyright law, the person who produces a work, including a specific legal idea or theory, has the exclusive right to use the work. These exclusive rights include both economic and moral rights. In general, economic rights have limitations, whereas moral rights do not. Identification of creation with the creator's name is part of the moral rights in copyright.

Then, what are the ramifications if a particular idea or theory is not accompanied by a source or, at the very least, the name of the person who initiated it? There are two possibilities. The first possibility is that the idea or theory is popular and may even become a generic term, so the mere mention of the idea or theory is considered to be associated with a specific name. For example, it appears that anyone in this world will attribute the theory of gravity to the name of Isaac Newton. In terms of progressive law, there is no consensus that this idea must have originated with Satjipto Rahardjo. However, there also appear to be no names of other figures who originally conveyed this legal thought or idea. Second, readers, listeners, or viewers will perceive the idea or theory as the idea or theory conveyed by the person who mentions it. This means that users or speakers will be thought of as or given the impression of being the *creator*.

An explanation of the mention of a particular idea or theory and the name that initiated it will be easier to understand in the context of academic work. Why does it have to be academic when ideas or theories are essentially the result of academic and scientific activities? Using and borrowing ideas, explanations, or descriptions from others requires users to mention the source or provide information about it in academic works.<sup>59</sup> If a reference to the source accompanies such use, it will be considered an idea, explanation, or description of the user or speaker. Worse yet, this will be considered plagiarism.

The issue is whether a courtroom trial process could be classified as academic. This subject may require discussion.<sup>60</sup> However, in a trial involving parties with an academic background, such as experts or judges, it is necessary to follow and uphold academic principles, such as honesty in stating the source or, at the very least, the name of the person whose idea, explanation, or description is borrowed or used to support a statement or claims. As found in some of this research, the absence of mention of the initiating figure's

<sup>59</sup> According to Edward Shils, this is a derivative obligation, namely recognizing the achievements of colleagues. Edward Shils, *Etika Akademis*, trans. A. Agus Nugroho (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1993), 76-7. See also Henry Soelistyo, *Plagiarisme: Pelanggaran Hak Cipta dan Etika* (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2011), 26; Muhammad Abdan Shadiqi, "Memahami dan Mencegah Perilaku Plagiarisme dalam Menulis Karya Ilmiah," *Buletin Psikologi* 27, no. 1 (2019): 32.

<sup>60</sup> In this regard, one of the judges in a subordinate judicial body under the Supreme Court, Zulkarnain, writes, "... the act of making decisions can be compared to writing scientific papers that require correct and accurate procedures, data, analysis, and research methods." Zulkarnain, "Manajemen Pembuatan Putusan."

name demonstrates that academic principles do not fully apply in adjudicatory settings. Trials at the Constitutional Court, serving as a platform for unveiling the truth—particularly the constitutional truth—should also give precedence to academic honesty. This entails including sources or, at the very least, the names of individuals who originated specific legal concepts or ideas utilized to bolster an argument or claims. This is critical so that the forum for pursuing substantive and constitutional truths is accompanied by mechanisms that promote honesty, including academic honesty.

After learning that the phrase progressive law is not always followed by the name Satjipto Rahardjo, it is also essential to consider whether its users have considered the assumptions or pillars that underpin progressive legal thought as a whole or proportionately or if they were instead used based on assumptions that only serve their interests. Given that the phrase “progressive law” appears in 43 Constitutional Court decisions, the following section will examine some of them.

First, the judicial review of court decision review provisions is discussed. There are at least five Constitutional Court decisions concerning court decision review provisions (PK), namely Decisions on Cases 6, 16, 17, 18, and 29. Among the petitions submitted are provisions of Article 268, paragraph (3) of Law Number 8 of 1981 on the Criminal Procedure Code (KUHP), which states that “a request for review of a decision can only be submitted once.” The applicant believes that the provisions restricting the submission of PK have resulted in a constitutional disadvantage by impeding efforts to seek the truth and obtain justice if new evidence (*novum*) is discovered after the final decision.

Antasari Azhar and his wife and children stated in the Decision of Case 17 that this PK restriction hampered their efforts to obtain material or substantive justice. Such a legal method, namely imposing procedural constraints to limit the attainment of more substantive justice, is considered incompatible with progressive law.

*“Bahwa larangan terhadap peninjauan kembali untuk kedua kalinya setidaknya-tidaknya mengabaikan prinsip dan nilai keadilan materiil/substansial, prinsip negara hukum yang menjamin hak asasi warga negara untuk memperjuangkan keadilan, dan bertolak belakang dengan hukum responsif dan progresif, sehingga untuk pencarian keadilan tidak boleh ada pembatasan.”<sup>61</sup>*

*[“That the prohibition against second review [of court decision] ignores the principles and values of substantive justice, the principle of a rule of law that guarantees citizens’ human rights to fight for justice, and is contrary to responsive and progressive law, so that there should be no restrictions on the search for justice.”]*

This quote clarifies that progressive and responsive law both seek material and substantive justice, hence necessitating the avoidance of procedural constraints. This type of narrative can be found in all judicial review cases regarding the provisions of PK’s effort

---

<sup>61</sup> Case 17 Decision, p. 7.

limits.<sup>62</sup> Other provisions that limit procedures, such as clemency, which can only be filed once<sup>63</sup> and no later than one year after a decision has binding legal force,<sup>64</sup> have also been recorded as having been reviewed, and their argument also used the phrase progressive law.

This procedural limitation, thought to impede material and substantive justice, intersects with Satjipto Rahardjo's assumptions or pillars of progressive law, namely 'law for humans and not humans for law' and 'practicing law substantially and not artificially.' These assumptions necessitate that law not be treated rigidly, even if it is completed or final but instead must prioritize the interests of humans and humanity.

At this point, 'Procedural provisions that impede material/substantive justice' would appear to contradict some of the assumptions of progressive law at this point. However, this cannot be said to reflect progressive law. First, progressive law focuses on behavior rather than written law, particularly procedural matters. According to Satjipto, written law is 'defective since it was promulgated or born.'<sup>65</sup> To address these flaws, progressive law promotes progressive interpretation, which includes reading regulations based on their logic and social reality. As a result, progressive law is based more on the behavior of those who enforce the law. Second, claiming such things as progressive can, of course, have disastrous consequences. This is because, because they have the potential to limit efforts to seek substantive justice, all procedural provisions can be easily delegitimized by relying on progressive legal arguments.<sup>66</sup>

Secondly, there are judicial review cases regarding the provision prohibiting resignation as a member of the General Election Commission (KPU). This case pertains to a provision in Law Number 15 of 2011 on General Elections, specifically Article 17, paragraph (3), which effectively prohibits or restricts KPU members from resigning. Those who resign without 'acceptable reasons' or 'disrespectfully discharged' must return twice the amount of the honorarium they received. According to the article's elucidation, "acceptable reasons" are limited to "reasons of health and/or due to physical and/or mental disturbances."

Tugiman, a member of the KPU for Bogor Regency, believes this provision restricts his freedom to choose a job and has petitioned the Constitutional Court to have it reviewed.

---

<sup>62</sup> Case 6 Decision, p. 13-4; Case 16 Decision, p. 7; Case 18 Decision, p. 19; Case 29 Decision, p. 38.

<sup>63</sup> Case 27 Decision, p. 7.

<sup>64</sup> Case 26 Decision, p. 6.

<sup>65</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir: Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007), 141. Satjipto also alluded to PK on page 142 of this book, which according to the law requires that it be filed by the defendant or his heirs, but the court accepted that it was filed by the prosecutor. It is unclear whether Satjipto agreed. However, this description is given in connection with the fact that "the law has been flawed since it was promulgated or born."

<sup>66</sup> Satjipto reminded that the journey of law is indeed full of twists and turns which cannot be patterned absolutely and accurately. However, he quickly clarified that this does not imply that the law is a malleable institution that can be bent to suit people's preferences. Through these twists and turns, he simply want to demonstrate that law enforcement is not as simple as the law suggests, but is full of various social, political, and economic interventions, as well as significant behavioral practices from those who run it. Satjipto Rahardjo, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2003), 193.

The Constitutional Court granted this request in its Decision in Case 9. The Constitutional Court stated in its decision that,

*“... memperoleh pekerjaan dan penghasilan yang lebih baik adalah untuk lebih mendekati diri ke arah tercapainya kebahagiaan bagi kemanusiaan selain, menurut hukum progresif, merupakan tujuan setiap hukum dan peraturan perundang-undangan terutama juga merupakan hal yang menjadi salah satu kewajiban Pemerintah Negara Indonesia sebagaimana yang tercantum dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945, yakni memajukan kesejahteraan umum.”<sup>67</sup>*

*[“... obtaining a better job and income is to move closer to achieving happiness for humanity; additionally, according to progressive law, it is the goal of every law and regulation in particular; it is also one of the obligations of the Indonesian State Government as stated in the fourth Preamble of the 1945 Constitution, namely promoting public welfare.”]*

The considerations of the Constitutional Court clearly state that the goal of every law and statutory regulation according to progressive law is to achieve happiness for humanity. The legal provisions prohibiting KPU members from resigning are thought to stymie a person's efforts to find another, better job and bring him closer to happiness. This means that progressive law phrases are used in relation to the purpose or orientation of law, that law must lead humans to prosperity and happiness.

Third, a judicial review case is focused on the legislative authority of the Regional Representatives Council (DPD). This case pertains to provisions in Law Number 27 of 2009 on the MPR, DPR, DPD, and DPRD and Law Number 12 of 2011 on the Establishment of Laws and Regulations. These provisions restrict the DPD's legislative authority, encompassing the proposal of drafts, discussions, approvals, the development of legislative programs at the national level, and the consideration of a bill. The leadership of the DPD, namely Irman Gusman, La Ode Ida, and GKR Hemas, believed that these provisions diminished the DPD's legislative authority, prompting them to file a constitutional challenge.

In this case, Saldi Isra, the petitioner's expert, used the phrase progressive law to support his statement. According to Saldi,

*“... apabila MK mau memberikan tafsir yang lebih progresif, apabila makna persetujuan dinilai sebagai konsekwensi dari pembahasan bersama, tidak keliru apabila DPD dilibatkan dalam proses pembentukan Undang-Undang sampai pada proses persetujuan bersama.”<sup>68</sup>*

*[“... if the Constitutional Court wishes to provide a more progressive interpretation, if the meaning of approval is viewed as a consequence of joint discussions, it is not wrong if the DPD participates in the process of forming laws up to the joint approval process.”]*

<sup>67</sup> Case 9 Decision, pp. 31-2.

<sup>68</sup> Case 13 Decision, p. 107.

This quote demonstrates how progressive law is used in the context of legal interpretation. Regarding the DPD's legislative authority, a progressive legal interpretation allows the DPD to participate in the deliberation of a draft up to the joint approval stage.

Saldi even stated in another section that only the Constitutional Court could give new meaning to the DPD's legislative function. He stated,

*"Dalam pandangan ahli, hanya Mahkamah Konstitusi yang dapat memberi pemaknaan baru yang lebih progresif terhadap fungsi legislasi DPD agar kamar kedua ini lebih berfungsi dan bermakna dalam penyelenggaraan negara. ... tanpa tafsir baru yang progresif dari MK, DPD tak ubahnya seperti kerakap tumbuh di batu, hidup segan matipun tidak mau."<sup>69</sup>*

*["In expert's view, only the Constitutional Court can provide a new, more progressive meaning to the DPD's legislative function, allowing this second chamber to be more functional and meaningful in state administration... Without a progressive new interpretation from the Constitutional Court, the DPD is like a worm growing on a rock, reluctant to live and unwilling to live."]*

Saldi does not explicitly state in these two quotations that the interpretation he is referring to is part of progressive law.<sup>70</sup> He referred to this as a "more progressive interpretation" and "new, more progressive meaning." This appears to be appropriate if it relates to progressive law's assumptions or pillars. According to progressive law, one way to overcome a flaw is by encouraging progressive interpretation. This involves interpreting not only the rules based on their logic but also based on social reality.

Fourthly, there is the judicial review of Job Creation Law cases. While reviewing the Job Creation Law, the Constitutional Court issued three decisions that contained progressive legal phrases, namely Decisions on Cases 39, 40, and 41. This phrase was used by Judge Arief Hidayat and Judge Anwar Usman in Case 39 and the petitioner in Cases 40 and 41.

In Case 39, Arief and Anwar used this phrase in their dissenting opinion. On one occasion, they stated,

*"Pendekatan hukum yang bersifat **positif legalistik dan linier** sangat sulit dan selalu tertinggal untuk menjawab persoalan hukum yang berkembang di dalam masyarakat yang sedang berubah, oleh karena itu pendekatan hukum sebagaimana diuraikan oleh mahaguru, Prof. Dr. Satjipto Rahardjo dengan menggunakan pendekatan baru yang bersifat **out of the box** sangat relevan untuk digunakan dalam rangka mengantisipasi perubahan-perubahan. Pendekatan hukum progresif mengandung semangat melepaskan dari tradisi berhukum yang konvensional."<sup>71</sup>*

*["Legal approaches that are **positivistic, legalistic, and linear** are difficult and always fall behind in addressing legal issues that arise in a changing society; therefore, the*

<sup>69</sup> Case 13 Decision, pp. 108-9.

<sup>70</sup> These two statements are identical to those used by Saldi in his expert statement in Case 24 Decision, pp. 74-5.

<sup>71</sup> Case 39 Decision, p. 419.



*legal approach described by the professor, Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, by using an **out-of-the-box** approach is very relevant to be used in order to anticipate changes. The spirit of breaking away from traditional legal traditions pervades the progressive legal approach.”]*

Here, progressive law is the antithesis of a positivistic, legalistic, and linear approach or law method. Such a way of practicing law is called conventional. In this case, progressive law is different because it encourages an out-of-the-box way of practicing law. On another occasion, Arief and Anwar also used progressive law to state,

*“... **dalam konteks hukum progresif**, metode pembentukan undang-undang melalui metode omnibus law tidak mempermasalahkan nilai baik atau pun buruk. Karena ia adalah suatu metode yang bebas nilai. Oleh karena itu metode pembentukan undang-undang dengan metode omnibus law dapat diadopsi dan cocok diterapkan dalam konsepsi negara hukum Pancasila sepanjang omnibus law itu dibuat sesuai dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan prinsip-prinsip yang termuat dalam UUD 1945. Lagipula Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan juncto Undang-Undang 15 Tahun 2019 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (selanjutnya disebut UU 12/2011) tidak secara eksplisit menentukan keharusan menggunakan metode apa dalam pembentukan suatu undang-undang sehingga praktik pembentukan undang-undang dengan menggunakan metode omnibus law dapat dilakukan.”<sup>72</sup>*

*[“... **in the context of progressive law**, it makes no difference whether the method of forming laws through the omnibus law method is good or bad.” Because it is a method with no inherent value. As a result, the omnibus law method of forming laws can be adopted and applied in the conception of a Pancasila legal state as long as the omnibus law is made in accordance with and does not contradict Pancasila values and principles contained in the 1945 Constitution. Furthermore, Law Number 12 of 2011 on Establishment of Laws and Regulations, in conjunction with Law 15 of 2019 on Amendments to Law Number 12 of 2011 on Establishment of Laws and Regulations (hereinafter referred to as Law 12/2011), does not explicitly stipulate the necessity to use what method is used in forming a law so that the practice of forming a law using the omnibus law method can be carried out.”]*

This time, the two justices used the phrase progressive law in reference to the omnibus law method of forming laws. According to them, the omnibus law method can be adopted and applied in Indonesia as long as it is made in accordance with and does not contradict Pancasila values and principles contained in the Constitution. The lack of explicit mention of this omnibus law method in Law Number 12 of 2011 does not preclude its adoption. This is very possible from a progressive legal thought standpoint.

Both used this explanation to argue that a formal review of the Job Creation Law should be rejected. They stated, “... meskipun UU Ciptaker memiliki banyak kelemahan dari sisi legal drafting, namun UU ini sangat dibutuhkan saat ini sehingga menurut kami, seharusnya

<sup>72</sup> Case 39 Decision, pp. 422-3.

permohonan pengujian formil UU Ciptaker harus dinyatakan ditolak” [...although the Job Creation Law has many weaknesses from a legislative drafting perspective, this law is urgently needed at this time, so in our opinion, the petition for a formal review of the Job Creation Law should be rejected”].<sup>73</sup> This statement is quite interesting because while the two judges acknowledged that the formation of the Job Creation Law had many flaws, they were unwilling to challenge it for reasons of urgency, including if it was deemed not in accordance with the provisions of Law Number 12 of 2011.

In terms of progressive law, Satjipto frequently mentions practicing law outside the box, and thus it is permissible to include it as one of the assumptions of progressive law. In this case, the method of forming laws using omnibus law is seen as an unconventional or outside-the-box method, and in progressive law, it is possible to apply it for other, larger goals, namely seeking and bringing happiness closer. Progressive law, on the other hand, is built on the assumption that law must be responsive and encourage public participation. It is difficult to call a law progressive when it and how it is implemented ignore responsive efforts and public participation. Various studies have even considered the Job Creation Law not participatory and open.

Idul Rishan’s research, for example, which evaluated the formation of the Job Creation Law using legisprudence approach, shows that the formation of the Job Creation Law was not participatory and open. None of the six legisprudence indicators, namely legality, validity, participation, openness, prudence, and acceptability, were met in formulating the Job Creation Law. This is demonstrated, among other things, by the implementation of legislation that has no legal basis in the use of the omnibus law technique, is not participatory and democratic, is not accountable, changes in content that occurred outside of the approval stage, and the presence of unclear and out of sync formulations.<sup>74</sup> As a result, it is challenging to accept labeling the creation of the Job Creation Law as a reflection of a progressive law simply because it did not use conventional methods while abandoning more substantial ones.

The various case examples presented in this study demonstrate that the use of the phrase progressive law in Constitutional Court decisions has considered the assumptions or pillars of progressive law. However, the assumptions or pillars used are limited to those that meet the needs and interests of its users. Among the frequently used assumptions,

---

<sup>73</sup> Case 39 Decision, p. 431.

<sup>74</sup> Idul Rishan, “Evaluasi Performa Legislasi dalam Pembentukan Omnibus Law Cipta Kerja: Kajian Legisprudensi,” *Undang: Jurnal Hukum* 5, no. 1 (2022): 43-67. In fact, public participation in the legislative process is critical to ensuring that the laws or regulations enacted reflect the aspirations of the people while also being oriented toward their welfare. Joko Riskiyono, “Partisipasi Masyarakat dalam Pembentukan Perundang-undangan untuk Mewujudkan Kesejahteraan Masyarakat,” *Aspirasi: Jurnal Masalah-Masalah Sosial* 6, no. 2 (2015), 119; Sandy Gustiawan Ruhayat, Imamulhadi, and Yulinda Adharani, “Kewenangan Daerah dalam Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup Pasca Berlakunya Undang-Undang Cipta Kerja,” *Jurnal Bina Hukum Lingkungan* 7, no. 1 (2022), 42-54; Bayu Dwi Anggono, “Omnibus Law sebagai Teknik Pembentukan Undang-Undang: Peluang Adopsi dan Tantangannya dalam Sistem Perundang-Undang Indonesia,” *Jurnal RechtsVinding* 9, no. 1 (2020): 33-34.

though not explicitly stated, are 'law for humans and non-humans for law' and 'practicing law substantially and not artificially.' These assumptions are used to reject a rigid way of practicing law based solely on positivistic legal texts, such as provisions for procedural restrictions or procedures for establishing laws and regulations. Such use confirms the research's initial suspicion that the mention of progressive law today (after Satjipto's death) is frequently used arbitrarily to identify the law or the workings of laws not bound by legal texts.

Thus, various assumptions that form or underpin progressive legal thought have been sorted and employed in accordance with their users' needs and interests. Such use in a Constitutional Court trial process is done to provide more argumentative reasons for the claim or legal considerations of the parties who use it. However, such use can become biased when the context of the use and its assumptions are compared and studied in a more comprehensive manner based on other assumptions or pillars. If this is the case, then the law would not be *progressive* but *destructive*.

### C. CONCLUSIONS

The phrase "progressive law" has appeared in numerous Constitutional Court decisions (43), used by the petitioner, the government, the DPR, related parties, experts, and even the justices. This phrase has also been used to refer to the purpose of law, the legal method or approach, the nature or character of law, and the interpretation of law. The phrase progressive law, particularly the one that includes Satjipto Rahardjo, appears to have considered some of the assumptions or pillars of progressive law in the Constitutional Court's decision. However, the assumptions or pillars used are generally limited to those that suit the needs or interests of its users and thus can have bias implications when compared and studied more thoroughly based on other assumptions or pillars.

### REFERENCES

- Ali, Mohammad Mahrus. *Tafsir Konstitusi: Menguji Konstitusionalitas dan Legalitas Norma*. Depok: Rajawali Pers, 2019.
- Anggono, Bayu Dwi. "Omnibus Law sebagai Teknik Pembentukan Undang-Undang: Peluang Adopsi dan Tantangannya dalam Sistem Perundang-Undangan Indonesia." *Jurnal RechtsVinding* 9, no. 1 (2020): 17-37. DOI: 10.33331/rechtsvinding.v9i1.389.
- Armia, Muhammad Siddiq. "Constitutional Court and Judicial Review: Lesson Learned for Indonesia." *Negara Hukum* 8, no. 1 (2017): 107-30. DOI: 10.22212/jnh.v8i1.940.
- Asshiddiqie, Jimly. *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
- Aulia, M. Zulfa. "Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo: Riwayat, Urgensi, dan Relevansi." *Undang: Jurnal Hukum* 1, no. 1 (2018): 159-85. DOI: 10.22437/ujh.1.1.159-185.

- Chalid, Hamid. "Dualism of Judicial Review in Indonesia: Problems and Solutions." *Indonesia Law Review* 7, no. 3 (2017): 367-94. DOI: 10.15742/ilrev.v7n3.353.
- Christianto, Hwian. "Penafsiran Hukum Progresif dalam Perkara Pidana." *Mimbar Hukum* 23, no. 3 (2013): 479-500. DOI: 10.22146/jmh.16170.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury Academic, 2013.
- Faiz, Pan Mohamad. "Dimensi Judicial Activism dalam Putusan Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 13, no. 2 (2016): 406-30. DOI: 10.31078/jk1328.
- Greene, Jamal. "Rights as Trumps?" *Harvard Law Review* 132, no. 1 (2018): 28-132.
- Hakim, Muh. Ridha. "Implementasi Rechtsvinding yang Berkarakteristik Hukum Progresif." *Jurnal Hukum dan Peradilan* 5, no. 2 (2016): 227-48. DOI: 10.25216/jhp.5.2.2016.227-248.
- Harjono. *Konstitusi sebagai Rumah Bangsa: Pemikiran Hukum Dr. Harjono, S.H., M.C.L. Wakil Ketua MK*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008.
- Kmiec, Keenan D. "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'." *California Law Review* 92, no. 5 (2004): 1441-77. DOI: 10.2307/3481421.
- Leiter, Brian. "American Legal Realism." In *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, 50-66. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.
- Mahfud MD., Moh. "Problematika Putusan MK yang Bersifat Positive Legislature." Introduction in Martitah. *Mahkamah Konstitusi: Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?* Jakarta: Konstitusi Press, 2013.
- Martitah. *Mahkamah Konstitusi: Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?* Jakarta: Konstitusi Press, 2013.
- Martitah. "Progresivitas Hakim Konstitusi dalam Membuat Putusan (Analisis terhadap Keberadaan Putusan Mahkamah Konstitusi yang Bersifat Positive Legislature)." *Masalah-Masalah Hukum* 41, no. 2 (2012): 315-25. DOI: 10.14710/mmh.41.2.2012.315-325.
- Marwan, Awaludin. *Satjipto Rahardjo: Sebuah Biografi Intelektual dan Pertarungan Tafsir terhadap Filsafat Hukum Progresif*. Yogyakarta & Semarang: Thafa Media & Satjipto Rahardjo Institute, 2013.
- Nugroho, Wahyu. "Rule Breaking dan Integritas Penegak Hukum Progresif dalam Pemberantasan Korupsi Pejabat Daerah." *Jurnal Yudisial* 7, no. 1 (2014): 70-87.
- Rahardjo, Satjipto. *Biarkan Hukum Mengalir: Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007.
- Rahardjo, Satjipto. *Hukum dalam Jagat Ketertiban*. Jakarta: UKI Press, 2006.
- Rahardjo, Satjipto. *Hukum dan Perubahan Sosial; Suatu Tinjauan Teoretis serta Pengalaman-pengalaman di Indonesia*. Yogyakarta: Genta Publishing, third edition, 2009.

- Rahardjo, Satjipto. "Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan." *Jurnal Hukum Progresif* 1, no. 1 (2005): 1-24. DOI: 10.14710/hp.1.1.1-24.
- Rahardjo, Satjipto. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006.
- Rahardjo, Satjipto. *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2003.
- Rai, Arvinth. "Dworkin's Hercules as a Model for Judges." *Manchester Review of Law, Crime, and Ethics* 6 (2017): 58-68.
- Republik Indonesia, Mahkamah Konstitusi. "Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif." Refleksi Kinerja MK 2009 Proyeksi 2010, Jakarta, 29 December 2009.
- Rishan, Idul. "Evaluasi Performa Legislasi dalam Pembentukan Omnibus Law Cipta Kerja: Kajian Legisprudensi." *Undang: Jurnal Hukum* 5, no. 1 (2022): 43-67. DOI: 10.22437/ujh.5.1.43-67.
- Riskiyono, Joko. "Partisipasi Masyarakat dalam Pembentukan Perundang-undangan untuk Mewujudkan Kesejahteraan Masyarakat." *Aspirasi: Jurnal Masalah-Masalah Sosial* 6, no. 2 (2015): 119-76. DOI: 10.46807/aspirasi.v6i2.511.
- Roux, Theunis. "Indonesia's Judicial Review Regime in Comparative Perspective." *Constitutional Review* 4, no. 2 (2018): 188-221. DOI: 10.31078/consrev422.
- Ruhyat, Sandy Gustiawan, Imamulhadi, and Yulinda Adharani. "Kewenangan Daerah dalam Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup Pasca Berlakunya Undang-Undang Cipta Kerja." *Jurnal Bina Hukum Lingkungan* 7, no. 1 (2022): 39-58. DOI: 10.24970/bhl.v7i1.298.
- Setiawan, Bayu. "Penerapan Hukum Progresif oleh Hakim untuk Mewujudkan Keadilan Substantif Transendensi." In *Hukum Transendental: Pengembangan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, edited by Absori, et. al., 159-79. Yogyakarta: Genta Publishing, 2018.
- Shadiqi, Muhammad Abdan. "Memahami dan Mencegah Perilaku Plagiarisme dalam Menulis Karya Ilmiah." *Buletin Psikologi* 27, no. 1 (2019): 30-42. DOI: 10.22146/buletinpsikologi.43058.
- Shidarta. *Hukum Penalaran dan Penalaran Hukum: Akar Filosofis*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2013.
- Shidarta. "Posisi Pemikiran Hukum Progresif dalam Konfigurasi Aliran-aliran Filsafat Hukum: Sebuah Diagnosis Awal." In *Satjipto Rahardjo dan Hukum Progresif: Urgensi dan Kritik*, edited by Myrna A. Safitri, Awaludin Marwan, and Yance Arizona, 51-80. Jakarta: Epistema dan HuMa, 2011.
- Shidarta. "Putusan Pengadilan sebagai Objek Penulisan Artikel Ilmiah." *Undang: Jurnal Hukum* 5, no. 1 (2022): 105-42. DOI: 10.22437/ujh.5.1.105-142.
- Shils, Edward. *Etika Akademis*. Translated by A. Agus Nugroho. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1993.

- Soelistyo, Henry. *Plagiarisme: Pelanggaran Hak Cipta dan Etika*. Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2011.
- Susilo, Agus Budi. "Penegakan Hukum yang Berkeadilan dalam Perspektif Filsafat Hermeneutika Hukum: Suatu Alternatif Solusi terhadap Problematika Penegakan Hukum di Indonesia." *Perspektif* 16, no. 4 (2011): 214-26. DOI: 10.30742/perspektif.v16i4.84.
- Sutiyoso, Bambang. "Pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai Pelaku Kekuasaan Kehakiman di Indonesia." *Jurnal Konstitusi* 7, no. 6 (2010): 25-50. DOI: 10.31078/jk762.
- Suwito. "Putusan Hakim yang Progresif dalam Perkara Perdata (Telaah 'Kasus Pohon Mangga')." *Hasanuddin Law Review* 1, no. 1 (2015): 101-13. DOI: 10.20956/halrev.v1i1.43.
- Syamsudin, M. *Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, third edition, 2012.
- Syamsudin, M. "Rekonstruksi Perilaku Etik Hakim dalam Menangani Perkara Berbasis Hukum Progresif." *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 18, special edition (2011): 127-45.
- Syamsudin, M. "Rekonstruksi Pola Pikir Hakim dalam Memutuskan Perkara Korupsi Berbasis Hukum Progresif." *Jurnal Dinamika Hukum* 11, no. 1 (2011): 11-21. DOI: 10.20884/1.jdh.2011.11.1.11.
- Tamanaha, Brian Z. "The Primacy of Society and the Failures of Law and Development." *Cornell International Law Journal* 44, no. 2 (2011): 209-47.
- Tamanaha, Brian Z. "Understanding Legal Realism." *Texas Law Review* 87, no. 4 (2009): 731-85.
- Tim Penyusun. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010.
- Universitas Andalas, Pusat Studi Konstitusi. "Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berpikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif). Research Results in Collaboration with Mahkamah Konstitusi, 2010.
- Weinrib, Jacob. "When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality." *Ratio Juris* 30, no. 2 (2017): 341-52. DOI: 10.1111/raju.12166.
- Zulkarnain. "Manajemen Pembuatan Putusan." <https://badilag.mahkamahagung.go.id/artikel/publikasi/artikel/manajemen-pembuatan-putusan-oleh-dr-h-zulkarnain-s-h-m-h-23-1,23/1/2018>. Diakses 10/5/2023



## *Irregularity Protection of Citizens' Constitutional Rights to the Administrative Silence*



### **Ketidakteraturan Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara Atas Sikap Diam Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan**

Umar Dani

Serang State Administrative Court, Banten, Indonesia

#### Article Info

##### Corresponding Author:

Umar Dani

✉ [oemardani@gmail.com](mailto:oemardani@gmail.com)

##### History:

Submitted: 17-02-2023

Revised: 25-07-2023

Accepted: 07-08-2023

##### Keyword:

*Negative Fictional; Positive Fictional; Constitutional Rights; Administrative Silence.*

##### Kata Kunci:

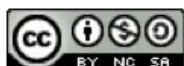
Fiktif Negatif; Fiktif Positif; Hak Konstitusional; Sikap Diam Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan.

#### Abstract

*The Administrative's silence was legally deemed an administrative error; however, there are no standards to govern the mechanisms for protecting citizens against such administrative errors. This research has two objectives. First, to analyze whether changing negative fictional elements to positive fictional elements constitutes a form of legal irregularity. Secondly, to study the regulatory impact of positive fiction after Law number 11 of 2020 issuance on the protection of citizens' rights. This research employs normative legal research. This research shows that the repeal of a norm can be achieved by either amending the law itself or through a decision by the constitutional court. The transformation of negative fictional validity into positive fictional validity, as seen in the change from Article 3 of Law Number 5 of 1986 to Article 53 of Law Number 11 of 2020, has two effects. First, it removes access to citizens' constitutional rights; second, automatic approval decisions without supervision can be used as a tool for legality and may harm third parties.*

#### Abstrak

Sikap diam pejabat pemerintahan secara hukum merupakan kesalahan administratif, akan tetapi tidak tersedia norma yang mengatur mekanisme perlindungan hukum warga negara atas kesalahan administratif tersebut. Penelitian ini memiliki dua tujuan. *Pertama*, menganalisis apakah perubahan fiktif negatif ke fiktif positif merupakan bentuk ketidakteraturan hukum. *Kedua*, mengkaji dampak pengaturan fiktif positif pasca UU No. 11 Tahun 2020 terhadap perlindungan hak konstitusional warga negara. Penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif. Hasil penelitian menunjukkan pencabutan keberlakuan norma dapat dilakukan melalui perubahan undang-undang itu sendiri atau karena putusan Mahkamah Konstitusi. Peniadaan validitas fiktif negatif dalam Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1986 ke Fiktif positif melalui Pasal 53 UU No. 30 Tahun 2014 adalah bentuk ketidakteraturan hukum. Pengaturan fiktif positif pasca UU No. 11 Tahun 2020 berdampak pada dua hal: *Pertama*, menghilangkan akses perlindungan hak konstitusional warga negara; *Kedua*, keputusan pengabulan otomatis tanpa pengawasan pengadilan dapat digunakan sebagai alat legalitas dan dapat merugikan pihak ketiga.



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.

## A. PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang

Indonesia adalah negara hukum. Pengejawantahan konsep negara hukum tercermin pada perintah dari pembentuk undang-undang, sebagaimana pandangan John Austin mengenai Hukum Positif Analitis yang mengartikan hukum itu sebagai perintah dari pembentuk undang-undang atau penguasa (*law is a command of the lawgiver*),<sup>1</sup> aliran ini mengajarkan bahwa hakikat dari hukum adalah hukum positif (*laws properly so called positive law*). Hukum positif merupakan perintah penguasa yang berdaulat (*sovereignty*), Austin kemudian memandang hukum tidak didasarkan nilai baik atau buruk, melainkan pada kekuasaan dari pemegang kedaulatan. Pada intinya ajaran positivisme hukum beranggapan bahwa hanya hukum positif sesuatu yang nyata, pasti dan jelas.

Penelitian ini tidak mencoba mengajak untuk membenarkan atau mengkritik mazhab positivisme hukum, tapi setidaknya pandangan positivisme hukum menjadi landasan penerapan hukum di Indonesia yang memandang hukum positif sebagai hukum berlaku saat ini (*ius constitutum*). Pada cabang ilmu hukum administrasi keabsahan kewenangan bertindak penguasa selalu didasarkan pada hukum positif. Sebagai negara hukum, negara menyediakan instrumen perlindungan warga negara ke pengadilan atas keabsahan keputusan dan/atau tindakan badan dan/atau pejabat pemerintahan. Pengadilan berwenang menguji tindakan pemerintahan hanya apabila telah mendapat legitimasi dari undang-undang. Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 mengamanatkan fungsi pengadilan diatur dalam undang-undang, artinya kewenangan pengadilan harus diatur secara tegas dalam undang-undang.

Birokrasi merupakan kaki tangan pemerintah dalam rangka pembuatan keputusan, oleh karena itu birokrasi menjadi ciri khas negara dan hukum pada masa sekarang. Dewasa ini sering ditemukan kalimat yang melatar belakangi pembuatan peraturan perundang-undangan di bidang hukum publik, misalnya “dalam rangka menunjang pemerintahan yang baik (*good administration*)”, kalimat itu muncul karena peraturan perundang-undangan dianggap berfungsi sebagai penuntun perilaku, terutama perilaku pejabat birokrasi. Birokrasi yang baik tercermin dari kemampuannya melakukan pelayanan publik, *free corruption*, dan akuntabilitas kinerja. Sementara hukum yang baik adalah hukum yang dapat melindungi warga masyarakat dari kesewenang-wenangan penguasa. Pemerintah dituntut untuk mampu mempertanggungjawabkan semua aspek tindakan administrasi karena tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban.

Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU Peratun) memberi akses perlindungan hukum warga masyarakat untuk menggugat ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) atas kemungkinan adanya sikap tidak profesional

<sup>1</sup> Sudyana Sudyana dan Suswoto Suswoto, “Kajian Kritis Terhadap Teori Positivisme Hukum Dalam Mencari Keadilan Substantif,” *Jurnal Ilmiah Ilmu Hukum Qistie* 11, no. 1 (1 Mei 2018): 121, <https://doi.org/10.31942/jqi.v11i1.2225>.



badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam melayani masyarakat. Sengketa atas sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan di PTUN lazim dikenal dengan istilah sengketa fiktif negatif. Sejak diberlakukannya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UUAP) konsep fiktif negatif mengalami perubahan paradigma menjadi fiktif positif. Perubahan paradigma tersebut tidak menghilangkan akses perlindungan hukum warga masyarakat ke pengadilan. Namun, setelah diterbitkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (UU Ciptaker) akses perlindungan hukum atas sengketa fiktif positif ke pengadilan telah dihapus.<sup>2</sup>

UU Ciptaker membawa perubahan fundamental mekanisme mendapatkan penetapan pengabulan, dari semula konsep fiktif positif berorientasi yudisial, dimana proses untuk mendapatkan penetapan pengabulan wajib berdasarkan putusan pengadilan diubah menjadi fiktif positif yang berorientasi administratif, proses mendapatkan penetapan pengabulan melalui sistem yang dibangun dalam pemerintahan itu sendiri. Meskipun nawacita pembentuk undang-undang dalam rangka menawarkan konsep kemudahan, dalam praktik warga masyarakat kehilangan perlindungan hukum ketika badan dan/atau pejabat pemerintahan tidak menerbitkan penetapan pengabulan.

Penting untuk diketahui, di tengah ketidakpastian perlindungan hukum atas sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan pasca UU Ciptaker, warga masyarakat masih menaruh harapan kepada lembaga yudisial sebagai tempat bernaung. Terdapat 562 (lima ratus enam puluh dua) putusan pengadilan yang di dalamnya terdapat kata kunci “fiktif positif”. Termasuk ke dalam 562 (lima ratus enam puluh dua) putusan tersebut adalah putusan yang secara spesifik membahas terkait fiktif positif maupun yang memasukkan istilah “fiktif positif” sebagai salah satu argumentasi hukumnya.<sup>3</sup> Kemudian, setidaknya terdapat 115 perkara permohonan yang diajukan ke PTUN dalam periode November 2020 sampai dengan April 2021.<sup>4</sup>

Data di atas membuktikan bahwa warga masyarakat masih membutuhkan PTUN sebagai sarana perlindungan hukum sekaligus membuktikan bahwa birokrasi belum berjalan dengan baik bahkan tidak sejalan ke arah yang dicita-citakan UU Ciptaker. Keadaan ini secara keilmuan dalam perspektif perlindungan hukum belum usai bahkan membuka gelanggang pertarungan pemikiran baru terutama pertanyaan seputar mau dibawa kemana (*quo vadis*) jaminan kepastian perlindungan hak konstitusional warga negara atas pelayanan birokrasi yang baik, bebas dari kolusi, korupsi dan nepotisme (KKN).

<sup>2</sup> Republik Indonesia, “Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja, 2020, LN.2020/No.245, TLN No.6573” (2020).

<sup>3</sup> Mailinda Eka Yuniza dan Melodia Puji Inggarwari, “Peluang dan Tantangan Penerapan Keputusan Fiktif Positif Setelah Undang-Undang Cipta Kerja Diundangkan,” *Jurnal de Jure* 13, no. 2 (2021): 2.

<sup>4</sup> Rekapitulasi Perkara Fiktif Positif Diseluruh PTUN Se-Indonesia Periode November 2020 sampai dengan April 2021.

Penelitian ini diarahkan untuk menganalisis dan mengkaji dampak dari ketidakteraturan pengaturan sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan terhadap perlindungan hak konstitusional warga negara untuk mendapatkan pelayanan yang baik dari sistem birokrasi di Indonesia. Penelitian ini merupakan kelanjutan penelitian terdahulu antara lain, Penelitian Enrico Simanjuntak (2017),<sup>5</sup> Budi Amin Rodding (2017)<sup>6</sup> dan Bambang Heriyanto (2019),<sup>7</sup> bedanya penelitian terdahulu mendasarkan pada perubahan fiktif positif menurut UUAP sedangkan penelitian ini mendasarkan pada fiktif positif versi UU Ciptaker yang terbit tahun 2020.

## 2. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, fokus kajian dalam tulisan ini akan membahas: *Pertama*, apakah perubahan fiktif negatif ke fiktif positif merupakan bentuk ketidakteraturan hukum? *Kedua*, bagaimana dampak pengaturan fiktif positif pasca Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja terhadap perlindungan hak konstitusional warga negara?

## 3. Metode Penelitian

Metode yang digunakan adalah penelitian hukum normatif melalui pendekatan undang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konsep (*conceptual approach*). Pendekatan undang-undang dilakukan dengan menelaah beberapa undang-undang yang bersangkutan paut dengan isu hukum sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan, sedangkan pendekatan konsep beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Dari kedua pendekatan tersebut dapat dijabarkan ruang lingkup, definisi-definisi sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan. Penelitian ini dilakukan melalui studi dokumen (*documentary study*) dengan cara mengkaji literatur-literatur dan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan pengaturan sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan guna menjawab permasalahan yang telah dikemukakan di atas.

# B. PEMBAHASAN

## 1. Pemaknaan Istilah Sikap Diam Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan

Dacian C. Dragos berpendapat sikap diam administratif (*administrative silence*) terjadi ketika otoritas administratif tidak menjawab permohonan (*application*) dalam waktu yang ditentukan secara hukum (*legally prescribed time*) atau tidak mengambil tindakan ketika tindakan tersebut ditentukan secara hukum (*legally prescribed*). Fiksi hukum yang diterapkan oleh hukum pada situasi ini bersifat negatif (*penolakan, rejection*) atau positif

<sup>5</sup> Enrico Simanjuntak, "Perkara Fiktif Positif dan Permasalahan Hukumnya," *Jurnal Hukum dan Peradilan* 6, no. 3 (30 November 2017): 380, <https://doi.org/10.25216/jhp.6.3.2017.379-398>.

<sup>6</sup> Budiman B. Sagala, "Kekuasaan Kehakiman yang Merdeka," *Jurnal Hukum & Pembangunan* 16, no. 2 (2017): 27, <https://doi.org/10.21143/jhp.vol16.no2.1197>.

<sup>7</sup> Bambang Heriyanto, "Problematisa Penyelesaian Perkara 'Fiktif Positif' Di Pengadilan Tata Usaha Negara," *Palar | Pakuan Law Review* 5, no. 1 (2019): 39, <https://doi.org/10.33751/palar.v5i1.1185>.

(persetujuan, *approval*). Senada dengan itu, menurut Vera Parisio, sikap diam administrasi pemerintahan merupakan fiksi hukum administrasi yang berkaitan dengan suatu situasi hukum dimana permohonan yang diajukan kepada otoritas administrasi, dalam kurun waktu tertentu dianggap “dikabulkan” (*accepted*) maupun “ditolak” (*denied*). Bahkan menurut Mirlinda Batalli, (*administrative silence*) mengacu pada masalah pelanggaran prosedural, dengan ketiadaan tindakan yang mengacu pada kelumpuhan administrasi (*administrative paralysis*) yang tidak sebagaimana mestinya. Kegagalan untuk bertindak terjadi ketika aktivitas administrasi telah melewati batas waktu secara hukum namun kewajiban yang harus dilaksanakan telah terlanggar.<sup>8</sup>

Fiksi hukum yang menganggap sikap diam dipersamakan dengan penolakan dalam UU Peratun mengadopsi hukum Belanda. Pasal 6:2 *algemene wet bestuursrecht (a.w.b)* menyatakan bahwa sebuah penolakan tertulis untuk membuat keputusan atau kelalaian untuk membuat sebuah keputusan dalam waktu yang semestinya disamakan dengan sebuah keputusan.<sup>9</sup> Istilah fiktif negatif bukan bersumber dari ketentuan normatif tetapi berasal dari fiksi hukum dimana “fiktif” menunjukkan bahwa keputusan yang digugat sebenarnya tidak berwujud. Ia hanya merupakan sikap diam dari badan atau pejabat tata usaha negara yang kemudian dianggap disamakan dengan sebuah keputusan yang nyata tertulis. Sedangkan istilah “negatif” menunjukkan bahwa keputusan yang digugat dianggap berisi penolakan terhadap permohonan yang telah diajukan oleh orang atau badan hukum perdata.<sup>10</sup>

Sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam penelitian ini sama dengan pengabaian, pengelakan untuk bertindak, atau sikap tidak responsif badan dan/atau pejabat pemerintahan yang kesemuanya dapat digolongkan ke dalam bentuk pelayanan buruk dan tindakan tidak profesional serta identik dengan maladministrasi. Sikap diam ini apabila tidak ditertibkan berpotensi besar terjadinya kecurangan bahkan menjadi cikal bakal praktik KKN. Secara filosofis sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam Pasal 3 UU Peratun merupakan bagian dari sistem yang menempatkan administrasi negara sebagai hak masyarakat sebagaimana dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan: “setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”. Jaminan perlindungan hak tersebut juga termaktub dalam Pasal 41 *The Charter of Fundamental Rights of the Union* yang meliputi: Hak untuk memperoleh penanganan urusan-urusannya secara tidak memihak, adil dan waktu yang wajar; Hak untuk didengar sebelum tindakan individual apapun yang akan diterapkan pada dirinya; Hak atas akses untuk memperoleh berkas milik pribadi dengan tetap memperhatikan kepentingannya yang sah atas kerahasiaan dan atas kerahasiaan profesional; Kewajiban pihak-

<sup>8</sup> Enrico Simanjuntak, *Kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara Mengadili Perkara Perbuatan Melawan Hukum Pemerintah* (Jakarta: Rajawali Pers, 2021), 41.

<sup>9</sup> Lihat Pasal 6:2 *A.w.b*: “For the purposes of the provisions of law on objections and appeals, the following are equated with a decision: a. a written refusal to take a decision, and b. failure to take a timely decision”.

<sup>10</sup> Budiamin Rodding, “Keputusan Fiktif Negatif dan Fiktif Positif Dalam Peningkatan Kualitas Pelayanan Publik,” *Tanjungpura Law Journal* 1, no. 1 (2017): 30.

pihak administrasi negara untuk memberikan alasan-alasan mendasari keputusannya; dan Hak untuk memperoleh ganti rugi yang ditimbulkan oleh lembaga atau aparatur pemerintah dalam menjalankan tugasnya.<sup>11</sup>

Perlindungan hak warga negara menurut Pasal 3 UU Peratun diimplementasikan dalam bentuk penyediaan akses gugat ke pengadilan. Dikabulkan atau tidaknya gugatan pada sengketa fiktif negatif masih digantungkan kepada keterpenuhan syarat sebagai substansi sebuah permohonan. Di sinilah pembeda antara sengketa tata usaha negara biasa dengan sengketa fiktif negatif, meskipun pengabaian oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan sudah termasuk pelanggaran prosedural, tetapi pelanggaran tersebut hanya alat ukur untuk mengklasifikasi sengketa fiktif negatif semata, ketika substansi/syarat permohonan tidak lengkap maka kesalahan prosedural seperti ini tidak dapat dijadikan alasan untuk mengabulkan gugatan. Artinya, ketika gugatan fiktif negatif ditolak, pengawasan terhadap sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan menjadi kehilangan makna, pengabaian tersebut bukan menjadi prioritas hukum. Sistem yang dibangun pada sengketa fiktif negatif sejatinya hanya berorientasi kepada hak warga negara, tetapi abai akan esensi pengawasan tindakan tidak profesional pejabat pemerintahan.

## **2. Pergeseran Paradigma Fiktif Negatif Ke Fiktif Positif**

Setelah berlakunya UUAP terdapat perubahan mendasar dari konsep sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan. Semula fiktif negatif menurut UU Peratun menganut sistem sengketa (gugatan), menjadi fiktif positif yang menganut sistem permohonan (*voluntair*). Perubahan paradigma ini mencerminkan adanya spirit peningkatan kualitas pelayanan publik sebagai bagian dari reformasi birokrasi bagi aparatur pemerintahan dalam menjalankan tugas dan fungsinya.<sup>12</sup>

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) dalam Perkara Nomor 77/PUU-XV/2017 tanggal 9 Mei 2018 pada halaman 50 memberi tafsir kata fiktif positif: "...Digunakan kata "Fiktif" karena merupakan permohonan yang diajukan dianggap atau seolah-olah ada keputusan, sedangkan disebut "Positif" karena permohonan yang diajukan oleh Pemohon telah diterima...". Pergeseran konsep fiktif negatif ke fiktif positif antara lain: *pertama*; pemaknaan sikap diam pemerintah dari kosep "keputusan penolakan" menjadi "permohonan dikabulkan"; *kedua*, batasan waktu menjawab pejabat pemerintahan dipersingkat; *ketiga*, perubahan sistem penyelesaian sengketa dari rezim gugatan *contentiosa* menjadi permohonan (gugatan *voluntair*).

Penyelesaian sengketa fiktif negatif menggunakan hukum acara biasa memakan waktu cukup lama, tuntutan pokok sengketa fiktif negatif adalah membatalkan dan mencabut "keputusan penolakan" yang sebenarnya tidak ada untuk kemudian menerbitkan keputusan yang dimohonkan. Sementara pada sengketa fiktif positif menggunakan hukum acara

<sup>11</sup> Muhamad Azhar, "Relevansi Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik Dalam," *Notarius* 8, no. 2 (2015): 276.

<sup>12</sup> Heriyanto, "Problematika Penyelesaian Perkara 'Fiktif Positif' Di Pengadilan Tata Usaha Negara," 41.

khusus dengan menyederhanakan proses penyelesaian sengketa, baik durasi pemeriksaan di pengadilan maupun peniadaan upaya hukum (putusan tingkat pertama final dan mengikat). Adapun tuntutan ke pengadilan adalah perintah menerbitkan keputusan sesuai dengan permohonan. Penerapan *voluntair* disini agak berbeda dengan pengertian pada umumnya. Pada sengketa fiktif positif sesungguhnya masih mengandung sengketa tidak murni kepentingan sepihak (*for the benefit of one party only*) atau tidak bersifat mutlak satu pihak (*ex-parte*), karena pejabat pemerintahan didudukkan sebagai pihak termohon.

Konsep fiktif positif menempatkan peran pengadilan sebagai lembaga *declatoir* yaitu penegasan atas kelengkapan syarat suatu permohonan untuk mendapatkan penetapan pengabulan. Dalam hal ini, Enrico Simanjuntak berpendapat bahwa dalam pemeriksaan perkara fiktif positif perlu dibedakan secara mendasar permasalahan hukum yang dijadikan alasan permohonan pemohon. *Pertama*, apakah permohonannya didasarkan kepada semata-mata alasan lewat waktu untuk menindaklanjuti objek permohonan yang dimohonkan kepada termohon, atau; *Kedua*, alasan permohonannya didasarkan kepada tidak ditanggapinya pengajuan permohonan kepada termohon. Meskipun alasan pengajuan permohonan akan didasarkan kepada dua alasan tersebut, namun pengadilan tidak boleh mengambil alih fungsi eksekutif.<sup>13</sup>

Kedua alasan tersebut dalam praktik hanya dijadikan instrumen untuk mengidentifikasi apakah suatu permohonan dapat dikualifikasi sebagai perkara fiktif positif atau tidak. Pengadilan tidak serta merta mengabulkan permohonan akibat dari lewatnya waktu untuk menjawab dan/atau tidak ditanggapinya permohonan oleh termohon. Pengadilan dapat menolak permohonan manakala tidak terpenuhinya syarat substantif suatu permohonan. Pengadilan mempunyai kewenangan untuk memvalidasi prosedur dan substansi permohonan, fungsi validasi merupakan bagian pengawasan pengadilan untuk mengontrol sistem birokrasi yang sehat guna menghindar dari upaya persekongkolan jahat (*devil agreemnet*) antara pemohon dengan badan dan/atau pejabat pemerintahan yang sengaja tidak menanggapi permohonan dengan tujuan mendapatkan legitimasi dari pengadilan. Permohonan pada sengketa fiktif positif yang ditolak pada hakekatnya sama dengan fiktif negatif yaitu sama-sama tidak memberi konsekuensi hukum apapun kepada pejabat pemerintahan meskipun terbukti mengabaikan kewajiban untuk merespon kebutuhan warga masyarakat tepat waktu, ini merupakan titik kelemahan sistem fiktif positif dari sisi pengawasan.

### **3. Implikasi Ketidakteraturan Perlindungan Hukum Warga Masyarakat dan Isu Kekosongan Hukum Atas Sengketa Fiktif Positif**

Kehadiran UU Ciptaker dimaksudkan untuk meningkatkan kemudahan investasi dalam rangka meningkatkan perekonomian nasional. UU Ciptaker merepresentasikan keberhasilan pemerintah mengembangkan sistem hukum modern (*the modern legal system*) yang wujudnya adalah ketentuan hukum yang formal-rasional, dinyatakan (*articulated*) melalui

<sup>13</sup> Simanjuntak, "Perkara Fiktif Positif dan Permasalahan Hukumnya," 390.

hukum positif. Sistem hukum modern merupakan konstruksi yang berasal dari tatanan sosial Eropa Barat semasa berkembangnya kapitalisme pada abad ke-19. Menurut Max Weber pentahapan perkembangan masyarakat dan hukum di Eropa Barat merupakan pentahapan yang sangat jelas dibandingkan dengan perkembangan pentahapan hukum dan masyarakat di peradaban bangsa yang lain. Sistem hukum Indonesia yang berlaku saat ini adalah bersumber dari tradisi sistem hukum adat, hukum Islam, dan hukum Barat yang merupakan tiga sistem hukum yang menjadi komponen utama dalam pembentukan hukum. Sedangkan sistem hukum barat di Indonesia dibangun dari tradisi positivisme. Problem yang paling mendasar dalam sistem hukum Indonesia dalam praktik pembentukan hukum (*law making*) ketiga sistem hukum diadopsi secara tidak berimbang, sistem hukum barat lebih mendominasi sistem hukum nasional, sehingga dampaknya cara berhukum pemerintahan sangat positivistik.<sup>14</sup>

Kecenderungan perubahan hukum di Indonesia mencontoh keberhasilan negara maju tanpa memperhatikan faktor historis dan budaya bangsa yang belum tentu cocok dengan tatanan hukum negara rujukan baik kesiapan infrastruktur, budaya (birokrasi), dan faktor pendukung lainnya. Adriaan Bedner pernah mengkritik kecenderungan kita yang sering latah mengadopsi ide hukum dari sistem hukum lain tetapi dilakukan tanpa proses adaptasi, modifikasi, dan transisi.<sup>15</sup> Kritik tersebut sejalan dengan perubahan pengaturan sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan dari konsep fiktif negatif ke fiktif positif dan peniadaan peran pengadilan dalam sengketa fiktif positif versi UU Ciptaker. Perubahan tersebut berbanding terbalik dengan upaya menciptakan *good governance* dan sistem *check and balances*, perubahan tersebut selanjutnya digambarkan pada tabel berikut ini.

**Tabel. 1**

**Perubahan Pengaturan Atas Sikap Diam Badan Dan/Atau Pejabat Pemerintahan**

Objek Pengaturan	UU Peratun	UUAP	UU Ciptaker
Batas waktu (jika tidak diatur peraturan perundang-undangan)	4 (empat) bulan	10 (sepuluh) hari kerja	5 (lima) hari kerja
Konsekuensi lewat batas waktu	Badan dan/atau Pejabat TUN dianggap mengeluarkan keputusan penolakan	Permohonan dianggap dikabulkan secara hukum	Permohonan dianggap dikabulkan secara hukum

<sup>14</sup> Nasarudin Umar, "Konsep Hukum Modern: Suatu Perspektif Keindonesiaan, Integrasi Sistem Hukum Agama Dan Sistem Hukum Nasional," *Walisongo: Jurnal Penelitian Sosial Keagamaan* 22, no. 1 (15 Juni 2014): 158-59, <https://doi.org/10.21580/ws.22.1.263>.

<sup>15</sup> Adriaan Bedner, "Indonesian Legal Scholarship and Jurisprudence as an Obstacle for Transplanting Legal Institutions," *Hague Journal on the Rule of Law* 5, no. 02 (10 September 2013): 285, <https://doi.org/10.1017/S1876404512001145>.

Objek Pengaturan	UU Peratun	UUAP	UU Ciptaker
Mekanisme Perlindungan Hukum	Gugatan Ke PTUN	Permohonan Ke PTUN	Belum diatur dan menunggu Peraturan Presiden
Tindak lanjut	Melaksanakan putusan Pengadilan sesuai Pasal 116 UU Peratun	melaksanakan putusan pengadilan paling lama 5 (lima) hari kerja sesuai Pasal 53 ayat (6) UUAP	Menunggu Peraturan Presiden

**Sumber:** Data diolah dari Pasal 3 UU Peratun, Pasal 53 UUAP dan Pasal 175 UU Ciptaker

UU Ciptaker menghilangkan fungsi pengawasan pengadilan dengan tujuan kemudahan usaha dan pemangkasan birokrasi. Pengaturan ini tidak *inheren* dengan kesiapan badan dan/atau pejabat pemerintahan yang dituntut untuk mengikuti budaya kerja modern, canggih, dan berteknologi tinggi. Pengaturan batas waktu kewajiban untuk menetapkan keputusan yang ditentukan paling lama 5 (lima) hari kerja tidak jelas sumbernya, muncul secara tiba-tiba (*sudden rule*) tanpa ada penelitian untuk itu. Peraturan ini terkesan dipaksakan demi kepentingan negara dalam mewujudkan birokrasi modern berbasis elektronik.

Penerapan serta merta Pasal 175 UU Ciptaker terhadap keberlakuan Pasal 53 UUAP versi UU Ciptaker menyisakan permasalahan yang serius. Sepanjang belum dibentuk Peraturan Presiden tentang bentuk penetapan keputusan dan/atau tindakan yang dianggap dikabulkan secara hukum, sepanjang itu pula terdapat kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) perlindungan warga negara atas sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan. Penggunaan terminologi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) dapat diartikan sebagai "kekosongan norma hukum positif (*wet vacuum*)."<sup>16</sup> Kekosongan norma hukum positif terjadi oleh adanya ketidak-seimbangan antara kebutuhan praktik dengan ketersediaan hukum positif. Kekosongan hukum merupakan suatu keadaan atau peristiwa karena ada hal yang belum diatur undang-undang sehingga undang-undang tidak dapat dijalankan dalam situasi dan keadaan tertentu.<sup>16</sup>

Penyusunan peraturan perundang-undangan harus dilakukan sesuai prosedur yang matang sehingga substansi yang didapatkan benar-benar mencitrakan kebutuhan rakyat secara nyata. UU Ciptaker terbukti dibuat secara cacat formil dan berstatus inkonstitusional bersyarat sebagaimana dituangkan dalam Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020 tanggal 25 November 2021, putusan MK tersebut memerintahkan agar pembentuk undang-undang memperbaiki dalam jangka waktu dua (tahun) sejak 25 November 2021 jika tidak dilakukan

<sup>16</sup> Daniel Mulia Djati, Dwi Jatmiko Cahyono, dan H Dedi Candra Wijaya Orpa Lintin, "Penafsiran Asas Kepastian Hukum dan Kekosongan Hukum dalam Keputusan Mahkamah Konstitusi Terhadap Undang-Undang Nomor 11 Tentang Cipta Kerja (Kajian Keputusan Nomor 91/PUU-XVIII/2020)," *Jurnal IKAMAKUM* 2, no. 1 (2022): 591.

perubahan maka UU Ciptaker menjadi inkonstitusional secara permanen.<sup>17</sup> Putusan MK juga memerintahkan pemerintah untuk menanggihkan segala tindakan/kebijakan yang bersifat strategis dan berdampak luas, serta tidak dibenarkan pula menerbitkan peraturan pelaksana baru yang berkaitan dengan UU Ciptaker. Atas putusan tersebut, pemerintah mengambil langkah lain yang dianggap strategis dengan menerbitkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perppu) Nomor 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja pada tanggal 30 Desember 2022. Penelitian ini tidak mencoba untuk menganalisis keabsahan Perppu Ciptaker, tetapi setidaknya dalam konteks fiktif positif Perppu Ciptaker tidak mengubah apapun terhadap pengaturan terkait sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan dan implikasinya.

Perubahan pemaknaan sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan yang tidak sistematis mengingatkan pada teori *chaos* (ketidakteraturan). Pemahaman hukum secara legalistik positivistic yang berbasis pada peraturan tidak akan mau melihat kenyataan hukum dan sosial berada pada situasi dan keadaan yang kompleks. Bagi teori *chaos* realitas hukum adalah realitas yang asimetris, penuh ketidakpastian dan ketidakteraturan yang merupakan ciri (esensi) hubungan dalam masyarakat (sosial).<sup>18</sup> Paham yang terbiasa dengan keberaturan (*order*), sistematis dan tertib tidak akan pernah dapat mentolerir adanya ketidakteraturan (*disorder*) dan ketidakpastian. Tidak salah jika positivisme hukum cenderung menaruh curiga dan khawatir atas sifat perbedaan yang membawa hukum menuju perubahan fundamental dan merusak tatanan hukum yang telah dibangun sekian lama kepada situasi yang tidak sistematis dan tidak berkepastian, dalam konteks ini menurut Penulis ketidakteraturan hukum terkonfirmasi dengan perubahan pengaturan sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan.

Pengaturan fiktif negatif dalam UU Peratun masuk Bab Ketentuan Umum bukan Bab Hukum Acara. Setiap norma yang memberi kewenangan baru ke PTUN atau mengubah suatu definisi yang berdampak pada kewenangan pengadilan, bukan merupakan bagian hukum acara tetapi termasuk bagian hukum substantif yang bersifat menciptakan dan/atau mendefinisikan, termasuk konsep fiktif positif dalam UUAP. Meskipun peraturan di luar UU Peratun memberi kewenangan baru ke PTUN sepanjang tidak sampai mengatur tata cara penyelesaiannya di pengadilan, maka peraturan tersebut tidak dapat disebut hukum acara karena masih membutuhkan peraturan lebih lanjut dari Mahkamah Agung (MA) dalam bentuk Peraturan Mahkamah Agung (Perma). Perma inilah yang merupakan hukum acara.<sup>19</sup>

Konsep fiktif negatif pada UU Peratun, fiktif positif pada UUAP dan UU Ciptaker sama-sama berada pada aspek hukum yang mendefinisikan/menciptakan yang merupakan bagian hukum substantif. Perubahan konsep fiktif negatif dalam UU Peratun ke fiktif positif versi

<sup>17</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 (2020).

<sup>18</sup> Faisal Faisal, "Menelusuri Teori Chaos dalam Hukum Melalui Paradigma Critical Theory," *Yustisia Jurnal Hukum* 3, no. 2 (3 Agustus 2014): 132, <https://doi.org/10.20961/yustisia.v3i2.11108>.

<sup>19</sup> Umar Dani, *Konsep Dasar dan Prinsip-Prinsip Peradilan Tata Usaha Negara* (Jakarta: Rajawali Pers, 2022), 52.



UUAP dan UU Ciptaker adalah wujud ketidakteraturan hukum, yaitu mengubah paradigma secara spontan dengan cara pintas tanpa mengubah hukum utama secara bertahap dan sistematis, sehingga terdapat antinomi, konflik norma bahkan tumpang tindih norma antara UU Peratun dengan UUAP/UU Ciptaker dimana disaat bersamaan berlaku dua rezim hukum yang saling bertolak belakang. Pengadilan yang mendasarkan kewenangan pada hukum positif dalam posisi dilema untuk menepis keberlakuan fiktif negatif dengan memberlakukan fiktif positif karena sejatinya Pasal 3 UU Peratun secara prinsip belum dicabut.

Asas *prima facie* menentukan jika dua nilai yang berada pada tataran yang sama, misalnya sama-sama fundamental, saling berhadapan maka harus memilih salah satu dari dua nilai untuk didahulukan dari nilai yang lainnya dengan tolak ukur kepentingan umum dan kemanfaatan. Guna menghindari adanya dualisme hukum dan upaya untuk ke luar dari situasi dilematik dan ketidakpastian hukum MA menetapkan kebijakan melalui Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 1 Tahun 2017 untuk memilih memberlakukan fiktif positif dan meninggalkan rezim fiktif negatif dengan mendasarkan pada asas *lex posterior derogat legi priori*,<sup>20</sup> meskipun dalam ilmu perundang-undangan asas yang digunakan tidak sepenuhnya tepat.<sup>21</sup> Kaidah hukum (*legal maxim*) untuk menerapkan *the principle of derogation* sebagai dasar pengutamaan suatu aturan hukum terhadap aturan hukum lainnya haruslah melihat pada tiga kriteria, yaitu: hirarki (*hierarchy*), kronologi (*chronology*), dan kekhususan (*specialization*).<sup>22</sup>

Pengalaman awal menunjukkan adanya ketidaksiapan pengadilan menerima paradigma baru tercermin dari beragamnya putusan hakim pada sengketa fiktif positif, bahkan di bagian lain membuka peluang adanya penyeludupan hukum sehingga MA membuat terobosan dengan membuka peluang adanya kesempatan kepada termohon untuk melakukan Peninjauan Kembali (PK) sebagai sarana *corrective justice* yang sebenarnya tidak dikenal dalam hukum acara fiktif positif. Guna menghindari penafsiran yang beragam, MA menyempurnakan hukum acara melalui Peraturan Mahkamah Agung (Perma).<sup>23</sup> Perma ini

---

<sup>20</sup> Mahkamah Agung Republik Indonesia, "Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2017 tentang Pemberlakuan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2017 Sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan" (2017).

<sup>21</sup> Asas *lex posterior derogat legi priori* bermakna undang-undang (norma/aturan hukum) yang baru meniadakan keberlakuan undang-undang (norma/aturan hukum) yang lama. Dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, penerapan asas ini sudah lazim dipraktikkan dengan mencantumkan suatu norma derogasi (*derogation norm*) dalam ketentuan penutup peraturan yang dibentuk. Norma tersebut menyatakan bahwa dengan berlakunya peraturan yang baru maka peraturan yang lama dinyatakan dicabut dan tidak berlaku. Asas ini hanya dapat diterapkan dalam kondisi norma hukum yang baru memiliki kedudukan yang sederajat atau lebih tinggi dari norma hukum yang lama. Sementara UUAP baik secara langsung maupun secara tidak langsung sejarah kehadirannya tidak untuk memperbaiki UU Peratun.

<sup>22</sup> Nurfaqih Irfani, "Asas Lex Superior, Lex Specialis, Dan Lex Pesterior: Pemaknaan, Problematika, Dan Penggunaannya Dalam Penalaran Dan Argumentasi Hukum," *Jurnal Legislasi Indonesia* 17, no. 3 (2020): 305-25, <https://doi.org/10.54629/jli.v17i3.711>.

<sup>23</sup> Mahkamah Agung Republik Indonesia, "Peraturan Mahkamah Agung Nomor 8 Tahun 2017 tentang Pedoman Beracara Untuk Memperoleh Putusan Atas Penerimaan Permohonan Guna Mendapatkan Keputusan dan/atau Tindakan Badan Dan/Atau Pejabat Pemerintahan," Pub. L. No. 8 (2017).

mengatur secara ketat kriteria sengketa fiktif positif<sup>24</sup> dan mengklasifikasi sengketa yang bukan termasuk fiktif positif.<sup>25</sup>

Situasi semakin tidak teratur ketika UU Ciptaker meniadakan peran pengadilan dalam sengketa fiktif positif. Meskipun UU Ciptaker telah menghapus kewenangan pengadilan pada sengketa fiktif positif sejak Maret 2020, berdasarkan penelusuran Penulis, pada tahun 2021 setidaknya terdapat 56 (lima puluh enam) perkara fiktif positif yang teregister di PTUN seluruh Indonesia. Dari jumlah tersebut di lapangan mendapat penanganan yang berbeda, diantaranya 6 (enam) dicabut, 16 (enam belas) kabul, 7 (tujuh) ditolak, 20 (dua puluh) putusan tidak diterima karena bukan kewenangan PTUN dan 7 (tujuh) tidak diterima karena tidak memenuhi syarat formal lain. Data tersebut menunjukkan adanya ketidakpastian hukum penanganan fiktif positif. Kemudian, pada tanggal 28 Desember 2021 MA kembali mengambil kebijakan yang pada pokoknya sejak diundangkannya UU Ciptaker sengketa fiktif positif sudah tidak lagi menjadi kewenangan PTUN.<sup>26</sup> Terbitnya kebijakan MA dalam rangka merespon kegaduhan yang timbul dalam masyarakat sekaligus mengakhiri penafsiran yang beragam terkait kewenangan pengadilan.

Setelah diterbitkan kebijakan MA tersebut perlindungan hukum warga masyarakat atas sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan menjadi mengambang. Momentum ini memberi peluang meningkatnya kesewenang-wenangan, yang menempatkan kepada keadaan dimana negara mempunyai kepentingan, keputusannya tidak dapat diganggu gugat (*interset reipublicae res judicatae non rescindi*).

#### **4. Perlindungan Hukum Atas Sikap Diam Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan Merupakan Hak Konstitusional Warga Negara**

Konsep fiktif positif pada dasarnya sangat mulia yaitu memberi hak kepada masyarakat mendapatkan pelayanan yang baik khususnya mendapatkan tanggapan atas permohonan dalam waktu yang wajar serta memberi jaminan mendapatkan keputusan positif manakala haknya terlanggar. Tanpa diatur tata cara penegakan yang jelas, peraturan akan menjadi susunan kata-kata bijak yang terkitab tanpa dapat dirasakan. UUAP menjadi perpustakaan istimewa untuk menunjukkan beberapa norma yang hanya menjadi susunan kata-kata memukau tanpa dapat ditegakkan. Misalnya: Pasal 77 UUAP mengenai Keberatan dan Pasal 78 UUAP mengenai banding. Keduanya juga dikenal istilah pengabulan secara otomatis,

<sup>24</sup> Kriteria fiktif positif: (a) Permohonan dalam lingkup kewenangan badan dan/atau pejabat pemerintahan; (b) Permohonan terhadap keputusan dan/atau tindakan untuk menyelenggarakan fungsi pemerintahan; (c) Permohonan terhadap keputusan dan/atau tindakan yang belum pernah ditetapkan dan/atau dilakukan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan, dan; (d) permohonan untuk kepentingan pemohon secara langsung.

<sup>25</sup> Klasifikasi yang tidak termasuk objek fiktif positif antara lain: (a) Permohonan merupakan pelaksanaan dari putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap, dan; (b) Permohonan terhadap permasalahan hukum yang sudah pernah diajukan gugatan.

<sup>26</sup> Mahkamah Agung Republik Indonesia, "Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 5 Tahun 2021 tentang Pemberlakuan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2021 Sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan" (2021).

ketika keberatan dan/atau banding tidak dijawab dalam waktu 10 (sepuluh) hari kerja maka keberatan dan/atau banding “dianggap dikabulkan” selanjutnya ada kewajiban dari pejabat yang bersangkutan untuk membuat penetapan sesuai dengan permohonan keberatan dan/atau banding paling lama 5 (lima) hari kerja.

Aturan tersebut tidak dapat diterapkan karena tidak tersedia ruang penegakan hukum untuk mendapatkan keputusan pengabulan ketika keberatan dan/atau banding tidak dijawab oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan. Karakter pengaturan fiktif positif, keberatan dan/atau banding adalah serupa yaitu sama-sama bertujuan membentuk budaya pelayanan prima (*excellent service*). Berkaca dari kegagalan norma tersebut bukan tidak mungkin hak warga masyarakat untuk mendapatkan keputusan penerimaan akan bernasib sama seperti pada upaya keberatan. Bedanya, pada keberatan dan/atau banding masih tersedia ruang untuk mengajukan gugatan ke pengadilan, sementara pada fiktif positif sama sekali kehilangan hak mendapatkan perlindungan hukum. Dalam perspektif yang lebih luas, tanpa peran pengawasan pengadilan, sistem ini dapat saja merugikan kepentingan umum bila rezim fiktif positif yang menitik beratkan pada sistem pengabulan otomatis dipergunakan secara salah.

Hak untuk mendapatkan perlindungan hukum dari kesewenang-wenangan badan dan/atau pejabat pemerintahan merupakan penjabaran dari hak konstitusional. Pasal 28I ayat (5) UUD 1945 menyebutkan bahwa untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Secara normatif, hak konstitusional dan hak asasi manusia (HAM) memiliki pengertian yang berbeda. Hak konstitusional merujuk pada setiap hak yang tercantum di dalam setiap isi pasal konstitusi. Berbeda halnya dengan hak asasi manusia yang bersifat universal.<sup>27</sup> UUD 1945 tidak memberikan pengertian tentang hak konstitusional. Istilah hak konstitusional baru muncul dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) hak konstitusional diberi pengertian sebagai “hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.”

I Gede Palguna mengatakan hak konstitusional adalah hak-hak yang dijamin oleh konstitusi atau undang-undang dasar, baik jaminan itu dinyatakan tegas maupun tersirat. Karena dicantumkan dalam konstitusi atau undang-undang dasar, maka ia menjadi bagian dari konstitusi atau undang-undang dasar, sehingga seluruh cabang kekuasaan negara wajib menghormatinya.<sup>28</sup> Sedari awal banyak yang menaruh perhatian terhadap perlindungan hak konstitusional misalnya melalui pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) yaitu mekanisme pengaduan konstitusional sebagai salah satu alat bagi perlindungan hak

<sup>27</sup> Diya Ul Akmal dan Dea Linta Arlianti, “Dinamika Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara Dalam Implementasi Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi,” *Mulawarman Law Review* 7, no. 1 (30 Juni 2022): 55–56, <https://doi.org/10.30872/mulrev.v7i1.780>.

<sup>28</sup> I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum Terhadap Hak-Hak Konstitusional Warga Negara* (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), 111.

asasi manusia dan hak warga negara. Sayangnya, lembaga pengaduan konstitusional di Indonesia belum terbentuk.<sup>29</sup>

Perlindungan yang dijamin oleh konstitusi bagi hak konstitusional itu adalah perlindungan terhadap pelanggaran oleh perbuatan negara, bukan terhadap pelanggaran oleh individu lain.<sup>30</sup> Pengertian perbuatan negara mencakup pula pengertian “negara tidak berbuat pada saat seharusnya ia berbuat sesuatu.” Sesuai adagium hukum *ubi jus ibi remedium* (dimana ada hak, disana ada kemungkinan menuntut, memperolehnya atau memperbaikinya bilamana hak tersebut dilanggar), adagium ini tepat diarahkan kepada konsep fiktif positif pasca UU Ciptaker, negara harus memberikan jalan hukum sebagai mekanisme untuk mewujudkan perlindungan terhadap sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan sehingga pemilik hak mendapatkan hak-haknya bilamana terjadi pelanggaran.

Setiap peraturan perundang-undangan menyangkut penyelenggaraan pemerintahan dan pelayanan publik mengandung perlindungan hukum warga negara. Misalnya, konsideran pada Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik menyatakan:<sup>31</sup> “*bahwa negara berkewajiban melayani setiap warga negara dan penduduk untuk memenuhi hak dan kebutuhan dasarnya dalam kerangka pelayanan publik yang merupakan amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*” Dalam undang-undang ini sikap diam juga tidak dapat dibenarkan berkaitan dengan pengaduan atas pelayanan publik atau permohonan informasi dengan mengharuskan pejabat publik bersikap atas pengaduan atau permohonan. Sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan malah bisa menimbulkan konsekuensi yuridis, seperti sanksi administrasi atau sanksi pidana denda. Sama halnya dengan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia, sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan (*administrative silence*) dalam undang-undang ini digolongkan ke dalam kesalahan serius, dimana tindakan “pengabaian kewajiban” termasuk unsur maladministrasi.<sup>32</sup>

Perlindungan hak konstitusional merupakan salah satu isu konstitusional yang mendasar termasuk hak untuk mendapatkan pelayanan pemerintahan yang baik. Perlindungan hak konstitusional dapat dilakukan dengan dua cara yaitu: melalui mekanisme pengadilan dan non-pengadilan. Perlindungan hak konstitusional melalui pengadilan dapat berupa: (a) Pengadilan Tata Negara; (b) Pengadilan Tata Usaha Negara; (c) Pengadilan Biasa (*Regular Courts*); dan, (d) Pengadilan Hak Asasi Manusia. Sementara perlindungan melalui mekanisme

<sup>29</sup> Meirina Fajarwati, “Upaya Hukum untuk Melindungi Hak Konstitusional Warga Negara Melalui Mahkamah Konstitusi (Legal Remedies to Protect Citizen’s Constitutional Rights through Constitutional Court),” *Jurnal Legislasi Indonesia* 13, no. 3 (2016): 330.

<sup>30</sup> Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum Terhadap Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, 133.

<sup>31</sup> Republik Indonesia, “Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik, 2009, LN. 2009/No.112, TLN NO. 5038” (2009).

<sup>32</sup> Lihat pengertian maladministrasi sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 3 Republik Indonesia, “Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia, 2008, LN.2008/NO.139, TLN NO.4899” (2008).

non-pengadilan dapat berupa: (a) Ombudsman Republik Indonesia; (b) Komisi Nasional Hak Asasi Manusia; (c) Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban; (d) Komisi Penyiaran Indonesia; dan (e) Komisi Pengawasan Persaingan Usaha.<sup>33</sup>

Perlindungan hukum warga negara atas sengketa sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan perspektif *ius constitutum* saat ini berada pada ketidakteraturan, warga masyarakat dalam posisi transisi dan kehilangan hak perlindungan hukum ke akses pengadilan. Di satu sisi konsep fiktif negatif sudah kehilangan validitas, di sisi lain UU Ciptaker menghilangkan keterlibatan pengadilan dari sengketa fiktif positif. Sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan juga tidak dapat digolongkan ke dalam sengketa tindakan pemerintahan. UUAP telah membedakan secara mutlak dua rezim yang mengatur penegakan hukum atas sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan, pertama; sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam sengketa fiktif positif; kedua, sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam sengketa tindakan pemerintahan. Sengketa tindakan pemerintahan tidak dapat menampung sengketa fiktif positif, keduanya dapat dikenali dengan melihat apa yang dimohonkan dan apa yang harus dilakukan pejabat pemerintahan. Untuk menghindari kekosongan hukum, serta upaya menjamin perlindungan hak warga negara atas sikap diam badan dan/atau pejabat pemerintahan maka hukum harus dibuat, jika tidak maka orang yang kuat akan mempunyai kekuasaan tidak terbatas (*inde datae leges be fortior omnia posset*).

### C. KESIMPULAN

Penghapusan atau pencabutan keberlakuan norma pada suatu undang-undang dapat dilakukan melalui perubahan undang-undang itu sendiri atau karena putusan Mahkamah Konstitusi. Peniadaan validitas fiktif negatif yang diatur dalam Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara ke fiktif positif melalui Pasal 53 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah bentuk ketidakteraturan hukum. Pengaturan fiktif positif pasca Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja berimplikasi pada dua hal: *Pertama*, Menghilangkan akses perlindungan hak konstitusional warga negara manakala sistem internal pemerintahan tidak berjalan sebagaimana mestinya; *Kedua*, Keputusan pengabulan otomatis tanpa pengawasan pengadilan dapat digunakan sebagai alat legalitas dan dapat merugikan pihak ketiga.

### DAFTAR PUSTAKA

Akmal, Diya Ul, dan Dea Linta Arlianti. "Dinamika Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara Dalam Implementasi Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi." *Mulawarman Law Review* 7, no. 1 (30 Juni 2022): 49–70. <https://doi.org/10.30872/mulrev.v7i1.780>.

<sup>33</sup> Daniel Nicolas Gimón, "Pengaturan Hak Konstitusional Warga Negara Dan Bentuk Perlindungan Hak Konstitusi," *Lex Administratum* VI, no. 4 (2018): 176–78.

- Azhar, Muhamad. "Relevansi Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik Dalam." *Notarius* 8, no. 2 (2015): 274–87. [http://download.garuda.kemdikbud.go.id/article.php?article=1402036&val=1276&title=RELEVANSI ASAS-ASAS UMUM PEMERINTAHAN YANG BAIK DALAM SISTEM PENYELENGGARAAN ADMINISTRASI NEGARA](http://download.garuda.kemdikbud.go.id/article.php?article=1402036&val=1276&title=RELEVANSI%20ASAS-ASAS%20UMUM%20PEMERINTAHAN%20YANG%20BAIK%20DALAM%20SISTEM%20PENYELENGGARAAN%20ADMINISTRASI%20NEGARA).
- Bedner, Adriaan. "Indonesian Legal Scholarship and Jurisprudence as an Obstacle for Transplanting Legal Institutions." *Hague Journal on the Rule of Law* 5, no. 02 (10 September 2013): 253–73. <https://doi.org/10.1017/S1876404512001145>.
- Dani, Umar. *Konsep Dasar dan Prinsip-Prinsip Peradilan Tata Usaha Negara*. Jakarta: Rajawali Pers, 2022.
- Djati, Daniel Mulia, Dwi Jatmiko Cahyono, dan H Dedi Candra Wijaya Orpa Lintin. "Penafsiran Asas Kepastian Hukum dan Kekosongan Hukum dalam Keputusan Mahkamah Konstitusi Terhadap Undang-Undang Nomor 11 Tentang Cipta Kerja (Kajian Keputusan Nomor 91/PUU-XVIII/2020)." *Jurnal IKAMAKUM* 2, no. 1 (2022): 587–600.
- Faisal, Faisal. "Menelusuri Teori Chaos dalam Hukum Melalui Paradigma Critical Theory." *Yustisia Jurnal Hukum* 3, no. 2 (3 Agustus 2014): 131–36. <https://doi.org/10.20961/yustisia.v3i2.11108>.
- Fajarwati, Meirina. "Upaya Hukum untuk Melindungi Hak Konstitusional Warga Negara Melalui Mahkamah Konstitusi (Legal Remedies to Protect Citizen's Constitutional Rights through Constitutional Court)." *Jurnal Legislasi Indonesia* 13, no. 3 (2016): 321–32.
- Heriyanto, Bambang. "Problematika Penyelesaian Perkara 'Fiktif Positif' Di Pengadilan Tata Usaha Negara." *Palar | Pakuan Law Review* 5, no. 1 (2019): 38–56. <https://doi.org/10.33751/palar.v5i1.1185>.
- Irfani, Nurfaqih. "Asas Lex Superior, Lex Specialis, Dan Lex Pesterior: Pemaknaan, Problematika, Dan Penggunaannya Dalam Penalaran Dan Argumentasi Hukum." *Jurnal Legislasi Indonesia* 17, no. 3 (2020): 305–25. <https://doi.org/10.54629/jli.v17i3.711>.
- Mahkamah Agung Republik Indonesia. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 8 Tahun 2017 tentang Pedoman Beracara Untuk Memperoleh Putusan Atas Penerimaan Permohonan Guna Mendapatkan Keputusan dan/atau Tindakan Badan Dan/Atau Pejabat Pemerintahan, Pub. L. No. 8 (2017).
- . Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2017 tentang Pemberlakuan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2017 Sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan (2017).
- . Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 5 Tahun 2021 tentang Pemberlakuan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2021 Sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan (2021).

- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 (2020).
- Nicolas Gimon, Daniel. "Pengaturan Hak Konstitusional Warga Negara Dan Bentuk Perlindungan HakKonstitus." *Lex Administratum* VI, no. 4 (2018): 173–80.
- Palguna, I Dewa Gede. *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum Terhadap Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*. Jakarta: Sinar Grafika, 2013.
- Republik Indonesia. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja, 2020, LN.2020/No.245, TLN No.6573 (2020).
- . Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik, 2009, LN. 2009/No.112 , TLN NO. 5038 (2009).
- . Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia, 2008, LN.2008/NO.139, TLN NO.4899 (2008).
- Rodding, Budi Amin. "Keputusan Fiktif Negatif dan Fiktif Positif Dalam Peningkatan Kualitas Pelayanan Publik." *Tanjungpura Law Journal* 1, no. 1 (2017): 26–37.
- Sagala, Budiman B. "Kekuasaan Kehakiman yang Merdeka." *Jurnal Hukum & Pembangunan* 16, no. 2 (2017): 153. <https://doi.org/10.21143/jhp.vol16.no2.1197>.
- Simanjuntak, Enrico. *Kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara Mengadili Perkara Perbuatan Melawan Hukum Pemerintah*. Jakarta: Rajawali Pers, 2021.
- . "Perkara Fiktif Positif dan Permasalahan Hukumnya." *Jurnal Hukum dan Peradilan* 6, no. 3 (30 November 2017): 379–98. <https://doi.org/10.25216/jhp.6.3.2017.379-398>.
- Sudiyana, Sudiyana, dan Suswoto Suswoto. "Kajian Kritis Terhadap Teori Positivisme Hukum Dalam Mencari Keadilan Substantif." *Jurnal Ilmiah Ilmu Hukum Qistie* 11, no. 1 (1 Mei 2018): 107–36. <https://doi.org/10.31942/jqi.v11i1.2225>.
- Umar, Nasarudin. "Konsep Hukum Modern: Suatu Perspektif Keindonesiaan, Integrasi Sistem Hukum Agama Dan Sistem Hukum Nasional." *Walisongo: Jurnal Penelitian Sosial Keagamaan* 22, no. 1 (15 Juni 2014): 157–80. <https://doi.org/10.21580/ws.22.1.263>.
- Yuniza, Mailinda Eka, dan Melodia Puji Inggarwari. "Peluang dan Tantangan Penerapan Keputusan Fiktif Positif Setelah Undang-Undang Cipta Kerja Diundangkan." *Jurnal de Jure* 13, no. 2 (2021): 1–21.



## *Measuring the Compatibility of Conditional Decision in Formal Constitutional Review by the Constitutional Court*

### **Menakar Kompatibilitas Putusan Bersyarat dalam Pengujian Formil Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi**

Faiz Rahman<sup>1,2</sup> , Dian Agung Wicaksono<sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Faculty of Law, Universitas Gadjah Mada, Indonesia

<sup>2</sup> The Van Vollenhoven Institute for Law, Governance and Society, Leiden Law School,  
Universiteit Leiden, the Netherlands

#### Article Info

##### Corresponding Author:

Faiz Rahman

✉ [f.rahman@law.leidenuniv.nl](mailto:f.rahman@law.leidenuniv.nl)

##### History:

Submitted: 29-10-2022

Revised: 08-02-2023

Accepted: 03-08-2023

##### Keyword:

Compatibility; Conditional Decision;  
Constitutional Review; Formal Constitutional  
Review.

##### Kata Kunci:

Kompatibilitas; Pengujian Formil; Pengujian  
Undang-Undang; Putusan Bersyarat.

#### Abstract

*The existence of conditional decisions becomes dynamic in constitutional review, including their use in procedural constitutional reviews. Constitutional Court Decision No. 91/PUU-XVIII/2020 was the first decision to grant the petition and use a conditional decision model. Unfortunately, in discourse among various parties, including government institutions, law enforcers, academics, and the general public. With the growing discourse, this research aims to analyze the compatibility of the conditional decision model in formal constitutional reviews by examining various formal constitutional review decisions and the conditional decisions handed down by the Constitutional Court. This research indicates that the conditional decision is incompatible with formal constitutional review. This can be observed from the incompatibility of conditional decisions with the regulatory design of formal constitutional review and their legal consequences.*

#### Abstrak

Eksistensi putusan bersyarat menjadi dinamika tersendiri dalam pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi, termasuk penggunaannya dalam putusan pengujian formil. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 91/PUU-XVIII/2020 tidak hanya menjadi putusan pertama yang mengabulkan permohonan pengujian formil, namun juga sebagai putusan pengujian formil pertama yang menggunakan model putusan bersyarat. Sayangnya, penggunaan model putusan bersyarat dalam putusan *a quo* justru menimbulkan diskursus di berbagai kalangan, dari pemerintahan, penegak hukum, hingga akademisi dan masyarakat umum. Berdasarkan diskursus yang berkembang, penelitian ini bertujuan untuk menganalisis kompatibilitas model putusan bersyarat dalam pengujian formil, dengan menganalisis berbagai putusan pengujian formil dan putusan bersyarat yang dijatuhkan oleh MK selama ini. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa putusan bersyarat rupanya tidak kompatibel dengan putusan pengujian formil. Hal ini dapat dilihat dari ketidakcocokan model putusan bersyarat dengan desain pengaturan pengujian formil dan akibat hukum yang ditimbulkannya.



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/jk2036>



## A. PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang

Kewenangan pengujian undang-undang (UU) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) masih menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK) yang memiliki jumlah perkara paling banyak dibandingkan dengan kewenangan MK lainnya.<sup>1</sup> Terdapat dua bentuk pengujian dalam konteks pengujian UU, yakni pengujian terhadap materi muatan UU dan pengujian terhadap pembentukan UU.<sup>2</sup> Kendati demikian, pengujian undang-undang di MK masih didominasi oleh pengujian materiil. Hingga tahun 2022, terdapat 21 putusan pengujian formil *an sich*, dan 54 putusan pengujian formil yang diajukan bersama-sama dengan pengujian materiil.<sup>3</sup> Jumlah pengujian formil dapat dikatakan meningkat pasca dikabulkannya pengujian formil UU Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (UU CK) melalui Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020. Pada tahun 2022 saja, terdapat 15 permohonan pengujian formil UU, baik pengujian formil *an sich* maupun yang diajukan bersama dengan pengujian materiil.<sup>4</sup>

Sebagaimana diketahui, Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020 merupakan putusan pengujian formil pertama yang mengabulkan permohonan pemohon.<sup>5</sup> Putusan *a quo* juga menjadi putusan pengujian formil pertama yang menggunakan amar putusan bersyarat berupa *conditionally unconstitutional* (inkonstitusional bersyarat). Namun demikian, penggunaan model putusan inkonstitusional bersyarat dalam pengujian formil UU CK tersebut ternyata menimbulkan diskursus di kalangan akademisi dan masyarakat berkaitan dengan status keberlakuan UU CK pasca diputus secara bersyarat, apakah UU CK masih berlaku dan mengikat atau tidak.<sup>6</sup> Selain itu, bagaimana ketaatan *addressaat* putusan (terutama Pemerintah) dalam melaksanakan Putusan *a quo* juga menjadi diskursus tersendiri.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Pada saat penulisan penelitian ini, putusan pengujian undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi mencapai 47% dari total putusan Mahkamah Konstitusi untuk semua kewenangan yang dimilikinya. Lihat Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, "Putusan Mahkamah Konstitusi," diakses 20 Juli 2023, <https://www.mkri.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&kat=1&menu=5>.

<sup>2</sup> Republik Indonesia, "Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi" (2003). Lihat Pasal 51 ayat (3).

<sup>3</sup> Dian Agung Wicaksono, "Quo Vadis Pendirian Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Cipta Kerja Dan Implikasinya Terhadap Kegamangan Pemerintah Daerah Dalam Melaksanakan Kewenangan Mengatur," *Rechtsvinding* 11, no. 1 (2022): 82, <https://doi.org/10.33331/rechtsvinding.v11i1.846>.

<sup>4</sup> Lihat dalam Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, "Putusan Mahkamah Konstitusi," diakses 23 Februari 2023, <https://www.mkri.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&kat=2&cari=pengujian+formil>.

<sup>5</sup> Selain menjadi putusan pertama yang mengabulkan pengujian formil, hingga penelitian ini dilakukan, Putusan MK No. 91/PUU-XVIII/2020 juga menjadi satu-satunya putusan yang mengabulkan permohonan pengujian formil *an sich*.

<sup>6</sup> Lihat misalnya Maria S. W. Sumardjono et al., *Policy Paper: Putusan MK Terkait UU Cipta Kerja* (Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2022), 33–35.

<sup>7</sup> Hal ini salah satunya dikarenakan tidak jelasnya batasan "tindakan/kebijakan yang bersifat strategis dan berdampak luas", serta terkait dengan penerbitan peraturan pelaksana baru. Hal ini dapat dilihat misalnya dari banyaknya peraturan pelaksanaan UU CK yang diterbitkan pasca putusan MK *a quo*. Lihat misalnya Instruksi Mendagri No. 68 Tahun 2021 yang menginstruksikan Gubernur, Bupati dan Walikota untuk tetap memedomani dan melaksanakan UU CK dan peraturan pelaksanaannya.

Berkaca pada kondisi dan diskursus yang timbul pasca Putusan *a quo*, menjadi pertanyaan kemudian apakah sejatinya model putusan bersyarat sudah tepat digunakan dalam model pengujian formil. Hal ini dikarenakan pada prinsipnya, putusan inkonstitusional bersyarat tidak hanya menyatakan bahwa norma yang diuji adalah inkonstitusional, tetapi juga memberikan syarat atas inkonstitusionalitas norma tersebut, sehingga apabila syarat tersebut tidak dipenuhi, maka norma yang diuji pelaksanaannya menjadi inkonstitusional.<sup>8</sup> Dengan demikian, terdapat konsekuensi adanya perbedaan “cara pemenuhan” syarat yang diberikan oleh MK dalam pengujian materiil dan formil, mengingat dalam pengujian formil yang diuji adalah pembentukan undang-undangnya, bukan materi muatannya.

Penelitian ini merupakan pengembangan dari penelitian sebelumnya mengenai penerapan klausul bersyarat dalam pengujian undang-undang.<sup>9</sup> Penelitian ini juga menjadi tindak lanjut dari rekomendasi pada penelitian sebelumnya mengenai perlunya pembahasan lebih lanjut mengenai kompatibilitas model putusan bersyarat dalam pengujian formil itu sendiri.<sup>10</sup> Penelitian mengenai kompatibilitas penggunaan model putusan bersyarat dalam pengujian formil oleh MK menjadi isu yang penting untuk dibahas karena penerapan putusan bersyarat dalam pengujian formil rupanya menimbulkan implikasi yang problematik, setidaknya apabila berkaca dari diskursus yang muncul pasca dijatuhkannya Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020 sebagaimana dipaparkan di atas.

Untuk menilai kompatibilitas model putusan bersyarat dalam pengujian formil, penelitian ini berupaya untuk melakukan pemetaan dan analisis terhadap putusan pengujian formil dan putusan bersyarat dalam pengujian UU sejak MK berdiri pada tahun 2003 hingga tahun 2022. Melalui pemetaan dan analisis terhadap praktik pengujian formil dikaitkan dengan praktik terhadap penggunaan model putusan bersyarat, dapat dipahami secara lebih mendalam karakteristik pengujian formil dan putusan bersyarat, untuk selanjutnya dapat dinilai bagaimana kompatibilitasnya.

## **2. Perumusan Masalah**

Penelitian ini pada dasarnya ditujukan untuk menjawab pertanyaan utama mengenai bagaimana kompatibilitas putusan bersyarat dalam pengujian formil oleh MK. Untuk itu, terdapat 2 (dua) rumusan masalah yang diangkat dalam penelitian ini, yaitu:

1. Bagaimana pengaturan pengujian formil Undang-Undang dan dinamika praktik pengujian formil Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi?
2. Bagaimana kompatibilitas penggunaan putusan bersyarat dalam putusan pengujian formil Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi?

---

<sup>8</sup> Faiz Rahman and Dian Agung Wicaksono, “Eksistensi Dan Karakteristik Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi,” *Jurnal Konstitusi* 13, no. 2 (2016): 376, <https://doi.org/10.31078/jk1326>.

<sup>9</sup> Faiz Rahman, “Penerapan Klausul Bersyarat Dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang,” *Jurnal Konstitusi* 19, no. 2 (2022): 381, <https://doi.org/10.31078/jk1926>.

<sup>10</sup> Rahman, 401.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Pengaturan dan Dinamika Pengujian Formil Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi

Secara historis, pengujian formil peraturan perundang-undangan sempat menjadi salah satu pembahasan dalam proses perubahan UUD NRI Tahun 1945, meskipun konteks pembahasannya adalah Mahkamah Agung (MA).<sup>11</sup> Kendati demikian, pembahasan mengenai konsep pengujian formil dalam proses perubahan UUD pun juga tidak mendalam. Hal ini rupanya berdampak pula terhadap konstruksi pengaturan mengenai pengujian formil, baik di MA maupun di MK. Selain itu, timbul pula diskursus mengenai landasan konstitusional pengujian formil yang dianggap tidak memiliki titik koordinat yang jelas dalam UUD NRI Tahun 1945.<sup>12</sup>

Dalam perspektif teoritis, pengujian formil sendiri pada prinsipnya merupakan bentuk pengujian atas konstitusionalitas prosedur pembentukan suatu UU.<sup>13</sup> Bar-Siman-Tov menjelaskan yang dimaksud dengan *judicial review of the legislative process* (JRLP) sebagai bentuk pengujian UU yang menentukan validitas undang-undang berdasarkan pengujian atas prosedur pembentukan UU (*form of judicial review in which courts determine the validity of statutes based on an examination of the procedure leading to their enactment*).<sup>14</sup> Salah satu karakteristik utamanya adalah pengadilan hanya memeriksa proses pembentukannya, bukan terhadap konten UU-nya (*courts scrutinize the process of enactment rather than the statute's content*).<sup>15</sup> Konteks pengujian formil sendiri telah menjadi diskursus yang berkembang mengingat hal ini berkaitan erat dengan bagaimana pengadilan masuk dan menilai kewenangan prosedural pembentukan UU yang dipegang oleh legislatif.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Lihat misalnya Tim Penyusun Naskah Komprehensif, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses, Dan Hasil Pembahasan 1999-2002 – Buku VI Kekuasaan Kehakiman (Edisi Revisi)* (Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008), 51, 72, 240, 256, 257, dan 288.

<sup>12</sup> Lihat misalnya Rishan, "Konsep Pengujian Formil Undang-Undang Di Mahkamah Konstitusi," 17. Dalam penelitian tersebut, Rishan mengelaborasi bantahannya terhadap persepsi bahwa pengujian formil tidak memiliki titik koordinat yang jelas dalam UUD NRI Tahun 1945.

<sup>13</sup> Tanto Lailam, "Analisis Praktik Pengujian Formil Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945," *Pranata Hukum* 6, no. 2 (2011): 147, <https://doi.org/10.36448/pranatahukum.v6i2.104>. Lihat juga Sri Soemantri, *Hak Menguji Material Di Indonesia* (Bandung: Alumnus, 1982), 28.

<sup>14</sup> Ittai Bar-Siman-Tov, "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process," *Boston University Law Review* 91, no. 6 (2011): 1921. Bar-Siman-Tov menjelaskan pula bahwa penting untuk membedakan istilah "*judicial review of the legislative process*" dengan "*substantive judicial review*" dan "*semiprocedural judicial review*."

<sup>15</sup> Bar-Siman-Tov, 1923; Lihat juga Suzie Navot, "Judicial Review of the Legislative Process," *Israel Law Review* 39, no. 2 (2006): 182–83, <https://doi.org/10.1017/S0021223700013066>; Tzipi Zipper and Reut Dahan, "To Review, or Not to Review? A Comparative Perspective of Judicial Review Over the Legislative Process," *The Indonesian Journal of International & Comparative Law* 7, no. 3 (2020): 383; Chuks Okpaluba, "Can a Court Review the Internal Affairs and Processes of the Legislature? Contemporary Developments in South Africa," *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 48, no. 2 (2015): 217–18.

<sup>16</sup> Navot, "Judicial Review of the Legislative Process," 184; Lihat juga Shucheng Wang, "Judicial Review of the Legislative Process in Hong Kong: A Comparative Perspective," *Statute Law Review* 42, no. 3 (2021): 291–92, 301, <https://doi.org/10.1093/slr/hmz018>; Gonen Ilan, "Response: Recent Development Regarding Judicial Review of Legislative Process in Israel," *Statute Law Review* 42, no. 2 (2021): 181, <https://doi.org/10.1093/slr/hmz018>.

Selain model JRLP, Bar-Siman-Tov juga menjelaskan model pengujian lain yang serupa namun berbeda, yakni model *semiprocedural judicial review*. Pada prinsipnya, dalam model pengujian ini, pengadilan juga memeriksa proses legislasi.<sup>17</sup> Namun demikian, pemeriksaan tersebut dilakukan sebagai bagian dari *substantive constitutional review of legislation*.<sup>18</sup> Hal ini berbeda dengan JRLP yang berfokus pada prosedur pembentukannya tanpa melihat apakah substansinya konstitusional atau inkonstitusional. Pengadilan memulai dengan memeriksa substansi dari suatu UU, dan apabila substansi tersebut diduga kuat melanggar hak konstitusional, pengadilan kemudian memeriksa pula rekam jejak legislasi untuk memastikan pemenuhan beberapa persyaratan prosedural dalam proses legislasi.<sup>19</sup> Namun demikian, meskipun ketidaksesuaian proses legislasi tersebut dapat menjadi pertimbangan yang menentukan bagi pengadilan untuk membatalkan UU yang diuji, pengujian terhadap proses legislasi dalam model *semiprocedural judicial review* baru dapat dilakukan apabila substansi UU yang dimaksud dianggap inkonstitusional.<sup>20</sup>

Jimly Asshiddiqie secara lebih luas lagi menambahkan bahwa penilaian atas konstitusionalitas UU secara formil selain melihat ketepatan prosedur juga berkaitan dengan kesesuaian bentuk dan kelembagaan, bahkan segala hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil.<sup>21</sup> Berdasarkan pemaknaan Asshiddiqie tersebut, maka segala hal yang tidak termasuk dalam ruang lingkup pengujian materiil, dapat dikategorisasikan sebagai pengujian formil menurut pendekatan ini.

Apabila melihat ketentuan dalam UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU 24/2003) sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 8 Tahun 2011 (UU 8/2011) dan UU Nomor 7 Tahun 2020 (UU 7/2020), pengaturan mengenai pengujian formil relatif minimalis, yakni terhadap dimungkinkannya pengujian terhadap pembentukan UU yang tidak memenuhi ketentuan UUD NRI Tahun 1945.<sup>22</sup> Selain itu, terdapat pengaturan apabila

---

org/10.1093/slr/hmz029; Luis Otavio Barroso da Graca, "Judicial Review of the Legislative Process in Brazil," *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 7, no. 1 (2018): 80–81, <https://doi.org/10.14324/111.2052-1871.096>; Stephen Gardbaum, "Pushing the Boundaries: Judicial Review of Legislative Procedures in South Africa," *Constitutional Court Review* 9, no. 1 (2019): 4, <https://doi.org/10.2989/ccr.2019.0001>.

<sup>17</sup> Ittai Bar-Siman-Tov, "Semiprocedural Judicial Review," *Legisprudence* 6, no. 3 (2012): 272–73, <https://doi.org/10.5235/17521467.6.3.271>; Ittai Bar-Siman-Tov, "The Dual Meaning of Evidence-Based Judicial Review of Legislation," *Theory and Practice of Legislation* 4, no. 2 (2016): 123–24, <https://doi.org/10.1080/20508840.2016.1249679>.

<sup>18</sup> Bar-Siman-Tov, "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process," 1923.

<sup>19</sup> Selengkapnya Bar-Siman-Tov menyatakan bahwa "*The court begins by examining the content of legislation, and only if that content infringes upon constitutional rights (or other constitutional values such as federalism) does the court examine the legislative record to ensure the satisfaction of some procedural requirements in the legislative process.*" Lihat dalam Bar-Siman-Tov, 1924.

<sup>20</sup> Selengkapnya Bar-Siman-Tov menyatakan "Under this model, defects in the legislative process, such as inadequate deliberation, may serve as a decisive consideration in the judicial decision to strike down legislation. However, these procedural requirements – and the judicial examination of the legislative process itself – are only triggered when the content of the legislation is allegedly unconstitutional." Bar-Siman-Tov, 1924.

<sup>21</sup> Lihat Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang* (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), 64.

<sup>22</sup> Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Lihat Pasal 51 ayat (3).

UU tidak memenuhi ketentuan UUD NRI Tahun 1945, maka UU tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.<sup>23</sup> Selebihnya, tidak terdapat perbedaan dengan ketentuan yang mengatur mengenai pengujian materiil.

MK dalam Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009 menyatakan bahwa ukuran formalitas pembentukan suatu UU, meliputi: a. institusi atau lembaga yang mengusulkan dan membentuk UU; b. Prosedur persiapan sampai dengan pengesahan UU yang meliputi rencana dalam Prolegnas, amanat Presiden, tahap-tahap yang ditentukan dalam Tata Tertib DPR, serta kuorum DPR; dan c. Pengambilan keputusan, yaitu menyetujui secara aklamasi atau voting, atau tidak disetujui sama sekali.<sup>24</sup> Lebih lanjut, dalam Peraturan MK Nomor 2 Tahun 2021 tentang Tata Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang (PMK 2/2021) dinyatakan bahwa pengujian formil merupakan pengujian terhadap proses pembentukan UU atau Perppu yang tidak memenuhi ketentuan pembentukan UU atau Perppu sebagaimana dimaksud dalam UUD NRI Tahun 1945.<sup>25</sup> Hal tersebut menegaskan pemaknaan MK terhadap pengujian formil, yakni berkenaan dengan proses pembentukan UU. Posisi MK dalam PMK *a quo* lebih restriktif apabila dibandingkan dengan pendapat Asshiddiqie di atas.

Ketentuan dalam UU 24/2003 *jo.* UU 8/2011 *jo.* UU 7/2020 dan PMK 2/2021 tidak terdapat perbedaan pengaturan terkait dengan kerugian konstitusional antara pengujian formil dengan pengujian materiil, sehingga penting untuk memahami terlebih dahulu apa yang senyatanya digunakan sebagai batu uji dalam pengujian formil. Berdasarkan penelusuran yang dilakukan Penulis, setidaknya terdapat 1 (satu) putusan yang membahas mengenai kerugian konstitusional dalam pengujian formil, yakni Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009. MK dalam pertimbangan hukumnya memberikan pendapat bahwa:<sup>26</sup>

*“[...] menurut Mahkamah jika tolok ukur pengujian formil harus selalu berdasarkan pasal-pasal UUD 1945 saja, maka hampir dapat dipastikan tidak akan pernah ada pengujian formil karena UUD 1945 hanya memuat hal-hal prinsip dan tidak mengatur secara jelas aspek formil proseduralnya. Padahal dari logika tertib tata hukum sesuai dengan konstitusi, pengujian secara formil itu harus dapat dilakukan. Oleh sebab itu, sepanjang Undang-Undang, tata tertib produk lembaga negara, dan peraturan perundang-undangan yang mengatur mekanisme atau formil-prosedural itu mengalir dari delegasi kewenangan menurut konstitusi, maka peraturan perundang-undangan itu dapat dipergunakan atau dipertimbangkan sebagai tolok ukur atau batu uji dalam pengujian formil.”*

<sup>23</sup> Republik Indonesia. Pasal 57 ayat (2).

<sup>24</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (2010), 60.

<sup>25</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, “Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2021 Tentang Tata Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang” (2021). Lihat Pasal 2 ayat (3).

<sup>26</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (2009), 83.

Berdasarkan pertimbangan tersebut dapat disimpulkan bahwa dalam konteks pengujian formil, MK tidak hanya melihat ketentuan yang tertuang dalam UUD NRI Tahun 1945 saja. Namun, sepanjang produk hukum terkait dibentuk sebagai tindak lanjut pelaksanaan amanat UUD NRI Tahun 1945 dalam rangka pembentukan UU, produk hukum terkait dapat menjadi batu uji pengujian formil UU.<sup>27</sup> Lebih lanjut, berdasarkan pertimbangan hukum dalam Putusan *a quo*, MK rupanya memperluas batu uji non konstitusi dalam konteks pengujian formil, mengingat UUD NRI Tahun 1945 hanya memuat ketentuan yang bersifat prinsip dan tidak mengatur konteks formil prosedural pembentukan UU.

Adapun mengenai syarat kerugian konstitusional sebagai Pemohon pada pengujian formil UU, dalam UU 24/2003 *jo.* UU 8/2011 *jo.* UU 7/2020, khususnya pada Pasal 51 ayat (2) dan ayat (3) tidak terdapat perbedaan pengaturan mengenai kerugian konstitusional antara pengujian materiil dan pengujian formil, karena hanya dirumuskan bahwa Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya terkait dengan: (a) pembentukan undang-undang (ditulis dalam huruf kecil) tidak memenuhi ketentuan berdasarkan UUD NRI Tahun 1945; dan/atau (b) materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang (ditulis dalam huruf kecil) dianggap bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945. Perbedaan hanya terdapat terkait kerangka waktu pengajuan permohonan pengujian formil, yang hanya dapat diajukan permohonannya dalam jangka waktu paling lama 45 (empat puluh lima) hari sejak UU atau Peraturan Pemerintah Pengganti UU (Perppu) diundangkan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia.<sup>28</sup>

Melalui pertimbangan hukum Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, MK memberikan dikotomi pandangan dalam menilai adanya kerugian konstitusional dalam pengujian formil UU, yaitu:<sup>29</sup> **Pandangan Pertama**, syarat kerugian konstitusional dalam pengujian formil dirumuskan dengan menyandarkan pada konstruksi kerugian konstitusional dalam pengujian materiil. Dengan kata lain, kerugian konstitusional dalam pengujian formil dapat dipersamakan dengan kerugian konstitusional dalam pengujian materiil. Hal ini didasarkan pada pemahaman konsepsi mandat yang

<sup>27</sup> Yati Nurhayati et al., "Investment in Indonesia After Constitutional Court's Decision in the Review of Job Creation Law," *Lentera Hukum* 9, no. 3 (2022): 443, <https://doi.org/10.19184/ejrh.v9i3.32368>; Samuel Hamonangan Simanjuntak and Lita Tyesta A.L.W., "Procedural Justice or Substantive Justice: Review of Constitutional Court Decision Number: 91/PUU/XVIII/2020," *Jurnal Ilmiah Kebijakan Hukum* 16, no. 2 (2022): 353–54, <https://doi.org/10.30641/kebijakan.2022.V16.341-362>.

<sup>28</sup> Batasan waktu pengajuan permohonan pengujian formil mulai diatur dalam Pasal 9 ayat (2) "Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 9 Tahun 2020 Tentang Tata Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang" (2020); Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2021 tentang Tata Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.

<sup>29</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, 59–69.

tidak terputus antara rakyat dan wakilnya yang dipilih melalui Pemilu, sehingga wakil rakyat dalam melaksanakan mandat dari rakyat harus *fair*, jujur, wajar, dan bertanggung jawab. Dengan demikian, setiap warga negara yang telah melaksanakan hak pilih sebagai pemegang kedaulatan, memiliki *legal standing* sebagai pemohon pengujian formil, karena merasa dirugikan oleh wakil rakyat sebagai pemegang mandat rakyat yang mengambil keputusan tidak sesuai dengan mandat yang diperolehnya secara *fiduciair*.<sup>30</sup> Namun, MK juga memberikan catatan bila justifikasi ini digunakan perlu syarat yang membuktikan bahwa Pemohon memiliki hak pilih yang dibuktikan telah terdaftar sebagai pemilih dalam Pemilu.

**Pandangan Kedua**, MK dalam merumuskan syarat kerugian konstitusional Pemohon dalam pengujian formil dibedakan dengan kerugian konstitusional dalam pengujian materiil. Hal ini karena pengujian formil dan pengujian materiil memiliki fokus yang berbeda dalam melihat apa yang dijadikan fokus permasalahan. Dalam merumuskan konstruksi kerugian konstitusional dalam pengujian formil, MK menghendaki adanya hubungan pertautan langsung antara Pemohon dengan UU yang diujikan, di mana hal ini bersesuaian dengan doktrin *direct injury* yang digali dengan mempertanyakan *logical link* dan *logical nexus*.<sup>31</sup>

Berbekal pemahaman tersebut, selanjutnya untuk mengetahui dinamika pengujian formil UU oleh MK perlu dilakukan penelusuran atas perkara pengujian formil yang pernah diadili oleh MK pada tahun 2003 sampai dengan tahun 2022. Berdasarkan penelusuran yang dilakukan, sejak tahun 2003 hingga 2022, terdapat 21 putusan pengujian formil *an*

<sup>30</sup> Perolehan mandat secara *fiduciair* dalam konteks masyarakat demokrasi modern adalah melalui pemilihan umum yang dilakukan secara berkala. Melalui pemilihan umum, pemerintah memperoleh persetujuan dari rakyat yang diperintah untuk mengadministrasikan entitas yang dinamakan negara. Pemerintahan yang dibentuk berdasarkan pemilihan umum dalam hal ini dapat lengser melalui pemilihan umum bilamana kebijakan maupun tindakannya tidak dikehendaki oleh pemilih. Evan Fox-Decent, *Sovereignty's Promise: The State as Fiduciary* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 147.

<sup>31</sup> *Pertama*, konsep kerugian dalam doktrin *direct injury* secara dikotomis dibedakan dengan kerugian dalam arti *generalized grievances*. Doktrin ini mensyaratkan adanya kerugian yang secara langsung dialami oleh pemohon atau penggugat dalam rangka memperoleh kedudukan hukum (*legal standing*). Kerugian tersebut haruslah bersifat dapat dibedakan (*distinguishable*) dari kerugian yang secara umum dialami oleh masyarakat (*a generalized injury [...] suffered by all or a large class of citizens*) sebagaimana halnya kerugian dalam konteks berlakunya undang-undang perpajakan. *Kedua*, *logical link* adalah hubungan kausalitas antara status atau kedudukan dari pemohon atau penggugat dengan jenis undang-undang yang menjadi objek permohonan atau gugatan. Misalnya, dalam konteks pengujian undang-undang perpajakan di Amerika Serikat, pemohon yang berstatus sebagai pembayar pajak (*taxpayer*) harus mendalilkan adanya inkonstitusionalitas atas penggunaan kewenangan *Congress* di bidang perpajakan, tidak hanya pengeluaran insidental yang didasarkan pada undang-undang yang bersifat regulatif. *Ketiga*, *logical nexus* adalah hubungan kausalitas antara status atau kedudukan dari pemohon atau penggugat dengan sifat pelanggaran konstitusional yang didalilkan. Misalnya, harus menunjukkan bahwa undang-undang yang dimohonkan melampaui batasan konstitusional spesifik yang ditetapkan dalam penggunaan kewenangan perpajakan, tidak hanya bahwa undang-undang dimaksud melampaui kewenangan umum yang didelegasikan kepada *Congress*. Dian Agung Wicaksono and Enny Nurbaningsih, "Ratio Legis Penetapan Pembayar Pajak (Taxpayer) Sebagai Kedudukan Hukum Dalam Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 17, no. 3 (2020): 466–67, <https://doi.org/10.31078/jk1731>; Evan Tsen Lee and Josephine Mason Ellis, "The Standing Doctrine's Dirty Little Secret," *Northwestern University Law Review* 107, no. 1 (2012): 185; Ryan Guilds, "A Jurisprudence of Doubt: Generalized Grievances As a Limitation to Federal Court Access," *North Carolina Law Review* 74, no. 6 (1996): 1864; Bradford C. Mank, "Prudential Standing Doctrine Abolished or for a Comeback?: *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*," *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 18, no. 1 (2015): 217.

*sich* dan 54 putusan pengujian formil yang diujikan bersama dengan pengujian materiil. Dikecualikan dari penelusuran Penulis perkara yang ditarik kembali, mengingat untuk perkara yang ditarik kembali MK tidak mengeluarkan putusan, melainkan ketetapan. Data rekapitulasi putusan tersebut disajikan dalam tabel berikut ini:

**Tabel 1.**  
**Rekapitulasi Putusan Pengujian Formil Undang-Undang pada Mahkamah**  
**Konstitusi Tahun 2003-2022<sup>32</sup>**

<b>Tahun</b>	<b>Jumlah Putusan Pengujian Formil Mandiri</b>	<b>Jumlah Putusan Pengujian Formil Bersama dengan Pengujian Materiil</b>
2003	-	4
2004	-	1
2005	-	3
2006	-	-
2007	-	1
2008	-	2
2009	1	-
2010	-	2
2011	-	2
2012	1	5
2013	-	-
2014	3	8
2015	-	7
2016	-	-
2017	-	1
2018	-	3
2019	1	3
2020	4	8
2021	1	1
2022	10	3
<b>Total</b>	<b>21</b>	<b>54</b>

**Sumber:** Data Diolah, 2023.

Merujuk pada tabel di atas, maka dapat dilihat bahwa Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009 memang merupakan putusan yang pertama kali diputus dalam rangka pengujian formil *an sich*. Putusan *a quo* dapat dikatakan sebagai *landmark decision* dalam pengujian

<sup>32</sup> Perkara yang dimasukkan dalam rekapitulasi ini adalah perkara yang sudah diputus oleh MK sampai tanggal 31 Desember 2022. Adapun perkara yang telah dicatatkan dalam register sebelum tanggal 31 Desember 2022, namun belum diputus sampai tanggal 31 Desember 2022, maka tidak dimasukkan dalam rekapitulasi tabel ini. Tabel ini sekaligus menjadi koreksi tabel rekapitulasi yang dimuat pada Wicaksono, "Quo Vadis Pendirian Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Cipta Kerja Dan Implikasinya Terhadap Kegamangan Pemerintah Daerah Dalam Melaksanakan Kewenangan Mengatur."



formil, mengingat MK secara spesifik mempertimbangkan kedudukan hukum dalam pengujian formil. Lebih lanjut, hal yang perlu dicermati dari Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009 adalah meskipun MK berpendapat bahwa UU yang diuji mengandung cacat prosedur, UU *a quo* tidak perlu dibatalkan dengan mendasarkan pada asas manfaat untuk tercapainya tujuan hukum, sehingga UU yang diuji tetap berlaku.<sup>33</sup> Hal ini pada dasarnya sejalan dengan pendapat Hans Kelsen yang menyatakan bahwa dalam rangka melakukan pengujian formil, pengadilan konstitusi harus sangat berhati-hati, mengingat amat penting bagi pengadilan konstitusi hanya membatalkan UU apabila prosedur yang dilanggar amat parah (*grave or essential*).<sup>34</sup> Dengan demikian, dalam hal pelanggaran prosedur pembentukan UU dinilai tidak dalam tataran yang parah dan serius, maka pembatalan UU melalui pengujian formil sebaiknya dihindari.<sup>35</sup>

Merujuk pada tabel di atas, lebih lanjut dapat digambarkan pemetaan amar putusan dalam pengujian formil UU, baik yang diajukan sebagai pengujian formil *an sich* maupun yang diajukan bersama-sama dengan pengujian materiil. Khusus terkait putusan pengujian formil UU yang diajukan bersama-sama dengan pengujian materiil memang ditemukan terdapat 54 (lima puluh empat) putusan, namun kemudian didapati hanya 14 (empat belas) putusan yang secara spesifik Pemohon mengajukan *petitum* dalam pengujian formil. Hal ini menarik untuk diperhatikan bahwa Pemohon mayoritas mendalilkan diri mengajukan pengujian formil dan pengujian materiil secara bersamaan, namun dalam permohonannya tidak mengajukan *petitum* dalam pengujian formil. Bahkan dalam 14 (empat belas) putusan yang secara eksplisit mengajukan *petitum* dalam pengujian formil pun, terdapat 8 (delapan) putusan yang di dalamnya Pemohon tidak mengajukan dalil kedudukan hukum spesifik dalam konteks pengujian formil.<sup>36</sup> Perbandingan amar putusan antara putusan pengujian

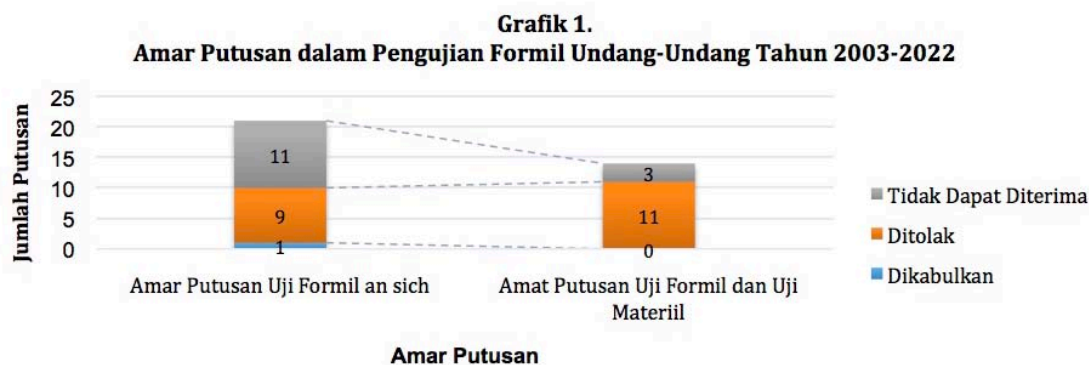
<sup>33</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, 93–94; Dian Agung Wicaksono, “Quo Vadis Pendirian Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Cipta Kerja Dan Implikasinya Terhadap Kegamangan Pemerintah Daerah Dalam Melaksanakan Kewenangan Mengatur,” *Rechtsvinding* 11, no. 1 (2022): 83.

<sup>34</sup> Selengkapnya Hans Kelsen, sebagaimana dialihbahasakan oleh Lars Vinx, menyatakan bahwa: “Given the far-reaching significance of the annulment of a general norm, and in particular of a statute, it is to be considered whether the constitutional court should not be authorized to perform the annulment for formal reasons, i.e. for a legal defectiveness of procedure, only in cases where the procedural defects are particularly grave or ‘essential.’” Lihat Lailani Sungkar et al., “Urgensi Pengujian Formil Di Indonesia: Menguji Legitimasi Dan Validitas,” *Jurnal Konstitusi* 18, no. 4 (2021): 751, <https://doi.org/10.31078/jk1842>; Hans Kelsen, “Wesen Und Entwicklung Der Staatsgerichtsbarkeit,” in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, ed. Hans R. Klecatsky, Rene Marcic, and Herbert Schambeck (Vienna: Verlag Österreich, 2010), 1519; Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 61.

<sup>35</sup> Bandingkan dengan *semiprocedural judicial review* dimana pengujian formil atau pengujian terhadap prosedur pembentukan undang-undang hanya dapat dijustifikasi bilamana hak-hak individu menjadi hal yang dipertaruhkan. Dengan kata lain, pengujian formil hanya dapat dilakukan bilamana substansi atau materi dari undang-undang yang diujikan diduga bertentangan dengan konstitusi. Bar-Siman-Tov, “The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process,” 1924–25.

<sup>36</sup> Dian Agung Wicaksono, “Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum Pemohon Dalam Pengujian Formil Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi (Laporan Penelitian)” (Yogyakarta, 2022), 22.

formil *an sich* dan putusan pengujian formil yang diajukan bersama-sama dengan pengujian materiil tergambar dalam grafik di bawah ini:



Berdasarkan Grafik 1, dapat dilihat bahwa sejak tahun 2003 hingga 2022, hanya terdapat 1 (satu) perkara yang dikabulkan oleh MK. Itu pun hanya dikabulkan sebagian, yaitu pada Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020. Hal ini dapat disimpulkan bahwa pendirian MK dalam melakukan pengujian formil sangat berhati-hati dalam menyatakan suatu UU bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 secara formil yang berdampak pada keberlakuan UU yang diuji. Justifikasi kehati-hatian ini dapat dilihat dalam Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009, di mana meskipun MK berpendapat bahwa UU yang dimohonkan untuk diuji oleh para Pemohon mengandung cacat prosedur dalam proses pembentukannya, namun UU *a quo* tidak perlu dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.<sup>37</sup> Lebih lanjut, dalam Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020, MK kembali “mencoba” untuk menerapkan kehati-hatian dengan memutuskan menggunakan klausul bersyarat dalam amar putusan, yang dalam perkembangannya justru menimbulkan diskursus yang kompleks, baik bagi cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, maupun yudikatif.<sup>38</sup>

### 3. Kompatibilitas Penggunaan Putusan Bersyarat dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi

#### a. Konstruksi Hukum Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi

Sebagaimana disampaikan di atas, hingga saat ini pengujian UU merupakan kewenangan MK dengan jumlah perkara dan putusan terbanyak. Tidak heran apabila terdapat dinamika perkembangan dalam pelaksanaan pengujian UU, yang salah satunya adalah diperkenalkannya model putusan konstitusional bersyarat dan inkonstitusional bersyarat. Marek Safjan menyatakan bahwa model putusan semacam ini sejatinya sudah digunakan oleh banyak kelembagaan serupa dengan MK di Eropa, di mana kelembagaan MK tidak hanya menyatakan

<sup>37</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, 93-94.

<sup>38</sup> Dian Agung Wicaksono, “Quo Vadis Pendirian Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Cipta Kerja Dan Implikasinya Terhadap Kegamangan Pemerintah Daerah Dalam Melaksanakan Kewenangan Mengatur,” *Rechtsvinding* 11, no. 1 (2022): 78.

inkonstitusionalitas norma, tetapi juga bentuk putusan yang lain, yang secara inkonsisten didefinisikan sebagai putusan interpretatif (*interpretative*), bersyarat (*conditional*), atau parsial (*partial*).<sup>39</sup>

Meskipun tidak secara eksplisit didefinisikan, dalam tulisannya Safjan menjelaskan bahwa putusan model *interpretative* pada dasarnya menyatakan bahwa suatu norma yang diuji diberikan penafsiran sehingga dalam pelaksanaannya menjadi konstitusional (“*the content of the provision is changed (positive effect) without the need for direct legislative interference*”).<sup>40</sup> Sedangkan model putusan partial memberikan penilaian lebih jauh, dengan menyatakan elemen normatif yang termasuk dalam norma yang diuji yang tidak sesuai dengan peraturan yang lebih tinggi (“*So-called partial judgments usually go further because they directly determine the normative elements included in the provision, which do not comply with a hierarchically higher act*”).<sup>41</sup> Adapun model *conditional* tidak dijelaskan lebih lanjut oleh Safjan. Namun demikian, Safjan menambahkan bahwa kesemua model tersebut memiliki kesamaan, di mana norma yang diputus pada dasarnya tetap berlaku, namun dengan substansi yang diubah.<sup>42</sup> Model putusan serupa juga diterapkan oleh MK Korea Selatan, dengan terminologi *conditionally constitutional* dan *conditionally unconstitutional*.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Marek Safjan, “Poland - The Constitutional Court as a Positive Legislator,” in *Constitutional Courts As Positive Legislators: A Comparative Law Study*, ed. Allan R. Brewer-Carías (Cambridge: Cambridge University Press 2017), 714–15.

<sup>40</sup> Safjan, 714.

<sup>41</sup> Safjan, 714–15.

<sup>42</sup> Safjan, 714. Selengkapnya Safjan menyatakan sebagai berikut: “*Their common denominator is a situation in which the act under review remains in force but with a modified normative content. This way we can reach our goal, which is to restore the constitutional character of the norm under review, without strong interference with the legal order, which always and inevitably entails direct declaration of unconformity with an act placed on a higher hierarchical level.*” Hal tersebut menunjukkan ciri yang serupa dengan model putusan bersyarat di Indonesia, baik dalam model *conditionally unconstitutional* maupun *conditionally constitutional*, di mana pada dasarnya norma yang diuji tetap berlaku, namun dengan substansi yang telah diubah. Hal ini dikarenakan putusan bersyarat pada dasarnya menafsirkan atau memberikan syarat konstitusionalitas dari keberlakuan dari norma yang diuji.

<sup>43</sup> Lihat misalnya Dae-Kyu Yoon, “The Constitutional Court System of Korea: The New Road for Constitutional Adjudication,” *Journal of Korean Law* 1, no. 2 (2001): 13. Yoon tidak menjelaskan definisi putusan *conditionally constitutional* maupun *conditionally unconstitutional*. Dalam laman resmi Mahkamah Konstitusi Korea, dijelaskan bahwa putusan *conditionally unconstitutional* diputus ketika “*In cases challenging the constitutionality of a law, the Court prohibits a particular way of interpretation of a law as unconstitutional, while having other interpretations remain constitutional.*” Sedangkan yang dimaksud dengan *conditionally constitutional* adalah “*a law is constitutional if it is interpreted according to the designated way. This is the converse of “Unconstitutional, in certain context”.*” Kendati demikian, kedua model tersebut dianggap sebagai putusan yang “*partially unconstitutional*”. Constitutional Court of Korea, “Statistics (as of Jun 30, 2023),” Constitutional Court of Korea, 2023, <https://english.court.go.kr/site/eng/jurisdiction/caseLoadStatic.do>. Lihat juga Woo-Young Rhee, “Decision of the Korean Constitutional Court of Nonconformity of Statute with the Constitution and the Subsequent National Assembly Legislative Process in Korea’s Constitutional Democracy,” *Journal of Korean Law* 20, no. 1 (2021): 27–28, <https://doi.org/10.23110/jkl.2021.20.1.001>. Dalam tulisannya, Rhee menjelaskan pula kritik MK terhadap model putusan tersebut karena dianggap tidak mengikat MK. Selengkapnya Rhee menjelaskan sebagai berikut: “*Such practice has been criticized by the judicial court, as the judiciary has argued that such decision of conditional constitutionality or unconstitutionality or nonconformity with the Constitution does not bind the judicial court for such decision indicates no more than a suggested way of statutory interpretation on the part of the Constitutional Court.*” Chulwoo Lee, “The Judicialization of Politics in South Korea,” *Journal of Comparative Law* 11, no. 2 (2016): 105.

Lebih lanjut, Lin menyatakan bahwa model putusan bersyarat ini juga sebagai salah satu strategi “dialog” dari hakim (khususnya MK) dalam kerangka meredam pertentangan dengan cabang kekuasaan legislatif.<sup>44</sup>

Dalam konteks Indonesia, model putusan bersyarat pertama kali diperkenalkan dalam Putusan MK Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 perihal Pengujian UU Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.<sup>45</sup> Dalam pertimbangan hukumnya, MK menyatakan bahwa norma yang diuji adalah *conditionally constitutional* (konstitusional bersyarat), yakni konstitusional apabila pelaksanaannya sesuai dengan tafsir yang diberikan MK.<sup>46</sup> Sejak saat itu, model putusan bersyarat mulai digunakan oleh MK, baik yang berjenis konstitusional bersyarat maupun inkonstitusional bersyarat. Tercatat hingga Desember 2021 saja, dari 1479 putusan pengujian UU, sebanyak 162 di antaranya menggunakan model putusan bersyarat.<sup>47</sup>

Kendati model putusan bersyarat telah digunakan oleh MK sejak tahun 2005, namun model putusan bersyarat tidak diatur secara eksplisit dalam UU 24/2003 dan perubahan-perubahannya. Penggunaan model putusan bersyarat menginduk pada dua jenis putusan MK, yakni putusan yang amar putusannya mengabulkan dan menolak permohonan.<sup>48</sup> Selain itu, melalui Putusan MK Nomor 48/PUU-IX/2011, MK juga telah membatalkan ketentuan Pasal 57 ayat (2a) UU 8/2011 yang menyatakan bahwa putusan MK tidak boleh (a) memuat amar selain menyatakan materi muatan atau pembentukan undang-undang bertentangan dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat; (b) perintah kepada pembuat undang-undang; dan (c) rumusan norma pengganti dari norma yang dinyatakan bertentangan.<sup>49</sup> MK menilai bahwa kehadiran Pasal *a quo* menghalangi MK untuk: (i) menguji konstitusionalitas norma; (ii) mengisi kekosongan hukum sebagai akibat putusan MK yang membatalkan norma undang-undang, sedangkan proses pembentukan undang-undang membutuhkan waktu yang lama; dan (iii) melaksanakan kewajiban hakim konstitusi untuk menggali, mengikuti,

<sup>44</sup> Lihat misalnya Chien-Chih Lin, “Dialogic Judicial Review and Its Problems in East Asia,” *International Journal of Constitutional Law* 17, no. 2 (2019): 709, <https://doi.org/10.1093/icon/moz044>. Selengkapnya Lin menyatakan “[...] , it should not be surprising that judges in this region apply a raft of strategies to tone down their disagreements with the political branches and facilitate dialogue, such as advisory opinion, delayed declaration of invalidity, conditional constitutionality, procedural constitutional rules, and so forth.”

<sup>45</sup> Bisariyadi, “Legal Transplant and the Model of Constitutional Court Decision,” *Padjajaran Jurnal Ilmu Hukum* 5, no. 1 (2018): 16, <https://doi.org/10.22304/pjih.v5n1.a1>; Pan Mohamad Faiz, “Legal Problems of Dualism of Judicial Review System in Indonesia,” *Jurnal Dinamika Hukum* 16, no. 2 (2016): 192, <https://doi.org/10.20884/1.jdh.2016.16.2.535>.

<sup>46</sup> Lihat Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (2005), 495.

<sup>47</sup> Faiz Rahman and Dian Agung Wicaksono, *Putusan Bersyarat Oleh Mahkamah Konstitusi: (Karakteristik Dan Dinamika Perkembangannya)* (Gadjah Mada University Press, 2022), 5.

<sup>48</sup> Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Lihat misalnya Pasal 56 dan Pasal 57.

<sup>49</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 48/PUU-IX/2011 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 perihal perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika (2011), 98.

dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat.<sup>50</sup> Dengan kata lain, MK secara implisit menegaskan pentingnya eksistensi model putusan bersyarat.

Secara sederhana, konstruksi hukum putusan bersyarat dapat dilihat dari karakteristik utamanya, yakni adanya syarat konstusionalitas norma yang diberikan oleh MK, baik dalam pertimbangan hukum maupun amar putusannya. Model putusan bersyarat memberikan persyaratan terhadap konstusionalitas suatu norma yang diuji, sehingga apabila syarat tersebut tidak dipenuhi, maka norma yang diuji menjadi inkonstitusional. Hal ini pada prinsipnya berlaku baik pada model putusan konstusional bersyarat maupun inkonstitusional bersyarat. Namun demikian, terdapat diskursus mengenai kepatuhan *addressaat* dalam model putusan konstusional bersyarat, mengingat dasar penjatuhannya adalah amar putusan yang menolak permohonan (norma yang diuji pada dasarnya konstusional). Hal ini ditegaskan dalam Putusan MK Nomor 54/PUU-VI/2008, yang pada dasarnya MK menyatakan bahwa model konstusional bersyarat tidak efektif karena tidak segera ditaati oleh pelaksana UU.<sup>51</sup> Kondisi inilah yang mendorong MK untuk lebih sering menggunakan model putusan inkonstitusional bersyarat, mengingat dasar penjatuhannya adalah putusan yang mengabulkan permohonan (norma yang diuji pada dasarnya inkonstitusional). Selain itu, norma yang diuji dan dinyatakan inkonstitusional bersyarat pada umumnya merupakan norma yang memang secara langsung bertentangan dengan konstitusi, multi-interpretasi, atau tidak lengkap.<sup>52</sup> Dengan demikian, MK merumuskan “norma baru” yang menggantikan, memperjelas penafsiran, maupun melengkapi norma yang diuji.

Lebih lanjut, konstruksi hukum yang demikian berdampak pada pelaksanaan putusannya. MK berpandangan bahwa model putusan bersyarat sebagai putusan yang bersifat *self-enforcing*,<sup>53</sup> yang artinya pembentuk UU tidak perlu melakukan sesuatu untuk menindaklanjuti putusan bersyarat. Artinya, syarat konstusionalitas norma yang diberikan MK dalam putusannya dianggap dapat langsung diterapkan oleh *addressaat* putusan tanpa perlu menunggu perubahan norma oleh pembentuk UU melalui *legislative review*.<sup>54</sup> Hal ini pada dasarnya tidak terlepas dari syarat konstusionalitas norma yang berupa “rumusan baru” dari norma yang diuji konstusionalitasnya. Dengan kata lain, secara tidak langsung

<sup>50</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 94.

<sup>51</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 54/PUU-VI/2008 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1995 tentang Cukai (2009), 60.

<sup>52</sup> Muchamad Safa'at and Aan Widiarto, “Conditional Decisions as Instrument Guarding the Supremacy of the Constitution (Analysis of Conditional Decisions of Indonesian Constitutional Court in 2003 – 2017),” *Brawijaya Law Journal* 8, no. 1 (2021): 109–10, <https://doi.org/10.21776/ub.blj.2021.008.01.06>.

<sup>53</sup> Lihat dalam Simon Butt and Prayekti Murharjanti, “What Constitutes Compliance? Legislative Responses to Constitutional Court Decisions in Indonesia,” *International Journal of Constitutional Law* 20, no. 1 (2022): 432–33, 436–37, <https://doi.org/10.1093/icon/moac014>.

<sup>54</sup> Butt and Murharjanti, 436–37. Selengkapnya, “After all, the Court appears to issue these decisions on the presumption that they are self-enforcing: the Court’s “conditions” are often expressed as if they are a statutory amendment and can usually be directly applied as such.”

*addressaat* putusan menganggap bahwa “rumusan baru” yang diberikan MK dianggap sebagai perubahan atas norma yang diputus bersyarat. Meskipun, tidak dapat dipungkiri terdapat pula 3 dari 162 putusan bersyarat yang memberikan syarat berupa perintah perbaikan kepada pembentuk UU.<sup>55</sup> Model putusan yang bersifat *self-enforcing* ini tidak lepas dari kritik, karena dianggap terdapat adanya ketidakpastian yang signifikan mengenai kapan suatu norma yang dinyatakan inkonstitusional bersyarat menjadi tidak berlaku.<sup>56</sup>

Selain itu, tujuan penggunaan model putusan bersyarat juga perlu menjadi perhatian.<sup>57</sup> Secara sederhana, penggunaan model putusan bersyarat, baik yang berjenis konstitusional maupun inkonstitusional bersyarat, ditujukan untuk memastikan pelaksanaan UU agar sejalan dengan UUD NRI Tahun 1945. Untuk mencapai tujuan tersebut, MK memberikan persyaratan konstitusionalitas norma, sehingga apabila syarat tersebut dipatuhi, norma yang diputus bersyarat tetap konstitusional dalam pelaksanaannya.<sup>58</sup> Kesamaan tujuan ini juga ditegaskan dalam Putusan MK Nomor 54/PUU-VI/2008. Selengkapnya MK menjelaskan sebagai berikut:<sup>59</sup>

*“[3.22] [...] Mahkamah yang telah berpendapat bahwa permohonan Pemohon a quo beralasan akan mengabulkan permohonan tersebut untuk sebagian dengan menyatakan pasal yang dimohonkan pengujiannya bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945. Artinya, pasal tersebut inkonstitusional jika syarat yang ditetapkan oleh Mahkamah tidak terpenuhi, [...], sehingga dengan demikian pasal Undang-Undang yang dimohon untuk diuji dengan sendirinya tidak*

<sup>55</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (2006); Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 22/PUU-XV/2017 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (2018); Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 80/PUU-XV/2017 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah (2018).

<sup>56</sup> Butt and Murharjanti, “What Constitutes Compliance? Legislative Responses to Constitutional Court Decisions in Indonesia,” 433. Selengkapnya dinyatakan oleh Butt dan Murharjanti sebagai berikut “... *there is significant uncertainty as to the circumstances in which provisions declared conditionally unconstitutional become invalid.*”

<sup>57</sup> Dalam perspektif konseptual, pilihan untuk menjatuhkan putusan dengan model konstitusional atau inkonstitusional bersyarat dapat dikaitkan dengan upaya pengadilan untuk “berdialog” dan memastikan kepatuhan konstitusional pembentuk UU. Kapiszewski dan Taylor menyatakan bahwa memahami bagaimana kepatuhan *addressaat* putusan menjadi poin penting untuk mengevaluasi kekuasaan kehakiman (*judicial power*) dan pola politik peradilan (*patterns of judicial politics*). Lihat misalnya Diana Kapiszewski and Matthew M. Taylor, “Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings,” *Law and Social Inquiry* 38, no. 4 (2013): 829–30, <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2012.01320.x>; Lin, “Dialogic Judicial Review and Its Problems in East Asia,” 709–10.

<sup>58</sup> Dalam perkembangannya, MK pada akhirnya lebih sering untuk menggunakan model putusan inkonstitusional bersyarat, karena dianggap lebih efektif dalam penerapannya dibandingkan dengan model putusan konstitusional bersyarat yang didasarkan pada amar putusan yang menolak permohonan, atau dengan kata lain norma yang diuji pada dasarnya konstitusional. Lihat misalnya Faiz Rahman, “Anomali Penerapan Klausul Bersyarat Dalam Putusan Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar,” *Jurnal Konstitusi* 17, no. 1 (2020): 49, <https://doi.org/10.31078/jk1712>.

<sup>59</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 54/PUU-VI/2008 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1995 tentang Cukai, 60.

**mempunyai kekuatan hukum mengikat lagi, apabila dalam pelaksanaannya syarat yang ditetapkan Mahkamah tidak dipenuhi.”**

Selain itu, model putusan bersyarat juga mendorong dilakukannya pengujian kembali apabila pelaksanaannya tidak sesuai dengan syarat yang diberikan oleh MK,<sup>60</sup> serta dapat pula memberi perintah kepada pembentuk UU untuk melakukan *legislative review*.<sup>61</sup>

Namun demikian, konstruksi hukum putusan bersyarat di atas didasarkan pada praktik yang terjadi dalam pengujian materiil UU. Dalam Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020 yang memutus permohonan pengujian formil, klausul bersyarat diterapkan dalam konteks yang berbeda. Pada prinsipnya, MK menyatakan bahwa pembentukan UU yang diujikan adalah inkonstitusional bersyarat sepanjang tidak dilakukan perbaikan dalam jangka waktu yang ditentukan. Namun, terdapat pula amar putusan yang melengkapi syarat tersebut, yakni berkenaan dengan (1) perintah untuk memperbaiki proses pembentukan UU yang diuji dalam jangka waktu tertentu; (2) pernyataan bahwa UU yang dinyatakan inkonstitusional bersyarat berlaku sementara dalam jangka waktu yang ditentukan MK; dan (3) pernyataan bahwa UU akan menjadi inkonstitusional permanen apabila tidak dilakukan perubahan dalam batas waktu yang ditetapkan.<sup>62</sup>

Model serupa secara substansial sejatinya sudah pernah diterapkan oleh MK dalam beberapa putusan pengujian materiil, yakni dalam Putusan MK Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006,<sup>63</sup> Putusan MK Nomor 22/PUU-XV/2017,<sup>64</sup> dan Putusan MK Nomor 80/PUU-XV/2017.<sup>65</sup> Ketiga putusan di atas pada prinsipnya menyatakan bahwa norma yang diuji tetap berlaku sampai jangka waktu yang ditentukan, namun pembentuk UU diperintahkan untuk melakukan perbaikan dalam jangka waktu tersebut.

Namun demikian, meskipun menggunakan model amar putusan yang relatif mirip dengan beberapa putusan pengujian materiil di atas, terdapat sedikit perbedaan yang harus menjadi perhatian serius. Sebagai contoh, apabila dilihat dari tujuan penggunaan, maka model inkonstitusional bersyarat dalam Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020

<sup>60</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air, 495.

<sup>61</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi; Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 22/PUU-XV/2017 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

<sup>62</sup> Hal ini tercermin dari amar Putusan MK No. 91/PUU-XVIII/2020 poin 4, 5, dan 6. Lihat Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 91/PUU-XVIII/2020 perihal pengujian formil Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (2021).

<sup>63</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

<sup>64</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 22/PUU-XV/2017 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

<sup>65</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 80/PUU-XV/2017 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah.

mengindikasikan tujuan yang berbeda. Bukan hanya sekadar untuk membuat norma yang diuji menjadi konstitusional apabila syarat yang ditentukan dipenuhi, namun juga memberi waktu kepada pembentuk UU untuk memperbaiki prosesnya. Ini bisa dilihat dari amar putusan poin 4 yang menyatakan bahwa UU tetap berlaku sampai dengan jangka waktu yang ditentukan. Amar tersebut mengindikasikan maksud untuk memitigasi dampak dinyatakan inkonstitusionalnya pembentukan UU.<sup>66</sup> Hal ini berkaitan juga dengan pelaksanaan putusan, di mana MK meminta pembentuk UU untuk segera memperbaiki pembentukan UU yang diujikan. Adanya indikasi perbedaan tersebut menimbulkan pertanyaan mengenai apakah sejatinya model putusan bersyarat ini tepat digunakan dalam memutus permohonan pengujian formil.

#### **b. Kompatibilitas Model Putusan Bersyarat dalam Pengujian Formil**

Sebagaimana dipaparkan di atas, ketentuan mengenai pengujian formil dalam UU 24/2003 *jo.* UU 8/2011 *jo.* UU 7/2020 relatif minimalis, yakni mengenai uraian permohonan dan amar putusan. Terkait dengan uraian permohonan, hanya dijelaskan bahwa Pemohon wajib menguraikan bahwa pembentukan UU tidak memenuhi ketentuan berdasarkan UUD NRI Tahun 1945.<sup>67</sup> Adapun untuk amar putusan, diatur bahwa amar putusan yang menyatakan bahwa pembentukan UU yang tidak memenuhi ketentuan pembentukan UU berdasarkan UUD NRI Tahun 1945, maka UU tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.<sup>68</sup> Lebih lanjut, dalam PMK 2/2021, ditegaskan mengenai obyek permohonan dalam pengujian formil, uraian permohonan dan petitum permohonan pengujian formil, dan amar putusan pengujian formil, yang pada dasarnya kurang lebih sama dengan yang ada dalam UU 24/2003 *jo.* UU 8/2011 *jo.* UU 7/2020.<sup>69</sup>

Sebelum lebih lanjut membahas kesesuaian model putusan bersyarat dengan pengujian formil, Penulis perlu untuk memberikan penekanan terhadap dua hal. *Pertama*, pengujian formil yang dibahas pada bagian ini merujuk pada pemaknaan MK, baik dalam Putusan MK No. 27/PUU-VII/2009 maupun PMK 2/2021, yakni pengujian terhadap proses pembentukan undang-undang. *Kedua*, kesesuaian model putusan bersyarat dengan pengujian formil dilakukan dengan menganalisis desain pengaturan pengujian formil dan mengaitkannya dengan karakteristik putusan bersyarat sebagaimana dipaparkan pada bagian sebelumnya. Adapun desain pengaturan pengujian formil sebagaimana dimaksud di atas berkenaan dengan dua aspek, yakni obyek pengujian dan implikasi putusan pengujian formil.

<sup>66</sup> Rahman, "Penerapan Klausul Bersyarat Dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang," 397.

<sup>67</sup> Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Lihat Pasal 51 ayat (3) huruf a.

<sup>68</sup> Republik Indonesia. Lihat Pasal 57 ayat (2).

<sup>69</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2021 tentang Tata Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Lihat misalnya, Pasal 2 ayat (2) dan ayat (3), Pasal 10, dan Pasal 72 ayat (1).



Terlepas dari berbagai diskursus yang muncul berkenaan dengan pengujian formil,<sup>70</sup> model putusan bersyarat pada dasarnya terkait erat dengan implikasi dari amar putusan, terutama apabila dasar penjatuhannya adalah menyatakan bahwa norma yang diuji inkonstitusional. Dengan demikian, pada prinsipnya norma yang diuji adalah inkonstitusional, namun akan menjadi konstitusional dalam pelaksanaannya apabila syarat tersebut dipenuhi. Dalam konteks pengujian materiil, mengingat hampir semua putusan inkonstitusional bersyarat memberikan rumusan norma baru yang dapat langsung diterapkan tanpa menunggu perubahan norma yang diuji oleh pembentuk UU, maka potensi kekosongan hukum yang timbul dari amar putusan inkonstitusional dapat dimitigasi dengan menerapkan norma baru yang ditentukan oleh MK dalam putusannya. Hal ini terkait erat dengan sifat putusan MK, yakni *declaratoir* dan *constitutief*.<sup>71</sup>

Hal tersebut tentu memiliki konteks yang berbeda dalam pengujian formil. Dalam pengujian formil, meskipun yang diuji adalah proses pembentukan UU-nya, namun konsekuensi hukum yang timbul adalah pembatalan UU secara keseluruhan, di mana akibat ini sama dengan putusan pengujian materiil yang membatalkan keseluruhan UU.<sup>72</sup> Dalam konteks pengujian atas validitas suatu UU, Kelsen juga menyatakan bahwa apabila UU yang dibuat (baik secara prosedur maupun substansi) tidak sesuai dengan ketentuan, maka UU tidak bisa dinyatakan valid.<sup>73</sup> Lebih lanjut, dalam konteks pembatalan atas suatu UU yang dinyatakan tidak valid dalam konteks pengujian materiil, dinyatakan oleh Kelsen dalam

<sup>70</sup> Beberapa isu misalnya terkait dengan batu uji dalam UUD NRI Tahun 1945 dan penggunaan undang-undang sebagai batu uji, pola pembuktian dalam pengujian formil, serta isu kedudukan pemohon dalam pengujian formil. Lihat misalnya Wicaksono, "Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum Pemohon Dalam Pengujian Formil Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi (Laporan Penelitian)"; Sungkar et al., "Urgensi Pengujian Formil Di Indonesia: Menguji Legitimasi Dan Validitas"; Rishan, "Konsep Pengujian Formil Undang-Undang Di Mahkamah Konstitusi"; Retno Widiastuti and Ahmad Ilham Wibowo, "Pola Pembuktian Dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang Di Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 18, no. 4 (2021): 803–27, <https://doi.org/10.31078/jk1844>.

<sup>71</sup> Sifat *declaratoir* secara sederhana berarti apa yang dinyatakan sebagai hukum oleh hakim (konstitusional/inkonstitusional), sedangkan *constitutief* berarti putusan MK meniadakan atau menciptakan suatu keadaan hukum baru. Lihat dalam Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* (Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), 55; Mohammad Agus Maulidi, "Problematisasi Hukum Implementasi Putusan Final Dan Mengikat Mahkamah Konstitusi Perspektif Negara Hukum," *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM* 24, no. 4 (2017): 549, <https://doi.org/10.20885/iustum.vol24.iss4.art2>; Tohadi and Dian Eka Prastiwi, "Rekonstruksi Hukum Dalam Mewujudkan Kepatuhan Pembentuk Undang-Undang Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Sebagai Mekanisme Checks and Balances," *Rechtsvinding* 11, no. 1 (2022): 27–28, <https://doi.org/10.33331/rechtsvinding.v11i1.849>.

<sup>72</sup> Lihat misalnya Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistikan (2004); Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 85/PUU-XI/2013 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (2015).

<sup>73</sup> Lihat Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, 1949), 156. Selengkapnya, Kelsen menyatakan sebagai berikut: "The legislator is entitled by the constitution either to apply the norms laid down directly in the constitution or to apply other norms which he himself may decide upon. Otherwise, a statute whose creation or contents did not conform with the prescriptions directly laid down in the constitution could not be regarded as valid." Dalam konteks ini, maka apabila prosedur pembentukan atau substansi dari suatu UU tidak sesuai dengan Konstitusi, maka tidak dapat dinyatakan valid. Adapun ketentuan yang dimaksud dapat berupa ketentuan yang tertuang langsung dalam konstitusi, maupun ketentuan yang dibuat oleh legislator sebagai mandat dari konstitusi.

artikel lain bahwa pembatalan tidak harus dilakukan terhadap UU secara keseluruhan, tetapi bisa jadi hanya norma tertentu dalam suatu UU.<sup>74</sup>

Dalam konteks ini, menjadi penting untuk dapat menekankan konteks akibat hukum “pembatalan UU secara menyeluruh”, yang menjadi pembeda antara pengujian formil dengan pengujian materiil, yang kemudian mengarah pada ketidakcocokan model putusan bersyarat dalam pengujian formil. Dalam pengujian materiil, pembatalan dapat dilakukan terhadap norma tertentu pada suatu UU. Dengan demikian, pemberian syarat konstitusionalitas terhadap suatu norma dalam UU tidak serta merta mempengaruhi konstitusionalitas keseluruhan UU. Hal ini berbeda dengan pengujian formil, di mana pengujian dilakukan terhadap prosedur pembentukan UU, dan akibat hukum yang timbul dari putusan yang menyatakan inkonstitusionalitas pembentukan UU adalah pembatalan UU secara menyeluruh. Dalam konteks Indonesia, kehati-hatian dalam menjatuhkan putusan pengujian formil dengan melihat pada akibat hukum yang ditimbulkan sebenarnya tercermin dalam Putusan MK No. 27/PUU-VII/2009, di mana meskipun MK menyatakan dalam pertimbangan hukumnya bahwa terdapat adanya kecacatan prosedural dengan mendasarkan pada asas kemanfaatan, karena MK menilai substansi UU yang diuji tidak ada permasalahan hukum dan dianggap lebih baik dari UU sebelumnya.<sup>75</sup>

Jika membandingkan akibat hukum putusan pengujian formil dan sifat putusan MK di atas dengan model putusan bersyarat, khususnya inkonstitusional bersyarat, maka terlihat adanya inkompatibilitas antara model putusan inkonstitusional bersyarat dengan pengujian formil. Dalam konteks pengujian formil, dikarenakan yang menjadi obyek pengujian adalah proses pembentukan UU-nya, maka MK melakukan penilaian terhadap konstitusionalitas dari proses pembentukan tersebut. Dengan demikian, apabila MK hendak menggunakan model putusan inkonstitusional bersyarat, maka seharusnya yang diberikan syarat adalah obyek pengujiannya (yakni proses pembentukannya). Padahal, proses pembentukan UU tersebut notabene sudah selesai. Hal ini menunjukkan bahwa model putusan inkonstitusional bersyarat pada prinsipnya tidak cocok dengan desain pengujian formil UU. Kondisi ini berbeda dengan konteks pengujian materiil, yang mana obyek pengujiannya adalah norma di dalam UU. Sebagaimana disampaikan di atas, dinyatakan inkonstitusionalnya suatu norma di dalam UU tidak serta merta membuat keseluruhan UU menjadi inkonstitusional. Dengan demikian, dikarenakan UU tersebut masih berlaku, maka memungkinkan apabila norma di dalam UU yang diuji diberikan syarat konstitusionalitas, sehingga norma tersebut tetap dapat dilaksanakan secara konstitusional.

<sup>74</sup> Lihat Hans Kelsen, “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution,” *The Journal of Politics* 4, no. 2 (1942): 186, <https://doi.org/10.2307/2125770>. Selengkapnya Kelsen menyatakan sebagai berikut: “*It was not always necessary to annul the entire statute; if the unconstitutional provision could be separated from the other part of the statute, then, the court could annul only this provision.*”

<sup>75</sup> Lihat Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, 2010, 93.

Selain itu, satu-satunya jalan untuk menciptakan kondisi bahwa pembentukan UU yang diuji menjadi konstitusional adalah membuat UU yang baru yang sesuai dengan prosedur pembentukan UU berdasarkan UUD NRI Tahun 1945. Tentunya, hal tersebut hanya dapat dilakukan oleh pembentuk UU, bukan oleh MK.<sup>76</sup> Dengan demikian, apabila mendasarkan pada pandangan MK yang menyatakan bahwa karakteristik putusan bersyarat adalah *self-enforcing*,<sup>77</sup> maka model putusan bersyarat *mutatis mutandis* tidak cocok dengan karakteristik putusan pengujian formil yang lebih berciri *non-self executing*, karena untuk dapat diterapkan memerlukan tindak lanjut dari pembentuk UU.<sup>78</sup> Dengan demikian, tidak heran apabila pasca Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020 dijatuhkan, muncul perdebatan mengenai implikasi klausul bersyarat terhadap daya keberlakuan UU CK,<sup>79</sup> bahkan menimbulkan diskursus yang kompleks dari berbagai cabang kekuasaan negara, baik legislatif, eksekutif, maupun yudikatif.<sup>80</sup>

Selain itu, apabila MK menerapkan model putusan konstitusional bersyarat dalam pengujian formil, dengan memperhatikan desain pengaturan pengujian formil, model putusan konstitusional bersyarat pun sejatinya juga tidak kompatibel. Hal ini berkaitan dengan dasar penjatuhan putusan konstitusional yang didasarkan pada amar putusan menolak permohonan, atau dengan kata lain norma yang diuji pada dasarnya tidak bertentangan dengan konstitusi. Sehingga, menjadi tidak relevan apabila proses pembentukan UU yang notabene prosesnya sudah selesai, juga diberikan syarat konstitusionalitas. Hal ini berkaitan dengan obyek pengujian formil, di mana yang diuji adalah proses pembentukannya, bukan substansinya. Pun apabila penggunaan model putusan konstitusional bersyarat dipaksakan, terdapat permasalahan berkenaan dengan efektivitas pelaksanaan putusan. Hal ini berkaca pada praktik penggunaan klausul konstitusional bersyarat dalam pengujian materiil yang menurut MK pun juga tidak efektif, karena *addressaat* menganggap tidak perlu ada yang ditindaklanjuti mengingat norma yang diputus pada dasarnya konstitusional.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Rahman, "Penerapan Klausul Bersyarat Dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang," 397.

<sup>77</sup> Misalnya, Butt dan Murharjanti menyatakan "*After all, the Court appears to issue these decisions on the presumption that they are self-enforcing: the Court's "conditions" are often expressed as if they are a statutory amendment and can usually be directly applied as such.*" Lihat dalam Butt and Murharjanti, "What Constitutes Compliance? Legislative Responses to Constitutional Court Decisions in Indonesia," 436–37.

<sup>78</sup> Sebagaimana dijelaskan sebelumnya, MK juga pernah "bereksperimen" dengan menjatuhkan putusan inkonstitusional bersyarat yang juga memberikan perintah perbaikan norma kepada pembentuk undang-undang, yakni dalam Putusan No. 012-016-019/PUU-IV/2006 perihal pengujian UU KPK, Putusan No. 22/PUU-XV/2017 perihal pengujian Undang-Undang Perkawinan Putusan No. 80/PUU-XV/2017 perihal pengujian Undang-Undang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah. Dari 3 putusan, hanya 1 yang benar-benar ditindaklanjuti oleh pembentuk undang-undang.

<sup>79</sup> Sumardjono et al., *Policy Paper: Putusan MK Terkait UU Cipta Kerja*.

<sup>80</sup> Dian Agung Wicaksono, "Quo Vadis Pendirian Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Cipta Kerja Dan Implikasinya Terhadap Kegamangan Pemerintah Daerah Dalam Melaksanakan Kewenangan Mengatur," *Rechtsvinding* 11, no. 1 (2022): 78.

<sup>81</sup> Hal ini juga dapat dilihat bahwa sejak tahun 2012, MK tidak pernah lagi menggunakan putusan model konstitusional bersyarat. Namun 2 kali MK memutus secara konstitusional bersyarat pada tahun 2018. Selanjutnya hingga tahun 2021, MK selalu menggunakan model putusan inkonstitusional bersyarat. Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, and Mohammad Mahrus Ali, "Model Dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003 – 2012),"

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa model putusan bersyarat, baik dalam konteks konstitusional bersyarat maupun inkonstitusional bersyarat, tidak kompatibel untuk diterapkan dalam pengujian formil UU dengan mendasarkan pada argumentasi hukum di atas. Oleh karena itu, menurut Penulis, MK sepatutnya dalam memutus pengujian formil di masa yang akan datang tidak lagi menggunakan model putusan bersyarat, mengingat berbagai inkompatibilitas penerapan putusan bersyarat dalam pengujian formil UU di atas. Diskursus mengenai penerapan putusan bersyarat dalam Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020 menjadi preseden yang semakin menguatkan bahwa putusan bersyarat dalam pengujian formil justru menimbulkan multitafsir dan ketidakpastian hukum dalam pelaksanaan putusan pengujian formil yang dijatuhkan oleh MK.

### C. KESIMPULAN

Berdasarkan seluruh penjelasan di atas, inkompatibilitas model putusan bersyarat dengan pengujian formil UU di MK dapat dilihat dari dua aspek: Pertama, berkaitan dengan obyek pengujian yang merupakan proses pembentukan UU dan bukan substansi UU. Kedua, berkenaan dengan akibat hukum putusan pengujian formil yakni pembatalan keseluruhan UU. Dengan demikian, sebaiknya ke depannya MK tidak perlu lagi menggunakan model putusan bersyarat dalam pengujian formil karena justru menimbulkan tafsir beragam dan ketidakpastian hukum dalam pelaksanaannya. MK juga harus berani membatalkan suatu UU apabila pembentukannya memang dinilai tidak sesuai dengan ketentuan dalam UUD NRI Tahun 1945.

### DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*. Konstitusi Press, 2006.
- Asy'ari, Syukri, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, and Mohammad Mahrus Ali. "Model Dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003 – 2012)." *Jurnal Konstitusi* 10, no. 4 (2013): 675–708. <https://doi.org/10.31078/jk1046>.
- Bar-Siman-Tov, Ittai. "Semiprocedural Judicial Review." *Legisprudence* 6, no. 3 (2012): 271–300. <https://doi.org/10.5235/17521467.6.3.271>.
- . "The Dual Meaning of Evidence-Based Judicial Review of Legislation." *Theory and Practice of Legislation* 4, no. 2 (2016): 107–34. <https://doi.org/10.1080/20508840.2016.1249679>.
- . "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process." *Boston University Law Review* 91, no. 6 (2011): 1915–74.

---

*Jurnal Konstitusi* 10, no. 4 (2013): 687, <https://doi.org/10.31078/jk1046>; Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 54/PUU-VI/2008 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1995 tentang Cukai, 60.

- Bisariyadi. "Legal Transplant and the Model of Constitutional Court Decision." *Padjajaran Jurnal Ilmu Hukum* 5, no. 1 (2018): 1–23. <https://doi.org/10.22304/pjih.v5n1.a1>.
- Butt, Simon, and Prayekti Murharjanti. "What Constitutes Compliance? Legislative Responses to Constitutional Court Decisions in Indonesia." *International Journal of Constitutional Law* 20, no. 1 (2022): 428–53. <https://doi.org/10.1093/icon/moac014>.
- Constitutional Court of Korea. "Statistics (as of Jun 30, 2023)." Constitutional Court of Korea, 2023. <https://english.ccourt.go.kr/site/eng/jurisdiction/caseLoadStatic.do>.
- Faiz, Pan Mohamad. "Legal Problems of Dualism of Judicial Review System in Indonesia." *Jurnal Dinamika Hukum* 16, no. 2 (2016): 187–95. <https://doi.org/10.20884/1.jdh.2016.16.2.535>.
- Fox-Decent, Evan. *Sovereignty's Promise: The State as Fiduciary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Gardbaum, Stephen. "Pushing the Boundaries: Judicial Review of Legislative Procedures in South Africa." *Constitutional Court Review* 9, no. 1 (2019): 1–18. <https://doi.org/10.2989/ccr.2019.0001>.
- Graca, Luis Otavio Barroso da. "Judicial Review of the Legislative Process in Brazil." *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 7, no. 1 (2018): 55–81. <https://doi.org/10.14324/111.2052-1871.096>.
- Guilds, Ryan. "A Jurisprudence of Doubt: Generalized Grievances As a Limitation to Federal Court Access." *North Carolina Law Review* 74, no. 6 (1996): 1863–1911.
- Ilan, Gonen. "Response: Recent Development Regarding Judicial Review of Legislative Process in Israel." *Statute Law Review* 42, no. 2 (2021): 176–82. <https://doi.org/10.1093/slr/hmz029>.
- Kapiszewski, Diana, and Matthew M. Taylor. "Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings." *Law and Social Inquiry* 38, no. 4 (2013): 803–35. <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2012.01320.x>.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Harvard Univeristy Press, 1949.
- . "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution." *The Journal of Politics* 4, no. 2 (1942): 183–200. <https://doi.org/10.2307/2125770>.
- . "Wesen Und Entwicklung Der Staatsgerichtsbarkeit." In *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, edited by Hans R. Klecatsky, Rene Marcic, and Herbert Schambeck, 1485–1532. Vienna: Verlag Österreich, 2010.
- Lailam, Tanto. "Analisis Praktik Pengujian Formil Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945." *Pranata Hukum* 6, no. 2 (2011): 143–60. <https://doi.org/10.36448/pranatahukum.v6i2.104>.

- Lee, Chulwoo. "The Judicialization of Politics in South Korea." *Journal of Comparative Law* 11, no. 2 (2016): 100–113.
- Lee, Evan Tsen, and Josephine Mason Ellis. "The Standing Doctrine's Dirty Little Secret." *Northwestern University Law Review* 107, no. 1 (2012): 169–236.
- Lin, Chien-Chih. "Dialogic Judicial Review and Its Problems in East Asia." *International Journal of Constitutional Law* 17, no. 2 (2019): 701–13. <https://doi.org/10.1093/icon/moz044>.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. "Putusan Mahkamah Konstitusi," 2023. <https://www.mkri.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&kat=1&menu=5>.
- . "Putusan Mahkamah Konstitusi," 2023. <https://www.mkri.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&kat=2&cari=pengujian+formil>.
- . Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistikan (2004).
- . Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (2006).
- . Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (2005).
- . Putusan Nomor 22/PUU-XV/2017 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (2018).
- . Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (2009).
- . Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (2010).
- . Putusan Nomor 48/PUU-IX/2011 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 perihal perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika (2011).
- . Putusan Nomor 54/PUU-VI/2008 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1995 tentang Cukai (2009).
- . Putusan Nomor 80/PUU-XV/2017 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah (2018).
- . Putusan Nomor 85/PUU-XI/2013 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (2015).

- . Putusan Nomor 91/PUU-XVIII/2020 perihal pengujian formil Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (2021).
- . Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2021 tentang Tata Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang (2021).
- . Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 9 Tahun 2020 tentang Tata Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang (2020).
- Mank, Bradford C. “Prudential Standing Doctrine Abolished or for a Comeback?: *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*” *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 18, no. 1 (2015): 213–330.
- Maulidi, Mohammad Agus. “Problematika Hukum Implementasi Putusan Final Dan Mengikat Mahkamah Konstitusi Perspektif Negara Hukum.” *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM* 24, no. 4 (2017): 535–57. <https://doi.org/10.20885/iustum.vol24.iss4.art2>.
- Navot, Suzie. “Judicial Review of the Legislative Process.” *Israel Law Review* 39, no. 2 (2006): 182–247. <https://doi.org/10.1017/S0021223700013066>.
- Nurhayati, Yati, Mohd Zamre Mohd Zahir, Ifrani, and Parman Komarudin. “Investment in Indonesia After Constitutional Court’s Decision in the Review of Job Creation Law.” *Lentera Hukum* 9, no. 3 (2022): 435–58. <https://doi.org/10.19184/ejhl.v9i3.32368>.
- Okpaluba, Chuks. “Can a Court Review the Internal Affairs and Processes of the Legislature? Contemporary Developments in South Africa.” *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 48, no. 2 (2015): 183–218.
- Rahman, Faiz. “Anomali Penerapan Klausul Bersyarat Dalam Putusan Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar.” *Jurnal Konstitusi* 17, no. 1 (2020): 27–53. <https://doi.org/10.31078/jk1712>.
- . “Penerapan Klausul Bersyarat Dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang.” *Jurnal Konstitusi* 19, no. 2 (2022): 381–405. <https://doi.org/10.31078/jk1926>.
- Rahman, Faiz, and Dian Agung Wicaksono. “Eksistensi Dan Karakteristik Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi.” *Jurnal Konstitusi* 13, no. 2 (2016): 348–78. <https://doi.org/10.31078/jk1326>.
- . *Putusan Bersyarat Oleh Mahkamah Konstitusi: (Karakteristik Dan Dinamika Perkembangannya)*. Gadjah Mada University Press, 2022.
- Republik Indonesia. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (2003).
- Rhee, Woo-Young. “Decision of the Korean Constitutional Court of Nonconformity of Statute with the Constitution and the Subsequent National Assembly Legislative Process in Korea’s Constitutional Democracy.” *Journal of Korean Law* 20, no. 1 (2021): 1–55. <https://doi.org/10.23110/jkl.2021.20.1.001>.

- Rishan, Idul. "Konsep Pengujian Formil Undang-Undang Di Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 18 (2021): 1–21. <https://doi.org/10.31078/jk1811>.
- Safa'at, Muchamad, and Aan Widiarto. "Conditional Decisions as Instrument Guarding the Supremacy of the Constitution (Analysis of Conditional Decisions of Indonesian Constitutional Court in 2003 – 2017)." *Brawijaya Law Journal* 8, no. 1 (2021): 91–112. <https://doi.org/10.21776/ub.blj.2021.008.01.06>.
- Safjan, Marek. "Poland - The Constitutional Court as a Positive Legislator." In *Constitutional Courts As Positive Legislators: A Comparative Law Study*, edited by Allan R. Brewer-Carías, 701–20. Cambridge University Press, 2017.
- Simanjuntak, Samuel Hamonangan, and Lita Tyesta A.L.W. "Procedural Justice or Substantive Justice: Review of Constitutional Court Decision Number: 91/PUU/XVIII/2020." *Jurnal Ilmiah Kebijakan Hukum* 16, no. 2 (2022): 341–62. <https://doi.org/10.30641/kebijakan.2022.V16.341-362>.
- Soemantri, Sri. *Hak Mengui Material Di Indonesia*. Bandung: Alumni,, 1982.
- Sumardjono, Maria S. W., Mahaarum Kusuma Pertiwi, Yance Arizona, Herlambang P. Wiratraman, I Gusti Agung Made Wardana, Karina Dwi Nugrahati Putri, Taufiq Adiyanto, Muhammad Fatahillah Akbar, Hendry Julian Noor, and Susilo Andi Darma. *Policy Paper: Putusan MK Terkait UU Cipta Kerja*. Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2022.
- Sungkar, Lailani, Wicaksana Dramanda, Susi Dwi Harijanti, and Adnan Yasar Zulfikar. "Urgensi Pengujian Formil Di Indonesia: Menguji Legitimasi Dan Validitas." *Jurnal Konstitusi* 18, no. 4 (2021): 748–73. <https://doi.org/10.31078/jk1842>.
- Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010.
- Tim Penyusun Naskah Komprehensif. *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses, Dan Hasil Pembahasan 1999-2002 – Buku VI Kekuasaan Kehakiman (Edisi Revisi)*. Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008.
- Tohadi, and Dian Eka Prastiwi. "Rekonstruksi Hukum Dalam Mewujudkan Kepatuhan Pembentuk Undang-Undang Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Sebagai Mekanisme Checks and Balances." *Rechtsvinding* 11, no. 1 (2022): 19–36. <https://doi.org/10.33331/rechtsvinding.v11i1.849>.
- Vinx, Lars. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Wang, Shucheng. "Judicial Review of the Legislative Process in Hong Kong: A Comparative Perspective." *Statute Law Review* 42, no. 3 (2021): 291–304. <https://doi.org/10.1093/slr/hmz018>.



- Wicaksono, Dian Agung. "Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum Pemohon Dalam Pengujian Formil Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi (Laporan Penelitian)." Yogyakarta, 2022.
- . "Quo Vadis Pendirian Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Cipta Kerja Dan Implikasinya Terhadap Kegamangan Pemerintah Daerah Dalam Melaksanakan Kewenangan Mengatur." *Rechtsvinding* 11, no. 1 (2022): 77–98. <https://doi.org/10.33331/rechtsvinding.v11i1.846>.
- Wicaksono, Dian Agung, and Enny Nurbaningsih. "Ratio Legis Penetapan Pembayar Pajak (Taxpayer) Sebagai Kedudukan Hukum Dalam Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 17, no. 3 (2020): 461–94. <https://doi.org/10.31078/jk1731>.
- Widiastuti, Retno, and Ahmad Ilham Wibowo. "Pola Pembuktian Dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang Di Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 18, no. 4 (2021): 803–27. <https://doi.org/10.31078/jk1844>.
- Yoon, Dae-Kyu. "The Constitutional Court System of Korea: The New Road for Constitutional Adjudication." *Journal of Korean Law* 1, no. 2 (2001): 1–16.
- Zipper, Tzipi, and Reut Dahan. "To Review, or Not to Review? A Comparative Perspective of Judicial Review Over the Legislative Process." *The Indonesian Journal of International & Comparative Law* 7, no. 3 (2020): 329–84.



## *Dynamics of Granting Legal Standing to the Indigenous Community in Constitutional Review of Law*



### **Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum Pemohon bagi Masyarakat Hukum Adat dalam Pengujian Undang-Undang**

Dian Agung Wicaksono 

Faculty of Law, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, Indonesia

#### Article Info

##### Corresponding Author:

Dian Agung Wicaksono  
✉ [dianagung@ugm.ac.id](mailto:dianagung@ugm.ac.id)

##### History:

Submitted: 01-09-2022  
Revised: 06-02-2023  
Accepted: 03-08-2023

##### Keyword:

*Indigenous Community; Judicial Review;  
Legal Standing; Litigant.*

##### Kata Kunci:

Kedudukan Hukum; Masyarakat Hukum  
Adat; Pemohon; Pengujian Undang-Undang.

#### Abstract

*The research on the existence of Indigenous Community (IC) is interesting to discuss heretofore. Previous studies have discussed the relationship between IC and Constitutional Court (CC) authority in judicial review of the Law (JR). Still, no research has comprehensively mapped the dynamics of granting the Litigants' legal standing to IC in JR since the establishment of CC. This research aims to obtain a portrait of the dynamics and basis of CC for granting legal standing to IC as a Litigant in JR and providing a basic proposal for determining IC's legal standing as a Litigant in JR. This normative legal research analyzes secondary data by comprehensively mapping decisions on JR with IC as Petitioner since CC was established in 2003 to 2019. The study's results indicate several patterns of legal considerations and the basis of legal considerations for the CC in granting legal standing to IC as Litigants in JR.*

#### Abstrak

Kajian mengenai eksistensi MHA menarik untuk dibahas hingga saat ini. Telah ada penelitian sebelumnya yang membahas keterkaitan antara MHA dengan kewenangan MK dalam pengujian UU, namun belum terdapat penelitian yang secara komprehensif memetakan dinamika pemberian kedudukan hukum bagi MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU sejak berdirinya MK. Penelitian ini bertujuan untuk memperoleh potret dinamika dan dasar pemberian kedudukan hukum Pemohon bagi MHA dalam pengujian UU oleh MK serta memberikan usulan dasar penentuan kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU. Penelitian hukum normatif ini mengkaji data sekunder dengan memetakan secara komprehensif putusan pengujian UU yang mendudukkan MHA sebagai Pemohon sejak dibentuknya MK pada 2003 sampai 2019. Hasil penelitian menunjukkan terdapat beberapa pola pertimbangan hukum dan dasar pertimbangan hukum MK dalam pemberian kedudukan hukum kepada MHA sebagai Pemohon pada pengujian UU.



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/jk2037>

## A. PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang

Eksistensi Masyarakat Hukum Adat (MHA) merupakan topik yang masih menjadi diskursus menarik untuk dibahas hingga hari ini. Terlebih saat ini Rancangan Undang-Undang tentang Masyarakat Hukum Adat (RUU MHA) kembali masuk dalam Program Legislasi Nasional (Prolegnas) Prioritas Tahun 2021,<sup>1</sup> sebagai bentuk tindak lanjut dari pengharmonisasian, pembulatan, dan pemantapan konsepsi RUU MHA yang telah dilakukan pada tahun 2020.<sup>2</sup> Pengaturan mengenai MHA dalam level Undang-Undang (UU) ini tentu dapat memberikan arah baru politik hukum mengenai MHA dalam hukum positif Indonesia. Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai lembaga yang berwenang menguji UU terhadap Undang-Undang Dasar juga memiliki peran dalam membentuk politik hukum terkait eksistensi MHA di Indonesia melalui putusan pengujian UU yang berkaitan dengan MHA.<sup>3</sup>

Turut sertanya MK dalam membentuk politik hukum terkait eksistensi MHA tidak dapat terlepas dari kewenangan MK dalam pemberian kedudukan hukum kepada MHA sebagai Pemohon pada pengujian UU,<sup>4</sup> sehingga MHA dapat memperjuangkan hak-hak konstitusional yang melekat pada dirinya. Literatur dan penelitian sebelumnya yang mendiskusikan terkait kedudukan hukum MHA dalam lingkup pengujian UU di MK mayoritas menyoroti terkait syarat-syarat tertentu yang harus dipenuhi agar kesatuan MHA memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan pengujian UU di MK.<sup>5</sup> Terdapat pula beberapa literatur dan penelitian sebelumnya yang berfokus pada dinamika eksistensi MHA dengan mendasarkan pada Putusan MK tertentu, misalnya penelitian untuk melihat bagaimana Putusan MK Nomor 35/PUU-X/2012 berdampak pada bergesernya kedudukan MHA yang saat ini mendapat afirmasi menjadi subyek hak berserikat yang diakui di Indonesia,<sup>6</sup> atau penelitian untuk menilai konstitusionalitas dari kriteria-kriteria dan indikator-indikator yang digunakan

<sup>1</sup> Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, "Paripurna DPR Sepakati 33 RUU Prolegnas Prioritas 2021," 2021, <https://www.dpr.go.id/berita/detail/id/32239/t/Paripurna+DPR+Sepakati+33+RUU+Prolegnas+Prioritas+2021>.

<sup>2</sup> Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, "RUU tentang Masyarakat Hukum Adat," 2020, <https://www.dpr.go.id/uu/detail/id/394>.

<sup>3</sup> Titis Anindyajati, "Politik Hukum tentang Peran Mahkamah Konstitusi dalam Melindungi Eksistensi Kesatuan Masyarakat Hukum Adat di Indonesia," *Jurnal Masyarakat Dan Budaya* 19, no. 1 (June 15, 2017): 7-12, <https://doi.org/10.14203/jmb.v19i1.378>.

<sup>4</sup> Aulia Vivi Yulianingrum, "Mempertegas Kedudukan Hukum Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Memenuhi Hak-Hak Konstitusional," *Jurnal Yuriska* 10, no. 1 (2018): 81. Lihat juga Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), 10.

<sup>5</sup> Irfan Nur Rahman et al., "Dasar Pertimbangan Yuridis Kedudukan Hukum (Legal Standing) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Proses Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 8, no. 5 (May 20, 2016): 771, <https://doi.org/10.31078/jk856>. Bandingkan dengan Hayatul Ismi, "Kedudukan Hukum Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Berperkara di Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi BKK Fakultas Hukum Universitas Riau* 1, no. 1 (2012): 6.

<sup>6</sup> Arasy Pradana A. Azis and Yance Arizona, "Afirmasi MK terhadap Jukstaposisi Masyarakat Adat sebagai Subyek Hak Berserikat di Indonesia (Analisis terhadap Keterlibatan Aliansi Masyarakat Adat Nusantara dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012)," *Jurnal Rechts Vinding: Media Pembinaan Hukum Nasional* 8, no. 1 (May 15, 2019): 23, <https://doi.org/10.33331/rechtsvinding.v8i1.300>.

dalam menentukan apakah suatu masyarakat (hukum) adat dengan mendasarkan pada Putusan MK Nomor 35/PUU-X/2012.<sup>7</sup>

Sebagai pembanding dengan penelitian sebelumnya, berikut adalah beberapa kajian yang memiliki kesamaan tema namun dengan lingkup pembahasan yang berbeda dengan penelitian ini, yaitu: **Pertama**, karya ilmiah Irfan Nur Rahman, *et al.*, yang berjudul, “Dasar Pertimbangan Yuridis Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Proses Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi”, yang diterbitkan pada tahun 2011. Dalam artikel tersebut Irfan Nur Rahman, *et al.*, berfokus pada pemenuhan syarat-syarat tertentu agar kesatuan MHA memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan pengujian UU di MK.<sup>8</sup> Terdapat perbedaan pendalaman kajian antara penelitian ini dengan penelitian yang disebutkan di atas, khususnya bila dilihat dari aspek fokus kajian, di mana penelitian ini memusatkan perhatian pada pertimbangan hukum hakim MK dalam pemberian kedudukan hukum kepada MHA dalam pengujian UU. Selain itu, penelitian ini memiliki perbedaan signifikan dari aspek *tempus* putusan yang dikaji, yaitu putusan pengujian UU sejak tahun 2003 hingga 2019.

**Kedua**, karya ilmiah Titis Anindyajati, yang berjudul, “Politik Hukum tentang Peran Mahkamah Konstitusi dalam Melindungi Eksistensi Kesatuan Masyarakat Hukum Adat di Indonesia”, yang diterbitkan pada tahun 2017. Dalam artikel tersebut Titis Anindyajati berfokus pada pertanyaan: (a) Bagaimanakah perlindungan Hak-hak Kesatuan Masyarakat Hukum Adat (KMHA) dalam Peraturan Perundang-undangan khususnya UU SDA?; serta (b) Bagaimanakah Peran Mahkamah Konstitusi dalam Politik Hukum Perlindungan Kesatuan Masyarakat Hukum Adat (KMHA) di Indonesia?<sup>9</sup> Bila mencermati rumusan masalah dalam artikel tersebut terlihat perbedaan mendasar dengan penelitian ini, yaitu pijakan analisis Titis Anindyajati berangkat dari putusan pengujian UU yang terkait dengan Sumber Daya Alam, sedangkan penelitian ini menggunakan fokus utama putusan pengujian UU dengan Pemohon MHA.

**Ketiga**, karya ilmiah Aullia Vivi Yulianingrum, yang berjudul, “Mempertegas Kedudukan Hukum Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Memenuhi Hak-Hak Konstitusional”, yang diterbitkan pada tahun 2018. Dalam artikel tersebut Aullia Vivi Yulianingrum berfokus pada pertanyaan: (a) Apa menjadi korelasi antara Kesatuan Masyarakat Adat dengan Pemerintah terkait pemenuhan hak Konstitusionalnya?; dan (b) Apa upaya dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi untuk memperkuat eksistensi Kesatuan Masyarakat Adat secara hukum?<sup>10</sup> Bila

<sup>7</sup> R. Yando Zakaria, “Konstitusionalitas Kriteria Masyarakat (Hukum) Adat Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012,” *Jurnal Kajian* 19, no. 2 (2014): 130.

<sup>8</sup> Nur Rahman et al., “Dasar Pertimbangan Yuridis Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Proses Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi,” 771.

<sup>9</sup> Anindyajati, “Politik Hukum tentang Peran Mahkamah Konstitusi dalam Melindungi Eksistensi Kesatuan Masyarakat Hukum Adat di Indonesia,” 4.

<sup>10</sup> Yulianingrum, “Mempertegas Kedudukan Hukum Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Memenuhi Hak-Hak Konstitusional,” 75.

mencermati rumusan masalah dalam artikel tersebut terlihat perbedaan mendasar dengan penelitian ini, yaitu Aullia Vivi Yulianingrum berfokus pada pemenuhan hak konstitusional MHA, baik oleh Pemerintah dan juga oleh MK. Hal tersebut menjadi perbedaan signifikan dengan penelitian ini karena berfokus pada pertimbangan hukum hakim dalam pemberian kedudukan hukum kepada MHA pada pengujian UU.

Penelitian ini juga merupakan wujud konsistensi Penulis dalam mendalami bidang kajian yang spesifik, yaitu terkait kedudukan hukum Pemohon dalam pengujian UU oleh MK. Sebagaimana Penulis juga telah melakukan penelitian sebelumnya dalam studi doktoral yang berfokus pada kedudukan hukum Pemohon dengan kualifikasi perorangan dalam pengujian UU oleh MK.<sup>11</sup> Selain itu, Penulis juga telah mempublikasikan beberapa hasil penelitian pengembangan dengan tetap berfokus pada topik kedudukan hukum Pemohon dalam pengujian UU,<sup>12</sup> sehingga penelitian ini dapat melengkapi khazanah dialektika mengenai dinamika pemberian kedudukan Pemohon dalam pengujian UU oleh MK.

Dalam rangka untuk melengkapi kajian mengenai keterkaitan MK dengan eksistensi MHA, menjadi menarik untuk menggali lebih jauh, bagaimana dinamika pemberian kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU oleh MK. Dalam menjawab pertanyaan tersebut, maka perlu dimulai dengan memetakan secara komprehensif putusan-putusan pengujian UU yang memuat MHA sebagai Pemohon pengujiannya, dengan *tempus* sejak MK dibentuk pada tahun 2003 sampai tahun 2019. Dengan demikian, dapat diketahui bagaimana dinamika pemberian kedudukan hukum Pemohon bagi MHA dalam pengujian UU oleh MK secara komprehensif dan apa yang mendasari pemberian kedudukan hukum oleh hakim MK kepada MHA sebagai Pemohon pada pengujian UU.

## 2. Perumusan Masalah

Secara spesifik, rumusan permasalahan yang menjadi fokus penelitian ini yaitu: (1) Bagaimana dinamika pemberian kedudukan hukum Pemohon bagi Masyarakat Hukum Adat dalam pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi? (2) Apa yang mendasari

<sup>11</sup> Dian Agung Wicaksono, *Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum (Legal Standing) Pemohon Perorangan dalam Perkara Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi (Studi Atas Putusan Tahun 2003-2019)* (Yogyakarta: Disertasi Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2023).

<sup>12</sup> Publikasi dengan topik kedudukan hukum Pemohon dalam pengujian UU oleh MK yang telah diterbitkan:

- Dian Agung Wicaksono dan Enny Nurbaningsih, "Ratio Legis Pembatasan Kedudukan Hukum bagi Pembentuk Undang-Undang dalam Pengujian Undang-Undang," *Jurnal Konstitusi* 19, no. 3 (Sep 2022): 503-527, <https://doi.org/10.31078/jk1931>.
- Dian Agung Wicaksono, "Quo Vadis Pendirian Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang Cipta Kerja dan Implikasinya terhadap Kegamangan Pemerintah Daerah dalam Melaksanakan Kewenangan Mengatur," *Jurnal RechtsVinding* 11, no. 1 (Apr 2022): 77-98, <http://dx.doi.org/10.33331/rechtsvinding.v11i1.846>.
- Dian Agung Wicaksono dan Andy Omara, "Ratio Legis Kedudukan Hukum Pemohon dalam Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Penelitian Hukum De Jure* 20, no. 4 (Des 2020): 487-510, <http://dx.doi.org/10.30641/dejure.2020.V20.487-510>.
- Dian Agung Wicaksono dan Enny Nurbaningsih, "Ratio Legis Penetapan Pembayar Pajak (Taxpayer) sebagai Kedudukan Hukum dalam Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 17, no. 3 (Sep 2020): 461-494, <https://doi.org/10.31078/jk1731>.

pertimbangan hukum Mahkamah Konstitusi dalam memberikan kedudukan hukum kepada Masyarakat Hukum Adat sebagai Pemohon pada pengujian Undang-Undang? (3) Apa usulan dasar penentuan kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU?

### **3. Metode Penelitian**

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, yang mengonseptualisasikan hukum sebagai apa yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan atau sebagai kaidah atau norma yang menjadi pedoman manusia untuk berperilaku secara layak. Dalam penelitian hukum ini digunakan pendekatan peraturan perundang-undangan dan pendekatan konseptual serta digunakan studi kasus berupa putusan-putusan pengujian UU oleh MK yang mendudukkan MHA sebagai Pemohon pengujian. Bahan hukum primer dalam penelitian ini adalah putusan-putusan MK dalam pengujian UU yang Pemohon pengujiannya merupakan MHA, yakni meliputi:

1. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 031/PUU-V/2007 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual di Provinsi Maluku;
2. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-VI/2008 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 51 Tahun 1999 tentang Pembentukan Kabupaten Buol, Kabupaten Morowali dan Kabupaten Banggai Kepulauan;
3. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 033/PUU-VIII/2010 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah;
4. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 029/PUU-IX/2011 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 yang telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2008 yang ditetapkan dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2008 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua;
5. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 025/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden;
6. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 035/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan;
7. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 019/PUU-XI/2013 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 56 Tahun 2008 tentang Pembentukan Kabupaten Tambrau di Provinsi Papua Barat;
8. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 105/PUU-XI/2013 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2013 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 56 Tahun 2008 tentang Pembentukan Kabupaten Tambrau di Provinsi Papua Barat;
9. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 121/PUU-XII/2014 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua.

Putusan-putusan tersebut terlebih dahulu dianalisis untuk memperoleh konstruksi yuridis dari pertimbangan hukum yang ada dalam tiap putusan. Selanjutnya, analisis

dilakukan terhadap rasionalitas hakim MK dalam memberikan MHA suatu kedudukan hukum sebagai Pemohon dalam pengujian UU dan bagaimana perumusan yang ideal untuk menentukan pemberian kedudukan hukum tersebut,

Terhadap data yang telah dikumpulkan kemudian dilakukan analisis secara deskriptif kualitatif untuk menjawab permasalahan penelitian yang ada. Dalam metode analisis deskriptif kualitatif, analisis dilakukan dengan mendasarkan pada 3 (tiga) aspek, yakni klasifikasi, perbandingan, dan keterkaitan. Oleh karena itu, penelitian yang menerapkan metode kualitatif tidak hanya memiliki tujuan untuk mengungkapkan kebenaran melainkan juga untuk mengerti kebenaran tersebut.

## **B. PEMBAHASAN**

### **1. Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum Pemohon bagi Masyarakat Hukum Adat dalam Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi**

Sebelum lebih lanjut menelusuri dinamika pemberian kedudukan hukum Pemohon bagi MHA dalam pengujian UU oleh MK, penting untuk menegaskan pengaturan terkait kedudukan hukum Pemohon dalam pengujian UU. Dalam Pasal 51 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK 2003) termuat ketentuan terkait kedudukan Pemohon yang menyatakan sebagai berikut:<sup>13</sup>

- (1) Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:
  - a. perorangan warga negara Indonesia;
  - b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
  - c. badan hukum publik atau privat; atau
  - d. lembaga negara.
- (2) Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud pada ayat (1).
- (3) Dalam permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa:
  - a. pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan/atau
  - b. materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

<sup>13</sup> Republik Indonesia, "Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi" (2003). Lihat Pasal 51.

Lebih lanjut, Penjelasan Pasal 51 UU MK 2003 menguraikan terkait dengan “hak konstitusional” yang dijelaskan sebagai hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.<sup>14</sup> Penjelasan tersebut juga menguraikan bahwa yang dimaksud Pemohon perorangan WNI di dalamnya termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama.<sup>15</sup>

Mendasarkan pada pengaturan *a quo*, dapat disimpulkan kedudukan hukum yang dipunyai Pemohon dalam pengujian UU terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) memiliki 2 (dua) aspek yang harus dipenuhi secara kumulatif, yaitu: **Pertama**, Kedudukan Hukum Formil, merupakan kualifikasi entitas yang disebutkan dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK 2003, meliputi 5 (lima) entitas, yaitu: (a) perorangan warga negara Indonesia (termasuk di dalamnya kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama); (b) kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang; (c) badan hukum publik atau privat; atau (d) lembaga negara. Pemohon pengujian UU wajib memenuhi salah satu dari kualifikasi entitas yang diberi hak atau kewenangan untuk menjadi Pemohon pengujian UU. Penulis menyebut sebagai Kedudukan Hukum Formil karena kualifikasi entitas tersebut hanya perlu dibuktikan eksistensinya secara legal formal dalam perkara pengujian UU melalui dokumen legal yang membuktikan terpenuhinya kualifikasi entitas tersebut, yaitu:

**Tabel 1.**

**Dokumen Legal sebagai Bukti dalam Kedudukan Hukum Formil**

<b>Kualifikasi Entitas</b>	<b>Dokumen Legal sebagai Bukti</b>
Perorangan warga negara Indonesia (di dalamnya termasuk kelompok orang dengan kepentingan yang sama)	Kartu Tanda Penduduk atau dokumen kependudukan lainnya yang menunjukkan bahwa Pemohon adalah Warga Negara Indonesia
Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang.	• Dokumen pengukuhan keberadaan masyarakat hukum adat yang ditetapkan dengan Peraturan Daerah;* atau

\* Republik Indonesia, "Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan" (1999). Lihat Pasal 67 ayat (2).

<sup>14</sup> Republik Indonesia. Penjelasan Pasal 51 ayat (1).

<sup>15</sup> Republik Indonesia. Lihat Penjelasan Psal 51 ayat (1) huruf a.



Kualifikasi Entitas	Dokumen Legal sebagai Bukti
	<ul style="list-style-type: none"><li>Dokumen penetapan pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat ditetapkan dengan Keputusan Kepala Daerah atau Keputusan Bersama Kepala Daerah dalam hal masyarakat hukum adat berada di 2 (dua) atau lebih kabupaten/kota.**</li></ul>
Badan hukum publik atau privat.	Akta pendirian badan hukum Indonesia
Lembaga negara.	Dasar hukum pendirian lembaga negara

**Sumber:** Diolah Penulis, 2021.

Khusus mengenai kedudukan hukum kesatuan MHA, MK dalam praktik mengadili perkara pengujian UU dengan Pemohon mendalilkan diri sebagai MHA tidak secara eksplisit meminta Pemohon untuk menunjukkan dokumen legal sebagai bukti dari kedudukan hukum MHA, justru dalam pertimbangan hukum pemberian kedudukan hukum Pemohon, MK tidak serta memutus mengenai validitas dalil kedudukan hukum MHA tetapi dibuktikan bersama pertimbangan mengenai pokok permohonan.<sup>16</sup>

**Kedua,** Kedudukan Hukum Materiil, merupakan dalil Pemohon berupa anggapan terjadinya kerugian terhadap hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon karena berlakunya undang-undang. Hal ini kemudian disebut dengan doktrin kerugian

\*\* Kementerian Dalam Negeri, "Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 52 Tahun 2014 tentang Pedoman Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Hukum Adat" (2014). Lihat Pasal 6 ayat (2) dan ayat (3).

<sup>16</sup> Pertimbangan hukum untuk kedudukan hukum kesatuan masyarakat hukum adat yang demikian dapat dilihat dalam:

- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 031/PUU-V/2007 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual di Provinsi Maluku terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2008);
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-VI/2008 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 51 Tahun 1999 tentang Pembentukan Kabupaten Buol, Kabupaten Morowali dan Kabupaten Banggai Kepulauan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2008);
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 033/PUU-VIII/2010 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun (2010);
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 025/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2013);
- Mahkamah Konstitusi, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 019/PUU-XI/2013 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 56 Tahun 2008 tentang Pembentukan Kabupaten Tambrau di Provinsi Papua Barat terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2013).

konstitusional (*constitutional injury*)<sup>17</sup>, di mana hal tersebut wajib didalilkan oleh Pemohon dalam permohonan. Konsep kerugian konstitusional ini lebih lanjut dielaborasi oleh MK dalam Putusan Nomor 006/PUU-III/2005, tertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Nomor 011/PUU-V/2007, tertanggal 20 September 2007, dan secara konsisten digunakan dalam putusan-putusan selanjutnya bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud Pasal 51 UU MK 2003 haruslah dipenuhi lima syarat yang bersifat kumulatif, yaitu:<sup>18</sup>

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian; dan
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Dalam Putusan MK Nomor 11/PUU-V/2007, oleh MK ditambahkan frasa “bersifat kumulatif” dalam mengukur kelima syarat kerugian yang wajib dilengkapi oleh Pemohon, yang kemudian kedua Putusan *a quo* senantiasa dikutip beriringan sebagai bentuk penekanan dari MK bahwa syarat kerugian konstitusional itu dinilai secara kumulatif, sehingga bila tidak terpenuhinya salah satu syarat kerugian berarti Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan perkara.<sup>19</sup>

Berbekal pemahaman yang didapatkan dari elaborasi mengenai ketentuan normatif terkait kedudukan hukum sebagai Pemohon dalam pengujian UU di atas, selanjutnya dilaksanakan penelusuran terhadap putusan-putusan pengujian UU, di mana MHA mengajukan permohonan pengujian UU. Hal ini dilakukan untuk dapat melihat dinamika penetapan kedudukan hukum MHA dalam pengujian UU oleh MK sejak awal pembentukan MK pada tahun 2003 sampai tahun 2019, yang disajikan pada tabel di bawah ini:

<sup>17</sup> Bisariyadi Bisariyadi, “Membedah Doktrin Kerugian Konstitusional,” *Jurnal Konstitusi* 14, no. 1 (July 24, 2017): 23, <https://doi.org/10.31078/jk1412>.

<sup>18</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2005), 16. Lihat juga Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011/PUU-V/2007 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 56 Prp Tahun 1960 tentang Penetapan Luas Tanah Pertanian terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2007), 56.

<sup>19</sup> Bisariyadi, “Membedah Doktrin Kerugian Konstitusional,” 24.

**Tabel 2.**

**Analisis Pertimbangan Hukum MK atas Dalil Kedudukan Hukum MHA sebagai Pemohon dalam Pengujian Undang-Undang Tahun 2003-2019**

No.	Nomor Putusan	Analisis Pertimbangan Hukum
1.	031/PUU-V/2007	MK meletakkan <b>fondasi pertimbangan hukum</b> terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU dengan menilai tipologi dan tolok ukur MHA.
2.	006/PUU-VI/2008	Pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU dilakukan <b>dengan secara eksplisit merujuk</b> pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007.
3.	033/PUU-VIII/2010	Pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU dilakukan <b>tanpa merujuk</b> pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007.
4.	029/PUU-IX/2011	<ul style="list-style-type: none"><li>• Pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU dilakukan <b>tanpa merujuk</b> pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007.</li><li>• Namun, MK secara <b>eksplisit merujuk Putusan Nomor 031/PUU-V/2007 dalam pokok permohonan</b> dengan memberikan penegasan bahwa, “Belum adanya peraturan daerah yang menetapkan eksistensi suatu kesatuan masyarakat hukum adat, tidak berarti kesatuan masyarakat hukum adat menjadi tidak ada, karena apabila keberadaan masyarakat hukum adat di Provinsi Papua digantungkan pada pengakuan atau pengukuhan berdasarkan peraturan daerah, maka secara yuridis tidak akan ada kesatuan masyarakat hukum adat di Provinsi Papua sampai dengan adanya pengukuhan tersebut.”</li><li>• Pertimbangan tersebut relevan karena dalam Pasal 1 angka 20 UU 21/2001 <i>jo.</i> UU 35/2008 <i>jo.</i> UU 2/2021 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua memberikan definisi, “Masyarakat Hukum Adat adalah warga masyarakat asli Papua yang sejak kelahirannya hidup dalam wilayah tertentu dan terikat serta tunduk kepada hukum adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi di antara para anggotanya.”</li></ul>

No.	Nomor Putusan	Analisis Pertimbangan Hukum
		<ul style="list-style-type: none"><li>• Pendefinisian MHA secara khusus untuk Papua membuat MHA di Papua seharusnya memiliki beban pembuktian sebagai MHA yang lebih ringan bila dibandingkan dengan MHA di daerah lain. Hal ini dikarenakan UU Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua didudukkan sebagai <i>lex specialis</i> dari UU Kehutanan yang mengatur MHA harus diakui dengan Peraturan Daerah.</li></ul>
5.	025/PUU-X/2012	<ul style="list-style-type: none"><li>• MK memberikan pertimbangan hukum terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU <b>tanpa merujuk</b> pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007.</li><li>• MK mengubah dalil kedudukan hukum Pemohon dari MHA menjadi Perorangan, walaupun Pemohon memberikan keterangan bahwa Pemohon merupakan Kepala Suku yang berwenang mewakili kesatuan MHA.</li></ul>
6.	035/PUU-X/2012	<ul style="list-style-type: none"><li>• MK memberikan pertimbangan hukum terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU <b>tanpa merujuk</b> pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007.</li><li>• Pemohon dapat menunjukkan dokumen legal yang membuktikan eksistensinya sebagai MHA.</li></ul>
7.	019/PUU-XI/2013	MK memberikan pertimbangan hukum terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU <b>tanpa merujuk</b> pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007.
8.	105/PUU-XI/2013	<ul style="list-style-type: none"><li>• MK memberikan pertimbangan hukum terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU <b>tanpa merujuk</b> pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007.</li><li>• Pemohon walaupun memberikan keterangan sebagai Kepala Suku yang berwenang mewakili kesatuan MHA, namun secara tegas menggunakan kedudukan hukum Perorangan dalam pengujian UU dan dikabulkan oleh MK.</li></ul>
9.	121/PUU-XII/2014	MK memberikan pertimbangan hukum terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU <b>dengan secara eksplisit merujuk</b> pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007.

Sumber: Diolah Penulis, 2021.

Berdasarkan Tabel 2 di atas, dapat diketahui bahwa dalam kurun waktu 2003 sampai 2019 setidaknya berdasarkan penelusuran Peneliti terdapat 9 (sembilan) putusan, di mana MHA mengajukan permohonan pengujian UU. Bila dicermati dari Tabel 2 di atas dapat

diperoleh beberapa pola pertimbangan hukum dalam pemberian kedudukan hukum bagi Pemohon MHA, yaitu: **Pola Pertama**, pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU dengan secara eksplisit merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007. MK menerapkan pola ini pada: (a) Putusan Nomor 006/PUU-VI/2008; dan (b) Putusan Nomor 121/PUU-XII/2014. Putusan Nomor 031/PUU-V/2007 menjadi putusan yang secara konsisten dirujuk oleh MK dalam pertimbangan pemberian kedudukan hukum bagi MHA sebagai Pemohon pengujian UU. Putusan *a quo* juga menjadi fondasi dalam menilai dalil Pemohon dengan mencermati tipologi dan tolok ukur keberadaan MHA dalam sistem hukum Indonesia sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18B ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 *juncto* Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK 2003. Anomali terjadi dalam Putusan Nomor 029/PUU-IX/2011 karena dalam pemberian kedudukan hukum terhadap MHA sebagai Pemohon pengujian UU tidak merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007, tetapi baru kemudian pada pokok permohonan MK merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007 untuk memberikan penegasan mengenai alasan Pemohon diberikan kedudukan hukum sebagai MHA.

**Pola Kedua**, pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU tanpa merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007. MK menerapkan pola ini pada: (a) Putusan Nomor 033/PUU-VIII/2010; (b) Putusan Nomor 029/PUU-IX/2011; (c) Putusan Nomor 025/PUU-X/2012; (d) Putusan Nomor 035/PUU-X/2012; (e) Putusan Nomor 019/PUU-XI/2013; dan (f) Putusan Nomor 105/PUU-XI/2013. Pola ini menjadi pola yang mayoritas digunakan oleh MK dalam pemberian pertimbangan hukum terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pada pengujian UU. Fakta ini menjadi hal yang perlu untuk dicermati lebih lanjut, apakah kemudian dasar pertimbangan hukum MK dalam memberikan atau tidak memberikan kedudukan hukum bagi MHA bila kemudian tidak dilakukan penilaian terlebih dahulu terhadap tipologi dan tolok ukur keberadaan MHA sebagaimana tertuang dalam Putusan Nomor 031/PUU-V/2007.

**Pola Ketiga**, pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU tanpa merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007, tetapi mempertimbangkan keterangan Pemohon yang dapat menunjukkan dokumen legal yang membuktikan eksistensinya sebagai MHA. Pola ini merupakan pengembangan dari Pola Kedua, di mana MK dalam memberikan pertimbangan hukum tidak merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007, tetapi mempertimbangkan keterangan Pemohon yang dapat menunjukkan dokumen legal yang membuktikan keberadaannya yang sudah diakui oleh Negara, baik dalam bentuk Peraturan Daerah maupun dalam bentuk Keputusan Kepala Daerah. Hal ini membuat MK sama sekali tidak melakukan penilaian terhadap tipologi dan tolok ukur keberadaan MHA, serta langsung memberikan afirmasi terhadap eksistensi MHA, *mutatis mutandis* MHA yang diakui dan diberikan kedudukan hukum sebagai Pemohon pengujian UU. Namun demikian, pola yang demikian ini baru terjadi 1 (satu) kali dalam

periode 2003 sampai dengan 2019, yaitu Putusan Nomor 035/PUU-X/2012, sehingga belum terdapat preseden putusan lain yang menerapkan pola ini secara konsisten.

**Pola Keempat**, MK memberikan kedudukan hukum perorangan kepada Pemohon pengujian UU yang secara substansi merupakan bagian dari MHA. Pola ini juga merupakan pengembangan dari Pola Kedua, di mana MK dalam memberikan pertimbangan hukum tidak merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007. MK menerapkan pola ini pada Putusan Nomor 025/PUU-X/2012 dan Putusan Nomor 105/PUU-XI/2013, di mana kedua putusan tersebut memiliki spesifikasi yang berbeda bila dicermati lebih lanjut. Pada Putusan Nomor 025/PUU-X/2012, MK menganulir dalil kedudukan hukum yang diajukan oleh Pemohon dari MHA menjadi perorangan, walaupun Pemohon memberikan keterangan bahwa Pemohon merupakan Kepala Suku yang berwenang mewakili kesatuan MHA. Adapun dalam Putusan Nomor 105/PUU-XI/2013, MK mengabulkan dalil kedudukan hukum perorangan yang diajukan oleh Pemohon, walaupun dalam keterangan Pemohon menjelaskan bahwa Pemohon merupakan Kepala Suku yang notabene berwenang untuk mewakili MHA.

## **2. Dasar Pertimbangan Hukum Mahkamah Konstitusi dalam Memberikan Kedudukan Hukum kepada Masyarakat Hukum Adat sebagai Pemohon dalam Pengujian Undang-Undang**

Berdasarkan 4 (empat) pola di atas, dapat kemudian ditarik intisari terkait dasar pemberian kedudukan hukum oleh MK kepada MHA sebagai Pemohon pengujian UU, yaitu: **Pertimbangan Pertama**, pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU didasarkan penilaian mengenai tipologi dan tolok ukur keberadaan MHA. Penilaian mengenai tipologi dan tolok ukur keberadaan MHA ini dilakukan MK ketika memberikan pertimbangan hukum mengenai dalil kedudukan hukum yang disampaikan oleh Pemohon. MK menuangkan petunjuk penilaian tipologi ini didasarkan pada pendapat MK pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007, yang berbunyi:<sup>20</sup>

*“[3.15] [...] sebelum mempertimbangkan kedudukan hukum (legal standing) para Pemohon, Mahkamah memandang perlu terlebih dahulu menguraikan tipologi dan tolok ukur adanya kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 juncto Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK.*

*[3.15.1] Menimbang menurut kenyataannya, kesatuan masyarakat hukum adat di Indonesia dapat dibedakan atas kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat (i) teritorial, (ii) genealogis, dan (iii) fungsional. Ikatan kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat genealogis ditentukan berdasarkan kriteria hubungan keturunan darah, sedangkan ikatan masyarakat hukum adat yang bersifat fungsional didasarkan atas fungsi-fungsi tertentu yang menyangkut kepentingan bersama yang mempersatukan masyarakat hukum adat yang bersangkutan dan tidak tergantung*

<sup>20</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 031/PUU-V/2007 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual di Provinsi Maluku terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, 164-166.

kepada hubungan darah ataupun wilayah [...]. Sementara itu, kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial bertumpu pada wilayah tertentu di mana anggota kesatuan masyarakat hukum adat yang bersangkutan hidup secara turun-temurun dan melahirkan hak ulayat yang meliputi hak atas pemanfaatan tanah, air, hutan, dan sebagainya.

**[3.15.2]** Menimbang bahwa oleh karena Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 berbunyi, “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang”, maka **Mahkamah memandang perlu untuk menentukan kriteria atau tolok ukur terpenuhinya ketentuan Undang-Undang Dasar dimaksud yaitu bahwa kesatuan masyarakat hukum adat tersebut: (1) masih hidup; (2) sesuai dengan perkembangan masyarakat; (3) sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan (4) ada pengaturan berdasarkan undang-undang.**

**[3.15.3]** Menurut Mahkamah, suatu kesatuan masyarakat hukum adat untuk dapat dikatakan secara *de facto* masih hidup (*actual existence*) baik yang bersifat teritorial, genealogis, maupun yang bersifat fungsional setidaknya mengandung unsur-unsur (i) adanya masyarakat yang warganya memiliki perasaan kelompok (*in-group feeling*); (ii) adanya pranata pemerintahan adat; (iii) adanya harta kekayaan dan/atau benda-benda adat; dan (iv) adanya perangkat norma hukum adat. Khusus pada kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial juga terdapat unsur (v) adanya wilayah tertentu.

**[3.15.4]** Mahkamah berpendapat bahwa kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dipandang sesuai dengan perkembangan masyarakat apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut: (1) Keberadaannya telah diakui berdasarkan undang-undang yang berlaku sebagai pencerminan perkembangan nilai-nilai yang dianggap ideal dalam masyarakat dewasa ini, baik undang-undang yang bersifat umum maupun bersifat sektoral, seperti bidang agraria, kehutanan, perikanan, dan lain-lain maupun dalam peraturan daerah; (2) Substansi hak-hak tradisional tersebut diakui dan dihormati oleh warga kesatuan masyarakat yang bersangkutan maupun masyarakat yang lebih luas, serta tidak bertentangan dengan hak-hak asasi manusia.

**[3.15.5]** Menimbang bahwa Mahkamah berpendapat suatu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut tidak mengganggu eksistensi Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai sebuah kesatuan politik dan kesatuan hukum yaitu: (1) Keberadaannya tidak mengancam kedaulatan dan integritas Negara Kesatuan Republik Indonesia; (2) Substansi norma hukum adatnya sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

**[3.15.6]** Menimbang bahwa berdasarkan uraian sebagaimana tersebut di atas, [...] Mahkamah perlu memastikan terlebih dahulu bahwa Pemohon telah memenuhi syarat sebagaimana tersebut pada paragraf [3.15.5].”

Pertimbangan di atas menjadi pertimbangan hukum yang setidaknya dalam periode tahun 2003 sampai dengan tahun 2019 telah secara konsisten dirujuk sebanyak 4 (empat) kali dari total keseluruhan 9 (sembilan) putusan pengujian UU, di mana MHA mengajukan permohonan pengujian UU.

**Pertimbangan Kedua**, pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU sesuai konteks perkara yang sedang diuji. Pertimbangan jenis ini relatif acak, namun memiliki pola yang sama, yaitu MK tidak merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007. Hal tersebut secara lebih detail dapat dilihat pada tabel berikut:

**Tabel 3.**  
**Pertimbangan Hukum MK atas Dalil Kedudukan Hukum MHA sebagai Pemohon Pengujian UU sesuai Konteks Perkara**

No.	Nomor Putusan	Keterangan dalam Pemberian Kedudukan Hukum
1.	033/PUU-VIII/2010	MK serta merta mengakui dalil Pemohon sebagai MHA.
2.	029/PUU-IX/2011	MK dalam pertimbangan hukum tidak memberikan alasan pemberian kedudukan kepada MHA, namun dalam pokok permohonan memberikan alasan pemberian kedudukan hukum bagi MHA sebagai Pemohon.
3.	025/PUU-X/2012	MK mengubah dalil kedudukan hukum Pemohon dari MHA menjadi Perorangan, walaupun Pemohon memberikan keterangan bahwa Pemohon merupakan Kepala Suku yang berwenang mewakili kesatuan MHA.
4.	035/PUU-X/2012	Pemohon dapat menunjukkan dokumen legal yang membuktikan eksistensinya sebagai MHA.
5.	019/PUU-XI/2013	MK belum dapat memastikan Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan karena belum ada proses pembuktian di persidangan, sehingga belum dapat diberikan kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan. Meskipun demikian, karena permohonan adalah pengujian UU yang putusannya bersifat <i>erga omnes</i> , maka putusan MK berlaku juga terhadap MHA sebagai Pemohon.

**Sumber:** Diolah Penulis, 2021.

Berdasarkan Tabel 3 di atas dapat diketahui bahwa pemberian pertimbangan hukum oleh MK terkait dalil kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU diberikan secara acak. Pertimbangan hukum yang acak ini dapat disimpulkan terjadi bila MK tidak menggunakan Putusan Nomor 031/PUU-V/2007 sebagai rujukan dalam menilai dalil kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU. Anomali hanya terjadi dalam Putusan Nomor 029/PUU-IX/2011, di mana MK dalam pertimbangan hukum serta merta memberikan kedudukan hukum kepada MHA, tetapi kemudian dalam pokok permohonan mempertegas rujukan pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007 sebagai dasar dalam pemberian kedudukan hukum MHA.



Namun demikian, anomali dalam Putusan Nomor 029/PUU-IX/2011 dapat diterima mengingat dalam konteks perkara tersebut MHA di Papua telah mendapat definisi yuridis dalam UU Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua (UU Otonomi Khusus Papua), yaitu "Masyarakat Hukum Adat adalah warga masyarakat asli Papua yang sejak kelahirannya hidup dalam wilayah tertentu dan terikat serta tunduk kepada hukum adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi di antara para anggotanya."<sup>21</sup> Pendefinisian MHA secara khusus untuk Papua membuat MHA di Papua seharusnya memiliki beban pembuktian sebagai MHA yang lebih ringan bila dibandingkan dengan MHA di daerah lain. Hal ini dikarenakan UU Otonomi Khusus Papua didudukkan sebagai *lex specialis* dari Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (UU Kehutanan) yang mengatur MHA harus diakui dengan Peraturan Daerah.

**Pertimbangan Ketiga**, pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU dengan mengacu pada dokumen legal yang membuktikan eksistensinya sebagai MHA. Walaupun jenis pertimbangan ini tidak tertulis secara eksplisit, namun preseden pada Putusan Nomor 035/PUU-X/2012 menjadi salah satu pembelajaran yang penting untuk dicermati, karena ketika MHA dapat menunjukkan dokumen legal pengakuannya oleh Negara, baik berbentuk Peraturan Daerah maupun Keputusan Kepala Daerah, maka *mutatis mutandis* MK tidak lagi merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007 dan seolah menyandarkan validitas eksistensi MHA pada dokumen legal tersebut. Pada dasarnya hal ini bersesuaian dengan asas *praesumptio iustae causa* atau asas praduga keabsahan, di mana tindakan penguasa dianggap sah sesuai aturan hukum sampai dinyatakan sebaliknya.<sup>22</sup>

Hal ini dikarenakan menurut UU Kehutanan, dokumen pengukuhan keberadaan MHA yang ditetapkan dengan Peraturan Daerah,<sup>23</sup> sedangkan dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 52 Tahun 2014 tentang Pedoman Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Hukum Adat, dokumen penetapan pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat ditetapkan dengan Keputusan Kepala Daerah atau Keputusan Bersama Kepala Daerah dalam hal masyarakat hukum adat berada di 2 (dua) atau lebih kabupaten/kota.<sup>24</sup> Dengan demikian, bila kemudian MHA dapat menunjukkan dokumen legal tersebut sebagai justifikasi pengaturan eksistensinya, *mutatis mutandis* MK telah memiliki dasar untuk memberikan kedudukan hukum terhadap MHA sebagai Pemohon pada pengujian UU.

<sup>21</sup> Republik Indonesia, "Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua" (2001). Sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan Republik Indonesia, "Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2021 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua" (2021). Lihat Pasal 1 angka 20

<sup>22</sup> Dikenal juga dengan istilah *het vermoeden van rechtmatigheid*. Lihat dalam Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, 15 dan 24.

<sup>23</sup> Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. Lihat Pasal 67 ayat (2).

<sup>24</sup> Kementerian Dalam Negeri, Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 52 Tahun 2014 tentang Pedoman Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Hukum Adat. Lihat Pasal 6 ayat (2) dan ayat (3).

### **3. Usulan Rumusan Dasar Penentuan Kedudukan Hukum bagi Masyarakat Hukum Adat sebagai Pemohon pada Pengujian Undang-Undang**

Merujuk pada pola pemberian pertimbangan hukum dan jenis pertimbangan hukum yang diberikan terhadap dalil kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU, maka Penulis merumuskan usulan dasar penentuan kedudukan hukum MHA ke depan dalam kerangka memberikan kepastian hukum bagi MHA sebagai pencari keadilan (*justiciabelen*) dalam adjudikasi konstitusional pengujian UU di MK, yaitu:

**Pertama**, pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU dengan secara konsisten merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007. Hal ini pada dasarnya sudah dilakukan oleh MK setidaknya pada Putusan Nomor 006/PUU-VI/2008 dan Putusan Nomor 121/PUU-XII/2014, sehingga dalam kerangka memberikan pedoman bagi MHA yang akan menjadi Pemohon dalam pengujian UU, menjadi hal yang baik bila kemudian MK konsisten merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007 tersebut untuk melakukan penilaian terhadap tipologi dan tolok ukur keberadaan MHA dalam sistem hukum Indonesia sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18B ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 *juncto* Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK 2003. MK dalam hal konteks khusus, misalnya MHA di Papua yang telah mendapatkan pendefinisian khusus dalam UU Otonomi Khusus Papua, MK dapat memberikan pertimbangan dengan merujuk pada pendefinisian khusus tersebut, dengan tetap berpegang pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007, karena uraian mengenai tipologi dan tolok ukur dalam Putusan *a quo* merupakan bentuk tafsir MK terhadap konstruksi Pasal 18B ayat (2) UUD NRI Tahun 1945.

**Kedua**, MK dalam memberikan pertimbangan hukum terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pengujian UU dapat tidak merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007, sepanjang MHA dapat menunjukkan dokumen legal yang membuktikan eksistensinya sebagai MHA. Hal ini pada dasarnya sudah dilakukan oleh MK setidaknya pada Putusan Nomor 035/PUU-X/2012. Namun demikian, hal ini harus dimaknai sebagai bentuk harmonisasi dengan peraturan perundang-undangan yang telah mengatur mengenai bentuk dokumen hukum pengakuan MHA, apakah dalam bentuk Peraturan Daerah atautkah dalam bentuk Keputusan Kepala Daerah.

## **C. KESIMPULAN**

Berdasarkan pembahasan dan analisis yang telah diuraikan di atas, dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut: **Pertama**, dinamika pemberian kedudukan hukum Pemohon bagi MHA dalam pengujian UU periode 2003-2019 menunjukkan 4 (empat) pola pertimbangan, yaitu: (a) secara eksplisit merujuk pada Putusan MK Nomor 031/PUU-V/2007; (b) tanpa merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007; (c) tanpa merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007, tetapi mempertimbangkan keterangan Pemohon yang dapat menunjukkan dokumen legal yang membuktikan eksistensinya sebagai MHA;

dan (d) pemberian kedudukan hukum perorangan kepada Pemohon pada pengujian UU yang secara substansi merupakan bagian dari MHA. **Kedua**, dasar pertimbangan hukum MK dalam pemberian kedudukan hukum kepada MHA sebagai Pemohon pada pengujian UU setidaknya ada 3 (tiga), yaitu: (1) penilaian tipologi dan tolok ukur keberadaan MHA; (2) kesesuaian konteks perkara yang sedang diuji; dan (3) dokumen legal yang membuktikan eksistensinya sebagai MHA. **Ketiga**, usulan perumusan dasar penentuan kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon dalam pengujian UU, yaitu: (a) pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pada pengujian UU dengan secara konsisten merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007; atau (b) pemberian pertimbangan hukum oleh MK terhadap kedudukan hukum MHA sebagai Pemohon pada pengujian UU dapat tidak merujuk pada Putusan Nomor 031/PUU-V/2007, sepanjang MHA dapat menunjukkan dokumen legal yang membuktikan eksistensinya sebagai MHA.

## DAFTAR PUSTAKA

- Amiruddin, and Zainal Asikin. *Pengantar Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2004.
- Anindyajati, Titis. "Politik Hukum Tentang Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Melindungi Eksistensi Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Di Indonesia." *Jurnal Masyarakat Dan Budaya* 19, no. 1 (2017): 1-14. <https://doi.org/10.14203/jmb.v19i1.378>.
- Azis, Arasy Pradana A., and Yance Arizona. "Afirmasi MK Terhadap Jukstaposisi Masyarakat Adat Sebagai Subyek Hak Berserikat Di Indonesia (Analisis Terhadap Keterlibatan Aliansi Masyarakat Adat Nusantara Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012)." *Jurnal Rechts Vinding: Media Pembinaan Hukum Nasional* 8, no. 1 (2019): 19-35. <https://doi.org/10.33331/rechtsvinding.v8i1.300>.
- Bisariyadi. "Membedah Doktrin Kerugian Konstitusional." *Jurnal Konstitusi* 14, no. 1 (2017): 22-44. <https://doi.org/10.31078/jk1412>.
- Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia. "Paripurna DPR Sepakati 33 RUU Prolegnas Prioritas 2021," 2021. <https://www.dpr.go.id/berita/detail/id/32239/t/Paripurna+DPR+Sepakati+33+RUU+Prolegnas+Prioritas+2021>.
- \_\_\_\_\_. "RUU Tentang Masyarakat Hukum Adat," 2020. <https://www.dpr.go.id/uu/detail/id/394>.
- Ismi, Hayatul. "Kedudukan Hukum Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Dalam Berperkara Di Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi BKK Fakultas Hukum Universitas Riau* 1, no. 1 (2012): 1-18.
- Kementerian Dalam Negeri. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 52 Tahun 2014 tentang Pedoman Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Hukum Adat (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 951) (2014).

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2005).

\_\_\_\_\_... Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-VI/2008 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 51 Tahun 1999 tentang Pembentukan Kabupaten Buol, Kabupaten Morowali dan Kabupaten Banggai Kepulauan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2008).

\_\_\_\_\_... Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011/PUU-V/2007 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 56 Prp Tahun 1960 tentang Penetapan Luas Tanah Pertanian terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2007).

\_\_\_\_\_... Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 019/PUU-XI/2013 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 56 Tahun 2008 tentang Pembentukan Kabupaten Tambrau di Provinsi Papua Barat terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2013).

\_\_\_\_\_... Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 025/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2013).

\_\_\_\_\_... Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 031/PUU-V/2007 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual di Provinsi Maluku terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (2008).

\_\_\_\_\_... Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 033/PUU-VIII/2010 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun (2010).

Rahman, Irfan Nur, Anna Triningsih, Alia Harumdani W, and Nallom Kurniawan. "Dasar Pertimbangan Yuridis Kedudukan Hukum (Legal Standing) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Dalam Proses Pengujian Undang-Undang Di Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 8, no. 5 (2016): 767-802. <https://doi.org/10.31078/jk856>.

Republik Indonesia. Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2021 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2021 Nomor 155, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6697) (2021).

\_\_\_\_\_, Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 135, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4151) (2001).

- \_\_\_\_\_, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316) (2003).
- \_\_\_\_\_, Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 167, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3888) (1999).
- Soekanto, Soerjono, and Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Umum*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007.
- Tim Penyusun. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010.
- Wicaksono, Dian Agung, and Andy Omara. "Ratio Legis Kedudukan Hukum Pemohon dalam Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Penelitian Hukum De Jure* 20, no. 4 (Des 2020): 487-510, <http://dx.doi.org/10.30641/dejure.2020.V20.487-510>.
- Wicaksono, Dian Agung, and Enny Nurbaningsih. "Ratio Legis Pembatasan Kedudukan Hukum bagi Pembentuk Undang-Undang dalam Pengujian Undang-Undang," *Jurnal Konstitusi* 19, no. 3 (Sep 2022): 503-27, <https://doi.org/10.31078/jk1931>.
- \_\_\_\_\_, "Ratio Legis Penetapan Pembayar Pajak (Taxpayer) sebagai Kedudukan Hukum dalam Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 17, no. 3 (Sep 2020): 461-94, <https://doi.org/10.31078/jk1731>.
- Wicaksono, Dian Agung. "Quo Vadis Pendirian Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang Cipta Kerja dan Implikasinya terhadap Kegamangan Pemerintah Daerah dalam Melaksanakan Kewenangan Mengatur," *Jurnal RechtsVinding* 11, no. 1 (Apr 2022): 77-98, <http://dx.doi.org/10.33331/rechtsvinding.v11i1.846>.
- \_\_\_\_\_, *Dinamika Pemberian Kedudukan Hukum (Legal Standing) Pemohon Perorangan dalam Perkara Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi (Studi Atas Putusan Tahun 2003-2019)*. Yogyakarta: Disertasi Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2023.
- Yulianingrum, Aulia Vivi. "Mempertegas Kedudukan Hukum Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Dalam Memenuhi Hak-Hak Konstitusional." *Jurnal Yuriska* 10, no. 1 (2018) :73-85..
- Zakaria, R. Yando. "Konstitusionalitas Kriteria Masyarakat (Hukum) Adat Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012." *Jurnal Kajian* 19, no. 2 (2014): 127-44.



## *Convergence of Constitutional Interpretation to the Test of Laws Through a Constitutional Dialogue Approach*



### **Konvergensi Penafsiran Konstitusional terhadap Pengujian Undang-Undang Melalui Pendekatan Constitutional Dialogue**

Ahmad , Fence M. Wantu , Dian Ekawaty Ismail

Faculty of Law, Gorontalo State University, Gorontalo, Indonesia

#### Article Info

##### Corresponding Author:

Ahmad

✉ [ahmad\\_wijaya@ung.ac.id](mailto:ahmad_wijaya@ung.ac.id)

##### History:

Submitted: 06-05-2021

Revised: 01-11-2022

Accepted: 03-08-2023

##### Keyword:

Interpretation; Constitutional Dialogue;  
Democratic.

##### Kata Kunci:

Penafsiran; Dialog Konstitusional;  
Demokratis.

#### Abstract

*The Constitutional Court's presence yields positive impacts on constitutional law, yet isn't devoid of controversies, including Judge misconduct, transgression of 'nemo judex idoneus in propria causa' principle, and potential super body transformation. This paper aims to comprehend and analyze constitutional interpretation dominance in assessing laws against the 1945 Constitution through a constitutional dialogue approach. This normative writing employs legal, historical, and conceptual methods. Findings underscore: 1) Demonstrating respect for state institutions, notably the People's Consultative Assembly of Indonesia. 2) Establishing a more democratic system to test the 1945 Constitution's compatibility in the Constitutional Court. 3) Breaking the monopoly of Constitutional Court-centric constitutional interpretation. 4) Reviving 'nemo judex idoneus in propria causa' principle is pivotal due to extensive testing of Constitutional Court Law, addressing concerns about verdict impartiality.*

#### Abstrak

Kehadiran MK berdampak baik terhadap hukum ketatanegaraan, namun juga tidak lepas dari sejumlah kontroversi, misalnya penyalagunaan wewenang yang dilakukan oleh Hakim MK, penerobosan terhadap asas *nemo judex idoneus in propria causa*, dan menjelma menjadi lembaga *super body*. Tujuan Penulisan adalah mengetahui dan menganalisis dominasi penafsiran konstitusional dalam pengujian undang-undang terhadap undang undang dasar 1945 dengan pendekatan *constitutional dialogue*. Jenis Penulisan ini adalah normative, dengan menggunakan pendekatan undang-undang; pendekatan historis; dan pendekatan konseptual. Hasil Penulisan ini menunjukkan bahwa: 1) bentuk penghormatan kepada lembaga negara yang lain, terutama kepada MPR RI. 2) membangun system pengujian UU terhadap UUD 1945 di Mahkamah Konstitusi yang lebih demokratis. 3) memecah dominasi penafsiran konstitusional yang terpusat kepada MK. dan 4) menghidupkan asas *nemo judex inoedus in propria causa*, hal ini diperlukan sebab salah satu UU yang banyak dilakukan pengujian adalah Undang-Undang MK sehingga menimbulkan persoalan pada Imparsialitas atas putusan yang dihasilkan.



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.

## A. PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang

Perkembangan paham konstitusionalisme sebagai sebuah konsep bernegara yang baik menjadi headline perbincangan dalam kajian teori hukum dan konstitusi, sejalan dengan pemikiran yang berkembang bahwa *constitution without constitutionalisme* (Konstitusi tanpa konstitusionalisme) akan kehilangan makna jati dirinya. Bahkan salah satu maestro hukum konstitusi dunia, yakni K.C Wheare dalam bukunya yang diberi judul "*Modern Constitution*" mengulasnya secara khusus dalam satu bab yang diberi tema "*what a constitution should contain*."<sup>1</sup> Jika membaca konstitusi di beberapa negara, maka akan terlihat sebuah perbedaan antara satu dengan yang lainnya, hal ini disebabkan karena perbedaan pemikiran dari setiap perumus konstitusi di masing-masing negara tersebut. Namun terlepas dari perbedaan itu, dalam hal materi muatan konstitusi di semua negara mencakup 3 (tiga) hal utama, yakni:<sup>2</sup> (1) Tersedianya ketentuan yang memproteksi HAM; (2) Tersedianya pengaturan kelembagaan negara yang fundamental; (3) Tersedianya ketentuan yang membatasi kekuasaan dan pelaksanaan kekuasaan yang bersifat mendasar.

Terangnya paham konstitusionalisme yang berkembang dua abad terakhir ini, ternyata tidak cukup hanya menjadi ilham bagi materi muatan konstitusi hampir di semua negara. Dalam konteks Indonesia, secara substansi materi muatan konstitusi Indonesia dapat dikatakan telah mengakomodir paham konstitusionalisme, dimana persyaratan perihal pemenuhan hak asasi manusia, terbaginya kekuasaan negara yang disertai batasan-batasan atas kekuasaan tersebut, pengaturan lembaga-lembaga negara, dan substansi yang lain sebagai penguat paham konstitusionalisme telah dipenuhi. Namun, masalah selanjutnya adalah aktualisasi dari substansi konstitusi kadang kala mengingkari apa yang diamanatkan di dalam konstitusi, sehingga dengan celah ini membuka ruang terhadap adanya sikap pembangkangan terhadap konstitusi<sup>3</sup> yang dilakukan oleh pembentuk kebijakan hukum nasional (undang-undang).

Dengan maksud menjaga tatanan demokrasi konstitusional yang ada, maka sangat penting untuk menjaga marwah dan keluhuran konstitusi dalam sebuah negara, tidak terkecuali Indonesia. Konstitusi Indonesia yang selanjutnya disebut UUD NRI tahun 1945<sup>4</sup> sebagai norma dasar (*grundnorm*) sangat penting untuk dijaga konsistensinya dengan ketentuan turunannya, sehingga dibutuhkan sebuah sistem pengujian norma dengan menjadikan

<sup>1</sup> K.C. Wheare, *Modern Constitution*, 1975th ed. (Oxford: Oxford University Press, 1975), 32-51.

<sup>2</sup> Ahmad Novendri M. Nggilu, Abdul Hamid Tome, Lusiana M. Tijow, *Kajian Akademik: Penataan Wewenang Dan Tugas Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia* (Jakarta: Badan Pengkajian MPR RI, 2020), 31.

<sup>3</sup> Pembangkangan terhadap konstitusi atau *constitution disobedience* adalah pengingkaran terhadap nilai-nilai konstitusi secara substansi dengan mengabaikan tafsir konstitusionalnya. Lihat dalam Novendri M. Nggilu, "Menggagas Sanksi Atas Tindakan Constitution Disobedience Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 16, no. 1 (2019): 51, <https://doi.org/10.31078/jk1613>.

<sup>4</sup> Dalam pandangan penulis mempersamakan kedudukan Konstitusi dengan UUD 1945 walaupun terdapat dikotomi mengenai konstitusi yang terdiri atas konstitusi tertulis dengan tidak, namun pada tulisan ini mempersamakan kedudukan antara konstitusi dengan UUD 1945 sebagai konstitusi tertulis.

UUD NRI tahun 1945 sebagai batu ujinya. UUD 1945 dikatakan sebagai norma dasar negara atau aturan pokok negara karena hanya memuat aturan-aturan umum yang masih bersifat garis besar atau bersifat pokok dan masih merupakan norma tunggal, tidak disertai dengan norma sekunder.<sup>5</sup> Penjagaan terhadap marwah konstitusi ini kemudian melahirkan sebuah lembaga yang berada di dalam lingkup kekuasaan kehakiman, lembaga ini adalah Mahkamah Konstitusi (MK).

Membaca *ratio legis* dan *ratio decidendi* kelahiran MK tidak bisa dilepaskan dari paham teori norma berjenjang yang digagas oleh Hans Kelsen, yakni *Stufenbau theory*. Dalam konsep teori norma berjenjang tersebut, antara aturan yang di atas dengan aturan turunannya tidak boleh bertentangan dan tidak bisa menegasikan antara satu norma yang lebih tinggi dengan norma yang berada di bawah norma tersebut. Akan tetapi seiring dengan berjalannya pelaksanaan konsep ini, ternyata tidak sesuai dengan apa yang diharapkan, atau dengan kata lain bahwa pembentuk produk legislasi terkadang mengabaikan aspek konstitusionalitas pembentukan norma sebagai produk turunan dari konstitusi.

Munculnya konsep pengujian terhadap norma yang dianggap bertentangan dengan nafas konstitusi dengan menghadirkan sebuah lembaga yang melaksanakan fungsi pengujian apabila terdapat norma yang menegasikan roh konstitusi sebagai norma dasar tertinggi. Lembaga yang dibentuk tersebut menjalankan fungsi sebagai lembaga kehakiman yang diberi wewenang dalam hal penegakan norma (*court of law*).

Tujuan pembentukan MK secara konsepsional adalah sebagai *the guardian of the constitution, the guardian of democracy, the protector of the citizen's constitutional rights, dan the protector of human rights*.<sup>6</sup> Tujuan ini berlaku sebagai konsep umum di berbagai belahan dunia khususnya negara-negara yang telah mengadopsi prinsip pengujian norma melalui pembentukan lembaga tersendiri. MK Indonesia memiliki tujuan sebagai pengawal roh konstitusi Indonesia, dimana dalam UUD NRI tahun 1945 telah mengatur perihal fungsi dan wewenang dari MK, yakni: Melakukan pengujian konstitusionalitas atas produk UU; mengadili sengketa Lembaga negara; Mengadili sengketa Pemilu; Mengadili pembubaran partai politik; dan MK juga memiliki satu kewajiban, yakni memutus pendapat DPR atas usul pemakzulan/pemberhentian Presiden dan/atau wakil Presiden.<sup>7</sup>

Semenjak pembentukan MK sampai dengan saat ini, telah banyak putusan-putusan yang dianggap sebagai sebuah prestasi yang membanggakan bagi MK, sebab MK dianggap berani maju melangkah, untuk memberikan keadilan substantif tanpa harus terbelenggu dengan

<sup>5</sup> Taufiqurrohman Syahuri, *Tafsir Konstitusi Berbagai Aspek Hukum* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2011), 53.

<sup>6</sup> Ahmad, Fence M. Wantu, Novendri M. Nggilu, *Hukum Konstitusi (Menyongsong Fajar Perubahan Konstitusi Indonesia Melalui Pelibatan Mahkamah Konstitusi)* (Yogyakarta: UII Press, 2020), 8; Lihat juga dalam Novendri M. Nggilu, *Hukum Dan Teori Konstitusi (Perubahan Konstitusi Yang Partisipatif Dan Populis)* (Yogyakarta: UII Press, 2014), 147-148.

<sup>7</sup> Ahmad dan Novendri M. Nggilu, "Denyut Nadi Amandemen Kelima UUD 1945 melalui Pelibatan Mahkamah Konstitusi sebagai Prinsip the Guardian of the Constitution," *Jurnal Konstitusi* 16, no. 4 (28 Januari 2020): 789, <https://doi.org/10.31078/jk1646>.



apa yang ditetapkan oleh undang-undang. Namun, terdapat beberapa putusan MK yang menimbulkan kontroversi karena dianggap tidak berpihak pada upaya demokratisasi dan dianggap sebagai langkah mundur, salah satu contohnya adalah pencabutan pemberlakuan sifat melawan hukum secara materil dalam Undang-Undang No. 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU 31/1999).

Selain itu, melalui konstruksi konstitusional yang ada di dalam UUD NRI tahun 1945, MK menjelma menjadi lembaga negara yang menurut beberapa ahli sebagai lembaga *super body*, bagaimana tidak, MK dengan jumlah Hakim yang hanya 9 (Sembilan) orang dapat menganulir kekuatan lembaga Parlemen yang membuat produk legislasi nasional (undang-undang) yang berjumlah 575 (lima ratus tujuh puluh lima) orang hanya melalui putusan MK yang bersifat final dan mengikat.<sup>8</sup> Hasil Kajian penulis menemukan bahwa MK sudah puluhan kali menguji undang-undang yang mengatur kewenangannya, termasuk menguji UU MK sendiri, dimana dalam catatan yang dipublikasikan oleh lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan (LeIP), sejak tahun 2013 sampai 2017, UU MK telah diuji sebanyak 30 kali.<sup>9</sup> Dari sekian banyak pengujian UU yang menyangkut kewenangnya ada beberapa putusan yang menurut penulis menimbulkan pro-kontra di tengah-tengah masyarakat, antara lain: Putusan MK Nomor 066/PUU-II/2004, Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006, Putusan MK Nomor 138/PUU-VII/2009, Putusan MK Nomor 48/PUU-IX/2011, Putusan MK Nomor 49/PUU-IX/2011, dan Putusan MK Nomor 1-2/PUU-XII/2014. Putusan-putusan ini adalah putusan MK yang menyangkut dirinya sehingga menimbulkan beberapa perdebatan sebab MK dianggap telah melanggar asas "*nemo iudex in propria causa*" yang artinya tidak seorang pun dapat menjadi hakim yang baik untuk dirinya sendiri.<sup>10</sup>

Atas penegasian terhadap asas "*nemo iudex in propria causa*," MK berpendapat bahwa berperkara di MK tidak sama berperkara di pengadilan biasa, sehingga asas itu tidak dapat diberlakukan di lingkungan peradilan MK. Pandangan ini keliru, tidak beralasan, tanpa dasar (*grundloss*), dan tidak dapat dijadikan argumentasi untuk mengabaikan prinsip *asas nemo iudex in propria causa* sehingga yang perlu dipahami bahwa dalam penegakan hukum modern, kontrol terhadap lembaga penyelenggara kekuasaan kehakiman adalah sebuah keharusan, apalagi dalam prinsip negara demokrasi konstitusional. Hal ini ditujukan untuk menjaga imparialitas hakim dan kepercayaan publik atas MK sendiri.

Pasca pengesahan Undang-Undang No. 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU 7/2020), sejumlah Lembaga swadaya masyarakat (LSM) melakukan *judicial review* atas UU 7/2020, yang menimbulkan

<sup>8</sup> Moh. Mahfud M.D, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi* (Jakarta: LP3ES, 2007), 100.

<sup>9</sup> Aida Mardatillah, "Sejak MK Berdiri, Ini UU yang Terbanyak Diuji dan Dikabulkan," Hukum Online.com, diakses 8 November 2022, <https://www.hukumonline.com/berita/a/sejak-mk-berdiri--ini-uu-yang-terbanyak-diuji-dan-dikabulkan-lt5a50a563ae78e/>.

<sup>10</sup> Yanis Maladi, "'Benturan Asas Nemo Iudex Idoneus In Propria Causa Dan Asas Ius Curia Novit' (Telaah Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/ PUU-IV/2006)," *Jurnal Konstitusi* 7, no. 2 (2016): 010, <https://doi.org/10.31078/jk721>.

pertanyaan terkait dengan independensi MK dalam memberikan Putusan, sebab UU 7/2020 terkait dengan MK sendiri. Oleh karenanya tidak salah jika sejumlah LSM mempertanyakan independensi MK, misalnya saja LSM Konstitusi dan Demokrasi (KoDe).<sup>11</sup> Hal yang disoroti oleh sejumlah LSM adalah terkait dengan masa jabatan hakim MK, dan usia maksimum dari Hakim MK.<sup>12</sup>

Catatan penting yang juga menjadi sorotan yang mewarnai perjalanan Mahkamah Konstitusi adalah adanya sejumlah kasus korupsi yang menjerat Hakim MK, misalnya mantan Ketua MK Akil Mochtar dan hakim MK Patrialis Akbar. Hal inipun sekaligus juga mengonfirmasi bahwa MK sendiri juga bukan lah lembaga negara yang tanpa dosa, walaupun MK disebut sebagai lembaga negara yang mengawal hak-hak konstitusional dimana masyarakat menyandarkan harapan penegakan keadilan yang tinggi terhadap lembaga ini.

Problematika yang terjadi terhadap MK tidak bisa dilepaskan dari ketidaksempurnaan kelembagaan yang ada di MK itu sendiri.<sup>13</sup> Menurut Penulis, ke depan MK harus membangun sistem pengawasan dan *check and balances system* dalam hal pelaksanaan wewenang. Khusus mengenai *check and balances system* dalam hal proses pengujian UU terhadap UUD NRI tahun 1945 dimana prosesnya akan melahirkan sebuah tafsir konstitusional oleh MK, ke depan perlu untuk melibatkan lembaga lain, khususnya dalam pengujian UU yang memiliki keterkaitan dengan MK. Hal tersebut guna menjaga profesionalitas, akuntabilitas, dan independensi Hakim Konstitusi dalam menjalankan tugasnya.

Pada tulisan ini, penulis mencoba menawarkan sebuah konsep dan mekanisme pengujian konstitusional (*constitutional review*) dengan mengadopsi atau melakukan diversifikasi sistem *constitutional dialogue* dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD NRI tahun 1945 sebagai jalan tengah menyelesaikan masalah pengujian. Secara konseptual, sistem *constitutional dialogue* adalah sebuah mekanisme yang bisa dijadikan sebagai terobosan dalam membelah konflik kepentingan yang dapat terjadi di MK apabila menguji UU yang terkait dengan dirinya sendiri.

Bentuk pelaksanaan *check and balances system* dalam hal pengujian UU terhadap UUD NRI tahun 1945 dengan konsep *constitutional dialogue* yakni dengan melibatkan peran serta lembaga lain dalam pengujian norma. *Constitutional dialogue* adalah sebuah konsep pengambilan keputusan melalui penyamaan persepsi, Bourdieu misalnya sebagaimana dikutip oleh Xavier Groussot mengatakan bahwa "*Dialogue is not only a means of communication; it is also a medium of power*"<sup>14</sup> dialog konstitusional diilustrasikan sebagai sebuah platform

<sup>11</sup> Rofiq Hidayat, "Pengujian UU MK Terbaru Bakal Jadi 'Ujian' bagi Hakim Konstitusi," Hukum Online.com, diakses 8 November 2022, <https://www.hukumonline.com/berita/a/pengujian-uu-mk-terbaru-bakal-jadi-ujian-bagi-hakim-konstitusi-1t5f59e28e237d0/>.

<sup>12</sup> Detik News, "Ada Barter di Balik Pengesahan UU MK?," Detik News, diakses 22 November 2022, <https://www.dw.com/id/ada-barter-di-balik-pengesahan-uu-mahkamah-konstitusi/a-54789353>.

<sup>13</sup> Dinoroy Marganda Arintonang, "Peranan Dan Problematika Mahkamah Konstitusi (MK) Dalam Menjalankan Fungsi Dan Kewenangannya," *Jurnal Ilmu Administrasi: Media Pengembangan Ilmu Dan Praktek Administrasi* 10, no. 3 (2013): 377, <https://doi.org/10.31113/JIA.V10I3.16>.

<sup>14</sup> Xavier Groussot, *Constitutional Dialogues, Pluralism and Conflicting Identities". Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, ed. oleh Matej Avbelj and Jan Komárek (London: Hart Publishing, 2012), 319.

yang sempurna untuk membelah konflik kepentingan atas sebuah kekuasaan. lebih lanjut dikatakan bahwa dalam sistem peradilan Eropa, dialog konstitusional dimaksudkan sebagai sebuah penghormatan terhadap nilai-nilai identitas konstitusional, misalnya tercermin dalam keputusan *schizophrenic ruling of the German Federal Constitutional Court (FCC) in June 2009*.<sup>15</sup>

## 2. Perumusan Masalah

Berangkat dari argumentasi sebagaimana yang diuraikan di latar belakang, maka penulis perlu membatasi permasalahan yang akan dibahas, pembatasan ini dimaksudkan agar uraian pembahasan tidak meluas dan melebar dalam bentuk konstruksi rumusan masalah. Adapun rumusan masalahnya, yaitu: Mengapa dominasi penafsiran konstitusional dalam pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 di Mahkamah Konstitusi perlu dicairkan dengan tidak memusatkan penafsiran tersebut hanya kepada MK semata, terutama terhadap pengujian atas UU yang memiliki keterkaitan dengan MK sendiri?

## 3. Metode Penulisan

Jenis penulisan yang digunakan adalah penulisan hukum normatif, yaitu penulisan hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder sebagai bahan dasar untuk diteliti. Adapun yang menjadi objek kajiannya meliputi norma atau kaidah dasar, asas-asas hukum, peraturan perundang-undangan, perbandingan hukum, doktrin, serta yurisprudensi.<sup>16</sup> Adapun pendekatan yang digunakan antara lain: pendekatan undang-undang (*statue approach*) untuk melihat kerangka regulasi terkait dengan konteks tulisan ini terutama UU MK; pendekatan historis (*historical approach*) ditujukan pada aspek kesejarahan, dalam artian untuk melihat aspek sejarah mengapa MK hadir dalam sistem ketatanegaraan Indonesia; dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) pendekatan ini digunakan untuk melihat kemungkinan menggunakan solusi pemecahan atas pengujian norma di MK dalam hal ini tawaran yang dimaksud adalah *Constitutional Dialogue*.<sup>17</sup> selanjutnya dalam tulisan ini menggunakan studi kepustakaan (*library research*) sebagai basis konstruksi tulisan.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Penafsiran Konstitusional terhadap Pengujian Undang-Undang Melalui Pendekatan *Constitutional Dialogue*

Penafsiran merupakan ikhtiar yang melekat dalam mengkaji undang-undang, sehingga persoalan yang paling penting dan mendasar dalam menafsirkan UUD NRI tahun 1945 adalah bagaimana menafsirkannya. Dengan kata lain, *judicial review* tidak hanya menentukan apakah

<sup>15</sup> Xavier Groussot, 319.

<sup>16</sup> Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif Dan Empiris* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), 34.

<sup>17</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Revi (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2014), 9.

suatu bagian, klausa, atau paragraf dari peraturan tersebut inkonstitusional, tetapi hakim juga menentukan aturan konstitusional atau aturan semantiknya ketika menerapkan konstitusi. Oleh karena itu dalam pengujian undang-undang akan melahirkan 2 (dua) dimensi, yakni dimensi pengaturan (*statutory interpretation*) dan penafsiran atas konstitusi (*constitutional interpretation*) sebagai batu uji. Dengan demikian dalam ruang uji konstitusionalitas sebuah undang-undang tidak hanya sekadar menafsirkan norma pengaturannya terhadap konstitusi, akan tetapi juga di waktu yang bersamaan harus menjangkau aspek pelaksanaannya ke depan, sehingga pengujian konstitusional melahirkan 2 (dua) pola, yakni interpretasi dan konstruksi.<sup>18</sup>

Pada ikhtiar kedua, sebuah kenyataan yang harus dijalankan bahwa konstitusi itu harus senantiasa ditafsirkan, paling tidak terdapat beberapa alasan yang mendasari hal tersebut, yakni: *Pertama*, konstitusi bersifat *lasting, inclusive, principled, and fundamental*,<sup>19</sup> untuk mengaktualisasikan norma yang sifatnya abstrak dan sangat prinsipil, maka sebagai bentuk aktualisasi ketaatan terhadap norma dasar, maka semua ketentuan-ketentuan hukum (terutama undang-undang) harus ditafsirkan jika terdapat pertentangan dengan norma dasar negara (UUD NRI tahun 1945).

*Kedua*, bahasa yang digunakan oleh konstitusi bersifat abstrak, sehingga kadang kala maknanya jamak, baik dalam interpretasinya maupun di dalam konstruksinya. Misalnya saja kata “dipilih secara demokratis,”<sup>20</sup> “negarawan,”<sup>21</sup> “hal ihwal kegentingan memaksa,”<sup>22</sup> “menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara,”<sup>23</sup> dan “demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional,”<sup>24</sup> Penafsiran terhadap penggunaan kata atau bahasa atau bahkan kalimat dalam konstitusi tentu saja tidak tunggal atau sangat beragam tergantung metode penafsiran apa yang digunakan dalam menafsirkan konstitusi.

<sup>18</sup> Randy E. Barnett, “Interpretation and construction,” *Harvard Journal of Law and Public Policy* 34, no. 1 (2010): 65–72, <https://doi.org/10.1002/9780470776186>.

<sup>19</sup> Hanna Fenichel Pitkin, “The Idea of a Constitution,” *Journal of Legal Education* 37, no. 2 (1987): 167, <https://www.jstor.org/stable/42892886>.

<sup>20</sup> Indonesia, “Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945” (1945) Lihat Pasal 18 ayat (4): Gubernur, Bupati dan Walikota masing-masing sebagai Kepala Pemerintah Daerah Provinsi, Kabupaten dan Kota dipilih secara demokratis.

<sup>21</sup> Indonesia. Lihat Pasal 24 c ayat (5): Hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara.

<sup>22</sup> Indonesia. Lihat Pasal 22 ayat (1): Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang.

<sup>23</sup> Indonesia. Lihat Pasal 11 ayat (2): Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara, dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang harus dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat.

<sup>24</sup> Indonesia. Lihat Pasal 33 ayat (4): Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

Sebab jika konstitusi hanya dilihat secara semantik, maka bahasa konstitusi adalah bahasa yang diam jika tidak menimbulkan masalah, dengan kata lain tidak memiliki makna. Maka dalam peradilan konstitusional, Hakim Hughes pernah menyatakan bahwa “*a constitution is without meaning until the judges pour meaning into its provisions*,”<sup>25</sup>

*Ketiga*, bahwa nuansa kebatinan pembuatan konstitusi tidak bisa dilepaskan dari kenyataan pada saat konstitusi itu dibuat, maka tentu saja terdapat perkembangan dan dinamika ketatanegaraan tidak selamanya tetap, akan tetapi senantiasa berubah, sehingga konstitusi perlu dan harus bisa dimaknai dan ditafsirkan dalam lintasan waktu dan keadaan. Namun bagi sebagian orang, terutama penganut paham *originalisme*, tentu saja tidak menginginkan konstitusi itu di otak atik maknanya dan bahasanya, hal inilah yang kemudian melahirkan dua pandangan yang berbeda dalam melihat konstitusi, yakni *originalisme* dan *non-originalisme*.<sup>26</sup>

*Originalisme* maupun *non-originalisme* masing-masing tentu saja mempunyai alasan untuk penggunaannya. Argumentasi dari mereka yang sepakat menggunakan *originalisme*, menurut Chemerinsky adalah karena: *pertama* hakikat dari interpretasi teks atau dokumen harus dibatasi pada “*specific text and its framer intentions*.” Chemerinsky mengutip Ben Michaels menyatakan bahwa “*any interpretation of the Constitution that really is an interpretation of constitution is always and only an interpretation of what the Constitution originally meant*.” Dalam isu mengenai supremasi konstitusi, ketika hakim mengangkat sumpah untuk menegakkan konstitusi, maka hakim berjanji “*...to carry out the intention of its framers...*” Pada alasan pertama ini konstitusi dianggap sebagai “*binding contract*,” sehingga tidak boleh disimpangi kehendak penyusunnya. Kedua, *originalisme* membatasi kekuasaan hakim sebagai “*unelected agency*” dalam demokrasi.<sup>27</sup>

Untuk itu, pengembangan kebijakan publik terutama di Amerika Serikat dan dalam konteks demokrasi didasarkan pada prinsip bahwa hal itu harus dilakukan oleh mereka yang bertanggung jawab kepada pemilih. Oleh karena itu, sekalipun UUD diamandemen, semua urusan publik harus dibicarakan secara serius dan berkelanjutan oleh lembaga negara yang memiliki basis elektoral bukan dilakukan oleh hakim yang tidak memiliki basis elektoral.<sup>28</sup> Namun pandangan yang berbeda datang dari penganut *non-originalism* yang

<sup>25</sup> Ziyad Motala and Cyril Ramaphosa, *Constitutional Law - Analysis and Cases* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 13.

<sup>26</sup> Justice Antonin Scalia menyatakan: *The Great Divide with regard to constitutional interpretation is not that between Framers' intent and objective meaning, but rather than between original meaning (whether derived from Framers intent or not) and current meaning.*

<sup>27</sup> Radian Salman, “Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi Dalam Perspektif Konstitusionalisme Dan Demokrasi” (Universitas Airlangga, 2017), 66.

<sup>28</sup> Terkait dengan pandangan ini, debat antara Kelsen dan Schmitt mengenai peran penjaga konstitusi mencerminkan perbedaan pandangan fundamental mereka tentang hukum, kekuasaan politik, dan norma-norma konstitusional. Kelsen menekankan pentingnya hukum dan aturan dalam mengatur kehidupan politik, sementara Schmitt menyoroti keputusan politik yang dianggapnya lebih signifikan daripada hukum formal. Dalam konteks argumen yang penulis jelaskan, perdebatan antara Kelsen dan Schmitt dapat berkontribusi pada pemahaman yang lebih luas tentang peran dan kekuasaan penjaga konstitusi dalam mengawasi kepatuhan pemerintah terhadap konstitusi demikian sebaliknya.

memiliki pandangan bahwa: *Pertama*, pengembangan lebih lanjut dari konstitusi dapat dicapai tidak hanya melalui amandemen yang dilakukan oleh lembaga yang memiliki basis elektoral, tetapi juga melalui interpretasi.<sup>29</sup> Mekanisme amandemen konstitusi yang selalu menuntut mekanisme yang ketat cenderung mempersulit amandemen konstitusi.<sup>30</sup> *Kedua*, bahwa dalam proses penyusunan konstitusi terdapat banyak anasir-anasir kepentingan yang dimasukkan ketika merumuskannya, sehingga kadang kala banyak makna yang sifatnya ambigu dan tidak jelas bahkan bertentangan antar makna (*conflicting reason*), tentu saja hal tersebut akan mempengaruhi konstruksi lanjutan sebagai etalase di dalam melahirkan sebuah produk turunan hukum yang telah disepakati sebagai materi muatan konstitusi.<sup>31</sup>

Salah satu dari sekian banyak alasan mengapa dialog konstitusional menjadi penting dalam kerangka pengujian undang-undang (*judicial review*) adalah terkait dengan sangat dominannya MK dalam memberikan penafsiran konstitusional, sehingga yang terjadi MK justru telah mereduksi kewenangannya sendiri dengan bertindak sebagai *positive legislature* atau telah mengambil alih kewenangan lembaga legislatif yang memiliki fungsi pembentukan undang-undang.

Dalam pelaksanaan tugas MK, tidak jarang terjadi satu kondisi dimana MK menggunakan jalan penafsiran, hal ini sebagaimana diuraikan sebelumnya, bahwa aktivitas pengujian undang-undang adalah aktivitas yang secara inheren melahirkan penafsiran atas konstitusi sebagai batu uji. Oleh karena itu MK menggunakan metode penafsiran untuk menilai aspek konstitusionalitas undang-undang. Dalam perjalanan aktivitas pengujian di MK, Bisariyadi menyebut terdapat beberapa pola yang dijalankan oleh MK, yakni;

- a. Cukup dengan menggunakan (mengutip) pasal-pasal dalam UUD sebagai dasar pengujian (tanpa menjelaskan lebih jauh makna di balik teks UUD);
- b. Menyatakan asas-asas atau nilai-nilai konstitusi sebagai dasar pengujian (tanpa menyebutkan pasal-pasal tertentu dalam konstitusi yang dijadikan sebagai batu ujinya);
- c. Tidak menjelaskan patokan pengujian norma melainkan secara langsung menyimpulkan bahwa norma yang diuji tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.<sup>32</sup>

Berdasarkan peta pengujian yang dipraktikkan MK, semuanya didahului dengan mekanisme penafsiran. Hal ini paling tidak tercermin melalui beberapa putusan MK,

<sup>29</sup> Terkait dengan pandangan ini, terjadi perdebatan antara Hart dan Dworkin mengenai legal penumbra mencerminkan perbedaan pendekatan mereka terhadap interpretasi hukum. Hart menekankan bahwa hakim harus membatasi diri pada aturan-aturan hukum yang ada dan tidak boleh melanggar batas-batas interpretasi yang telah ditetapkan oleh legislatif. Sementara itu, Dworkin berpendapat bahwa hakim harus lebih terlibat dalam proses interpretasi yang lebih holistik, dengan mempertimbangkan nilai-nilai moral dan prinsip-prinsip hukum yang mendasari sistem secara keseluruhan.

<sup>30</sup> Radian Salman, "Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi Dalam Perspektif Konstitusionalisme Dan Demokrasi," 66.

<sup>31</sup> Radian Salman, 67.

<sup>32</sup> Jimly Asshiddiqie Asshiddiqie percaya bahwa Mahkamah Konstitusi berfungsi sebagai penafsir utama untuk Konstitusi. Hal ini tercermin dalam kekuatan untuk mempertimbangkan konstitusionalitas undang-undang, dan keputusannya bersifat final dan mengikat. Lihat dalam Novendri M. Nggilu, "Menggagas Sanksi Atas Tindakan Constitution Disobedience Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi," 53.

misalnya saja tercermin dalam putusan MK Nomor 001-021-002/PUU-1/2003 tentang Pengujian Undang-Undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan (UU 20/2002) terhadap UUD NRI tahun 1945. Dalam putusan tersebut, MK melakukan ijtihad konstitusional dalam penafsiran Pasal 33 ayat (2) UUD NRI Tahun 1945, khususnya frasa “dikuasai oleh negara.” Frasa tersebut dimaknai oleh MK melalui metode penafsiran yakni “*Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD NRI Tahun 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadalan kebijakan (beleid) dan tindakan pengurusan (bestuurdaad), pengaturan (regelendaad), pengelolaan (beheersdaad), dan pengawasan (toezichthoudesdaad) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.*”<sup>33</sup>

*Interpretasi* yang dilakukan oleh MK memberikan batasan kata “yang dikuasai oleh negara” dalam batasan pengertian mengatur, mengurus, dan mengawasi, tidak dalam pemaknaan “dikuasai” dalam pemaknaan dikuasai negara. Dalam konteks tertentu, MK tidak hanya sekedar melakukan penafsiran melainkan juga secara implisit melakukan perubahan materil terhadap ketentuan pasal dalam UUD NRI tahun 1945, sebagaimana yang tercermin dalam Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006 mengenai uji konstitusionalitas Undang-Undang No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial (UU 22/2004) terhadap UUD NRI tahun 1945, Hakim Konstitusi memberikan pemaknaan kata “Hakim” yang tercantum dalam Pasal 24 B ayat (1) UUD NRI tahun 1945.<sup>34</sup> MK dalam amar putusannya, memutuskan bahwa Hakim Konstitusi tidak masuk dalam terminologi kata “hakim” sebagaimana dalam Pasal 24 B UUD NRI tahun 1945. Sebaliknya, melalui putusan MK tersebut, terminologi kata “hakim” adalah Hakim Agung dan masuk dalam bagian dari pasal 24 B UUD NRI Tahun 1945.<sup>35</sup>

Putusan MK tersebut secara tidak langsung telah merubah bunyi pasal 24 B ayat (1) UUD NRI tahun 1945 dari berbunyi (*original meaning*): “*Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan Hakim Agung dan wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim*”, menjadi bermakna (*tekstual meaning*): “*Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan Hakim Agung dan wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim, kecuali Hakim Konstitusi.*”<sup>36</sup>

Putusan MK Nomor 138/PUU-VII/2009 perihal pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.<sup>37</sup> Putusan tersebut menguji undang-undang yang mempengaruhi eksistensi MK, tetapi tidak mengatur kewenangan MK. MK berpendapat dalam pengujian tersebut bahwa “MK berwenang untuk

<sup>33</sup> Nggilu et al., *Kajian Akademik: Penataan Wewenang Dan Tugas Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia*. 75.

<sup>34</sup> Novendri M. Nggilu, Abdul Hamid Tome, Lusiana M. Tijow, 76.

<sup>35</sup> Nggilu et al.

<sup>36</sup> Nggilu et al.

<sup>37</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009 (2009).

memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan *a quo*,” artinya MK berwenang menguji Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perppu) sebagai kewenangan baru.<sup>38</sup>

Putusan MK Nomor 48/PUU-IX/2011<sup>39</sup> pengujian Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi mengandung ketentuan ultra petita. Padahal Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon, atau melebihi Permohonan pemohon. Ultra petita adalah penjatuhan putusan oleh hakim atas perkara yang tidak dituntut atau memutuskan melebihi dari pada yang diminta, yang mana putusan ultra petita (tidak diminta) dari hukum formil dipakai menjatuhkan putusan terhadap perkara yang tidak dituntut atau memutuskan lebih dari yang diminta.<sup>40</sup>

Harus dipahami bahwa dalam hal perkara pengujian Undang-Undang yang dilakukan oleh MK dengan menguji UU sebagaimana yang diuraikan di atas, maka secara tidak langsung juga MK melanggar prinsip dari asas hukum yakni “*nemo iudex in propria causa*” yang secara *expressis verbis* mengatakan bahwa Hakim tidak boleh melakukan pengujian atas sebuah UU yang di dalamnya ada keterkaitan dan kepentingan dengan MK atau dalam bahasa UU kekuasaan kehakiman dikatakan bahwa “hakim tidak boleh mengadili suatu perkara yang di dalamnya terdapat kepentingan langsung ataupun tidak langsung dari hakim yang bersangkutan.” Namun yang menarik adalah, ternyata ketentuan ini secara mutatis mutandis tidak mengikat hakim MK, sebab suatu perkara yang diuji di MK tetap pada akhirnya akan diselesaikan melalui rapat permusyawaratan hakim, dimana 9 (Sembilan) hakim memiliki kedudukan yang sama dalam memberikan putusan terhadap perkara *a quo*. Bukan tidak mungkin dalam perkara yang akan diperiksa dan diadili oleh MK adalah perkara pengujian terhadap undang-undang yang mana di dalamnya terdapat kepentingan MK, baik dari sisi kelembagaan maupun dari sisi hakim MK itu sendiri. Dalam situasi itulah kemudian melahirkan sebuah diskursus bahwa diperlukan jalan lain yang bisa memecah kepentingan MK dan kemudian memecah dominasi ketunggalan dalam sistem pengujian norma (undang-undang) yang ada di MK, mekanisme itu kemudian sangat diperlukan untuk melihat apakah perkara pengujian undang-undang akan tetap dilaksanakan MK atau menggunakan mekanisme lain yang dimungkinkan.

Mencermati apa yang diuraikan oleh penulis di atas, potensi masalah memang dapat muncul dan terjadi disebabkan karena fungsi untuk menafsirkan akhir dari konstitusi adalah murni hanya berada dalam gengaman MK, potensi adanya tindakan penyalagunaan oleh MK seolah menjadi lembaga negara *super power*, sehingga sangat mungkin terjadi

<sup>38</sup> Tanto Lailam, “Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Yang Mengatur Eksistensinya,” *Jurnal Konstitusi* 12, no. 4 (May 20, 2016): 805, <https://doi.org/https://doi.org/10.31078/jk1247>.

<sup>39</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 48/PUU-IX/2011 (2011).

<sup>40</sup> Haposan Siallagan, “Masalah Putusan Ultra Petita Dalam Pengujian Undang-Undang,” *Mimbar Hukum - Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada* 22, no. 1 (2010): 73, <https://doi.org/10.22146/JMH.16209>.



penyalahgunaan sebagaimana dimaksud, sebab MK dengan konstruksi putusan yang dilahirkannya kadang kala keluar dari jalur seharusnya. Pengawasan terhadap hakim konstitusi hanya mengandalkan pengawasan secara internal melalui Majelis Kehormatan Mahkamah Mahkamah Konstitusi (MKMK), dan pengawasan secara langsung masyarakat yang tentu saja sangat sulit untuk dilakukan secara optimal oleh masyarakat. Berbeda dengan lembaga Mahkamah Agung, dimana selain memiliki badan pengawasan secara internal, secara sistemik juga dilakukan pengawasan oleh lembaga Komisi Yudisial.

Berdasarkan agumentasi tersebut di atas, maka gagasan *constitutional dialogue* dalam sistem pengujian norma menjadi salah satu pendekatan baru dalam memecah dominasi perkara pengujian norma yang ada di dalam sistem pengujian undang-undang yang selama ini dipraktekan di MK dengan menjadikan MK sebagai satu-satunya lembaga negara di bidang kekuasaan peradilan secara *legally binding* memiliki hak untuk menafsirkan UUD NRI tahun 1945. Namun seiring dengan dominannya MK dalam melahirkan putusan-putusan atas pengujian norma yang secara inheren juga kemudian melahirkan konsep interpretasi atas UUD NRI Tahun 1945, membawa konsekuensi terhadap salah satu fungsinya yang hanya sebatas menguji norma undang-undang, bukan pada konteks merubah maksud dari UUD NRI Tahun 1945. Sedangkan berdasarkan catatan penulis, bukan lagi hanya pada merubah maksud, akan tetapi sampai dengan merubah kata dari UUD NRI tahun 1945, misanya saja terkait dengan kata “hakim” dalam pasal 24 C dan salah satu fungsi lembaga Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dalam UUD NRI tahun 1945.

Penegasan mengenai pentingnya sebuah dialog konstitusional sebagai pemecah dominasi dari lembaga negara khususnya lembaga peradilan yang menjalankan fungsi pengujian yang secara inheren juga membawa konsep interpretasi di dalamnya perlu untuk dicairkan dengan menggunakan pendekatan *constitutional dialogue*, hal ini seperti yang dikatakan dan ditegaskan oleh Christine Bateup, melalui pendapatnya bahwa:<sup>41</sup>

*“...In recent years, “dialogue” has become an increasingly ubiquitous metaphor within the constitutional theory. It is most commonly used to describe the nature of interactions between courts and the political branches of government in the area of constitutional decision-making, particularly about the interpretation of constitutional rights. Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected, and dialectical conversation about constitutional meaning. In short, constitutional judge ents are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors...”*

Christine Bateup, menegaskan bahwa *constitutional dialogue* telah menjadi sebuah metafora teori konstitusional yang terus mengalami perkembangan. Menurutnya,

<sup>41</sup> Christine Bateup, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue,” *Brooklyn Law Review* 71, no. 3 (2006): 1109, <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>.

*constitutional dialogue* digunakan untuk mendeskripsikan sifat dari interaksi antara pengadilan dan cabang politik dalam sistem pemerintahan yang menjalankan keputusan konstitusional terutama yang menjalankan amanat dari UUD NRI Tahun 1945, khususnya terkait dengan penafsiran hak konstitusional warga negara, dimana teori *constitutional dialogue* menekankan bahwa peradilan tidak (*as an empirical matter*) atau seharusnya (*as a normative matter*) dimana lembaga peradilan tidak memiliki hak untuk melakukan monopoli atas interpretasi konstitusional. Melainkan, saat melakukan *judicial review*, hakim terlibat secara interaktif, saling berhubungan melalui dialog yang akan melahirkan percakapan tentang maksud dari konstitusi (*constitutional meaning*). Singkatnya, putusan konstitusi, atau idealnya sebuah putusan mengenai penafsiran konstitusional atas pengujian norma (UU), dihasilkan melalui proses kolaborasi dan elaborasi bersama antara lembaga peradilan dan aktor konstitusional lainnya.

Penjelasan yang disampaikan oleh Christine Bateup di atas, sangat lugas menerangkan bahwa lembaga peradilan yang menjalankan tugas melakukan pengujian atas sebuah undang-undang yang secara langsung atas fungsi itu juga melahirkan interpretasi, oleh Christine Bateup diingatkan agar supaya kemudian tidak memonopoli hak interpretasi, sebab menurutnya bahwa monopoli proses interpretasi adalah sebuah tindakan yang tidak sejalan dengan semangat demokrasi yang mengedepankan sebuah dialog dalam pengambilan keputusan, apalagi kemudian terkait dengan hak-hak konstitusional yang harus ditafsirkan sebagai konsekuensi dari pengujian untuk mencari keadilan konstitusional yang benar menurut konstitusi atau UUD NRI tahun 1945.

Lebih lanjut salah satu Profesor Hukum yang berasal dari Columbia University School of Law, yakni Michael C. Dorf, mengatakan dalam jurnalnya "*Legal Indeterminacy and Institutional Design*" yang ditulisnya, bahwa:<sup>42</sup>

*"...Theories of constitutional dialogue have proliferated in recent times because of the potential that many see in them to resolve the democratic legitimacy concerns associated with judicial review. Within the constitutional theory, contemporary scholars have tended to fixate on finding an objective theory of interpretation that provides an appropriate methodology for judges to follow when interpreting constitutional provisions to enhance their legitimacy. Theories of constitutional dialogue offer an alternative way of filling the legitimacy lacuna because if the political branches of government and the people can respond to judicial decisions in a dialogic fashion, the force of the counter-majoritarian difficulty is overcome, or at the very least, greatly attenuated..."*

Menurut Michael C. Dorf, teori-teori dialog konstitusional terus mengalami perkembangan khususnya belakangan ini, karena potensi yang ada di dalamnya untuk menyelesaikan masalah legitimasi demokrasi yang terkait dengan pengujian undang-undang (*judicial review*). Dalam teori ketatanegaraan, para sarjana hukum kontemporer cenderung terpaku pada

<sup>42</sup> Michael C. Dorf, "Legal indeterminacy and institutional design," *New York University Law Review* 78, no. 3 (2003): 875, <https://ssrn.com/abstract=2220999>.

penemuan teori tafsir yang obyektif yang memberikan metodologi yang tepat bagi hakim untuk mengikuti penafsiran ketentuan konstitusi untuk meningkatkan legitimasi mereka. Teori-teori dialog konstitusional menawarkan cara alternatif untuk mengisi kekosongan legitimasi, karena jika cabang politik pemerintahan dan rakyat mampu merespon keputusan peradilan secara dialogis, maka, dalam praktek penafsiran yang sangat kontra mayoritas akan teratasi, atau paling tidak, bisa meminimalisir adanya tendensi kelembagaan. Penegasan mengenai pentingnya sebuah legitimasi bersama dalam kerangka interpretasi konstitusional menurut Michael C. Dorf sangat penting untuk dipertimbangkan, apabila hal ini dilakukan maka akan semakin membuka kehidupan demokratis yang lebih menyeluruh.

Namun tidak lengkap rasanya jika kemudian membahas konsep demokrasi tanpa menghadirkan konsep mengenai *deliberative democracy* yang mulai populer sebagai topik pembahasan akademik di awal tahun 1980-an, meskipun kemudian cikal bakal dari *deliberative democracy* telah diperkenalkan oleh salah satu filsuf Yunani Purba, yakni Aristoteles dalam *magnum opus-nya*, *politics* (politika), yang kemudian dielaborasi oleh Joseph Bessette dengan menerbitkan karyannya dengan judul "*Deliberative Democracy: the Majority Principle in Republican Government.*" Dalam gagasan ini dijelaskan bahwa legitimasi keputusan yang demokratis mempersyaratkan adanya proses pertimbangan atau pembahasan yang matang dan murni<sup>43</sup> dengan mengedepankan pengambilan keputusan secara musyawarah untuk mufakat. Dalam kerangka itu lah kemudian Michael C. Dorf menyampaikan sebuah pandangan yang sangat mencerahkan, yakni "mendorong eksperimen demokratis dalam desain kelembagaan, yakni beralih ke dialog konstitusional, sebagai cara untuk menyelesaikan masalah legitimasi demokratis" (*advocating "democratic experimentalism" in institutional design, rather than turning to constitutional dialogue, as a way of resolving democratic legitimacy concerns*).<sup>44</sup>

Selain itu juga, Larry D. Kramer memberikan penegasan melalui karyanya yang diberi judul "*The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review,*" bahwa:<sup>45</sup>

*"...Of particular interest, many theories claim that dialogue between the judiciary and other constitutional actors is a structural feature of the United States constitutional system. This would appear to alleviate much of the anxiety about a judicial review that is expressed by popular constitutionalists, who call for a reassertion of the American historical tradition of the involvement of the People in constitutional interpretation..."*

Dari beberapa pandangan tertentu, banyak teori yang mengklaim bahwa dialog antara pengadilan dan aktor konstitusional lainnya adalah fitur (mekanisme) struktural dari sistem konstitusional Amerika Serikat. Hal ini tampaknya merendahkan (menghilangkan) banyak kecemasan tentang *judicial review* yang diungkapkan oleh para konstitusionalis populer;

<sup>43</sup> Muchtar Hadi Saputra, *Muchtar Hadi Saputra, Konstitusi Rakyat: Partisipasi Masyarakat Dalam Perubahan Undang Undang Dasar* (Jakarta: Rajawali Press, 2019), IX.

<sup>44</sup> Dorf, "Legal indeterminacy and institutional design," 930.

<sup>45</sup> Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (Oxford: Oxford University Press (OUP), 2004), 47.

yang menyerukan penegasan kembali tradisi sejarah Amerika tentang keterlibatan Rakyat dalam interpretasi konstitusional.

Lebih lanjut Larry D. Kramer memberikan peringatan agar kemudian tidak menjadikan monopoli hak interpretasi konstitusional hanya kepada lembaga peradilan, khususnya MK. Larry D. Kramer mengatakan bahwa “Ingatlah bahwa konstitusionalisme populer tidak pernah menyangkal kekuatan peninjauan kembali oleh pengadilan: ia hanya menyangkal bahwa hakim memiliki keputusan akhir” (*Bear in mind that popular constitutionalism never denied courts the power of judicial review : it denied only that judges had final say*).<sup>46</sup> Dimana ia melanjutkan kalimat itu dengan mengatakan “mendukung sistem konstitusionalisme populer di mana eksekutif dan legislatif dalam sistem pemerintahan, sebagai agen rakyat, memiliki peran yang sama dengan Mahkamah dalam interpretasi dan pelaksanaan konstitusional” (*supporting a system of popular constitutionalism in w hich the executive and legislative branches of governm ent, as agents of the people, have an equal role to the Court in constitutional interpretation and im plem entation*).<sup>47</sup>

Penegasan mengenai pentingnya pembatasan interpretasi konstitusional yang hanya terpusat kepada lembaga peradilan semata juga mendapatkan penolakan dari salah satu Profesor Hukum dari University of Toronto, Kanada. Yakni Kent Roach melalui karyanya “*Constitutional and common law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures*”. Dimana ia mengatakan, bahwa:<sup>48</sup>

*“...Given the difficulties encountered by other approaches, it is not surprising that theories of constitutional dialogue have emerged as one of the principal contenders in the quest for a satisfactory theory of judicial authority in constitutional decision-making. In contrast to theories of interpretation, which propose interpretive criteria that judges should use in constitutional cases, dialogue theories focus on the institutional process through which decisions about constitutional meaning are made, suggesting that this involves the shared elaboration of constitutional meaning between the judiciary and other actors. This approach holds the potential to resolve counter-majoritarian concerns because of its recognition that non-judicial actors play a key role in constitutional interpretation. Specifically, the concerns that judicial review necessarily sets judges against the electorally accanranches of government are greatly attenuated if the political branches can respond to judicial decisions with which they disagree...”*

Menurut Kent Roach, bahwa mengingat kesulitan yang dihadapi oleh pendekatan yang telah dipraktikkan untuk mencari jalan keluar dari kebuntuan mengenai monopoli interpretasi konstitusional, tidak mengherankan kemudian, bahwa teori dialog konstitusional telah muncul sebagai salah satu alternatif utama dalam pencarian untuk menghilangkan teori otoritas yudisial, sehingga memuaskan dalam pengambilan keputusan konstitusional.

<sup>46</sup> Larry D. Kramer, “The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court,” *Harvard Law Review* 115, no. 1 (November 2001): 88, <https://doi.org/10.2307/1342592>.

<sup>47</sup> Larry D. Kramer.

<sup>48</sup> Kent Roach, “Constitutional And Common Law Dialogues Between The Supreme Court And Canadian Legislature,” *The Canadian Bar Review* 80, no. 1 & 2 (Maret 2001): 481, <https://ssrn.com/abstract=2129849>.

Berbeda dengan teori interpretasi, yang mengusulkan kriteria interpretatif yang harus digunakan hakim dalam kasus-kasus konstitusional, teori dialog berfokus pada proses kelembagaan melalui pengambilan keputusan tentang mekanisme konstitusional, hal ini menunjukkan bahwa melibatkan atau melakukan elaborasi bersama mengenai interpretasi konstitusional konstitusi antara lembaga peradilan dan aktor lainnya. Pendekatan ini dapat digunakan untuk menyelesaikan masalah kontra majoritarian karena pengakuannya bahwa aktor non-yudisial memainkan peran kunci dalam penafsiran konstitusional. Secara khusus, kekhawatiran bahwa pengujian undang-undang akan membuat hakim menentang cabang pemerintahan yang bertanggung jawab secara elektoral bisa berkurang jika cabang politik mampu menanggapi keputusan peradilan yang mereka tidak setuju melalui konsep *constitutional dialogue*.

Pada dasarnya, dialog konstitusional atau penafsiran konstitusi dilakukan dalam setiap kasus pengujian undang-undang yang masuk ke MK. Saat sidang pengujian undang-undang, pihak-pihak yang terlibat, termasuk pihak yang mengajukan perkara, pihak-pihak terkait, dan ahli hukum, dapat menyampaikan argumen-argumen mereka mengenai konstitusionalitas Undang-Undang yang dipersoalkan. MK kemudian akan mempertimbangkan argumen-argumen tersebut dan melakukan penafsiran terhadap konstitusi untuk memutuskan kasus tersebut. Namun, tidak setiap perkara pengujian undang-undang Mahkamah Konstitusi harus melibatkan pihak tertentu dalam dialog konstitusional yang luas. Tergantung pada kasusnya, MK mungkin akan membatasi ruang dialog konstitusional hanya pada pihak-pihak yang terlibat dalam perkara tersebut tanpa menghadirkan MPR.

Perlu dicatat bahwa kedua lembaga (MK dan MPR) ini memiliki peran dan fungsi yang berbeda dalam sistem hukum dan politik Indonesia. MK merupakan lembaga yang mandiri dan berwenang untuk melakukan penafsiran konstitusi serta menyelesaikan sengketa yang berkaitan dengan konstitusionalitas undang-undang. Sedangkan MPR adalah Lembaga negara yang memiliki peran penting dalam proses amendemen konstitusi.

Meskipun MPR memiliki peran penting dalam proses amendemen konstitusi, eksistensi MK sebagai lembaga yang independen dan khusus dalam menafsirkan dan menjaga konstitusi juga sangat penting. MK berperan sebagai pengawal konstitusi yang dapat memastikan bahwa kebijakan dan peraturan yang dibuat oleh lembaga politik sejalan dengan konstitusi, melindungi hak-hak konstitusional, dan memastikan supremasi konstitusi.

Dengan demikian, MK dan MPR memiliki peran yang saling melengkapi (*komplementer*) dalam menjaga keseimbangan antara kekuasaan legislatif dan yudikatif, serta dalam memastikan kelangsungan dan keabsahan konstitusi. Eksistensi MK sebagai lembaga yang independen dan memiliki keahlian khusus dalam penafsiran konstitusi tetap diperlukan untuk menjaga supremasi konstitusi dan melindungi hak-hak konstitusional warga negara, sehingga yang diperlukan adalah menguatkan keseimbangan antara kedua lembaga ini ke dalam dialog yang lebih luas, terkhusus kepada pengujian UU yang terkait dengan MK sendiri.

Lebih lanjut Kent Roach, memberikan kesimpulan dengan mengatakan bahwa “Di bawah pendekatan dialogis, dilema mengenai aktivisme yudisial dalam demokrasi dapat berkurang” (*Under a dialogic approach, the dilemma of judicial activism in a democracy diminishes perhaps to the point of evaporation*).<sup>49</sup>

Berdasarkan basis agumentasi teoritis sebagaimana dikemukakan beberapa ahli di atas, maka telah cukup bagi penulis untuk mengambil sebuah kesimpulan bahwa dengan pendekatan konsep dialog konstitusional menjadi salah satu alternatif yang baik untuk menerobos hegemoni penafsiran konstitusional yang dilakukan oleh MK bahwa kesan yang ditimbulkan selama ini adalah dominasi atas interpretasi konstitusi dengan mengabaikan lembaga pembuat dan yang menetapkan UUD NRI tahun 1945, yakni MPR. Dengan mekanisme *constitutional dialogue*, maka MK harus membuka ruang terhadap adanya penafsiran konstitusi dari lembaga lain, terutama lembaga yang secara normatif menjadi satu-satunya yang mendapatkan mandat untuk mengubah dan menetapkan konstitusi atau UUD NRI tahun 1945, hal itu harus dilakukan sebab secara autentik MPR-lah yang sesungguhnya memiliki kewenangan untuk melakukan perubahan baik terhadap Pasal, tanda baca, kata, dan kalimat dalam konstitusi atau UUD NRI tahun 1945, bukannya MK melalui putusan-putusannya yang telah masuk dalam kategori perubahan konstitusi dari *original meaning* ke *textual meaning*.

Terbukanya ruang dialog dalam melakukan penafsiran konstitusional terhadap UUD NRI tahun 1945 merupakan mekanisme yang baik dalam menghidupkan semangat penghargaan terhadap Lembaga lain yang didalamnya terdapat aktivitas yang rohnya dimiliki secara inheren atas alas hak untuk menafsirkan konstitusi, oleh penulis penghargaan itu diistilahkan dengan *organ constitutional respect* atau penghormatan terhadap Lembaga konstitusional.

Namun, oleh penulis lebih mengintiberatkan kepada dialog antara MK dan MPR dalam ruang pengujian konstitusionalitas yang akan menghasilkan tafsir konstitusional yang kemudian endingnya adalah melahirkan sebuah putusan, apalagi pengujian terhadap UU MK atau UU yang memiliki keterkaitan dengan MK tentu saja membutuhkan sebuah dialog konstitusional perihal hal dimaksud, dimana MPR akan sangat berperan dalam memberikan ruang kepada penciptaan imparsialitas MK dalam memutus perkara konstitusional, sebab MPR akan menjadi penyeimbang MK dalam memberikan Penafsiran konstitusional yang akan dikonversikan ke dalam Putusan yang dibuat oleh MK (tafsir konstitusional MPR wajib digunakan oleh MK untuk memutuskan perkara konstitusionalitas atas perkara pengujian undang-undang yang memiliki keterkaitan dengan MK sendiri).<sup>50</sup>

Konstruksi *constitutional dialogue* dalam pengujian UU terhadap UUD 1945 di Mahkamah Konstitusi, harus memperhatikan pemenuhan terhadap penghormatan secara kelembagaan

<sup>49</sup> Kent Roach, “Dialogic Judicial Review and its Critics,” *Supreme Court Law Review* 23, no. 2 (2004): 89, <https://ssrn.com/abstract=1144790>.

<sup>50</sup> Ahmad Wantu and F M Ismail, “Constitutional Dialogue in Judicial Review at the Indonesian Constitutional Court: The Future Prospects,” *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 25, no. S1 (2022): 3.

kepada lembaga negara yang secara fungsi mengubah dan menetapkan UUD 1945, lembaga ini adalah MPR. Berdasarkan uraian pada pembahasan-pembahasannya sebelumnya, maka telah cukup bagi penulis untuk menjadikannya sebagai alasan pentingnya kehadiran MPR dalam sistem pengujian norma khususnya dalam hal menafsirkan, dimana secara inheren juga aktivitas pengujian itu melahirkan sebuah interpretasi atas norma yang diuji. Kehadiran MPR ini secara khusus dimaksudkan sebagai lembaga negara utama yang konsen kelembagaannya memang terhadap UUD 1945. Oleh karena itu, maka dengan mekanisme *constitutional dialogue* hak untuk melakukan interpretasi yang memiliki kekuatan hukum (*legally binding*) tidak lagi menjadi monopoli MK, melainkan disebar kepada lembaga lain, yakni MPR, tujuannya tentu saja adalah menghilangkan ketunggalan dalam penafsiran konstitusionalitas terhadap UUD 1945.

Kehadiran MPR dalam ruang pengujian konstitusionalitas terhadap produk hukum (undang-undang) yang diajukan ke MK untuk diuji adalah bersifat wajib untuk memberikan penafsiran konstitusionalitas atas makna dari ketentuan janji konstitusi yang memiliki keterkaitan dengan MK secara kelembagaan, maksudnya adalah jika terdapat produk undang-undang yang diuji oleh para pemohon di MK dan dalam permohonan itu terdapat kewenangan atau kepentingan MK yang akan diuji, maka secara kosepsional interpretasi atas makna atau maksud dari norma yang dijadikan sebagai dasar melakukan permohonan yang akan di jadikan sebagai batu uji oleh Pemohon ke MK. Maka MK tidak bisa melakukan penafsiran atas makna dan maksud dari norma yang dijadikan batu uji oleh para pemohon melainkan interpretasi atau penafsiran yang disampaikan oleh MPR adalah penafsiran yang harus digunakan oleh MK dalam melahirkan sebuah putusan. Sehingga putusan yang akan dihasilkan terbebas dari belenggu dan unsur-unsur kepentingan dari hakim-hakim MK sebagai Lembaga pengadilan tempat para pencari kadilan menyandarkan harapan.

Secara komparatif, model yang ditawarkan oleh penulis pada skema di atas sesungguhnya adalah modifikasi kosepsional yang telah digunakan dan dipraktekan di beberapa negara dalam sistem pengujian undang-undang yang ada di negara tersebut, misalnya saja Amerika Serikat menggunakan istilah konsep *difference* atau penghormatan secara kelembagaan kepada Lembaga pembuat undang-undang dalam pengujian undang-undang yang kewenangan pengujian itu secara kelembagaan melekat kepada kekuasaan kehakiman tertinggi di AS yakni *Supreme Court of the United States* (skotus).

Sehingga dengan skema ini akan menghadirkan sebuah mekanisme pengujian yang bersifat *check and balances* atau saling mengawasi dan mengimbangi dalam hal pelaksanaan kewenangan pengujian oleh MK, terutama dalam hal memberikan putusan yang didalamnya memuat berbagai macam penafsiran yang dilakukan oleh Hakim MK dalam membuat putusan, sehingga dengan menghadirkan Lembaga MPR dalam hukum acara pengujian undang-undang terhadap UUD NRI tahun 1945 di MK dimana pada skema ini pemberian tafsir oleh MPR terhadap pengujian UU adalah bersifat wajib dalam pengujian UU yang didalamnya memiliki keterkaitan dengan MK secara kelembagaan.

Tafsir sebagaimana dimaksud kemudian akan dituangkan dalam putusan MK sebelum dibacakan dihadapan persidangan dengan agenda mendengarkan pembacaan putusan. Namun sebelum proses itu, dalam rapat permusyawaratan hakim MK wajib hukumnya untuk memasukan tafsir MPR sebagai bahan pertimbangan tanpa melakukan penfasiran lagi terhadap tafsir MPR tersebut, sehingga tafsir MPR akan menjadi semacam konversi suara yang dalam pembacaan putusan hakim MK, walaupun kemudian Hakim MK memiliki hak untuk memberikan penfasiran lain diluar penafsiran MPR, sehingga untuk menguatkan posisi tafsir MPR ini maka dalam pertimbangan, suara MPR akan di konversi menjadi 4 (empat) suara.

Penentuan 4 (empat) suara dari MPR oleh penelitian ini didasarkan atas pertimbangan Proporsioal dimana suara MPR dibagi berdasarkan skema 40/60. Dengan pembagian 60% suara MK dan 40% suara MPR, dimana suara MPR tidak bisa melewati dari 40%, hal ini dilakukan untuk tetap menjaga independensi hakim MK dalam memberikan putusan Objektif. Sehingga dengan skema demikian, maka total suara yang akan dimuat dalam putusan MK yang akan dibacakan adalah berjumlah 13 (tiga belas) suara.

### **C. KESIMPULAN**

Dominasi penafsiran konstitusional dalam pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 di MK perlu dicairkan dengan pendekatan *constitutional dialogue* yang didasarkan pada argumentasi bahwa selama ini MK menjadi pemain tunggal dalam melakukan penafsiran konstitusional dimana hasil tafsir tersebut memiliki kekuatan mengikat, termasuk pengujian sejumlah UU yang memiliki keterkaitan dengan MK sendiri. Penulisan ini menemukan bahwa pengujian konstitusional merupakan aktivitas yang *inheren* dengan penafsiran, oleh karena itu untuk meluruskan ikhtiar penegakan norma konstitusional, maka MK juga harus membangun prinsip imparialitas secara utuh baik secara substansi (putusan) maupun secara institusi (kelembagaan). Dengan demikian, MK perlu membuka mekanisme *constitutional dialogue* dengan menghadirkan MPR sebagai lembaga yang juga memiliki fungsi penafsiran konstitusional terhadap UUD NRI tahun 1945 apabila terdapat pengujian UU yang memiliki keterkaitan dengan MK, dimana penafsiran MPR harus dijadikan sebagai pertimbangan dalam memutus perkara konstitusional yang diajukan.

### **DAFTAR PUSTAKA**

- Ahmad, dan Novendri M. Nggilu. "Denyut Nadi Amandemen Kelima UUD 1945 melalui Pelibatan Mahkamah Konstitusi sebagai Prinsip the Guardian of the Constitution." *Jurnal Konstitusi* 16, no. 4 (28 Januari 2020): 785–808. <https://doi.org/10.31078/jk1646>.
- Ahmad, Fence M. Wantu, dan Novendri M. Nggilu. *Hukum Konstitusi (Menyongsong Fajar Perubahan Konstitusi Indonesia Melalui Pelibatan Mahkamah Konstitusi)*. Yogyakarta: UII Press, 2020.



- Aritonang, Dinoroy Marganda. "Peranan Dan Problematika Mahkamah Konstitusi (MK) Dalam Menjalankan Fungsi Dan Kewenangannya." *Jurnal Ilmu Administrasi: Media Pengembangan Ilmu dan Praktek Administrasi* 10, no. 3 (2013): 373–89. <https://doi.org/10.31113/JIA.V10I3.16>.
- Barnett, Randy E. "Interpretation and construction." *Harvard Journal of Law and Public Policy* 34, no. 1 (2010): 65–72. <https://doi.org/10.1002/9780470776186>.
- Bateup, Christine. "The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue." *Brooklyn Law Review* 71, no. 3 (2006): 1109–80. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>.
- Detik News. "Ada Barter di Balik Pengesahan UU MK?" Detik News. Diakses 22 November 2022. <https://www.dw.com/id/ada-barter-di-balik-pengesahan-uu-mahkamah-konstitusi/a-54789353>.
- Dorf, Michael C. "Legal indeterminacy and institutional design." *New York University Law Review* 78, no. 3 (2003): 875–981. <https://ssrn.com/abstract=2220999>.
- Fajar, Mukti, dan Yulianto Achmad. *Dualisme Penelitian Hukum Normatif Dan Empiris*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010.
- Grossot, Xavier. *Constitutional Dialogues, Pluralism and Conflicting Identities: Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Diedit oleh Matej Avbelj and Jan Komárek. London: Hart Publishing, 2012.
- Hidayat, Rofiq. "Pengujian UU MK Terbaru Bakal Jadi 'Ujian' bagi Hakim Konstitusi." Hukum Online.com. Diakses 8 November 2022. <https://www.hukumonline.com/berita/a/pengujian-uu-mk-terbaru-bakal-jadi-ujian-bagi-hakim-konstitusi-lt5f59e28e237d0/>.
- Indonesia. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (1945).
- Kramer, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press (OUP), 2004.
- \_\_\_\_\_. "The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court." *Harvard Law Review* 115, no. 1 (November 2001): 1–304. <https://doi.org/10.2307/1342592>.
- Lailam, Tanto. "Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang yang Mengatur Eksistensinya." *Jurnal Konstitusi* 12, no. 4 (Mei 2016): 795–824.
- M.D, Moh. Mahfud. *Perdebatan hukum tata negara pasca amandemen konstitusi*. Jakarta: LP3ES, 2007.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009 (2009).
- \_\_\_\_\_. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 48/PUU-IX/2011 (2011).

- Maladi, Yanis. "Benturan Asas Nemo Judex Idoneus In Propria Causa dan Asas Ius Curia Novit (Telaah Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/ Puu-Iv/2006)." *Jurnal Konstitusi* 7, no. 2 (20 Mei 2016): 001–018. <https://doi.org/10.31078/jk721>.
- Mardatillah, Aida. "Sejak MK Berdiri, Ini UU yang Terbanyak Diuji dan Dikabulkan." *Hukum Online.com*. Diakses 8 November 2022. <https://www.hukumonline.com/berita/a/sejak-mk-berdiri--ini-uu-yang-terbanyak-diuji-dan-dikabulkan-lt5a50a563ae78e/>.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Edisi Revi. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2014.
- Motala, Ziyad, dan Cyril Ramaphosa. *Constitutional Law - Analysis and Cases*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Nggilu, Novendri M. *Hukum dan Teori Konstitusi (Perubahan Konstitusi yang Partisipatif dan Populis)*. Yogyakarta: UII Press, 2014.
- \_\_\_\_\_. "Menggagas Sanksi atas Tindakan Constitution Disobedience terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 16, no. 1 (2019): 43–60. <https://doi.org/10.31078/jk1613>.
- Nggilu, Novendri M., Abdul Hamid Tome, Lusiana M. Tijow, dan Ahmad. *Kajian Akademik: Penataan Wewenang Dan Tugas Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia*. Jakarta: Badan Pengkajian MPR RI, 2020.
- Pitkin, Hanna Fenichel. "The Idea of a Constitution." *Journal of Legal Education* 37, no. 2 (1987): 167–189. <https://www.jstor.org/stable/42892886>.
- Roach, Kent. "Constitutional And Common Law Dialogues Between The Supreme Court And Canadian Legislature." *The Canadian Bar Review* 80, no. 1 & 2 (Maret 2001): 481–533. <https://ssrn.com/abstract=2129849>.
- \_\_\_\_\_. "Dialogic Judicial Review and its Critics." *Supreme Court Law Review* 23, no. 2 (2004): 49–104. <https://ssrn.com/abstract=1144790>.
- Salman, Radian. "Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi Dalam Perspektif Konstitusionalisme Dan Demokrasi." Universitas Airlangga, 2017.
- Saputra, Muchtar Hadi. *Muchtar Hadi Saputra, Konstitusi Rakyat: Partisipasi Masyarakat Dalam Perubahan Undang Undang Dasar*. Jakarta: Rajawali Press, 2019.
- Siallagan, Haposan. "Masalah Putusan Ultra Petita dalam Pengujian Undang-Undang." *Mimbar Hukum - Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada* 22, no. 1 (2010): 71–83. <https://doi.org/10.22146/JMH.16209>.

Soemantri, Sri. *Hukum Tata Negara Indonesia-Pemikiran dan Pandangan. Remaja Rosdakarya Offset*. Vol. Cet I, 2014.

Syahuri, Taufiqurrohman. *Tafsir Konstitusi Berbagai Aspek Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2011.

Wantu, Ahmad, dan F M Ismail. "Constitutional dialogue in judicial review at the Indonesian constitutional court: The future prospects." *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 25, no. S1 (2022): 1–8.

Wheare, K.C. *Modern Constitution*. 1975 ed. Oxford: Oxford University Press, 1975.



## *Interpretation of Interfaith and/or Belief Marriage by Judges: Disparity and Legal Vacuum*

### Penafsiran Perkawinan Beda Agama dan/atau Kepercayaan oleh Hakim: Disparitas dan Kekosongan Hukum

Umar Haris Sanjaya 

Faculty of Law, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, Indonesia

#### Article Info

##### Corresponding Author:

Umar Haris Sanjaya

[✉ umarharis@uii.ac.id](mailto:umarharis@uii.ac.id)

##### History:

Submitted: 01-02-2023

Revised: 28-02-2023

Accepted: 07-08-2023

##### Keyword:

*Disparity; Legal Vacuum; Marriage of Different Beliefs.*

##### Kata Kunci:

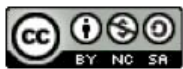
Disparitas; Kekosongan Hukum; Perkawinan Beda Kepercayaan.

#### Abstract

*Judges experience disparities in interpreting marriages of different beliefs and/or religions, resulting in different legal products, both determinations made. There is a difference between granting and rejecting. Interestingly, the understanding of the Constitutional Court judges and judges at District Courts has a significant disparity where one says there is a legal vacuum and the other is clear in accordance with the law. This study concerning a disparity in interfaith marriages in its determination and the legal vacuum of different-faith marriages created by judges in court. This study concludes that in practice judges in court in giving considerations believe there is a legal vacuum against marriages of different beliefs, as a result judges determine whether there is a disparity determination that is granted or not. The Constitutional Court itself interprets its decisions (2014 and 2022) that interfaith marriages are clear and do not constitute a legal vacuum in its enforcement.*

#### Abstrak

Perkawinan beda kepercayaan dan/atau agama oleh hakim mengalami disparitas dalam memaknainya, sehingga produk hukum baik penetapan yang dibuat menjadi berbeda. Perbedaan tersebut ada yang mengabulkan, ataupun menolak. Menariknya pemahaman hakim Mahkamah Konstitusi dan hakim di Pengadilan Negeri memiliki disparitas yang cukup signifikan dimana yang satu mengatakan terjadi kekosongan hukum dan satunya sudah jelas sesuai Undang-Undang. Penelitian ini membahas mengenai perkawinan beda kepercayaan terjadi disparitas dalam penetapannya dan terjadinya kekosongan hukum perkawinan beda kepercayaan oleh hakim di pengadilan. Praktiknya hakim di pengadilan dalam memberikan pertimbangan meyakini terjadi kekosongan hukum terhadap perkawinan beda kepercayaan, akibatnya hakim dalam menetapkan terjadi penetapan secara disparitas ada yang dikabulkan ada yang tidak. Mahkamah Konstitusi sendiri menafsirkan pada putusannya (2014 dan 2022) bahwa perkawinan beda kepercayaan tersebut sudah jelas dan tidak merupakan kekosongan hukum dalam penegakannya.



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/jk2039>

## A. PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang

Sila Pertama dari Pancasila menyatakan nilai Ketuhanan Yang Maha Esa. Nilai ini digunakan sebagai pedoman oleh negara dalam merumuskan dan membentuk peraturan perundang-undangan. Sila Pertama ini diimplementasikan didalam Konstitusi Negara Indonesia melalui Undang-Undang Dasar 1945 pada Pembukaan Undang-Undang Dasar, yaitu redaksi kata "*atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa*" dan kata "*Ketuhanan Yang Mah Esa*". Representasi kata tersebut tertuang pada norma hukum yang ada pada Konstitusi yakni Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) pada Bab Agama yang bunyinya bahwa: Indonesia adalah Negara yang berdasar pada Ketuhanan Yang Maha Esa, untuk itu Negara menjamin warganya untuk dapat memeluk dan melaksanakan peribadatan sesuai agama dan kepercayaannya.<sup>1</sup>

Salah satu pelaksanaan peribadatan yang diatur di dalam norma hukum Indonesia adalah masalah perkawinan. Perkawinan ini diatur pada Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 sebagaimana saat ini telah diubah dengan Undang-Undang No. 16 Tahun 2019 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut Undang-Undang Perkawinan). Ketentuan ini mencantumkan norma hukum positif yang melibatkan nilai peribadatan dalam masalah perkawinan yaitu pelibatan unsur agama dan kepercayaan. Norma itu tercantum pada Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan yang bunyinya: perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.

Lahirnya redaksi Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan yang melibatkan unsur agama dan kepercayaan adalah cita-cita pada hukum perkawinan dan harapan masyarakat Indonesia karena mencerminkan sifat asli budaya Indonesia yang religius. Norma tersebut menjadi prioritas pembahasan oleh Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) ketika perumusan undang-undang perkawinan di tahun 1973.<sup>2</sup> Tujuannya hanya satu yaitu menjadikan agama dan kepercayaan sebagai ruh dan dasar suatu hubungan perkawinan. Pada saat pembahasan norma tersebut terjadi dinamika penolakan dan dukungan terhadap pelibatan agama dan kepercayaan, karena ada pendapat sebaiknya dalam norma hukum positif tidak melibatkan unsur agama dan kepercayaan.<sup>3</sup> Pada satu pendapat lain mengatakan bahwa Konstitusi Indonesia mengatur bahwa penggunaan nilai agama dan kepercayaan adalah keniscayaan yang sebaiknya dicantumkan, terlebih pada masalah perkawinan.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Khudzaifah Dimiyati et al., "Morality and Law: Critics upon H.L.A Hart's Moral Paradigm Epistemology Basis based on Prophetic Paradigm," *Jurnal Dinamika Hukum* 17, no. 1 (2 Mei 2017): 25-27, <https://doi.org/10.20884/1.jdh.2017.17.1.823>.

<sup>2</sup> Djuhaendah Hasan, *Hukum Keluarga, Setelah Berlakunya UU No. 1/1974 (Menuju Ke Hukum Keluarga Nasional)* (Bandung: Armico, 1988), 15-20.

<sup>3</sup> Tri Chandra Aprianto, "Aturan Dipersimpangan Jalan : Perdebatan Rancangan Undang-Undang (RUU) Perkawinan 1973-1994," *Historia : Jurnal Ilmu Sejarah* 1, no. 1 (22 Maret 2018): 41-57, <https://jurnal.uej.ac.id/index.php/JH/article/view/13507>.

<sup>4</sup> Umar Haris Sanjaya dan Karimatul Ummah, "The Challenge of Using the Transcendental Principle in the Law of Marriage in Indonesia," *Jurnal Magister Hukum Udayana (Udayana Master Law Journal)* 12, no. 2 (2023): 312-16, <https://ojs.unud.ac.id/index.php/jmhu/article/view/86405>.

Dinamika itu berakhir secara mufakat didalam sidang DPR disertai hasil negosiasi pemerintah untuk tetap menyertakan peran agama dan kepercayaan untuk sahnya perkawinan dalam norma hukum. Norma inilah yang mendefinisikan arti perkawinan di Indonesia dengan negara-negara lain khususnya negara barat. Salah satu perbedaan yang tertera jelas adalah perkawinan di Indonesia bukan merupakan perjanjian perdata antara dua orang semata yang mengakibatkan tanggung jawab keperdataan, tetapi perkawinan adalah ikatan lahir batin antara dua orang yang berbeda jenis kelamin dengan tujuan membentuk keluarga berdasarkan nilai agama dan kepercayaan.

Implementasi Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan pernah dianggap multitafsir oleh salah satu elemen masyarakat di Indonesia yang *notabene* memiliki beragam kepercayaan dan hendak saling menikah. Hal itu ditunjukkan dengan adanya gugatan *judicial review* terhadap norma tersebut pada tahun 2014.<sup>5</sup> Alasannya adalah norma tersebut dianggap kurang rinci, ketika memahami kata masing-masing agama dan kepercayaan, mengingat pemahaman tersebut dapat diinterpretasi secara individu maupun institusional.<sup>6</sup> Hal tersebut, antara lain: (1) secara individual tentunya diinterpretasi oleh subyek pribadi seseorang yang menganut agama dan kepercayaan dimana masing-masing orang dengan latar belakang pengetahuannya dapat berbeda dalam memahami maksud Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan; (2) secara institusi oleh agama atau kepercayaan, dimana ajaran dari masing-masing agama dan kepercayaan memiliki penafsiran masing-masing; dan (3) dari lembaga yang terlibat dalam pencatatan perkawinan seperti pencatat perkawinan maupun lembaga pengadilan.

Tiga alasan di atas menyebabkan potensi perbedaan persepsi pada Pasal 2 ayat (1) tentang sahnya perkawinan apabila dihubungkan dengan masing-masing agama dan kepercayaan pada situasi yang beragam kepercayaan.<sup>7</sup> Salah satu poin dari *judicial review* Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan adalah menambah redaksi kata: "*sepanjang penafsiran mengenai hukum agamanya dan kepercayaannya itu diserahkan kepada masing-masing calon mempelai.*" Tujuan permohonan tersebut agar frase kata "*masing-masing agama dan kepercayaan*" pada Pasal 2 ayat (1) dapat ditafsirkan oleh pribadi seseorang yang hendak melakukan perkawinan.<sup>8</sup>

Permohonan *judicial review* ini akhirnya ditolak oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan MK Nomor 68/PUU-XIII/2014 yang amar putusannya adalah menolak permohonan

<sup>5</sup> Ana Laela, Ken Ismi Rozana, dan Shilfa Khilwiyatul Mutiah, "Fiqh Perkawinan Beda Agama sebagai Upaya Harmonisasi Agama (Studi Perkawinan Beda Agama di Kota Jember)," *Fikrah* 4, no. 1 (30 Juni 2016): 118–20, <https://doi.org/10.21043/fikrah.v4i1.1627>.

<sup>6</sup> Sukirno Sukirno, "Diskriminasi Pemenuhan Hak Sipil Bagi Penganut Agama Lokal," *Administrative Law and Governance Journal* 1, no. 3 (5 Desember 2018): 235–39, <https://doi.org/10.14710/alj.v1i3.231-239>.

<sup>7</sup> Aprianto, "Aturan Dipersimpangan Jalan : Perdebatan Rancangan Undang-Undang (RUU) Perkawinan 1973-1994," 70–86.

<sup>8</sup> Yutanto Milati Fatma Sari, Mulyadi, "Analisis Putusan Judicial Review Mahkamah Konstitusi Putusan No. 68/PUU-XII/2014 Atas Pasal 2 Ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Terhadap Perkawinan Beda Agama," *Diponegoro Law Journal* 5, no. 3 (2016): 10–13.

*judicial review* Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan. Salah satu pertimbangan hakim yang relevan adalah bahwa setiap warga negara tetap harus tunduk terhadap pembatasan yang telah diatur pada undang-undang dalam melaksanakan hak dan kebebasannya, hal ini juga semata-mata demi hak dan kebebasan orang yang lainnya.

Permohonan *Judicial review* terhadap Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan terjadi lagi pada tahun 2022, menariknya pada permohonan ini Pasal 8 huruf (f) Undang-Undang Perkawinan turut diuji sebagai obyek yang menurut pemohon adalah melanggar konstitusi. Permohonan tersebut secara umum menitikberatkan hal yang sama dengan *judicial review* tahun 2014 yaitu sama-sama memperkarakan redaksi "*hukum agama dan kepercayaan*" yang dianggap tidak jelas sehingga memberikan penafsiran yang berbeda-beda pada implementasinya di masyarakat. Permohonan tersebut tidak dikabulkan oleh MK dalam Putusan MK Nomor 24/PUU-XX/2022 pada Januari 2022.

Dalam konteks hukum perkawinan, perbedaan kepercayaan masih dikategorikan dengan "*kekosongan hukum*". Kategori ini didapat dari pertimbangan-pertimbangan hakim di berbagai Pengadilan Negeri yang *notabene* menetapkan permohonan pengesahan perkawinan atau pengesahan pencatatan perkawinan. Sebagian besar pertimbangan hakim menyatakan terhadap perkawinan semacam itu dengan poin menimbang: (1) masih terdapat kekosongan hukum; (2) belum diatur; (3) undang-undang tidak mengatur secara tegas. Itu artinya hakim di tingkat pertama mempunyai pengetahuan dan keyakinan hukum yang berbeda dengan pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi. Hakim di pengadilan tingkat pertama memaknai Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan terkait perkawinan beda kepercayaan sebagai sesuatu yang tidak "*clear*" hukumnya.<sup>9</sup> Fakta tersebut terdapat pada penetapan hakim dalam perkara permohonan penetapan perkawinan beda kepercayaan dan permohonan pencatatan perkawinan beda kepercayaan.<sup>10</sup>

Di samping terjadinya kekosongan hukum, terjadi juga perlakuan secara disparitas. Perlakuan secara disparitas ini terjadi karena pada permohonan tertentu perkawinan beda kepercayaan dikabulkan oleh hakim, tetapi di sisi lain permohonan tersebut ditolak oleh hakim. Hal ini menunjukkan tidak adanya pedoman tertentu oleh hakim dalam memberikan pertimbangan dalam menguji permohonan perkawinan maupun pencatatan perkawinan di pengadilan.

Hakim yang menetapkan perkawinan seseorang harus memiliki integritas, keyakinan, dan pemahaman yang sama dalam hal pengetahuan hukum dan agama/kepercayaan. Terkhusus

<sup>9</sup> Tidak "*clear*" dijelaskan pertimbangan hakim terkait perkawinan beda agama yang disimpulkan bahwa hal tersebut selalu dianggap : tidak ada hukum, belum ada ketentuan yang jelas mengatur lihat pada Andra Noormansyah dan Umar Haris Sanjaya, "The Legal Vacuum Of Interreligious Marriage In Indonesia: The Study Of Judges' Consideration In Interreligious Marriage Court Decisions 2010 -2021," *Prophetic Law Review* 4, no. 2 (1 Desember 2022): 188-90, <https://doi.org/10.20885/PLR.vol4.iss2.art3>.

<sup>10</sup> Kekosongan hukum terjadi karena aturan yang tidak ada, ada tetapi tidak jelas dan membingungkan. Lihat Gamal Abdul Nasir, "Kekosongan Hukum & Percepatan Perkembangan Masyarakat," *Jurnal Hukum Replik* 5, no. 2 (1 September 2017): 182, <https://doi.org/10.31000/jhr.v5i2.925>.

untuk pengetahuan agama/kepercayaan lebih diutamakan apabila hakim dihadapkan pada permohonan penetapan perkawinan maupun pencatatan perkawinan yang melibatkan perkawinan beda kepercayaan. Hal ini diharapkan agar tidak terjadi disparitas penafsiran.

## **2. Perumusan Masalah**

Berdasarkan latar belakang di atas, pokok permasalahan yang akan dibahas adalah bagaimana terjadinya kekosongan hukum mengenai perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan oleh hakim di pengadilan. Permasalahan kedua adalah apakah kekosongan hukum tersebut menyebabkan disparitas dalam keputusan hakim?

## **3. Metode Penelitian**

Penelitian yang dilakukan merupakan penelitian kepustakaan (*normative research*) yang melibatkan kolaborasi antara dasar hukum dan dokumen hukum normatif dengan studi kepustakaan yang mendukungnya. Oleh karena itu, penelitian ini akan menggunakan metode kualitatif.<sup>11</sup>

# **B. PEMBAHASAN**

## **1. Perkawinan Beda agama dan/atau Kepercayaan**

Pembahasan mengenai perkawinan antar agama atau kepercayaan yang berbeda adalah topik yang akan terus diperbincangkan dalam pelaksanaannya, meskipun penjelasannya sudah diberikan secara institusional oleh masing-masing agama dan kepercayaan.<sup>12</sup> Perkawinan beda kepercayaan adalah perkawinan yang melibatkan seorang laki-laki dengan wanita yang masing-masing mempunyai latar belakang agama atau kepercayaan yang berbeda. Kedua mempelai melakukan perkawinan karena hendak membangun keluarga dan membutuhkan kepastian. Perkawinan beda kepercayaan sangat potensi terjadi di Indonesia, mengingat konstitusi negara ini mengakui keberadaan agama dan Kepercayaan sebagai hak dasar. Salah satu dampak yang terjadi dalam pluralisme kepercayaan tersebut adalah perkawinan diantara mereka baik antar umat beragama ataupun umat beragama dengan aliran kepercayaan.<sup>13</sup>

Pasal 1 Undang-Undang Perkawinan menyatakan bahwa dasar perkawinan adalah keyakinan kepada Tuhan Yang Maha Esa. Dengan kata lain, perkawinan dianggap sah jika dilakukan sesuai dengan norma hukum agama dan keyakinan masing-masing individu.

Alasan-alasan yang dibangun dalam menyikapi perkawinan beda kepercayaan selalu berdasarkan alasan kekosongan hukum karena Undang-Undang Perkawinan tidak secara

<sup>11</sup> Peter Marzuki, "Penelitian Hukum," *jurnal Penelitian Hukum*, 2011, 130-33.

<sup>12</sup> Lydy Arfina dan Anjar Sri Ciptorukmi Nugraheni, "PERKAWINAN AGAMA MENURUT HUKUM KELUARGA DI INDONESIA," *Jurnal Privat Law* 7, no. 1 (1 Februari 2019): 10-12, <https://doi.org/10.20961/privat.v7i1.29960>.

<sup>13</sup> Zainal Arifin, "Perkawinan Beda Agama," *Jurnal Lentera, Kajian Keagamaan, Keilmuan dan Teknologi* 18, no. 1 (2019): 144-45, <https://doi.org/10.46362/jrsc.v4i1.126>.



“clear” dan tekstual (*expressis verbis*) mengatur mengenai hal ini, sehingga timbul penafsiran dalam memahami Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan. Penafsiran norma tersebut antara lain: (1) perkawinan beda kepercayaan adalah tidak sah dan batal demi hukum; (2) perkawinan tersebut tidak sah tetapi dapat dilakukan; (3) perkawinan itu sah dan dapat dilakukan.<sup>14</sup>

Penafsiran terhadap keabsahan perkawinan terhadap Undang-Undang Perkawinan masih akan menjadi polemik pemaknaan yang tidak akan dapat berhenti di Indonesia.<sup>15</sup> Belum terdapat pemahaman yang sama antara keinginan (1) penyusun Undang-Undang dari awal dirumuskan oleh pemerintah sejak tahun 1974; (2) pemahaman oleh masyarakat sebagai obyek pelaksana; (3) pemahaman masing-masing antar pemuka seagama maupun antar agama yang ada di Indonesia; dan (4) keterlibatan hakim dalam perannya di Pengadilan. Keempat unsur tersebut masing-masing pada haknya memiliki kewenangan untuk menentukan, memahami, melaksanakan, dan menegakan pelaksanaan Undang-Undang Perkawinan, tetapi dalam implementasinya belum tentu dapat berjalan sebagaimana dicita-citakan oleh perumus Undang-Undang Perkawinan. Akibatnya pemaknaan norma tentang keabsahan perkawinan menjadi bias dan sporadis dalam menyikapi keabsahan perkawinan.<sup>16</sup>

Hingga saat ini setiap ajaran agama yang ada di Indonesia secara mayoritas tidak mengajarkan tindakan perkawinan semacam itu. Tetapi keberagaman antar umat beragama ataupun penghayat kepercayaan memberikan potensi terjadi perkawinan yang beragam juga, seperti dapat terjadi perkawinan seagama, beda agama, dan orang beragama dengan penghayat kepercayaan. Terhadap perkawinan yang melibatkan satu agama (seagama) tentu perkawinannya tidak akan menjadi persoalan, tetapi bila sudah melibatkan antar agama terlebih lagi bila umat beragama dengan aliran kepercayaan maka akan menimbulkan persinggungan yang belum ditemukan kesamaan sikap.<sup>17</sup>

Kesamaan sikap belum ditemukan mengingat Undang-Undang Perkawinan tidak menunjukkan gambaran yang “eksplisit” dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan terhadap perkawinan yang bersifat beda agama atau orang beragama dengan aliran kepercayaan baik itu membolehkannya atau melarangnya. Undang-Undang hanya memberikan “instruksi” bahwa perkawinan menjadi sah bila didasari atas hukum agama atau kepercayaan. Secara akal sehat diketahui bahwa masing-masing agama (Islam, Kristen, Katolik, Hindu, Budha, dan Kong Hu Cu) ataupun penghayat kepercayaan tentunya memiliki aturan dan tata cara sendiri dalam ajaran masing-masing perkawinannya.

<sup>14</sup> Aرسال Aرسال, “Pengaturan Perkawinan Beda Agama di Indonesia (Kajian Sejarah Sosial Hukum Islam era 1945-sekarang),” *Alhurriyah Jurnal Hukum Islam* 14, no. 1 (2003): 50.

<sup>15</sup> David Lemmings, “Marriage and the law in the eighteenth century: Hardwicke’s Marriage Act of 1753,” *The Historical Journal* 39, no. 2 (11 Juni 1996): 340–42, <https://doi.org/10.1017/S0018246X00020276>.

<sup>16</sup> June S. Katz dan Ronald S. Katz, “The New Indonesian Marriage Law: A Mirror of Indonesia’s Political, Cultural, and Legal Systems,” *The American Journal of Comparative Law* 23, no. 4 (1975): 653, <https://doi.org/10.2307/839240>.

<sup>17</sup> Felicitas Opwis, “Maslaha in Contemporary Islamic Legal Theory,” *Islamic Law and Society* 12, no. 2 (2005): 180, <https://doi.org/10.1163/1568519054093699>.

Titik sentral pada pelaksanaan perkawinan yaitu keterlibatan Tuhan sebagai dasar keabsahan, dimana nilai-nilai ketuhanan sendiri didapat dari ajaran-ajaran agama yang bersumber dari kitab suci.<sup>18</sup> Kitab suci memberikan petunjuk-petunjuk dan tata cara bagaimana seorang manusia melaksanakan perkawinan dengan syarat-syarat yang harus dipenuhi, bila syarat-syarat tersebut dipenuhi maka barulah tercipta suatu perkawinan yang didasari atas ajaran agama. Alangkah mulianya norma keabsahan perkawinan yang ada di Indonesia ini dibangun berdasarkan nilai hukum agama dan kepercayaan, sehingga lembaga perkawinan tidak sebatas ikatan antara dua orang laki-laki dan perempuan semata (*cohabitant*), tetapi memasukkan tata cara dan perintah Tuhan sesuai ajaran-ajarannya.

Penggunaan norma Ketuhanan sebagai landasan idiil dalam perkawinan di Indonesia mendapatkan hambatan secara khusus ketika dihadapkan pada kehidupan negara yang memiliki pluralitas dalam hal agama dan kepercayaan.<sup>19</sup> Pada urusan perkawinan secara spesifik potensi masalah hukum terjadi, yaitu: (1) potensi seseorang yang tidak dapat melakukan perkawinan karena terbentur ajaran agama masing-masing karena patuh dan meyakini; (2) salah satu pasangan melakukan pindah agama/kepercayaan; (3) tidak berpindah agama/kepercayaan, tetapi melangsungkan perkawinan dengan tata cara dari salah satu pasangannya (baik ikut tata cara calon suami atau calon isteri); (4) melakukan perkawinan ke luar negeri; <sup>20</sup> (5) mengajukan permohonan ke pengadilan.<sup>21</sup>

Kelima cara tersebut masing-masing setidaknya pernah dilakukan atau terjadi serta dapat diterima secara logika oleh masyarakat, tetapi beberapa fakta menunjukkan bahwa perbuatan-perbuatan tersebut dapat mengarah pada penyelundupan hukum pada bidang hukum perkawinan. Pada akhirnya, perkawinan semacam ini akan mungkin menjadi problem hukum perkawinan yang tidak akan berkesudahan bila dilihat dari situasi pluralistik di Indonesia yang menjadikan perkawinan bukan merupakan perbuatan hukum semata, melainkan ada semangat spiritual agama dan ibadah didalamnya.

Penafsiran yang dilakukan pun cenderung terkesan subyektif, seperti contoh pada agama Islam, ada pendapat dari pemuka agama yang melarang perkawinan semacam itu, ada pula yang memakluminya, bahkan ada pula oknum pemuka agama yang menawarkan jasanya untuk membantu pelaksanaan perkawinan.<sup>22</sup> Jadi parameter pihak yang berhak

<sup>18</sup> Aristo Evandy A.Barlian dan Annisa D. Permata Herista, "Pembangunan Sistem Hukum Indonesia Berdasarkan Nilai-Nilai Pancasila Sebagai Ideologi Politik Bangsa," *Jurnal Lemhannas RI* 9, no. 1 (31 Maret 2021): 550, <https://doi.org/10.55960/jlri.v9i1.379>.

<sup>19</sup> Burhanudin Harapah, Solikhah Muslich Sugiyono, dan Luthfiah Trini Hastuti, "NON SECULARIZATION OF MARRIAGE LEGAL PROCEDURE BASED ON BELIEF IN ONE ALMIGHTY GOD IN INDONESIA," *Yustisia Jurnal Hukum* 9, no. 2 (30 Agustus 2020): 243, <https://doi.org/10.20961/yustisia.v9i2.27394>.

<sup>20</sup> Kadek Wiwik Indrayanti, "Perlindungan Hukum Bagi Warga Negara Indonesia Yang Melakukan Perkawinan Beda Agama ( Kajian Pluralisme Hukum)" (Universitas Brawijaya, 2017), 15, <http://repository.ub.ac.id/id/eprint/792>.

<sup>21</sup> Sirman Dahwal, "Pelaksanaan Perkawinan Beda Agama (Studi Berbagai Kasus Di Indonesia Periode Tahun 1986 - 2010)" (Universitas Brawijaya, 2012), 8-10, <http://repository.ub.ac.id/id/eprint/160932>.

<sup>22</sup> Mathias Jebaru Adon, "Perkawinan Lili di Manggarai," *Dharmasmrti: Jurnal Ilmu Agama dan Kebudayaan* 21, no. April (2021): 43.

menafsirkan frasa kata “*hukum agama dan kepercayaan*” pada Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan ini perlu diperjelas di dalam normanya.<sup>23</sup>

Usulan Pemohon pada dua *judicial review* (2014 dan 2022) pun sama yakni Pasal 2 ayat (1) diberi penambahan frasa dengan tambahan “sepanjang penafsiran mengenai hukum agamanya dan kepercayaannya itu diserahkan kepada masing-masing calon mempelai” maupun “berdasarkan kehendak bebas mempelai”. Artinya, kewenangan penafsiran dalam penegakan hukum agama dan kepercayaan pada perkawinan sepatutnya dikembalikan pada pihak yang ingin melakukannya. Harapan pemohon adalah penafsiran pada Pasal 2 ayat (1) ini tidak lagi rentan terjadi penyelundupan hukum, mengingat penafsirannya dikembalikan kepada masing-masing mempelai. Di sisi lain penambahan frasa tersebut dapat dianggap pemohon menjadikan negara dapat melindungi hak asasi seseorang dalam melakukan perkawinan.<sup>24</sup>

Permohonan *judicial review* ini diputus Mahkamah Konstitusi pada tahun 2014 dan tahun 2022 dengan petittum dan amar dalam tabel berikut:

**Tabel. 1**

**Petittum dan poin pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 68/PUU-XII/2014 dan Nomor 24/PUU-XX/2022**

**Petittum Permohonan Judicial Review Pasal 2 ayat (1) 68/PUU-XII/2014**

Penambahan frasa “*sepanjang penafsiran mengenai hukum agamanya dan kepercayaannya itu diserahkan kepada masing-masing calon mempelai*” setelah redaksi kata: perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.

**Amar Putusan**

Tidak beralasan hukum maka menolak permohonan seluruhnya.

**Petittum Permohonan Judicial Review Pasal 2 ayat (1) 24/PUU-XX/2022**

Frasa “*dengan berdasarkan pada kehendak bebas para mempelai untuk memilih salah satu metode pelaksanaan perkawinan sesuai dengan tata cara dan prosedur yang ditetapkan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu.*”

**Amar Putusan**

Menolak permohonan pemohon seluruhnya

**Sumber:** Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 68/PUU-XII/2014 dan Nomor 24/PUU-XX/2022

Memperhatikan Putusan MK Nomor 68/PUU-XII/2014 dan Putusan MK Nomor 24/PUU-XX/2022 terlihat jelas sikap Majelis Hakim dengan bulat menolak permohonan meskipun ada hakim yang memiliki alasan berbeda tetapi mempunyai maksud yang sama.<sup>25</sup> Sikap Majelis

<sup>23</sup> Sanjaya dan Ummah, “The Challenge of Using the Transcendental Principle in the Law of Marriage in Indonesia,” 314.

<sup>24</sup> Bambang Sutyoso, “Pembentukan Mahkamah Konstitusi Sebagai Pelaku Kekuasaan Kehakiman di Indonesia,” *Jurnal Konstitusi* 7, no. 6 (20 Mei 2016): 26–29, <https://doi.org/10.31078/jk762>.

<sup>25</sup> Elviandri, “Hukum transendental dalam konstelasi pemikiran hukum positivistic di Indonesia,” *Jurnal Yustisia Merdeka* 2, no. 1 (2016): 30.

Hakim terlihat jelas bahwa Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan dinormakan untuk menjadi pembatas agar terlihat batasan telah terjadinya perkawinan yang sah atau tidak itu kembali aspek spiritual bukan aspek administrasi. Setidaknya pertimbangan-pertimbangan penting majelis hakim dapat disimpulkan sebagai berikut:<sup>26</sup> (1) Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai dasar sehingga erat setiap tindakan mempunyai hubungan erat dengan agama; (2) perkawinan adalah hak, sehingga harus dapat saling melindungi antara warga yang lainnya; (3) Pasal 2 ayat (1) bukan membatasi, tetapi pembatasan yang bertujuan untuk menghormati hak orang lain; (4) perkawinan adalah hubungan lahir (hubungan formil) dan batin (pertalian jiwa); (5) pengaturan dari pemerintah adalah suatu kepastian hukum; (6) perkawinan tidak boleh dilihat dari aspek formal semata; (7) perkawinan tetap kembali pada pedoman agama dan kepercayaan yang tidak dapat ditafsirkan sendiri-sendiri secara individual tetapi dikembalikan pada ajaran agama masing-masing; (8) Negara Indonesia bukanlah negara sekuler sehingga tidak tepat pelarangan perkawinan beda agama dianggap melanggar hak asasi manusia, mengingat setiap negara mempunyai pembatasan-pembatasan tersendiri dalam mengadopsi hukum HAM internasional; (9) penambahan frasa justru akan membuat suatu ketidakpastian hukum dan menimbulkan berbagai penafsiran yang lebih bervariasi jika diserahkan kepada masing-masing calon mempelai.

Meskipun Indonesia meratifikasi deklarasi HAM Internasional, tetapi penerapan HAM tetap disesuaikan dengan ideologi, budaya, dan agama bangsa. Pada Putusan MK Nomor 24/PUU-XX/2022, menimbang bahwa perkawinan bukan lah hak, tetapi sebagai prasyarat untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan. Sedangkan syarat untuk membentuk keluarga adalah perkawinan. Perkawinan sendiri termasuk bagian dari ibadah, sehingga ekspresi beribadah harus diatur agar tidak menyimpang dari pokok ajaran. Poin yang paling penting adalah bahwa pelaksanaan Pasal 34 dan 35 huruf a Undang-Undang Administrasi Kependudukan bukan berarti negara mengakui perkawinan beda agama, tetapi bersifat administratif. Segala keabsahan perkawinan merujuk pada hukum agama dan kepercayaan.<sup>27</sup>

## **2. Perbedaan Penafsiran pada Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan menjadi Alasan Terjadi Kekosongan Hukum pada Perkawinan Beda Agama dan/atau Kepercayaan oleh Hakim di Pengadilan**

Konstitusi Negara Republik Indonesia menyatakan bahwa Indonesia adalah negara hukum, norma ini mempunyai arti bahwa dalam menciptakan kehidupan yang teratur diperlukan sistem atau aturan hukum. Pembuatan sistem hukum tersebut saat ini diatur pada Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sebagaimana telah diubah melalui Undang-Undang No. 5 Tahun 2019 yang menjelaskan bahwa sumber tertinggi pembuatan aturan hukum di Indonesia adalah Pancasila. Hukum sendiri adalah himpunan peraturan yang bersifat memaksa bermaterikan perintah, larangan,

<sup>26</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 68/PUU-XII/2014 (2014).

<sup>27</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 24/PUU-XX/2022 (2022).

dan izin untuk melakukan atau tidak melakukan dengan tujuan untuk mengatur kehidupan masyarakat. Hukum di Indonesia saat ini yang diakui adalah hukum yang bersifat tertulis melalui peraturan perundang-undangan dan yang tidak tertulis seperti hukum adat.

Salah satu kelemahan dari aturan yang bersifat tertulis adalah tidak dapat mencakup seluruh keadaan yang timbul akibat dinamika perkembangan masyarakat, mengingat tidak mungkin suatu aturan dapat mengatur secara tuntas kehidupan manusia. Keadaan dimana aturan tidak mengatur lengkap atau tuntas maka akan menimbulkan ketidakpastian bagi masyarakatnya bahwa hal ini disebut dengan istilah kekosongan hukum (*rechtsvacuum*). Keadaan dimana secara hukum positif ketiadaan peraturan yang mengatur tata tertib masyarakat, dengan ketiadaan tersebut maka perbuatan moral, pergaulan masyarakat yang terus berjalan hidup akan dapat terbentur satu sama lain tanpa henti akibat ketiadaan peraturan itu. Kekosongan hukum dapat terjadi atas beberapa alasan, seperti: (1) legislasi pembuatan peraturan yang memakan waktu yang lama sehingga ketika peraturan yang baru selesai ternyata keadaan sudah berubah, (2) atau karena hal tertentu seperti belum dapat diatur, atau kalau sudah diatur dalam peraturan namun tidak jelas atau kurang lengkap.<sup>28</sup>

Akibat terjadinya kekosongan hukum adalah ketidakpastian mengenai hukum karena tidak ada aturan yang jelas dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Lebih buruknya lagi, ini dapat menyebabkan kekacauan hukum yang berdampak pada ketertiban dan kesejahteraan masyarakat. Jika tidak ada hukum yang mengatur, masyarakat bisa memiliki pemahaman yang beragam mengenai suatu perbuatan, contohnya: (1) jika tidak diatur, maka dianggap boleh dilakukan, (2) jika tidak ada larangan, bukan berarti menjadi tidak diperbolehkan.

Salah satu langkah untuk menjawab *rechtsvacuum* adalah menelusuri putusan hakim terdahulu yang telah memeriksa kasus serupa di mana terdapat kekosongan hukum. Hal ini dikenal dengan istilah mencari yurisprudensi hakim, mengingat yurisprudensi adalah salah satu sumber hukum di Indonesia. Apabila tidak memungkinkan mencari yurisprudensi, maka dapat diajukan ke pengadilan sebagai lembaga penegak hukum yang memiliki kewenangan untuk menegakkan hukum dan keadilan.

Terdapat pedoman yurisprudensi yang digunakan hakim dalam membuat pertimbangan hakim pada perkara permohonan perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan sebagai sumber hukum (pengetahuan), yaitu yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung Nomor 1400/K/Pdt/1986. Putusan ini seolah menjadi sumber hukum penting bagi hakim-hakim di tingkat Pengadilan Negeri dalam mengadili dan menetapkan perkara perkawinan yang melibatkan antar agama maupun antara orang yang beragama dengan aliran kepercayaan. Putusan Mahkamah Agung tersebut menjadi sebuah antitesa dengan yang ada pada Putusan Mahkamah Konstitusi mengingat pertimbangan hakimnya selalu digunakan oleh

<sup>28</sup> Fachrizza Sidi Pratama, "Fenomena Rechtsvacuum Dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2020 Terkait Masa Perpanjangan Paspor Menjadi 10 Tahun," *Journal of Law and Border Protection* 1, no. 1 (28 Mei 2019): 55, <https://doi.org/10.52617/jlbp.v1i1.156>.

hakim-hakim di tingkat pengadilan negeri. Hakim di tingkat Pengadilan Negeri cenderung menggunakan hasil pertimbangan Putusan Mahkamah Agung Nomor 1400/K/Pdt/1986 sebagai dalil dalam menyikapi praktik perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan.<sup>29</sup>

**Tabel. 2**

**Pertimbangan hakim pada Mahkamah Agung Nomor 1400/K/Pdt/1986 yang menjadi yurisprudensi**

No	Redaksi Pertimbangan
1.	Bahwa Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 tidak memuat ketentuan apapun yang menyebutkan bahwa perbedaan agama antara calon istri dan calon suami adalah dilarang atau merupakan halangan perkawinan.
2.	Tidak mengatur adanya perkawinan dimana calon suami dan calon istrinya memeluk agama yang berbeda
3.	Perkawinan hanya berlaku bagi mereka yang memeluk agama yang sama, sehingga perkawinan beda agama dianggap menimbulkan kekosongan hukum bagi yang melangsungkannya.
4.	Tidak dibenarkan terus terjadi kekosongan hukum, maka MA perlu melakukan penemuan hukum
5.	Tidak terjadi larangan pada Pasal 8 huruf (f) Undang-Undang Perkawinan karena pemohon “dianggap” tidak tunduk lagi pada agamanya dalam urusan perkawinan.

Apabila penggunaan Putusan Mahkamah Agung Nomor 1400/K/Pdt/1986 sebagai sumber hukum hakim (yurisprudensi) di pengadilan negeri berlaku sebelum adanya Putusan MK Nomor 68/PUU-XII/2014, maka hal itu patut dimaklumi mengingat penafsiran Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan belum dilakukan pengujian.<sup>30</sup> Tetapi yurisprudensi tersebut menjadi tidak relevan sejak adanya penjelasan pada Putusan MK Nomor 68/PUU-XII/2014 dan Putusan MK Nomor 24/PUU-XX/2022. Seolah terjadi penolakan secara konstitusi terhadap penjelasan majelis hakim pada putusan Mahkamah Konstitusi. Konsekuensi kedua Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut menekankan bahwa perkawinan di Indonesia tidak “patut” dipertimbangkan terjadi “kekosongan hukum” atas dasar tidak jelas dalam memahami hukum agama dan kepercayaan dalam perkawinan.

Justru yang terjadi adalah hakim-hakim di tingkat Pengadilan Negeri “selalu” menjadikan perkara permohonan pelaksanaan dan izin pencatatan perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan di Indonesia dengan dalil terjadi “kekosongan hukum.” Bila suatu keadaan tanpa adanya hukum, maka hakim patut mengisi ruang kekosongan hukum itu dengan memberikan pertimbangan untuk mengadili yang seadil-adilnya.

<sup>29</sup> Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Agung Nomor 1400K/PDT/1986 (1986).

<sup>30</sup> Kadriah Kadriah, Teuku Saiful, dan Muhammad Naufal Hidayat, “Interreligious Marriage According to Indonesian Legislation,” in *Proceedings of the 1st International Conference on Law and Human Rights 2020 (ICLHR 2020)*, 2021, 465, <https://doi.org/10.2991/assehr.k.210506.060>.

Latar belakang tersebut menimbulkan disparitas pemahaman oleh sesama lembaga yudikatif, yakni menyikapi Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan bahwa Majelis Hakim MK menyatakan norma tersebut sudah jelas, sedangkan hakim-hakim di tingkat Pengadilan Negeri di lingkungan Mahkamah Agung menyatakan itu belum jelas sehingga terjadi kekosongan hukum. Kenyataan itu dapat terlihat dari *ratio decidendi* hakim-hakim di Pengadilan Negeri yang mengadili perkara permohonan perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan, sebagian besar ada alasan menimbang bahwa perkawinan semacam itu “belum jelas diatur” secara norma. Di sisi lain, norma itu sejatinya sudah diatur yaitu melalui hukum agama dan kepercayaan, hanya saja yang belum didapat adalah “kepastian redaksi.”

Tidak adanya pernyataan frasa secara tekstual terhadap perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan ini menimbulkan kerumitan tersendiri bagi penduduk Indonesia yang hendak melakukannya, meskipun beberapa ajaran agama dan kepercayaan relatif melarang perkawinan semacam itu. Ketika perkawinan semacam itu terjadi, maka potensi status perkawinannya menjadi: (1) tidak sah sehingga tidak memiliki kekuatan hukum, (2) tidak sah belum tentu dapat dilakukan pencatatan untuk mendapatkan kepastian, (3) mengajukan permohonan penetapan ke pengadilan untuk dimintakan pengesahan dan memiliki kekuatan hukum.

Melalui Undang-Undang Administrasi Kependudukan, perkawinan semacam tersebut dapat menjadi sah bila telah mendapatkan izin dari pengadilan. Hal ini merujuk pada Pasal 34 dan 35 Undang-Undang Administrasi Kependudukan. Salah satu alasannya adalah setiap orang berhak mendapatkan keadilan dan kepastian terhadap kedudukan dan status pribadi dan hukumnya. Secara berurutan, Undang-Undang Administrasi Kependudukan Pasal 34 menyatakan bahwa: setiap perkawinan yang sah wajib untuk dilaporkan, dilanjutkan pada Pasal 35 huruf (a) yang dimaksud perkawinan sah berlaku terhadap perkawinan yang ditetapkan oleh pengadilan. Perkawinan yang ditetapkan oleh pengadilan adalah perkawinan yang dilakukan antar umat berbeda agama. Kedua norma yang ada pada Undang-Undang Administrasi Kependudukan “seolah” mengatur bahwa perkawinan yang ditetapkan oleh pengadilan sama-sama memiliki kekuatan yang sama dengan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan dalam konteks keabsahan perkawinan. Sehingga terjadi dua (2) parameter keabsahan perkawinan yaitu melalui: (1) hukum agama dan kepercayaan dan (2) penetapan pengadilan.

Pada sudut pandang hukum di Indonesia, perkawinan merupakan cerminan perbuatan hukum yang bernilai ibadah, perbuatan itu menjadi sah bila memenuhi unsur-unsur perkawinan. Jadi bila unsur perkawinan terpenuhi, maka perbuatan itu dapat dinyatakan sah. Pada satu sisi lain parameter apa yang digunakan hakim dalam menetapkan perkara penetapan perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan ? akankah hakim akan mengadili perkara semacam itu dengan membuktikan kebenaran sesuai hukum agama dan kepercayaan

atau hakim cukup terikat dengan dokumen-dokumen formal sebagaimana hakim terikat dengan pembuktian hukum acara perdata.

Terkait perkawinan yang ditetapkan oleh pengadilan justru terjadi disparitas dalam penetapannya baik itu: (1) dikabulkan, (2) ditolak, (3) atau bahkan tidak diterima oleh hakim. Disparitas adalah suatu yang wajar terjadi di pengadilan mengingat hakim akan mengadili, menetapkan, atau memutus perkara sesuai keyakinan hakim. Dapat terjadi penerapan kaidah hukum yang berbeda, hakim kurang yakin, atau ketidak mampuan dalam pembuktian yang diajukan dalam perkara memunculkan penetapan yang berbeda dengan keinginan yang sama yaitu disahkannya perkawinan. Disparitas yang terjadi terhadap suatu permohonan yang sama dilakukan oleh pemohon perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan tetapi amar yang diberikan berbeda untuk perkara yang sama oleh hakim.<sup>31</sup> Hal tersebut dirasa tidak memberikan keadilan terhadap masyarakat secara sosiologis meskipun hal tersebut telah tertera pada norma dan tujuan dari Undang-Undang Administrasi Kependudukan.

Terjadinya disparitas oleh hakim tentunya dipengaruhi beberapa alasan-alasan sehingga hakim dalam menjalankan fungsinya berbeda dalam amar maupun pertimbangannya, seperti: (1) pada perkara yang hukum tertulisnya tidak jelas atau tidak ada, (2) bingung dalam menerapkan sistem hukum, maksud disini dapat terjadi bila terdapat jenis hukum yang berlaku di Indonesia atau pernah diterapkan di Indonesia. system yang ada di Indonesia sendiri mengenal sistem hukum adat maupun mengenal sistem hukum peninggalan Hukum Kolonial Belanda. Dapat saja hakim masih menggunakan asas ataupun norma yang ada pada kedua system hukum tersebut meskipun sudah ada Undang-Undang secara khusus. (3) memperhatikan fakta di persidangan, alasan ketiga ini cukup rasional pengaruh terjadinya disparitas produk pengadilan seperti apa bukti-bukti yang digunakan, saksi-saksi yang dihadirkan, atau alat bantu lain untuk membuktikan dalil yang dimohonkan. Oleh karena itu disparitas pada hakim di Indonesia pada umumnya, dan secara khusus pada permohonan penetapan perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan potensi terjadi bila memperhatikan tiga alasan-alasan di atas.

### **3. Disparitas *Ratio Decidendi* Pada Penetapan-Penetapan perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan**

Disparitas memiliki arti yaitu suatu perbedaan atau jarak, dapat juga diartikan sebagai perlakuan yang berbeda dari satu dengan yang lainnya. Pada konteks hukum, disparitas cenderung terjadi pada: (1) pemberian putusan atau penetapan pengadilan, (2) perlakuan hak-hak terhadap masyarakat. Disparitas ini adalah sesuatu yang mungkin terjadi pada negara dengan sistem hukum Eropa Kontinental yang tidak mengikuti hukum atas suatu kejadian (preseden). Disparitas terjadi karena hakim pada suatu putusan/penetapan dapat

<sup>31</sup> Nimerodi Gulo, "Disparitas Dalam Penjatuhan Pidana," *Masalah-Masalah Hukum* 47, no. 3 (2018): 217, <https://doi.org/10.14710/mmh.47.3.2018.215-227>.



berbeda dengan hakim yang lain pada suatu perkara yang sama. Hal ini terjadi karena hakim diberikan kebebasan dalam oleh undang-undang untuk memutus perkara sesuai dengan keyakinan walaupun putusan/penetapannya dapat saling berbeda satu perkara dengan perkara yang lainnya. Kejadian semacam ini sesungguhnya menimbulkan kebalikan dari asas hukum yang menjunjung tinggi nilai persamaan yaitu asas *equality before the law*.

Perbedaan pada putusan atau penetapan hakim pada hukum perdata disebut dengan istilah disparitas putusan hakim yang artinya jika suatu permohonan dikabulkan oleh hakim, dalam perkara yang lain dapat saja tidak dikabulkan meskipun jenis permohonannya sama seperti permohonan penetapan atau pencatatan perkawinan. Pada prinsipnya perbedaan dalam pemberian putusan atau penetapan ini adalah hal yang wajar kembali pada sifat perkara, bukti, saksi, dan kronologis perkara.

Analisa terjadinya putusan atau penetapan hakim yang menimbulkan disparitas sebagian besar menyatakan bahwa: (1) tidak adanya pedoman oleh hakim, sehingga hakim melaksanakan kebebasan sesuai keyakinannya, (2) hakim bersifat bebas atau independen. Kedua alasan di atas dipengaruhi oleh kondisi internal hakim itu sendiri sebagai manusia bahwa hakim tentunya mempunyai keterbatasan dalam dirinya baik itu dipengaruhi dari internal ataupun eksternal. Hal ini ditambah situasi Pemohon dalam suatu perkara, seperti: harta, pendidikan, ekonomi, umur, karakter, kronologis, dan hukum yang memungkinkan hakim memberikan suatu putusan/penetapan yang berbeda dengan hakim lainnya.

Adapun contoh dilampirkan beberapa kasus penetapan pengadilan yang telah ditetapkan sejak berlakunya Undang-Undang Administrasi Kependudukan sebagai sampel dari tahun 2017, 2018, 2019, dan 2022 yang menunjukkan terjadinya disparitas akibat kekosongan hukum perkawinan dalam perkara penegakan Pasal 35 huruf (a) Undang-Undang Administrasi Kependudukan antara lain: (1) penetapan Pengadilan Negeri Blora Nomor 71/Pdt.P/2017/PN. Bla, (2) Penetapan Pengadilan Negeri Surakarta Nomor 333/Pdt.P/2018/PN. Skt, (3) Penetapan Pengadilan Negeri Surakarta Kelas 1A Nomor 403/Pdt.P/2019/PN Skt, (4) Penetapan Pengadilan Negeri Bekasi Nomor 211/Pdt.P/2019/PN. Bks, (5) Penetapan Pengadilan Negeri Denpasar Nomor 878/Pdt.P/2019/PN Dps, dan (6) Penetapan Pengadilan Negeri Surabaya Nomor 916/Pdt.P/2022/PN. Sby.

Uraian keenam penetapan perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan diatas setidaknya memunculkan gambaran terjadinya disparitas dikarenakan adanya latar belakang posita yang berbeda-beda (dokumen yang diajukan, saksi-saksi yang dihadirkan dan fakta persidangan) akan berdampak pada keabsahan perkawinan seseorang. Adapun uraian tersebut dapat dilihat sebagai berikut:

**Tabel. 3**

**Pemohon, Pertimbangan Hakim dan Amar Penetapan pada penetapan Perkawinan Beda Agama dan / Atau Kepercayaan**

No	Pertimbangan dan Amar	Penetapan Pengadilan
1.	<ol style="list-style-type: none"> <li>Perkawinan berdasarkan hukum agama dan kepercayaan</li> <li>Ajaran agama Islam dan Kristen melarang perkawinan beda agama</li> <li>Gereja GBI Kristen membolehkan bila pemohon melepaskan atribut agama islam</li> <li>Pemohon tetap pada keinginan memeluk agamanya</li> </ol> <p>Amar : <b>menolak permohonan*</b></p>	<p>Pengadilan Negeri Blora Nomor 71/Pdt.P/2017/PN.                      Bla Neneng Oktora Budi pemeluk agama Islam dan Yafet Arianto pemeluk agama Kristen</p>
2.	<ol style="list-style-type: none"> <li>Undang-undang perkawinan tidak mengatur perkawinan beda agama</li> <li>Perkawinan dapat sah bila ditetapkan pengadilan</li> <li>Untuk mencegah penyimpangan dan memberikan status pribadi dan hukum</li> <li>Negara menjamin kemerdekaan penduduk dalam memeluk agamanya.</li> </ol> <p>Amar : <b>mengabulkan</b> permohonan memberikan izin**</p>	<p>Penetapan Pengadilan Negeri Surakarta Nomor 333/Pdt.P/2018/PN. Skt                      Gigih Prayogo pemeluk agama Islam dan Aurora Hanggarani Ponda pemeluk agama Katolik</p>
3.	<ol style="list-style-type: none"> <li>Perkawinan sah bila dilakukan menurut hukum agama dan kepercayaan</li> <li>merujuka pada surat panitera Mahkamah Agung RI nomor 231/PAN/HK.05/1/2019 tanggal 30 Januari 2019 perkawinan dapat dilaksanakan berdasarkan agama salah satu pasangannya serta yang lain menundukkan diri pada agama pasangannya.</li> <li>Tidak ada ketentuan perkawinan beda agama</li> </ol> <p>Amar : <b>tidak dapat dikabulkan</b> atau menolak***</p>	<p>Penetapan Pengadilan Negeri Surakarta Kelas 1A Nomor 403/Pdt.P/2019/PN Skt                      Azarya Hendri Estiko pemeluk agama Kristen dan Ari Estina Sulistyanti pemeluk agama Islam</p>

\* Mahkamah Agung Republik Indonesia, Penetapan Pengadilan Negeri Blora Nomor 71/Pdt.P/2017/PN (2017).

\*\* Mahkamah Agung Republik Indonesia, Penetapan Pengadilan Negeri Surakarta Nomor 333/Pdt.P/2018/PN. Skt (2018).

\*\*\* Mahkamah Agung Republik Indonesia, Penetapan Pengadilan Negeri Surakarta Kelas 1A Nomor 403/Pdt.P/2019/PN Skt (2019).

No	Pertimbangan dan Amar	Penetapan Pengadilan
4.	1. Perkawinan berdasarkan dua kepercayaan yaitu agama dan kepercayaan kepada Tuhan Yang Maha Esa tidak dapat ditentukan dasar perkawinannya. 2. Setiap perkawinan diatur ketentuan dan tata cara perkawinannya masing-masing Amar : <b>tidak dapat diterima</b> ****	Penetapan Pengadilan Negeri Bekasi Nomor 211/Pdt.P/2019/PN. Bks  Kartika Pramahesti pemeluk aliran kepercayaan (adat Sunda) di Jawa Barat dan Rasyid Indra Pratama pemeluk agama Islam.
5.	1. Perkawinan adalah hak asasi seseorang 2. Perkawinan sah berdasarkan hukum agama dan kepercayaan 3. Sebelumnya telah melangsungkan perkawinan berdasarkan salah satu agama 4. Mengingat perkawinan yang telah dilakukan dapat dinyatakan sah Amar : menetapkan dan <b>mengabulkan</b> ****	Penetapan Pengadilan Negeri Denpasar Nomor 878/Pdt.P/2019/PN Dps  Wilem pemeluk agama Budha dan Anabel Cahyadi pemeluk agama Kristen
6.	1. Undang-Undang hanya mengatur perkawinan yang seagama 2. Perkawinan beda agama diatur oleh Undang-Undang Administrasi Kependudukan yang ditetapkan pengadilan 3. Perbedaan agama bukan merupakan larangan untuk melangsungkan perkawinan 4. Hakim menganggap pemohon melepaskan keyakinan agamanya yang melarang perkawinan beda agama Amar : <b>mengabulkan</b> permohonan*****	Penetapan Pengadilan Negeri Surabaya Nomor 916/Pdt.P/2022/PN. Sby  Rizal Adikara pemeluk agama Islam dan Eka Debora Sidauruk pemeluk agama Kristen

Disparitas yang terjadi pada penetapan permohonan perkawinan beda agama dan / atau kepercayaan adalah: (1) ditolak, (2) dikabulkan, atau bahkan (3) tidak diterima oleh hakim di pengadilan. Terlebih disparitas ini terjadi ketika regulasi maupun penjelasan terkait

\*\*\*\* Mahkamah Agung Republik Indonesia, Penetapan Pengadilan Negeri Bekasi Nomor 211/Pdt.P/2019/PN. Bks (2019).

\*\*\*\*\* Mahkamah Agung Republik Indonesia, Penetapan Pengadilan Negeri Denpasar Nomor 878/Pdt.P/2019/PN Dps (2019).

\*\*\*\*\* Mahkamah Agung Republik Indonesia, Penetapan Pengadilan Negeri Surabaya Nomor 916/Pdt.P/2022/PN. Sby (2022).

perkawinan tersebut sudah ada seperti telah dijelaskan pada Undang-Undang Perkawinan, Undang-Undang Administrasi Kependudukan, Putusan Mahkamah Agung RI nomor 1400K/Pdt/1986 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 68/PUU-XII/2014 maupun Nomor 24/PUU-XX/2022. Hakim seolah tidak memiliki pedoman khusus secara institusional dalam hubungannya pada perkara perkawinan semacam ini.<sup>32</sup> Hal tersebut terlihat dari poin-poin pertimbangan hakim yang berbeda-beda dalam menimbang ada yang memperhatikan : (1) fokus pada larangan agama, (2) karena tidak ada hukum maka perlu ditetapkan, (3) memperhatikan fakta persidangan sudah menikah secara sah maka dapat dikabulkan, (4) bagi yang tidak menggunakan hukum agama tidak dapat dikabulkan, (5) menganggap pemohon telah melepaskan keyakinan agama sehingga dapat dikabulkan. Macam-macam pertimbangan ini terjadi bukan karena tidak adanya norma melainkan hakim dapat saja memahami norma tersebut tanpa ada pedoman.

Kebijakan institusional yang diberikan oleh Mahkamah Agung melalui surat Panitera Mahkamah Agung RI nomor 231/PAN/HK.05/1/2019 tanggal 30 Januari 2019 menjawab atas surat Dirjen Kependudukan dan Pencatatan Sipil Kementerian Dalam Negeri Nomor 472.2/18752/DUKCAPIL tanggal 10 Oktober 2018 sejatinya telah memberikan gambaran “realistis” untuk dapat “mengkompromikan” antara hukum sebagai positif dan hukum sebagai dasar agama pada perkawinan yaitu pengadilan hendaknya mengabulkan bila pelaku perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan dapat menentukan satu (1) tata cara agama yang dilakukannya tanpa mencampurnya atau menggunakan keduanya. Arahan tersebut “sudah” dianggap memenuhi norma Pasal 2 ayat (1) sehingga layak untuk dapat dikabulkan.

Disparitas terjadi karena hakim memiliki keyakinannya masing-masing dalam menafsirkan Undang-Undang, menggunakan sumber hukum yurisprudensi atau memperhatikan fakta persidangan, sehingga timbul interpretasi yang beragam dari maksud Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan. Interpretasi yang beragam ini terjadi tentunya atas pemahaman hakim bahwa perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan tidak jelas diatur atau terjadi kekosongan hukum.

### **C. KESIMPULAN**

Kecosongan hukum terjadi berawal dari multi-penafsiran terhadap Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan yang membuat hukum agama dan kepercayaan sebagai sahnya perkawinan. MK memberikan pertimbangan bahwa penafsiran itu dikembalikan pada lembaga institusi keagamaan dan kepercayaan mempelai masing-masing bukan oleh masing-masing mempelai, namun pada praktiknya hakim-hakim di Pengadilan Negeri menganggap Pasal 2 ayat (1) terjadi kekosongan hukum khusus pada perkara perkawinan beda agama

<sup>32</sup> Setiyowati Setiyowati, “Recent Changes in Regulatory Development of Interreligious Marriage and Children’s Rights Based on Justice Perspective in Indonesia,” *International Journal of Criminology and Sociology* 10, no. 1 (14 Juli 2021): 1149, <https://doi.org/10.6000/1929-4409.2021.10.133>.

dan/atau kepercayaan. Penafsiran kekosongan hukum terhadap perkawinan beda agama dan/atau kepercayaan tersebut membawa hakim di Pengadilan Negeri untuk melakukan penemuan hukum dalam mengadili dan memutus perkara yang kemudian menimbulkan disparitas pada pertimbangan hakim. Ada yang menganggap hal tersebut (1) dilarang, (2) belum jelas diatur, (3) tidak dapat diterima, padahal pedoman terhadap perkara tersebut telah dijelaskan pada Undang-Undang Perkawinan, Undang-Undang Administrasi Kependudukan, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 68/PUU-XII/2014 dan Nomor 24/PUU-XX/2022.

## DAFTAR PUSTAKA

- Adon, Mathias Jebaru. "Perkawinan Lili di Manggarai." *Dharmasmrti: Jurnal Ilmu Agama dan Kebudayaan* 21, no. April (2021): 40–52.
- Aprianto, Tri Chandra. "Aturan Dipersimpangan Jalan : Perdebatan Rancangan Undang-Undang (RUU) Perkawinan 1973-1994." *Historia : Jurnal Ilmu Sejarah* 1, no. 1 (22 Maret 2018): 41–57. <https://jurnal.unej.ac.id/index.php/JH/article/view/13507>.
- Arfina, Lydya, dan Anjar Sri Ciptorukmi Nugraheni. "PERKAWINAN AGAMA MENURUT HUKUM KELUARGA DI INDONESIA." *Jurnal Privat Law* 7, no. 1 (1 Februari 2019): 7–12. <https://doi.org/10.20961/privat.v7i1.29960>.
- Arifin, Zainal. "Perkawinan Beda Agama." *Jurnal Lentera, Kajian Keagamaan, Keilmuan dan Teknologi* 18, no. 1 (2019): 144–45. <https://doi.org/10.46362/jrsc.v4i1.126>.
- Aristo Evandy A.Barlian, dan Annisa D. Permata Herista. "Pembangunan Sistem Hukum Indonesia Berdasarkan Nilai-Nilai Pancasila Sebagai Ideologi Politik Bangsa." *Jurnal Lemhannas RI* 9, no. 1 (31 Maret 2021): 88–98. <https://doi.org/10.55960/jlri.v9i1.379>.
- Arsal, Arsal. "Beda Agama di Indonesia (Kajian Sejarah Sosial Hukum Islam)." *Alhurriyah Jurnal Hukum Islam* 14, no. 1 (2003): 38–58.
- Dahwal, Sirman. "Pelaksanaan Perkawinan Beda Agama (Studi Berbagai Kasus Di Indonesia Periode Tahun 1986 - 2010)." Universitas Brawijaya, 2012. <http://repository.ub.ac.id/id/eprint/160932>.
- Dimiyati, Khudzaifah, Absori Absori, Kelik Wardiono, dan Fitrah Hamdani. "Morality and Law: Critics upon H.L.A Hart's Moral Paradigm Epistemology Basis based on Prophetic Paradigm." *Jurnal Dinamika Hukum* 17, no. 1 (2 Mei 2017): 23–30. <https://doi.org/10.20884/1.jdh.2017.17.1.823>.
- Elviandri. "Hukum transendental dalam konstelasi pemikiran hukum positivistic di Indonesia." *Jurnal Yustisia Merdeka* 2, no. 1 (2016): 30–34.
- Gulo, Nimerodi. "Disparitas Dalam Penjatuhan Pidana." *Masalah-Masalah Hukum* 47, no. 3 (2018): 215–27. <https://doi.org/10.14710/mmh.47.3.2018.215-227>.

- Harapah, Burhanudin, Solikhah Muslich Sugiyono, dan Luthfiah Trini Hastuti. "NON SECULARIZATION OF MARRIAGE LEGAL PROCEDURE BASED ON BELIEF IN ONE ALMIGHTY GOD IN INDONESIA." *Yustisia Jurnal Hukum* 9, no. 2 (30 Agustus 2020): 243–61. <https://doi.org/10.20961/yustisia.v9i2.27394>.
- Hasan, Djuhaendah. *Hukum Keluarga, Setelah Berlakunya UU No. 1/1974 (Menuju Ke Hukum Keluarga Nasional)*. Bandung: Armico, 1988.
- Indrayanti, Kadek Wiwik. "Perlindungan Hukum Bagi Warga Negara Indonesia Yang Melakukan Perkawinan Beda Agama (Kajian Pluralisme Hukum)." Universitas Brawijaya, 2017. <http://repository.ub.ac.id/id/eprint/792>.
- Kadriah, Kadriah, Teuku Saiful, dan Muhammad Naufal Hidayat. "Interreligious Marriage According to Indonesian Legislation." In *Proceedings of the 1st International Conference on Law and Human Rights 2020 (ICLHR 2020)*, 462–68, 2021. <https://doi.org/10.2991/assehr.k.210506.060>.
- Katz, June S., dan Ronald S. Katz. "The New Indonesian Marriage Law: A Mirror of Indonesia's Political, Cultural, and Legal Systems." *The American Journal of Comparative Law* 23, no. 4 (1975). <https://doi.org/10.2307/839240>.
- Laela, Ana, Ken Ismi Rozana, dan Shilfa Khilwiyatul Mutiah. "Fiqh Perkawinan Beda Agama sebagai Upaya Harmonisasi Agama (Studi Perkawinan Beda Agama di Kota Jember)." *Fikrah* 4, no. 1 (30 Juni 2016): 117–37. <https://doi.org/10.21043/fikrah.v4i1.1627>.
- Lemmings, David. "Marriage and the law in the eighteenth century: Hardwicke's Marriage Act of 1753." *The Historical Journal* 39, no. 2 (11 Juni 1996): 339–60. <https://doi.org/10.1017/S0018246X00020276>.
- Mahkamah Agung Republik Indonesia. Penetapan Pengadilan Negeri Bekasi Nomor 211/Pdt.P/2019/PN. Bks (2019).
- . Penetapan Pengadilan Negeri Blora Nomor 71/Pdt.P/2017/PN (2017).
- . Penetapan Pengadilan Negeri Denpasar Nomor 878/Pdt.P/2019/PN Dps (2019).
- . Penetapan Pengadilan Negeri Surabaya Nomor 916/Pdt.P/2022/PN. Sby (2022).
- . Penetapan Pengadilan Negeri Surakarta Kelas 1A Nomor 403/Pdt.P/2019/PN Skt (2019).
- . Penetapan Pengadilan Negeri Surakarta Nomor 333/Pdt.P/2018/PN. Skt (2018).
- . Putusan Mahkamah Agung Nomor 1400K/PDT/1986 (1986).
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 24/PUU-XX/2022 (2022).
- . Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 68/PUU-XII/2014 (2014).
- Marzuki, Peter. "Penelitian Hukum," *jurnal Penelitian Hukum*, 2011.

- Milati Fatma Sari, Mulyadi, Yutanto. "Analisis Putusan Judicial Review Mahkamah Konstitusi Putusan No. 68/PUU-XII/2014 Atas Pasal 2 Ayat (1) Undang-Undnag No. 1 Tahun 1974 Terhadap Perkawinan Beda Agama." *Diponegoro Law Journal* 5, no. 3 (2016): 11.
- Nasir, Gamal Abdul. "Kekosongan Hukum & Percepatan Perkembangan Masyarakat." *Jurnal Hukum Replik* 5, no. 2 (1 September 2017): 172–83. <https://doi.org/10.31000/jhr.v5i2.925>.
- Noormansyah, Andra, dan Umar Haris Sanjaya. "The Legal Vacuum Of Interreligious Marriage In Indonesia: The Study Of Judges' Consideration In Interreligious Marriage Court Decisions 2010 -2021." *Prophetic Law Review* 4, no. 2 (1 Desember 2022): 177–94. <https://doi.org/10.20885/PLR.vol4.iss2.art3>.
- Opwis, Felicitas. "Maslaha in Contemporary Islamic Legal Theory." *Islamic Law and Society* 12, no. 2 (2005): 182–223. <https://doi.org/10.1163/1568519054093699>.
- Pratama, Fachrizza Sidi. "Fenomena Rechtsvacuum Dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2020 Terkait Masa Perpanjangan Paspor Menjadi 10 Tahun." *Journal of Law and Border Protection* 1, no. 1 (28 Mei 2019): 51–58. <https://doi.org/10.52617/jlbp.v1i1.156>.
- Sanjaya, Umar Haris, dan Karimatul Ummah. "The Challenge of Using the Transcendental Principle in the Law of Marriage in Indonesia." *Jurnal Magister Hukum Udayana (Udayana Master Law Journal)* 12, no. 2 (2023): 314–29. <https://ojs.unud.ac.id/index.php/jmhu/article/view/86405>.
- Setiyowati, Setiyowati. "Recent Changes in Regulatory Development of Interreligious Marriage and Children's Rights Based on Justice Perspective in Indonesia." *International Journal of Criminology and Sociology* 10, no. 1 (14 Juli 2021): 1149–53. <https://doi.org/10.6000/1929-4409.2021.10.133>.
- Sukirno, Sukirno. "Diskriminasi Pemenuhan Hak Sipil Bagi Penganut Agama Lokal." *Administrative Law and Governance Journal* 1, no. 3 (5 Desember 2018): 231–39. <https://doi.org/10.14710/alj.v1i3.231-239>.
- Sutiyo, Bambang. "Pembentukan Mahkamah Konstitusi Sebagai Pelaku Kekuasaan Kehakiman di Indonesia." *Jurnal Konstitusi* 7, no. 6 (20 Mei 2016): 025–050. <https://doi.org/10.31078/jk762>.

## Biodata

**Sunaryo** lahir di Bekasi pada 1978. Pada 1991 hingga 2001, ia menjalani pendidikan di pesantren Annida al-Islamy Bekasi. Ia pernah kuliah di IAIN Syarif Hidayatullah Jakarta pada 1999 namun tidak lanjut. Ia kemudian pindah ke Sekolah Tinggi Filsafat (STF) Driyarkara Jakarta untuk studi filsafat di program sarjana (2001-2006), magister (2008-2011) hingga doktoral (2012-2015). Kini ia mengajar di Program Studi Falsafah dan Agama, serta di Program Studi Magister Agama Islam, Universitas Paramadina Jakarta. Ia sudah mempublikasikan beberapa artikel opini, artikel ilmiah dan buku. Buku yang pernah terbit di antaranya adalah Etika Berbasis Kebebasan Amartya Sen (Penerbit Gramedia, 2017) dan Perihal Keadilan (Penerbit Kompas, 2021)

**Moh. Roziq Saifulloh**, lahir di Ponorogo pada tanggal 09 Oktober 1996. Roziq merupakan lulusan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya pada tahun 2019 dan meraih gelar Sarjana Hukum jurusan Hukum Tata Negara. Saat ini sedang menjabat sebagai Analis Perkara Peradilan (Calon Hakim) pada Mahkamah Agung Republik Indonesia, dengan penempatan pada Pengadilan Negeri Enrekang.

**Putri Riska Answendy** lahir di Kota Surabaya, Jawa Timur pada tanggal 3 Desember 1996. Semenjak sekolah dasar hingga masa perkuliahan Putri selalu berdomisili di Jawa Timur. Pada tahun 2020 Putri telah menyelesaikan studi jenjang Sarjana Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Saat ini Putri sedang melanjutkan Pendidikan formalnya pada program Pascasarjana pada jurusan Magister Hukum di Australian National University di Canberra, ACT, Australia dan akan lulus pada akhir tahun 2023. Saat ini menjabat sebagai College of Law Postgraduate Course Representative pada organisasi ANU Students' Association.

**Rizkisyabana Yulistya Putri** dilahirkan di Kota Magelang, 18 Februari 1993. Pendidikan dasar sampai atas ditempuh di Purworejo, Jawa Tengah. Jenjang sarjana diselesaikan di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro. Studi S2 dengan konsentrasi Hukum Ekonomi di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, ditempuh sejak 2021 dan lulus pada bulan Juli 2023. Setelah lulus kuliah S1 di tahun 2015 terjun ke dunia perbankan dan finance hingga akhir tahun 2017, dan mulai tahun 2018 hingga sekarang aktif sebagai Asisten Ahli Hakim Konstitusi di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

**Ratih Lestarini** menjadi staf pengajar di Bidang Studi Hukum Masyarakat dan Pembangunan Fakultas Hukum Universitas Indonesia sejak tahun 1986. Memperoleh gelar Sarjana Hukum, Magister Ilmu Hukum dan Doktor Ilmu Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saat ini menjabat sebagai Ketua Program Magister Ilmu Hukum sejak tahun 2020. Selain itu, selama menjalankan karirnya sebagai staf pengajar, pernah menjabat sebagai Sekretaris Program Pascasarjana (merangkap sebagai Ketua Subprogram Magister Ilmu Hukum, 2018-2019) dan Wakil Dekan 1 Fakultas Hukum UI (2016).



**M. Zulfa Aulia**, lahir di Jambi, 1984. Menyelesaikan pendidikan hukum tingkat sarjana (S.H.) di Universitas Islam Indonesia (1984) dan magister (M.H.) di Universitas Diponegoro (2009), dan saat ini sedang menempuh pendidikan doktor di Universitas Islam Indonesia.

**Bimo Fajar Hantoro**, lahir di Boyolali, 1998. Menyelesaikan pendidikan hukum tingkat sarjana (S.H.) di Universitas Gadjah Mada (2020) dan magister (LL.M) di University of Illinois College of Law (2023).

**Wawan Sanjaya**, lahir di Balikpapan, 1990. Menyelesaikan pendidikan hukum tingkat sarjana (S.H.) dan magister (M.H.) di Universitas Balikpapan (2013, 2016), dan saat ini sedang menempuh pendidikan doktor di Universitas Islam Indonesia.

**Mahrus Ali**, lahir di Pamekasan, 1982. Menyelesaikan pendidikan hukum tingkat sarjana (S.H.) dan magister (M.H.) di Universitas Islam Indonesia (2006, 2009), dan doktor (Dr.) di Universitas Diponegoro (2019).

**Umar Dani**, lahir di Penanjung Panjang, Kepahiang-Bengkulu, 29 April 1979. Menyelesaikan Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Bengkulu tahun 2003, Megister Hukum di Universitas Andalas Tahun 2010, melanjutkan ke program doktor di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia tahun 2019. Meniti karir sebagai hakim, sekarang di Pengadilan Tata Usaha Negara Serang. Selain menekuni profesi sebagai hakim, juga sering menjadi pemateri di beberapa instansi pemerintahan, dilibatkan sebagai tenaga pengajar baik di perguruan tinggi maupun di Pusat Pendidikan dan Pelatihan (Pusdiklat) MA-RI. Beliau juga aktif melakukan penelitian di bawah naungan Pusat Penelitian dan Pengembangan (Puslitbang) MA-RI serta membuat beberapa tulisan ilmiah dan buku. Terakhir Buku dengan judul “Konsep Dasar Dan Prinsip-Prinsip Peradilan Tata Usaha Negara”, (Rajawali Pers, 2022).

**Faiz Rahman** merupakan Dosen pada Departemen Hukum Tata Negara di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada. Meraih gelar Sarjana Hukum (S.H.) dari Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dengan Konsentrasi Hukum Tata Negara pada tahun 2016, dan Master of Laws (LL.M.) in Media and Technology Law dari University of New South Wales Australia pada tahun 2018. Saat ini sedang menempuh studi S3 di The Van Vollenhoven Institute for Law, Governance and Society (VVI), Leiden Law School, Universiteit Leiden, the Netherlands dengan dukungan pendanaan dari Lembaga Pengelola Dana Pendidikan (LPDP), Kementerian Keuangan Republik Indonesia. Telah banyak menerbitkan publikasi yang membahas mengenai putusan bersyarat oleh Mahkamah Konstitusi. Pada tahun 2022 menerbitkan buku berjudul “Putusan Bersyarat oleh Mahkamah Konstitusi (Karakteristik dan Dinamika Perkembangannya)”.

**Dian Agung Wicaksono**, lahir di Blitar, 11 Januari 1989. Meraih gelar Sarjana Hukum (S.H.) dari Departemen Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta pada tahun 2011 dengan predikat Cumlaude. Pada tahun 2011, terpilih sebagai Peneliti Muda Terbaik pada MOST UNESCO LIPI Award 2011. Pada tahun 2012, terpilih sebagai penerima Beasiswa Unggulan Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan untuk melanjutkan

studi di Program Studi Magister Ilmu Hukum Kenegaraan Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, yang bekerja sama dengan Den norske Ambassaden i Indonesien (The Royal Norwegian Embassy in Indonesia). Pada tahun 2013, lulus dan mendapat gelar Master of Laws (LL.M.) dengan predikat Summa Cumlaude. Pada tahun 2019 mulai menempuh studi doktoral pada Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dengan dukungan dari Beasiswa Program Doktor Jalur PNS/TNI/Polri yang dikelola oleh Lembaga Pengelola Dana Pendidikan (LPDP) Kementerian Keuangan RI. Pada 2023, lulus dan mendapat gelar Doktor Ilmu Hukum (Dr.) dengan predikat Magna Cumlaude. Saat ini bertugas sebagai Lektor pada Departemen Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Sekretaris Program Sarjana Program Studi Hukum Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada.

**Ahmad**, Pendidikan dasar sampai menengah atas diselesaikan di Kabupaten Tolitoli, sekolah dasar ditempuh di SDN 01 Lanang Desa Lampasio, Sekolah menengah pertama di SMPN 1 Lampasio, menengah atas di SMAN 2 Tolitoli. Jenjang sarjana diselesaikan di Fakultas Hukum Universitas Negeri Gorontalo, selesai tahun 2018. Melanjutkan studi S2 dengan konsentrasi hukum tata negara di program pascasarjana Universitas Negeri Gorontalo, dan lulus tahun 2021. Saat ini, Ahmad sapaan akrabnya, menjadi pengajar di Fakultas Hukum Universitas Negeri Gorontalo. Pernah dan sering menulis di berbagai jurnal nasional, internasional, media masa lokal dan nasional, dan pemakalah di beberapa forum lokal dan nasional. Beberapa buku yang pernah diterbitkan antara lain: "Penataan wewenang dan Tugas MPR" (Badan Pengkajian MPR, Jakarta, 2019), Urgensi Bentuk Hukum Dan Penegakannya, Serta Substansi Pokok Pokok Haluan Negara " (Badan Pengkajian MPR, Jakarta, 2020), Hukum Konstitusi (menyongsong Fajar Perubahan Konstitusi Indonesia melalui Pelibatan Mahkamah Konstitusi) (UII Press, Yogyakarta; 2020), Kajian Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Dan Pelaksanaannya (Badan Pengkajian MPR, Jakarta, 2021), Constitutional Dialogue (Menguatkan Intraksi Menekan Dominasi: Konvergensi Terhadap Pengujian Norma di Mahkamah Konstitusi) (UII Press, Yogyakarta; 2022).

**Fence M. Wantu**, Pendidikan: SDN 1 Bua Kecamatan Batudaa. SMP Negeri Batudaa. SMA Negeri 3 Kota Gorontalo. Sarjana Hukum Universitas Samratulangi Manado tahun 1997. Magister Hukum dari Universitas Gadjah Madah (UGM) Yogyakarta Tahun 2005 dengan Biaya Pendidikan Pasca Sarjana (BPPS) yang ditanggung oleh DIKTI. Doktor Ilmu Hukum di Universitas Gadjah Madah (UGM) Yogyakarta Tahun 2011 dengan Biaya Pendidikan Pasca Sarjana (BPPS) yang ditanggung oleh DIKTI. Pengampu mata kuliah Hukum Acara, Filsafat Hukum, serta Metode Penelitian Hukum. Aktif menulis di berbagai jurnal dan masmedia serta melakukan penelitian-penelitian tentang permasalahan hukum. Kegiatan lain yang sering dilakukan adalah aktif memberikan penyuluhan hukum di masyarakat dan sekolah-sekolah, serta menjadi perumus berbagai Peraturan Daerah di Provinsi Gorontalo.

**Dian Ekawaty Ismail**, Lulusan Sarjana Hukum Universitas Sam Ratulangi Manado pada tahun 1997, Magister Hukum di Universitas Hasanuddin Makassar pada tahun 2006, dan Doktor Ilmu Hukum di PDIH Universitas Islam Sultan Agung di Semarang Tahun 2018. Saat ini bekerja sebagai dosen/pengajar Ilmu Hukum di S1 dan Magister Hukum (S2) di Universitas negeri Gorontalo. Beberapa karya buku yang pernah diterbitkan antara lain: Kumpulan Tulisan Berkaca dari kasus Prita dan Omni ; Tinjauan Yuridis atas kelalian dan malpraktek medik (UNG Press; 2010), Kriminologi (Interpene Yogyakarta ; 2013), Kumpulan Tulisan Dekonstruksi dan gerakan Pemikiran Hukum Progressif (Perspektif Hukum Progressif terhadap alih fungsi lahan sawah di Kota Gorontalo) (Thafa media, Yogyakarta ; 2013), Pendidikan Karakter Menjadikan Manusia Berkarakter Unggul (UII Press, Yogyakarta ; 2016), Hukum tata Ruang (Rekonstruksi Menuju Pemukiman Indonesia bebas Kumuh ) (UII Press, Yogyakarta; 2019), (Hukum Acara Pidana suatu pengantar) (UII Press, Yogyakarta ; 2021).

**Umar Haris Sanjaya**, dilahirkan di Kota Yogyakarta 18 Januari 1987. Saat ini bekerja sebagai Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta. Riwayat pendidikannya Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum UII (2011), Magister Hukum UII (2012) dan Doktor pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya (2023). Saat ini menjabat sebagai Ketua Departemen Hukum Perdata FH UII. Selain aktif sebagai dosen, juga aktif dalam melaksanakan tridarma pendidikan seperti mengajar dan membimbing mahasiswa juga senang dalam menulis artikel baik dalam jurnal, media cetak maupun buku termasuk menjadi editor in chief pada salah satu jurnal. Saat ini, Umar sapaannya juga senang dalam kegiatan social pengabdian untuk turut berbagi pengetahuan dengan masyarakat melalui siaran-siaran media dakwah dan hukum.

## **PEDOMAN PENULISAN JURNAL KONSTITUSI**

**Jurnal Konstitusi** merupakan media triwulanan guna penyebarluasan (diseminasi) hasil penelitian atau kajian konseptual tentang konstitusi dan putusan Mahkamah Konstitusi. Jurnal Konstitusi terbit empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember). Jurnal Konstitusi ditujukan untuk kalangan pakar, akademisi, praktisi, penyelenggara negara, LSM, serta pemerhati hukum konstitusi dan ketatanegaraan.

**Sejak edisi Maret tahun 2022**, tata cara penulisan dan penyerahan naskah dalam Jurnal Konstitusi adalah sebagai berikut:

1. Naskah yang diserahkan merupakan karya ilmiah asli dan tidak mengandung unsur plagiarisme.
2. Naskah ditulis dalam Bahasa Indonesia atau Inggris, Font Cambria, Ukuran font 12, ukuran kertas A4, dan spasi 1,5.
3. Penulis yang bukan penutur asli bahasa Inggris perlu meminta bantuan penutur asli untuk mengoreksi artikel mereka sebelum mengirimkannya ke panitia jika menggunakan bahasa Inggris.
4. Bagian pembuka naskah meliputi: Judul Artikel, Nama Penulis, Institusi Penulis, Alamat Institusi Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, dan Kata Kunci.
5. Abstrak ditulis dengan jelas dan lengkap menggambarkan isi artikel dalam Bahasa Indonesia dan Bahasa Inggris.
6. Kata kunci berisi antara 3-5 istilah dalam Bahasa Indonesia dan Bahasa Inggris.

### **7. Artikel Penelitian**

Pedoman artikel penelitian adalah sebagai berikut:

#### **A. Pendahuluan**

1. Latar Belakang
2. Pertanyaan Penelitian
3. Metode

#### **B. Hasil dan Pembahasan**

#### **C. Kesimpulan**

#### **D. Daftar Pustaka**

## 8. Artikel Konseptual

Pedoman artikel konseptual adalah sebagai berikut:

### A. Pendahuluan

1. Latar Belakang
2. Pertanyaan Penelitian

### B. Hasil dan Pembahasan

### C. Kesimpulan

### D. Referensi

9. Cara merujuk dan mengutip menggunakan Model Catatan Kaki (*Chicago Manual of Style* Ke-17 edisi (catatan lengkap))

**Buku Satu Penulis:** Nama Depan Nama Belakang, *Judul Buku: Subtitle Buku*, edisi, trans./ed. Nama Depan Nama Belakang (Tempat Terbit: Penerbit, Tahun Terbit), nomor halaman

Jimly Asshidiqie, *Peradilan Etik Dan Etika Konstitusi*, 1st ed (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), 12-15.

**Buku Dua sampai Tiga Pengarang:** Nama depan Nama belakang dan Nama depan Nama belakang, *Judul buku: Subjudul buku* (Kota penerbitan: Penerbit, Tahun), nomor halaman. Contohnya sebagai berikut:

Stanley J. Grenz and Roger E. Olson, *20th Century Theology: God and the World in a Transitional Age* (Downers Grove: Intervarsity Press, 1992), 191.

**eBuku:** Nama depan Nama belakang, *Judul buku: Subjudul buku* (Kota penerbitan: Penerbit, Tahun), nomor halaman, format. Contohnya sebagai berikut:

Alister McGrath, *Theology: The Basics* (Malden: Wiley-Blackwell, 2011), 176, Kindle.

**Jurnal:** Nama Depan Nama Belakang, "Judul Artikel," *Judul Jurnal* volume#, no. Edisi# (Tanggal Publikasi): nomor halaman, URL jika ditemukan online. Contohnya sebagai berikut:

Pan Mohamad Faiz, "Perlindungan Terhadap Lingkungan Dalam Perspektif Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 13, no. 4 (December 20, 2016): 766, <https://doi.org/10.31078/jk1344>.

**Makalah Konferensi:** Nama depan Nama belakang, "Judul makalah konferensi," (makalah dipresentasikan pada Nama Konferensi, Tempat Konferensi, Tahun Bulan), nomor halaman. Contohnya sebagai berikut:

Gary Templin, "Creation stories of the Middle East," (paper presented at Northwestern Annual Conference, Evanston, IL, April 26, 2000), 17.

**Internet:** Nama Depan Nama Belakang, “Judul Halaman Web” atau Deskripsi Halaman Web (situs web) , Judul atau Deskripsi Situs sebagai Keseluruhan, Pemilik atau Sponsor Situs, tanggal diperbarui/terakhir diubah/diakses, URL. Contohnya sebagai berikut:

Richard G. Heck, Jr, “About the Philosophical Gourmet Report,” Last modified August 5, 2016, <http://rgheck.frege.org/philosophy/aboutpgr.php>

**Koran/Majalah:** Nama depan Nama belakang, “Judul artikel surat kabar: Subjudul,”*Judul surat kabar*, Tanggal Bulan, Tahun, nomor halaman. Contohnya sebagai berikut:

Jim Yardley and Simon Romero, “Liberation Theology gets Second Look in Pope Francis’ focus on Poor,” *Sydney Morning Herald*, May 30, 2015, 54.

**Catatan Kuliah/ Materi Tutorial:** Nama Depan Nama Belakang, “Judul Kuliah,” (Jenis Pekerjaan, Lokasi Kuliah, Bulan Hari, Tahun). Contohnya sebagai berikut:

Timothy MacBride, “Jesus’ Ethical Teaching,” (Lecture Notes, Morling College, May 20, 2014).

**Media Audio-Visual:** *Judul sumber*, disutradarai oleh Nama depan Nama belakang (Tempat publikasi: Studio, Tahun). Contohnya sebagai berikut:

*The Passion of the Christ*, directed by Mel Gibson (Pymont, NSW: Warner Home Video, 2004).

**Kutipan singkat:** Ini adalah kutipan selanjutnya dari sumber yang sudah diberikan secara lengkap, terdiri dari nama belakang penulis dan judul utama karya, biasanya disingkat jika lebih dari empat kata, dan nomor halaman. Contohnya sebagai berikut:

Asshidiqie, “Peradilan Etik,” 12-15

## 10. Daftar Pustaka

Sejak edisi Maret tahun 2022, referensi harus ditulis dalam *Chicago Manual of Style ke-17 edisi (catatan lengkap)* menggunakan Reference Manager **Mendeley**. Semua publikasi yang dikutip dalam teks harus dicantumkan sebagai Daftar Pustaka, dan cara penulisannya terlebih dahulu dikategorikan dan kemudian diurutkan menurut abjad oleh penulisnya. Referensi yang dapat dirujuk adalah semua publikasi dalam 10 (sepuluh) tahun terakhir, kecuali referensi unik yang belum pernah diterbitkan kembali. Contoh penulisan daftar pustaka dapat dilihat di bawah ini:

**Buku Satu Penulis:** Nama Belakang, Nama Depan. *Judul buku: Subjudul buku*. Kota terbit: Penerbit, Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Asshidiqie, Jimly. *Peradilan Etik Dan Etika Konstitusi*. edisi pertama Jakarta: Sinar Grafika, 2014.

**Buku Dua-Tiga Penulis:** Nama Belakang, Nama Depan., dan Nama Depan Nama Belakang.  
*Judul buku: Subjudul buku.* Kota terbit: Penerbit, Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Grenz, Stanley J., and Roger E. Olson. *20th Century Theology: God and the World in a Transitional Age*. Downers Grove: Intervarsity Press, 1992.

**eBook:** Nama keluarga, Nama depan. *Judul buku: Subjudul buku.* Kota terbit: Penerbit, Tahun. Format. Contohnya sebagai berikut:

McGrath, Alister. *Theology: The Basics*. Malden: Wiley-Blackwell, 2011. Kindle.

**Jurnal:** Nama keluarga, Nama depan. "Judul artikel jurnal: Subjudul." *Judul jurnal* Nomor volume, Nomor terbitan (Tahun): rentang halaman seluruh artikel. Contohnya sebagai berikut:

Faiz, Pan Mohamad. "Perlindungan Terhadap Lingkungan Dalam Perspektif Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 13, no. 4 (December 20, 2016): 766. <https://doi.org/10.31078/jk1344>.

**Makalah Konferensi:** Nama Keluarga, Nama Depan. "Judul makalah konferensi." Makalah dipresentasikan pada Nama Konferensi, Tempat Konferensi, Bulan Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Templin, Gary. "Creation stories of the Middle East." Paper presented at Northwestern Annual Conference, Evanston, IL, April 26 2000.

**Essays in a Book of Composes:** Nama belakang penulis asli, Nama depan. "Judul Dokumen Utama, Tahun Terbit." Dalam *Judul karya yang dikumpulkan: Subtitle*, ed. Nama depan Nama belakang, nomor halaman seluruh dokumen. Kota terbit: Penerbit, Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Gould, Glen. "Streisand as Schwarzkopf." In *The Glenn Gould Reader*, edited by Tim Page, 308-11. New York: Vintage Books, 1984.

**Internet:** Penulis konten atau pemilik/sponsor situs. "Judul halaman web." Publikasi/ Terakhir diubah/Tanggal akses Bulan Tanggal, Tahun. URL. Contohnya sebagai berikut:

Heck, Jr., Richard G. "About the Philosophical Gourmet Report." Last modified August 5, 2016. <http://rgheck.frege.org/philosophy/aboutpgr.php>

**Newspaper/Magazines:** Nama belakang, Nama depan. "Judul artikel surat kabar: Subtitle." *Judul Koran*, Tanggal Bulan, Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Yardley Jim, and Simon Romero. "Liberation Theology gets Second Look in Pope Francis' focus on Poor." *Sydney Morning Herald*, May 30, 2015.

**Catatan Kuliah/ Materi Tutorial:** Nama Keluarga, Nama Depan. “Judul Kuliah.” Jenis Pekerjaan, Lokasi Kuliah, Hari Bulan, Tahun Kuliah. Contohnya sebagai berikut:

MacBride, Timothy. “Jesus’ Ethical Teaching.” Lecture Notes, Morling College. May 20, 2014.

**Media Audio-Visual:** Nama belakang, Nama depan, peran. *Judul sumber daya*. Tempat publikasi: Studio, Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Gibson, Mel, dir. *The Passion of the Christ*. Pyrmont, NSW: Warner Home Video, 2004.

11. Gambar dan Tabel harus dapat dibaca dan setidaknya memiliki resolusi 300 DPI (*Dots Per Inch*) untuk kualitas pencetakan yang baik. Tabel dibuat dengan model terbuka (tanpa garis vertikal)
12. Naskah dalam file dokumen (.doc) dikirimkan melalui *open journal system* (OJS): [jurnalkonstitusi.mkri.id](http://jurnalkonstitusi.mkri.id)
13. Calon penulis harus mengirimkan naskah hanya melalui: [jurnalkonstitusi.mkri.id](http://jurnalkonstitusi.mkri.id) Kami tidak menerima kiriman apa pun melalui email.
14. Dewan redaksi memilih dan mengedit naskah yang dikirimkan tanpa mengubah substansi. Naskah yang diterbitkan menerima honorarium, dan naskah yang tidak diterbitkan akan dikembalikan atau diberitahukan kepada penulis.



# Indeks

## A

Addressaat 469, 481, 482, 487  
 Administrative Silence 454, 455, 464  
 Adminitrative Paralysis 455  
 Arbitration 406, 408-414, 416, 417  
 Asas Lex Posterior Derogat Legi Priori 461  
 Asas Prima Facie 461

## B

Beheersdaad 523  
 Beleid 523  
 Beleidsregel 387, 401  
 Beschikking 382, 385, 387, 388, 393, 396, 397, 399, 401, 402  
 Bestuurdaad 523

## C

Causal Verband 414, 502  
 Check and Balances 458, 518  
 Conditionally  
   Constitutional 479, 480  
   Unconstitutional 387, 469, 479, 482  
 Conflicting Reason 522  
 Constitutional  
   Complaint 391, 404, 463, 464, 467  
   Dialog 518, 525, 526  
   Injury 502  
   Interpretation 514, 520, 521, 525-529  
   Review 431, 449, 468, 472, 494, 518  
 Corrective Justice 461  
 Court of Law 516

## D

Deliberative Democracy 364, 367, 527  
 Democratic 361, 372, 430, 446, 514, 526, 527  
 Detournement Du Pouvoir 389  
 Dissecting Progressive Law 426  
 Doelmatig 396  
 Doktrin Direct Injury 475

## E

Erga Omnes 420, 508  
 Executive 390, 393-397, 401, 402, 528

## F

Fiduciair 475  
 Fiksi Hukum 454, 455  
 Formeell Gesetz 393  
 Free Corruption 452

## G

Good  
   Administration 452  
   Governance 458  
 Grundnorm 515  
 Gugatan  
   Contentiosa 456  
   Voluntair 456  
 Guided Democracy 372, 373

## H

Het Vermoeden Van Rechtigheid 509  
 Hierarchy 384, 388, 390, 391, 397, 461

## I

Inde Datae Leges Be Fortior Omnia Posset 465  
 Inkonstitusional 460, 469, 470, 472, 478, 480-483, 485-488

Interset Reipublicae Res Judicatoas Non Rescindi 462  
 Ius Constitutum 452, 465

## J

Judicative 390  
 Judicial  
   Power 393-395, 401, 414, 432-434, 482  
   Review 366, 377, 382, 398, 399, 402, 414, 420, 430, 431, 435, 438, 441-444, 471, 472, 477, 494, 517, 519, 522, 525-528, 535, 538, 539, 543

Justiciabelen 510

## L

Landmark Decision 476  
 Law Making 458  
 Legally  
   Binding 525, 531  
   Prescribed 454  
 Legal  
   Maxim 461  
   Reasoning 414, 424, 425  
   Standing 389, 414, 475, 494-497, 512, 513  
 Legislative 390, 392-394, 430, 443, 444, 446, 471, 472, 479, 481, 483, 528  
   Review 481, 483  
 Logical  
   Link 475  
   Nexus 475

## M

Machtstaat 369, 383  
 Mahkamah Konstitusi 358, 366, 373, 378, 380, 383, 384,

- 387, 389, 391, 392, 399, 403-406, 409, 416, 420-423, 425, 426, 430, 431, 444, 448-451, 456, 459, 460, 463-499, 501, 502, 506, 509, 511-519, 521-525, 529, 530, 532-534, 536, 538, 539, 543-546, 552-555
- Masyarakat Hukum Adat 494-499, 501, 503, 506, 509-513
- Mutatis Mutandis 487, 505, 509, 524
- N
- Nemo Judex Idoneus In Propria Causa 517, 534
- Non-Self Executing 487
- Novum 441
- O
- Objectum Litis 389, 402
- Omnibus Law 445, 446
- Organ Constitutional Respect 530
- Original Meaning 521, 523, 530
- Overlapping Consensus 358-363, 366, 370-375
- P
- Pacta Sunt Servanda 409, 413
- Pactum De Compromittendo 409
- Pancasila 358-360, 363-369, 371-373, 378-380, 445, 537, 542, 544, 553
- Pengujian Formil 446, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 491
- Petitum 477, 484, 543
- Philosophische Grondslag 363
- Political Liberalism 360-362, 367, 377, 379
- Politiek Economische Democratie 364
- Positive Legislature 425, 431, 448, 522
- Presumptio Iustae Causa Principle 398
- Progressive Law 423-427, 429-431, 435-447
- Q
- Quasi-Judicial 411
- R
- Ratio
- Decidendi 383, 404, 516, 547
- Legis 475, 493, 497, 513, 516
- Rechtbetrekkingen 407
- Rechtmatigheid 396, 509
- Rechtstaat 369, 383
- Rechtvacuum 545, 555
- Regelendaad 523
- Regelling 382, 393, 394, 397, 401
- Reglement Op De Burgelijke Rechtsvordering 411
- Rule of Law 369, 383, 384, 424, 429, 430, 437, 441, 458, 466
- S
- Self-Enforcing 481, 482, 487
- Semiprocedural Juridicial Review 472
- Social Welfare 369
- Sovereignty 369, 452, 475, 489
- Statutory Interpretation 479, 520
- Stufenbau Theory 516
- Subjectum Litis 389, 402
- Substantive Constitutional Review of Legislation 472
- T
- Taxpayer 475, 497, 513
- Tempus 496, 497
- Teori Chaos 460
- The Doctrine of Trias Politica 391
- The Guardian of Democracy 516
- The Guardian of The Constitution 477, 492, 516, 532
- The Principle of Belief In God 364, 365
- The Principle of Belief In God Almighty 365
- The Principle of Deliberative Democracy 364
- The Principle of Derogation 461
- The Principle of Egalitarianism 370
- The Principle of Equal Liberty 362
- The Principle of Freestanding In The Constitution 371
- The Principle of Justice 363
- The Principle of Liberty and Equality 361
- The Principle of Maximizing Benefits 362
- The Protector of Human Rights 516
- The Protector of The Citizen's Constitutional Rights 516
- Toezichthoudesdaad 523
- U
- Ubi Jus Ibi Remedium 464
- Ultra Petita 524
- V
- Vis-À-Vis 407
- W
- Weltanschauung 364
- Wetmatigheid 396
- Wet Vacuum 459

# Indeks Pengarang

## A

Abraham Kaplan 383  
 Adriaan Bedner 458  
 Anwar Usman 437, 444  
 Arief Hidayat 437, 439, 444  
 Aristoteles 527  
 Aullia Vivi Yulianingrum 496,  
 497

## B

Bar-Siman-Tov 471, 472, 477,  
 488  
 Bayu Setiawan 425  
 Ben Michaels 521  
 Bisariyadi 422, 480, 489, 502,  
 511, 522  
 Bourdieu 518

## C

Chemerinsky 521  
 Christine Bateup 525, 526

## D

Dacian C. Dragos 454

## E

Enrico Simanjuntak 454, 455,  
 457

## G

Gerald F. Gaus 361

## H

Hans Kelsen 439, 477, 485, 486,  
 489, 492, 516  
 Harold D. Laswell 383  
 Hughes 521  
 Hwian Christianto 425

## I

Idul Rishan's 446  
 I Gede Palguna 463  
 Irfan Nur Rahman 495, 496

## J

Jimly Asshiddiqie 384, 388,  
 390-395, 430, 472, 522  
 John Austin 452  
 John Rawls 358, 359, 360, 362  
 Joseph Bessette 527

## K

K.C Wheare 515  
 Kent Roach 528, 530  
 Kolonel Inf Sadikin's 389

## L

Larry D. Kramer 527, 528  
 Lord Acton's 383  
 Lusie Wardani 374

## M

Marek Safjan 478, 479  
 Martitah 425, 431, 448

Maruarar Siahaan 385, 420, 439

Max Weber 458

M. C. Ricklefs 371, 373

Michael C. Dorf 526, 527

Miriam Budiardjo 383, 384

Mirlinda Batalli 455

Mohammad Hatta 365, 368,  
 369, 370, 377

Montesquieu 391

M. Syamsudin 416, 424

Muh. Ridha Hakim 425

M. Yahya Harahap 412

## P

Paul Scholten's 401

## S

Saldi Isra 436, 443

Satjipto Rahardjo 423-429, 437-  
 442, 444, 445, 447-449

Shidarta 419, 422, 425, 426,  
 427, 449

Suwito 425, 450

## T

Titis Anindyajati 495, 496

## V

Vera Parisio 455

## X

Xavier Groussot 518, 519



# SERTIFIKAT

Direktorat Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan,  
Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi



Kutipan dari Keputusan Direktur Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan,  
Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi Republik Indonesia  
Nomor: 21/E/KPT/2018, Tanggal 9 Juli 2018  
Tentang Hasil Akreditasi Jurnal Ilmiah Periode 1 Tahun 2018

Nama Jurnal Ilmiah

**Jurnal Konstitusi**

E-ISSN: 2548-1657

Penerbit: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan, Mahkamah

Konstitusi Ditetapkan sebagai Jurnal Ilmiah

**TERAKREDITASI PERINGKAT 2**

Akreditasi berlaku selama 5 (lima) tahun, yaitu  
Volume 13 Nomor 1 Tahun 2016 sampai Volume 17 Nomor 4 Tahun 2020

Jakarta, 9 Juli 2018

Direktorat Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan



Dr. Muhammad Dimiyati  
NIP. 195912171984021001



**Visi:**

Menegakkan Konstitusi Melalui  
Peradilan yang Modern dan Terpercaya

**Misi:**

- Memperkuat Integritas Peradilan Konstitusi.
- Meningkatkan Kesadaran Berkonstitusi Warga Negara dan Penyelenggara Negara.
- Meningkatkan Kualitas Putusan.

ISSN 1829-7706



9 771829 770696