

Pengujian Peraturan Perundang-Undangan dalam Sistem Peraturan Perundang-Undangan Indonesia

Machmud Aziz¹

PENDAHULUAN

1. Pengertian Pengujian

Pengertian Kata “Pengujian” (*toetsing/review*) dalam konteks tulisan ini adalah pengujian undang-undang (UU) dalam arti luas yaitu dalam arti formal dan material, sedangkan pengujinya (lembaganya) tidak hanya lembaga peradilan saja melainkan juga lembaga legislatif dan/atau eksekutif. Khusus untuk mengetahui apa yang dimaksud dengan pengujian UU melalui lembaga peradilan (*judicial review*) kita lihat dalam Kamus Hukum.

Menurut Kamus Black:

*Judicial review: A court's power to review the actions or others branches or levels of government esp., the court's power to invalidate legislative and executive actions as being unconstitutional. 2. The constitutional doctrine providing for this power. 3. A courts review of lower courts or an administrative bodys factual or legal findings.*²

Menurut Kamus Fockema Andreae:

Toetsingrecht, het recht van de rechter om na te gaan of een wet al dan niet in strijd is met de Grondwet. De wetten zijn onschendbaar d.w.z. de wetten in formele zin mag de rechter niet toetsen (GW art.120). Wel is het de rechter

¹ Penulis adalah Pensiunan Kementerian Hukum dan HAM dan mantan Staf Ahli/Asisten Hakim MKRI

² *Black Law Dictionary*, Seventh Edition, Editor in Chief: Bryan A. Garner, West Group, St. Paul, Minn, 1999, hal. 853.

toegestaan om wetten te toetsen aan internationale overeenkomsten (GW art.94). De rechter heeft wel het recht en zelfs de plicht na te gaan of de AMvB's, Koninklijke Besluiten en verordeningen van provincies, gemeenten, en andere lagere corporaties verenigbaar zijn met hogere regelingen (zo niet, volgt onverbindendverklaring)³.

Pengertian “pengujian” baik yang diberikan oleh Kamus Black maupun Kamus Fockema Andreae sebagaimana dikutipkan di atas, pada dasarnya sama yaitu membicarakan kewenangan hakim (peradilan) untuk menguji UU terhadap UUD. Perbedaannya yang mendasar, dalam Kamus Black dikatakan adanya kebolehan hakim untuk menguji UU terhadap UUD, maka dalam Kamus Fockema Andreae sebaliknya yaitu UU tidak dapat diganggu gugat atau tidak dapat diuji terhadap UUD. Kalau dalam Kamus Black pengujian dilakukan peradilan untuk menilai tindakan pemerintahan (eksekutif) dan legislatif dan kalau bertentangan dengan konstitusi akan dinyatakan tidak berlaku atau tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat maka dalam Kamus Fockema Andreae pengujian hanya dilakukan terhadap peraturan perundang-undangan di bawah UU (aspek legalitas bukan aspek konstitusionalitas), karena UU tidak dapat diganggu gugat (*de wet is ondschendbaar*). Hal ini menggambarkan bahwa UU merupakan cerminan kedaulatan rakyat yang dilaksanakan ada parlemen (supremasi parlementer).

Berdasarkan pengertian dari kedua Kamus tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa kalau kita membicarakan kata “pengujian” (*toetsing/review*) UU terhadap UUD atau peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU, yang dimaksud adalah pengujian yang dilakukan oleh lembaga peradilan (hakim) bukan dilakukan oleh lembaga eksekutif ataupun legislatif. Oleh karena itu disebut *judicial review*.

2. Pengertian Undang-Undang dan Peraturan Perundang-undangan

Kata “undang-undang” (UU) dalam konteks tulisan ini adalah UU dalam arti formal dan material (*wet in formele zin en materiele zin*) sekaligus, sehingga mencakup semua jenis peraturan perundang-undangan dari UU ke bawah. Mengenai UU dalam arti formal

³ N.E.Algra, mr. H.R.W.Gokkel, *Fockema Andreae's Juridisch Woorden Boek*, Samson HD Tjeenk Willink Alphen aan den Rijn, 1985, hal. 485.

dan material (*wet in formele zin en materiele zin*) P.J.P. Tak dalam bukunya *Rechtsvorming in Nederland*, mengatakan bahwa pengertian “undang-undang” dibagi dalam dua pengertian yaitu “Undang-Undang dalam arti formal” (*wet in formele zin*) dan “Undang-Undang dalam arti material” (*wet in materiele zin*).

Menurut P.J.P. Tak,⁴ “Undang-Undang dalam arti formal” adalah:

“...van een wet in formele zin spreken we als de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk een besluit nemen volgens een in de Grondwet (art. 82 e.v.) vastgelegde procedure...” (Undang-Undang dalam arti formal adalah apabila pemerintah bersama dengan parlemen mengambil keputusan --maksudnya untuk membuat UU, penulis-- sesuai dengan prosedur sebagaimana ditentukan dalam Pasal 82 UUD, dst.).

Selanjutnya P.J.P. Tak dalam buku dan halaman yang sama mengatakan:

“... Wetten in formele zin kunnen slechts worden vastgestelde door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk (art. 81 GrW). We noemen deze wetten daarom ook wel parlementaire wetten en de formele wetgever ook wel parlementaire wetgever...” (UU dalam arti formal hanya dapat dibentuk oleh pemerintah dan parlemen (Pasal 81 UUD). Oleh karena itu UU ini disebut juga UU parlementer dan pembentuk UU dalam arti formal ini juga disebut pembentuk UU Parlementer).

Di samping itu P.J.P. Tak mengatakan pula:

“... De Grondwet kent niet alleen aan de formele wetgever wetgevende bevoegdheden toe, maar ook aan andere overheidsorganen zoals de regering (art. 89 GrW), de Provinciale Staten en de gemeenteraad (art. 127 Gr.W). Zowel de formele wetgever als deze andere overheidsorganen hebben de bevoegdheid tot het maken van wetten in materiele zin” (Kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan oleh UUD tidak hanya diberikan kepada pembentuk UU dalam arti formal saja, tetapi kewenangan ini juga diberikan kepada organ/lembaga penguasa yang lain seperti Eksekutif/Pemerintah (Pasal 89 UUD), Pemerintah Propinsi dan Kota (Pasal 127 UUD). Baik pembentuk UU dalam arti formal maupun organ/lembaga penguasa yang lain tersebut mempunyai kewenangan untuk membuat “Undang-Undang dalam arti material”).

Mengenai pengertian “Undang-Undang dalam arti material”, P.J.P. Tak mengatakan bahwa:

⁴ P.J.P. Tak, *Rechtsvorming in Nederland (een inleiding)*, Open Universiteit, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Eerste druk, 1984, hal. 62-63.

“...Van een wet in materiele zin spreken we als een besluit van een orgaan met wetgevende bevoegdheid algemene, burgers bindende regels bevat...” (UU dalam arti material adalah jika suatu lembaga yang mempunyai kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan mengeluarkan suatu keputusan yang isinya mengikat umum).⁵

Dalam konteks keindonesiaan, teori “Undang-Undang dalam arti formal” dan “Undang-Undang dalam arti material” dibahas oleh A. Hamid, SA dalam disertasinya.⁶ Hanya dalam hal ini A. Hamid, SA tidak menggunakan kata “undang-undang” sebagai terjemahan/padanan kata “*wet*” karena dalam konteks teori ini pengertian “*wet*” menurut A. Hamid SA tidak dapat diterjemahkan dengan “undang-undang”.

A. Hamid, SA berpendapat bahwa dalam pengertian “*wet* dalam arti formal” dan “*wet* dalam arti materiil”, kata “*wet*” di sini tidak tepat apabila diterjemahkan dengan “undang-undang”. Jadi tidak tepat apabila kata-kata “*wet in formele zin*” diterjemahkan dengan “undang-undang dalam arti formal” atau pun kata-kata “*wet in materiele zin*” dengan “undang-Undang dalam arti material”. Sebabnya karena kata “undang-undang” dalam bahasa Indonesia tidak dapat dilepaskan kaitannya dari konteks pengertian ketatanegaraan Indonesia menurut UUD 1945. Apabila dilepaskan dari konteks pengertian tersebut, maka akan timbul kerancuan mengenai pemahamannya. Dalam konteks pengertian teknis ketatanegaraan Indonesia menurut A. Hamid, SA “undang-undang” ialah “produk hukum yang dibentuk oleh Presiden” dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan negara, yang dilakukan dengan persetujuan DPR (vide Pasal 5 ayat (1) UUD 1945 pra amendemen).

Menurut A. Hamid SA, “*wet in formele zin*” memang dapat dipersamakan dengan UU, karena secara formal, *wet* merupakan

⁵ Mengenai pengertian “*wet in formele* dan *wet in materiele zin*”, lihat E. Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, PT Penerbit dan Balai Buku Ichtar, Jakarta, 1959, hal. 134-137. Lihat juga P.J. Boon dalam bukunya *Wetgeving in Nederland*, WEJ Tjeenk Willink Zwolle, 1986, hal. 61 dan I.C. van der Vlies dalam bukunya *Handboek Wetgeving*, WEJ Tjeenk Willink, 1987, hal. 23-37.

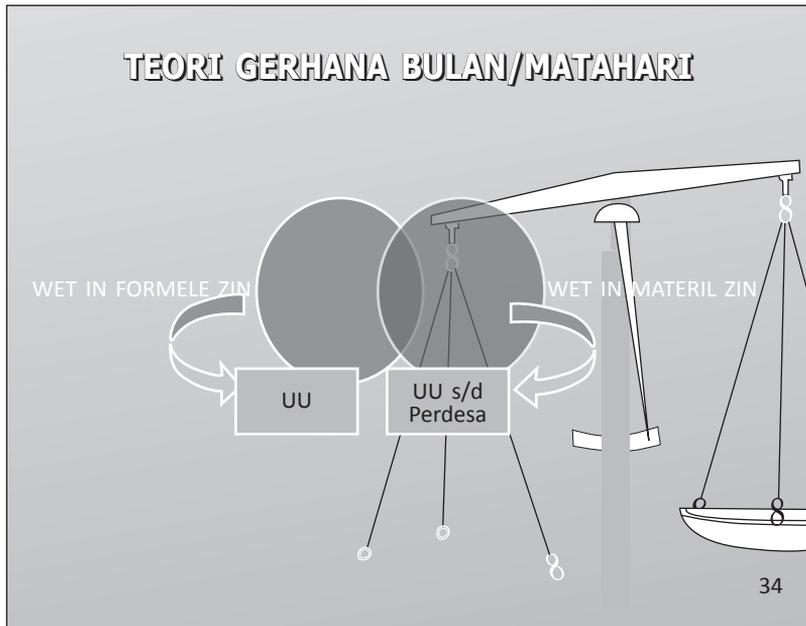
⁶ A. Hamid, S.A., “Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara (Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Bersifat Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I – Pelita IV)”, Disertasi, Universitas Indonesia, Jakarta, 1990. (tidak dipublikasikan) hal. 22, 160, 162, 199, 200, 203, 314, 321, dan 331.

hasil bentukan pembentuk *wet* yang di Negara Belanda terdiri atas Pemerintah (*Regering*) dan *Staten-Generaal* (parlemen) secara bersama-sama, sedangkan UU di Negara Republik Indonesia dibentuk oleh Presiden dengan persetujuan DPR (berdasarkan UUD 1945 pra amendemen). Dengan tidak mengurangi rasa hormat kita semua kepada almarhum A. Hamid, SA (sebagai Bapak Peundang-undangan Indonesia) yang meletakkan dasar-dasar ilmu perundang-undangan di Indoensia, pendapat ini sekarang dengan adanya amendemen terhadap UUD 1945 sudah kurang tepat lagi, karena berdasarkan ketentuan Pasal 5 ayat (1) jo Pasal 20 Perubahan Pertama dan Perubahan Kedua UUD 1945, pemegang kekuasaan membentuk UU sekarang berada di tangan DPR, tidak lagi di tangan Presiden.

Menurut A. Hamid SA, "*Wet in materiele zin*" di Negeri Belanda mempunyai arti yang khusus. Ia memang berisi peraturan, tetapi tidak selalu merupakan hasil bentukan *Regering* dan *Staten-Generaal* bersama-sama, melainkan dapat juga merupakan produk pembentuk peraturan (*regelgever*) yang lebih rendah, seperti Raja, Menteri, Provinsi, Kota, dan lain-lainnya. Oleh karena itu untuk menghilangkan kerancuan pengertian, A. Hamid SA dalam hal ini menyarankan agar kata-kata "*wet in formele zin*" diterjemahkan dengan "undang-undang" (saja), sedang "*wet in materiele zin*" dengan "peraturan perundang-undangan".

Dalam hukum positif sekarang di Indonesia, menurut UU No. 10/2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Peraturan Perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum (*vide* Pasal 1 angka 2 UU No. 10/2004). Definisi ini mencakup pemahaman *wet in formele zin* sekaligus *wet in materiele zin*. Sedangkan UU didefinisikan sebagai Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden (*vide* Pasal 1 angka 3 UU No. 10/2004 jo Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 20 UUD 1945). Definisi ini hanya mencakup pemahaman *wet in formele zin* saja.

Gambar di bawah ini merupakan gabungan oemahaman tentang *wet in formele zin* dan *wet in materil zin* dalam sistem peraturan perundang-undangan Indonesia yang penulis namakan teori gerhana bulan/matahari.



3. Pengertian “sistem”

Sistem perundang-undangan suatu negara tidak akan lepas dari sistem hukum yang berlaku di suatu negara, karena “Peraturan Perundang-undangan” sebagai hukum tertulis merupakan esensi atau bagian yang sangat penting dari “sistem hukum” dari negara hukum (modern) yang demokratis. Dalam aspek kesejarahan, sistem hukum tidak lepas dari konsep negara, konsep negara hukum, dan sistem pemerintahan, yang berkembang dan dipraktikkan sejak zaman Yunani Purba sampai sekarang (abad 21). Sistem peraturan perundang-undangan erat kaitannya dengan sistem hukum, karena peraturan perundang-undangan sebagai hukum tertulis merupakan bagian/unsur dari sistem hukum yang secara universal terdiri atas *structure, substance* dan *culture*.

Kata “sistem”, dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI)⁷ didefinisikan sebagai: 1. *Seperangkat unsur yang secara teratur saling berkaitan sehingga membentuk suatu totalitas*; 2. *Susunan yang teratur*

⁷ *Kamus Besar Bahasa Indonesia* (disingkat KBBI), disusun oleh Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Balai Pustaka, Jakarta, 1990, Cetakan Ketiga, hal.849.

dari pandangan, teori, asas, dsb; 3. Metode. Menurut Soerjono Soekanto,⁸ yang mengutip pendapat Hugo F. Reading (1977) Suatu sistem dapat digambarkan sebagai: 1. *a set of interrelated elements*; 2. *a set of interdependent variables*. Selanjutnya Soerjono Soekanto mengatakan bahwa kadang-kadang suatu sistem diartikan sebagai “*stelsel*” (Belanda), yaitu suatu keseluruhan yang terangkai (*gerangschikt geheel*). Di samping itu, Soerjono Soerjanto juga mengutip pendapat Thomas Ford Hould (1977) yang mengatakan bahwa: *Any set of interrelated elements which, as they work and change together, may be regarded as a single entity*. Dari sudut sosiologis, Soerjono Soekanto dengan mengutip pendapat A.M. Bos mengatakan bahwa suatu sistem dapat pula disebut sebagai “*a structured whole*”, yang biasanya mempermasalahkan “*the elements of the sistem yang terdiri atas: 1. the division of the sistem; 2. the consistency of the sistem; 3. the completeness of the sistem; 4. the fundamental concepts of the sistem*”.

A. Hamid SA dalam kaitannya dengan kata-kata (frasa) “sistem pemerintahan negara”, dalam disertasinya mengutip baik dari Kamus Umum Bahasa Indonesia Poerwadarminta maupun dari Black’s Law Dictionary, mengatakan bahwa: *Sistem berarti sekelompok bagian-bagian yang bekerja sama untuk melakukan sesuatu maksud, misalnya, sistem urat syaraf dalam tubuh, sistem pemerintahan, dan lain-lainnya. Sistem dalam bahasa Inggris juga merupakan “kombinasi atau rangkaian yang teratur, baik dari bagian-bagian khusus atau bagian-bagian lain ataupun unsur-unsur ke dalam suatu keseluruhan; khususnya kombinasi yang sesuai dengan prinsip rasional tertentu” (Orderly combination or arrangement, as of particulars, parts, or elements into a whole; especially such combination according to some rational principle)*.⁹

Selanjutnya A. Hamid SA mengutip juga pendapat Gerald M Weinberg, dalam bukunya: *An Introduction to General Sistem Thinking*, (John Wiley & Sons, 1975), yang mengemukakan arti “sistem” dengan *seperangkat objek bersama-sama dengan hubungan antar objek-objek tersebut dan antar bagian-bagiannya yang tidak terpisahkan (a set of obyeects together with relationship between the obyeects and between*

⁸ Soerjono Soekanto, *Kesadaran Hukum Dalam Masyarakat*, Makalah dalam Himpunan Bahan Penataran Latihan Tenaga Teknis Perancang Peraturan Perundang-undangan, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, Jakarta, 1982, hal. 289

⁹ A. Hamid SA, *Disertasi*, *op. cit.* hal. 110-111.

their attributes). Pendapat yang sama juga dikemukakan oleh Sunaryati Hartono¹⁰ dengan mengutip dari Visser T Hooft bahwa: *Sistem adalah sesuatu yang terdiri dari sejumlah unsur atau komponen yang selalu pengaruh-mempengaruhi dan terkait satu sama lain oleh satu atau beberapa asas*. Maka dalam kata-kata “sistem pemerintahan negara” terdapat bagian-bagian dari pemerintahan negara yang masing-masing mempunyai tugas dan fungsinya sendiri-sendiri namun secara keseluruhan bagian-bagian tersebut merupakan suatu kesatuan yang padu dan bekerja secara rasional.

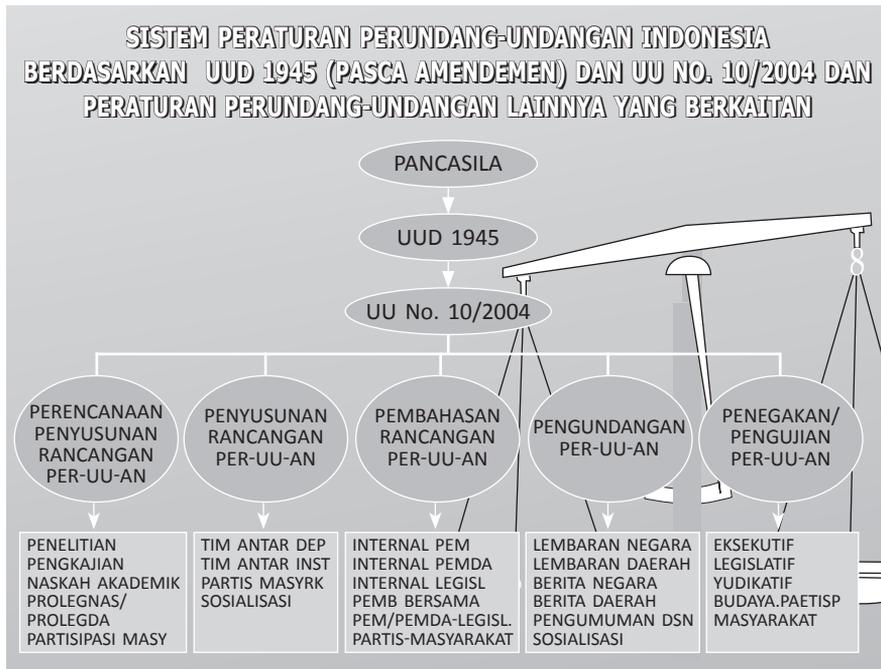
Dengan demikian mengacu kepada berbagai kutipan di atas, kita dapat menyimpulkan bahwa “sistem” adalah: keseluruhan rangkaian unsur yang saling terkait dan saling tergantung, yang mencakup unsur-unsur, bagian-bagian, konsistensinya, kelengkapan dan konsepsi atau pengertian dasarnya. Karena saling terkait dan saling mempengaruhi, apabila salah satu unsur dari sistem tersebut tidak bekerja dengan baik, sistem tersebut menjadi terganggu (pincang) atau bahkan dapat mandeg (berhenti).

4. Pengertian Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia

Berdasarkan definisi “Undang-Undang”, “Peraturan Perundang-undangan”, dan kata “sistem” sebagaimana diuraikan di atas maka “Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia” berdasarkan UUD 1945 (pasca amendemen) dan UU No. 10/2004 dan berbagai UU serta peraturan perundang-undangan lainnya yang mengatur tentang berbagai aspek peraturan perundang-undangan, dapat didefinisikan sebagai berikut. *Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia adalah: Suatu kumpulan unsur-unsur hukum tertulis yang bersifat mengikat umum yang unsur-unsurnya saling terkait dan tergantung, saling pengaruh-mempengaruhi yang merupakan totalitas yang terdiri atas: persiapan, penyusunan, pembahasan, pengundangan, penegakan dan pengujian, yang dilandasi oleh falsafah Pancasila dan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Berdasarkan definisi Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia tersebut di atas, maka pengujian peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh lembaga yudikatif, eksekutif, dan/atau legislatif merupakan

¹⁰ Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991, hal. 56, yang mengutip pendapat H. Ph. Visser T Hooft dalam bukunya: *Filosofie van de Rechtswetenschap*, Martinus Nijhoff, Leiden, 1988, hal. 26.

salah satu bagian/unsur dari sistem tersebut sehingga kalau tidak berjalan sebagaimana mestinya (*disfunction*) maka sistem tersebut akan pincang bahkan dapat tidak berjalan atau mandeg (*stagnant*) yang akan merugikan penyelenggaraan ketatanegaraan secara luas. Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia dapat digambarkan seperti Gambar di bawah ini.



SELINTAS SEJARAH PENGUJIAN UNDANG-UNDANG DI DUNIA

Pengujian UU terhadap UUD (konstitusi) erat kaitannya dengan teori atau ajaran *trias politica* atau ajaran pemisahan kekuasaan (*separation of powers*). Sebagaimana kita ketahui ajaran *trias politica* ini dicetuskan oleh Montesquieu (yang diilhami oleh ajaran John Locke), di mana dikatakan bahwa tujuan dan perlunya "pemisahan" kekuasaan, adalah untuk menjamin adanya dan terlaksananya kebebasan politik (*political liberty*) anggota masyarakat negara. Menurut Bagir Manan dalam bukunya *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*,¹¹ yang mengutip pendapat Montesquieu di mana

¹¹ Bagir Manan, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, Pusat Penerbitan LPPM

Montesquieu mengatakan bahwa kebebasan politik adalah:

“... a tranquility of mind arising from the opinion each person has of his safety in order to have this liberty, it is requisite the government be so constituted as one man need not be afraid of another.

Menurut Bagir Manan yang mengutip Montesquieu, mengatakan bahwa kebebasan politik ditandai dengan adanya rasa tenteram, karena setiap orang merasa dijamin keamanannya atau keselamatannya. Untuk mewujudkan kebebasan politik tersebut maka lembaga penyelenggara pemerintahan negara harus ditata sedemikian rupa agar orang tidak merasa takut padanya, seperti halnya setiap orang tidak merasa takut terhadap orang lain di sekitarnya. Penataan lembaga penyelenggara pemerintahan yang akan menjamin kebebasan tersebut, menurut Montesquieu dilakukan dengan cara memisahkan (*to separate*) lembaga penyelenggara pemerintahan negara ke dalam berbagai cabang. Tanpa pemilahan, tidak akan ada kebebasan katanya sebagai berikut:

When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may arise; lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute than in a tyrannical manner. Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the live and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then the legislator. Were it joined to executive power, the judge might behave with violence and oppression.¹²

Jadi, menurut Montesquieu apabila lembaga kekuasaan kehakiman digabungkan dengan lembaga kekuasaan legislatif, maka kehidupan dan kebebasan seseorang akan berada dalam suatu kendali yang dilakukan secara sewenang-wenang. Di lain pihak, kalau lembaga kekuasaan kehakiman bersatu dengan lembaga kekuasaan eksekutif, maka hakim mungkin akan bertindak sewenang-wenang dan menindas.

Oleh karena itu menurut Bagir Manan ditinjau dari ajaran pemisahan kekuasaan, kekuasaan kehakiman yang merdeka merupakan bagian dari upaya untuk menjamin kebebasan dan

– Unisba Bandung, 1995, hal. 1, yang mengutip pendapat Montesquieu, dalam bukunya: *The Spirit of the Law*, (translated by Thomas Nugent), Hafner Press, NY, 1949, hal. 151-152. Kata “*trias politica*” sendiri bukan dari Montesquieu namun dari Immanuel Kant

¹² Bagir Manan, *ibid*, hal. 2.

mencegah kesewenang-wenangan. Meskipun dalam perkembangan, ajaran pemisahan kekuasaan mendapat berbagai modifikasi melalui berbagai ajaran seperti ajaran pembagian kekuasaan (*distribution of powers*) –termasuk catur praja dan panca praja-- yang menekankan pada pembagian fungsi dan bukan pada organ, dan ajaran “*checks and balances*” yang menekankan mengenai penting adanya hubungan saling mengendalikan dan saling mengawasi antara berbagai cabang penyelenggara pemerintahan negara, tetapi asas kekuasaan kehakiman yang merdeka tetap harus dipertahankan.

Modifikasi ajaran pemisahan kekuasaan tidak dimaksudkan untuk menghilangkan esensi tujuan ajaran tersebut. Prinsip kekuasaan kehakiman yang merdeka tetap dipandang sebagai suatu pilar untuk mencegah penyelenggaraan pemerintahan negara secara sewenang-wenang dan menjamin kebebasan anggota masyarakat negara. Bahkan dalam negara-negara yang bersistem pemerintahan parlementer --dimana terdapat fusi antara fungsi eksekutif dan legislatif-- kekuasaan kehakiman tetap berdiri sendiri terpisah dari kekuasaan eksekutif dan legislatif. Fusi itu misalnya dalam pembentukan UU seperti yang dilakukan di Belanda dan Indonesia di mana menurut kedua konstitusi negara ini pembentuk UU terdiri atas lembaga legislatif dan eksekutif.

Keberadaan lembaga negara (eksekutif, legislatif dan yudikatif) yang bergerak melaksanakan perannya sesuai amanat konstitusi merupakan simbol harmonisasi dari konstitusi dalam hal kehidupan ketatanegaraan dalam menciptakan sistem pemerintahan yang baik, sehat dan kondusif berdasarkan amanat rakyat. Sejarah mencatat lahirnya beberapa bentuk-bentuk negara di dunia berikut lembaga-lembaganya yang menjadi ciri khas dari sistem pemerintahan negara tersebut yang diantaranya adalah sistem negara yang menganut paham *trias politica*, walaupun tidak ada satupun negara di dunia ini yang menganut sistem tersebut dengan murni. Dalam praktik pelaksanaannya ajaran/sistem tersebut berkembang atau dimodifikasi dengan sistem *checks and balances* dan *distribution of powers* yang dibangun dalam hubungan antar lembaga negara.

Dalam praktik hubungan lembaga negara (eksekutif, legislatif dan yudikatif) tidak semua hubungan lembaga negara dapat berjalan dengan baik sebagaimana amanat konstitusi, hal ini dapat dipahami sebab masing-masing lembaga negara tersebut memiliki tugas, hak

dan kewenangan yang berbeda sehingga selalu mungkin adanya gesekan, kediktatoran salah satu lembaga negara dalam menjalankan kewenangannya sehingga menimbulkan sengketa dengan lembaga negara yang lain dengan tujuan memiliki kekuasaan yang penuh di negaranya. Hal ini perlu dicermati agar sistem pemerintahan dan kehidupan ketatanegaraan dapat berjalan kondusif demi tercapainya tujuan bangsa dan cita-cita negara.

Perkembangan lembaga negara di negara-negara di dunia tidak berhenti pada saat lahirnya negara tersebut, tetapi selalu berkembang seiring perkembangan sistem ketatanegaraan. Dalam sistem ketatanegaraan telah lahir lembaga negara baru yang pada awalnya memiliki kewenangan untuk melakukan *constitutional review* dengan alasan pemegang kekuasaan untuk membuat dan menjalankan undang-undang dirasakan menjalankan kekuasaannya dengan sewenang-wenang sehingga rakyat tidak merasakan dengan penuh rasa keadilan dalam bernegara.

Sejarah lembaga negara yang memiliki kewenangan melakukan *constitutional review* di dunia berkembang pesat melalui tahap-tahap pengalaman yang beragam disetiap negara. Lembaga negara tersebut identik dengan nama Mahkamah Konstitusi, namun adapula negara yang melekatkan kewenangan tersebut kepada lembaga negara yang sudah ada sebelumnya yaitu Mahkamah Agung dan ada pula negara yang tidak memiliki lembaga yang berwenang untuk *constitutional review*, rata-rata negara-negara memberikan kewenangan tersebut kepada lembaga peradilan, kecuali Perancis.

Sebelumnya *constitutional review* sering dipersamakan dengan sistem yang pernah hidup pada sistem Yunani Kuno yaitu kerajaan Athena Kuno, oleh Mauro Cappelletti¹³ misalnya, digambarkan bahwa sistem hukum Yunani Kuno, di Kerajaan Athena membedakan secara prinsip antara *nomoi* (konstitusi) dengan *psephisma* (undang-undang) yang menyatakan bahwa apapun isi dan bentuk dari *psephisma* tidak boleh bertentangan dengan *nomoi* yang memiliki implikasi terhadap pemberlakuannya.

Di Kerajaan Jerman praktik *constitutional review* diperkenalkan sekitar tahun 1180 yang pada mulanya lembaga peradilan berurusan

¹³ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara* (Jakarta:Konstitusi Press, 2005), hal.10

dengan para penguasa (pemimpin) dengan sengketa kewenangan dan sebagian berkenaan dengan pelanggaran hak-hak individu. Praktik tersebut berlangsung sampai pada saatnya terkenal dengan konstitusi Wiemar.

Di Perancis, *constitutional preview* melekat pada *parlement* karena *parlement* sebagai lembaga politik memiliki kewenangan untuk membentuk UU sehingga perlu diperketat dengan sistem *review*-nya karena dinilai dalam tubuh *parlement*-lah dapat ditentukan hukum yang akan berlaku di Perancis. Sebelumnya pada tahun 1748 Montesquieu pernah mengagaskan agar adanya pemisahan kekuasaan negara secara ketat namun pada kenyataannya wibawa lembaga kehakiman dinilai menjadi turun.

Lembaga penguji UU disebut Dewan Konstitusi (*Conseil Constitutionnel*) yang didirikan pada tahun 1958¹⁴. Kehadiran lembaga tersebut bagi Perancis adalah melengkapi lembaga peradilan tertinggi di bidang hukum administrasi yang sudah ada sejak sebelumnya, tetapi lembaga tersebut tidak memiliki hubungan satu sama lain. Perjalanan membangun sistem konstitusi di Perancis tidak singkat, Perancis membangun konstitusinya sampai pada konstitusi kelima pada tahun 1958 barulah sistem *constitutional preview* dapat berjalan optimal sehingga membawa pengaruh yang cukup besar bagi Negara demokrasi lainnya di daratan Eropa.

Di Amerika Serikat menurut Sri Soemantri, *judicial review* atau pengaturan hak menguji secara materiil tidak dijumpai dalam Konstitusi Amerika Serikat.¹⁵ Oleh karena itu timbul pertanyaan, di manakah atau dalam peraturan apakah hak menguji itu diatur, dan badan atau lembaga apakah yang mempunyai wewenang untuk melakukan hak menguji atau *judicial review* ini. *Judicial review* dalam bentuk *constitutional review* ini dalam literatur Amerika Serikat dirumuskan sebagai (lihat juga definisi dalam Kamus Black di atas):¹⁶

The process by which courts test the acts of other governmental agencies --legislature particularly-- for compliance with fundamental constitutional principles, and declare null and void those acts that fail to meet this test.

¹⁴ Jimly Asshiddiqie, *ibid.* hal.117

¹⁵ Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1986, hal. 26-30.

¹⁶ *Ibid*, dalam hal ini Sri Soemantri mengutip pendapat Harris G. Warren, *et al*, dalam *Our Democracy at work*, hal. 344 yang mengatakan: "There is no provision in the constitution that provides that courts may review the acts of Congress".

Seperti dikemukakan di atas *judicial review* tidak diatur dalam Konstitusi Amerika Serikat. Oleh karena itu timbul pertanyaan, apakah hal itu dibenarkan ataukah tidak? Kalau di Negeri Belanda dalam konstitusinya (*Grondwet*) ditegaskan bahwa hakim tidak boleh menguji konstitusionalitas undang-undang dan perjanjian internasional (*de rechter treed niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen* atau *The constitutionality of act of parliament and treaties shall not be reviewed by the court*). Karena pengaruh Belanda yang sangat kuat terhadap Indonesia maka dalam KRIS 1949 maupun UUDS 1950 ditentukan dengan tegas bahwa UU tidak dapat diganggu-gugat (*de wet is ondschendbaar*). Oleh karena *judicial review* ini di Amerika Serikat tidak diatur dalam konstitusi maupun peraturan perundang-undangan lainnya, Sri Soemantri mengutip pendapat Robert K. Carr *et al* sebagai berikut.¹⁷

There has been much controversy concerning the origin of judicial review in the United States. It is very clear that the constitution itself does not in so many words authorise the courts to declare acts of Congress unconstitutional.

Menurut Sri Soemantri, apa yang dikemukakan para sarjana di atas akan terbukti kebenarannya, apabila dibaca *Article VI Section 2* dari Konstitusi Amerika Serikat. Di dalam ketentuan di atas ditegaskan antara lain, bahwa para hakim dalam tiap-tiap negara bagian harus terikat pada Konstitusi Amerika Serikat dan Undang-Undangannya. *Article VI Section 2* berbunyi:

This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the Supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.

Oleh karena itu sejak akan disahkannya konstitusi tersebut telah timbul perbedaan pandangan yang tajam mengenai masalah *judicial review* ini. Karenanya timbul persoalan, di manakah kita dapat menemukan landasan hukum hak menguji ini. Kalau tidak terdapat suatu landasan hukum, siapakah yang mula-mula memberikan landasan teori. Dari uraian di atas, sekali lagi Sri Soemantri mengatakan bahwa landasan hukum pengujian tersebut sama sekali tidak ada. Hanya dapat ditemukan suatu landasan teori.

¹⁷ *Ibid.*

Awal dari teori resmi yang mendukung *judicial review* ini, dapat ditemukan dalam surat kabar *Federalist* dalam penerbitannya No. 78 yang memuat tulisan Alexander Hamilton yang secara khusus mempertahankan *judicial review* yaitu:

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

Demikianlah akhirnya, tulisan Alexander Hamilton yang dikutipkan di atas menjadi pegangan dari hak untuk menguji (*judicial review*). Meskipun demikian masih merupakan tanda tanya, apakah para hakim mempunyai keberanian untuk mempergunakan haknya atau kekuasaannya itu.

Dalam perkembangannya baru pada tahun 1803 *constitutional review* atau *judicial review* telah memperoleh bentuk serta substansi yang jelas setelah Mahkamah Agung (MA) Amerika Serikat di bawah pimpinan John Marshal pada penyelesaian kasus *Marbury vs. Madison*. *Marbury* menggugat berdasarkan UU Kekuasaan Kehakiman (*Judiciary Act*) tahun 1789, dimana berdasarkan UU tersebut MA berhak menggunakan *Writ Of Mandamus* untuk memerintahkan agar pemerintah menyerahkan surat keputusan pengangkatan tersebut tapi MA tidak menggunakan wewenang tersebut. Yang dilakukan MA adalah membatalkan UU tersebut karena dipandang bertentangan dengan konstitusi. Sebenarnya Marshall dianggap waktu itu tidak layak ikut memutus perkara karena dipandang memiliki *conflict of interest* sebab sebelumnya Ia adalah *secretary of state* yang menandatangani pengangkatan *Marbury*. Akibat dari putusan Marshall tersebut barulah muncul istilah *judicial review* dan menjadi doktrin yang pengertiannya adalah segala UU buatan Kongres, bila bertentangan dengan konstitusi sebagai *the supreme law of the land* harus dinyatakan batal dan tidak berlaku lagi (*null and void*). Meskipun demikian masih saja timbul ketidaksepakatan (*disagreement*) tentang masalah hak menguji (*judicial review*) ini. Yang menjadi soal adalah kekuasaan

macam apakah (*kind of power*) yang dilakukan oleh *Supreme Court* ini ? Terhadap persoalan di atas menurut Sri Soemantri terdapat dua pandangan, yaitu:¹⁸

1. Bahwa *judicial review* ini merupakan *automatic power of the Supreme Court*. Menurut pandangan ini kekuasaan Mahkamah Agung Amerika Serikat untuk melakukan *judicial review* terhadap UU ini bukanlah dalam rangka untuk mengawasi tindakan-tindakan wakil-wakil rakyat dalam Kongres. Oleh karena Konstitusi/ UUD itu hukum yang tertinggi (*supreme law*) dalam negara dan ditetapkan oleh rakyat, maka segala peraturan perundang-undangan yang lain haruslah sesuai dengan Konstitusi. Apabila hal itu tidak sesuai atau bertentangan adalah kewajiban Mahkamah Agung untuk menyatakan tindakan Kongres itu sebagai tidak-menurut-Konstitusi.
2. Bahwa *judicial review* ini sebagai *discretionary power of the Supreme Court*. Konstitusi adalah serangkaian peraturan dalam negara dan yang merupakan hasil kerja manusia. Oleh karena pandangan manusia itu tidak sempurna, pada suatu ketika apa yang dikemukakan dalam konstitusi menjadi tidak jelas atau samar-samar. Oleh karena demikian adalah menjadi kewajiban serta hak para hakim Mahkamah Agung untuk menjelaskan serta menegaskan peraturan-peraturan/ketentuan-ketentuan yang tidak jelas tadi. Penjelasan serta penegasan ini tentu tidak lepas dari penglihatan serta pengalaman para hakim tadi. Hal ini juga dipengaruhi dan ditentukan oleh pandangan-pandangan para hakim di bidang politik, sosial, ekonomi dan kebudayaan.

Memasuki Abad ke-19 dan awal Abad ke-20, putusan John Marshall tersebut cukup membawa pengaruh yang besar bagi ketatanegaraan di Austria dan Negara Eropa secara umumnya, sehingga pada akhir abad ke-19 George Jellinek seorang ahli hukum ternama dari Austria mencoba mengembangkan gagasan *constitutional review* bagi negaranya. Kepada Mahkamah Agung sebagai salah satu lembaga peradilan agar dapat ditambahkan kewenangannya untuk melakukan *judicial review*. Hal ini diperlukan agar negara dapat melindungi hak-hak dari warganya yang memiliki sengketa dengan negara terutama bagi warga negara yang hak-hak individunya dilanggar oleh negara.

Namun gagasan tersebut tidak sepenuhnya matang, tetapi dalam perkembangan negara-negara pasca perang dunia I dan II seorang

¹⁸ *Ibid.*

guru besar kenamaan dari Austria, Hans Kelsen mengusulkan dibentuknya sebuah lembaga dengan nama *verfassungsgerichtshoft*¹⁹ (Mahkamah Konstitusi) yang berdiri sendiri diluar Mahkamah Agung. Ide ini muncul pada tahun 1919-1920 dan diterima dan dimasukan dalam Undang Undang Dasar Austria tahun 1920. Mahkamah Konstitusi ini dianggap sebagai Mahkamah Konstitusi pertama di dunia yang muncul dan berkembang di lingkungan negara-negara federal dimana mekanisme *constitutional review* sangat perlu untuk mengontrol parlemen federal dalam hubungannya dengan negara bagian. Keberadaan Mahkamah Konstitusi di dunia berkembang pesat. Di awal Abad ke-21 Indonesia tercatat sebagai negara ke-78 di dunia yang mempunyai Mahkamah Konstitusi yang berdiri sendiri terpisah dari Mahkamah Agung.

Untuk melengkapi sejarah singkat pengujian UU di dunia kita kutipkan pendapat Bagir Manan sebagai berikut. Kekuasaan kehakiman yang melakukan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintahan (tindakan eksekutif) berbeda-beda. Di Amerika Serikat ada pada semua lingkungan peradilan, baik federal maupun negara bagian, baik peradilan tingkat pertama, peradilan banding, maupun peradilan "kasasi".²⁰

Di beberapa negara, dibentuk mahkamah khusus untuk menguji peraturan perundang-undangan. Adanya mahkamah khusus inilah yang sesungguhnya berkaitan dengan susunan kekuasaan kehakiman. Sedangkan kewenangan menguji seperti terdapat di Amerika Serikat, atau Indonesia, tidak mempengaruhi susunan kekuasaan kehakiman.

Di Jerman sejak disahkannya "*The Basic Law*" (1945) telah dibentuk Mahkamah Konstitusi (*Bundesverfassungsgericht*) yang menguji kesesuaian peraturan perundang-undangan negara bagian dengan peraturan perundang-undangan federal. Dalam UUD tersebut wewenang Mahkamah Konstitusi meliputi, antara lain:

- (a) Memberikan penafsiran atas UUD dalam hal terjadi perselisihan antara lembaga-lembaga negara federal atau pihak-pihak lain mengenai hak dan kewajiban mereka menurut UUD.

¹⁹ Jimly Asshiddiqie, *op. cit.* hal.29 Hans Kelsen inilah yang kemudian dianggap sebagai Bapak MK dunia.

²⁰ Bagir Manan, *op. cit.* hal. 27-32.

- (b) Menguji baik secara formal maupun material keserasian peraturan perundang-undangan federal dan peraturan perundang-undangan negara bagian dengan UUD.
- (c) Menyelesaikan perselisihan antara pemerintah federal dan pemerintah negara bagian mengenai pelaksanaan undang-undang federal oleh negara bagian atau pengawasan federal terhadap negara bagian.
- (d) Menyelesaikan perselisihan lain dalam lapangan hukum publik antara pemerintah federal dan pemerintah negara bagian, antara sesama negara bagian, atau perselisihan di dalam satu negara bagian, sepanjang hal tersebut tidak ditetapkan sebagai wewenang kekuasaan kehakiman yang lain.

Memperhatikan wewenang di atas, maka Mahkamah Konstitusi di Jerman tidak hanya berfungsi melakukan “*judicial review*”, tetapi fungsi-fungsi lain sesuai dengan ketentuan UUD. Telah dikemukakan bahwa Mahkamah Konstitusi juga terdapat di negara-negara lain seperti Itali, Austria, dan Swiss.

Menurut Bagir Manan²¹ sejarah dan keadaan suatu negara dapat mempengaruhi susunan kekuasaan kehakiman termasuk kewenangannya dalam melaksanakan pengujian peraturan perundang-undangan. Perbedaan berdasarkan kewenangan menguji peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintah. Kewenangan inipun dapat berbeda-beda antara negara yang satu dengan yang lain. Perbedaan itu dapat mengenai organ/lembaga kekuasaan kehakiman yang menguji, peraturan perundang-undangan atau tindakan pemerintahan yang diuji, akibat yang timbul atas peraturan perundang-undangan atau tindakan pemerintahan yang diuji baik mengenai saatnya maupun mengenai perkara-perkara serupa yang datang kemudian. Secara garis besar hal-hal tersebut dapat diuraikan sebagai berikut:

- (1) Lembaga kekuasaan kehakiman yang melakukan pengujian

Amerika Serikat dan negara-negara yang mengikutinya memberikan kewenangan pengujian kepada semua organ/ lembaga kekuasaan kehakiman mulai dari tingkat pertama sampai pada organ/lembaga kekuasaan kehakiman tertinggi. Di Jerman dan negara-negara lain semacam itu, memberikan

²¹ Bagir Manan *ibid.*

kewenangan menguji kepada mahkamah khusus yaitu Mahkamah Konstitusi (*Vervassungsgericht*). Di Perancis pengujian atas Rancangan Undang-Undang yang telah disetujui Majelis Nasional tetapi belum disahkan Presiden dilakukan oleh Dewan Konstitusi (*Conseil Constitutionnel*), sedangkan untuk ketentuan administrasi negara pengujian dilakukan oleh *Conseil d'Etat*. Di Inggris pengujian terhadap ketentuan dan tindakan administrasi negara dilakukan lembaga peradilan biasa (*the ordinary Court*). Di Indonesia --sepanjang mengenai peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih rendah dari undang-undang, pengujian dilakukan oleh lembaga peradilan umum, lembaga peradilan agama, lembaga peradilan militer dan Mahkamah Agung (*vide* UU No. 14/1970, UU No. 14/1985, dan Perma No. 1/1993). Mengenai penetapan administrasi negara (*beschikking*) pengujian dilakukan oleh lembaga peradilan tata usaha negara dan Mahkamah Agung (*vide* UU No. 5/1986).

- (2) Peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintahan yang diuji (obyek pengujian).

Inggris, Perancis, Belanda, dan beberapa negara lain di Eropah Barat, tidak membolehkan UU diuji oleh lembaga kekuasaan kehakiman. Bagi negara-negara ini, UU tidak dapat diganggu gugat (*onschendbaar*). Jadi, yang dapat diuji oleh lembaga kekuasaan kehakiman adalah peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintahan yang lebih rendah tingkatannya dari UU. Indonesia juga termasuk negara yang melarang UU (dan ketetapan MPR) diuji oleh lembaga kekuasaan kehakiman.²² Amerika Serikat, Jerman, Australia, Filipina, Malaysia, negara-negara Amerika Latin, dan lain-lain, tidak membatasi wewenang lembaga kekuasaan kehakiman menguji UU. Pada negara-negara ini, semua peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintahan dapat diuji oleh lembaga kekuasaan kehakiman.²³

²² Pendapat ini dikeluarkan sebelum adanya reformasi dan dibentuknya MK dalam amendemen UUD 1945.

²³ Bagir Manan, *loc. cit.* Lihat juga Bagir Manan, *Pengujian Yustisial Peraturan Perundang-undang dan Pembuatan Administrasi Negara di Indonesia*, Makalah, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, 1994.

(3) Akibat putusan pengujian

Akibat putusan pengujian atas peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintahan berkaitan dengan dua hal

- (i) Apakah putusan tersebut hanya berlaku untuk perkara yang diputus atau berlaku juga bagi semua perkara yang mengandung persamaan yang mungkin terjadi pada waktu-waktu yang akan datang (*"inter partes"* atau *"erga omnes"*).
- (ii) Apakah putusan tersebut berlaku surut atau hanya berlaku ke depan (*"retroaktif"* atau *"prospektif"*).

a. Putusan *"inter partes"* dan *"erga omnes"*

Putusan *"inter partes"* adalah putusan yang akibat-akibatnya hanya berlaku pada perkara yang diputus. Menurut paham ini, suatu putusan pembatalan suatu peraturan perundang-undangan atau perbuatan administrasi negara hanya berlaku bagi perkara yang diputus tersebut. Terhadap perkara-perkara lain yang mengandung persamaan belum tentu diberlakukan. Semuanya diserahkan pada pendapat hakim atau para hakim yang memutus. Sistem ini dianut antara lain oleh Amerika Serikat, Jepang, dan Mexico. Tetapi dalam praktik, sistem ini termodifikasi atau dapat dikatakan dikesampingkan oleh ajaran *stare decisis* dan yurisprudensi.

Stare decisis atau lazim juga disebut sistem *precedent* mewajibkan hakim dalam hal perkara yang mengandung persamaan untuk mengikuti putusan terdahulu. Akibatnya, secara praktis putusan yang menurut prinsip hanya *"inter partes"* menjadi berlaku secara umum (semua perkara yang mengandung persamaan). Keadaan semacam ini berlaku juga bagi negara-negara yang meskipun tidak menganut ajaran *stare decisis* tetapi menempatkan yurisprudensi sebagai suatu yang dalam praktik mengikat terutama yurisprudensi Mahkamah Agung. Hakim-hakim meskipun secara hukum tidak wajib mengikuti yurisprudensi tetapi dalam praktik mengikuti yurisprudensi, terutama yurisprudensi Mahkamah Agung. Dengan demikian, bagi negara yang menganut prinsip *stare decisis* dan yurisprudensi mengikat (*binding*), maka putusan *inter partes* dalam kenyataan berlaku umum (*erga omnes*).

Putusan *"erga omnes"* adalah putusan yang akibat-akibatnya berlaku bagi semua perkara yang mengandung persamaan yang

mungkin terjadi di masa yang akan datang. Jadi, sekali peraturan perundang-undangan dinyatakan tidak sah karena bertentangan dengan UUD atau peraturan perundang-undangan lain yang lebih tinggi, maka menjadi batal dan tidak sah untuk setiap orang. Sistem ini dipergunakan antara lain oleh Austria, Itali, dan Jerman.²⁴

Menurut Bagir Manan, sistem peradilan Indonesia tidak menganut ajaran "*stare decisis*" atau "*precedent*". Hakim-hakim Indonesia bebas untuk mengikuti atau tidak mengikuti putusan terdahulu. Walaupun demikian, dalam praktik, hakim-hakim menuruti berbagai yurisprudensi tetap (*vaste jurisprudentie*) terutama yurisprudensi Mahkamah Agung. Hal ini selain berdasarkan pertimbangan otoritas, juga secara praktis kemungkinan putusan hakim yang lebih rendah akan dibatalkan Mahkamah Agung kalau tidak mengikuti yurisprudensi tetap dari Mahkamah Agung. Memperhatikan sistem peradilan tersebut, maka di Indonesia secara doktriner akan berlaku sistem "*inter partes*". Kalaupun dalam praktik terdapat semacam "*erga omnes*" hanya terjadi karena otoritas yurisprudensi yang diikuti dalam praktik peradilan.

Sistem putusan "*inter partes*" dan "*erga omnes*" menurut Bagir Manan ada keuntungan dan kerugiannya. Sistem putusan "*erga omnes*" memberikan kepastian hukum mengenai kedudukan peraturan perundang-undangan atau perbuatan administrasi negara yang dinyatakan tidak sah. Di pihak lain, putusan "*erga omnes*" dapat dianggap memasuki fungsi perundang-undangan (*legislative function*). Dengan putusan "*erga omnes*", hakim tidak lagi semata-mata menetapkan hukum untuk suatu peristiwa konkret tetapi hukum bagi peristiwa yang akan datang (abstrak). Dan ini mengandung unsur pembentukan hukum. Pembentukan hukum untuk peristiwa yang bersifat abstrak adalah fungsi perundang-undangan bukan fungsi peradilan. Kebaikan putusan "*inter partes*" adalah membatasi jangkauan fungsi hakim pada batas-batas fungsi peradilan. Kekurangannya adalah, putusan "*inter partes*" kurang memberikan jaminan kepastian hukum bagi peristiwa-peristiwa yang akan datang kemudian.

²⁴ Bagir Manan *ibid.* Dalam Kamus Fockema Andreae, *op. cit.* hal. 155, dikatakan: *Erga omnes, een verdrag behooft soms niet uitsluitend de rechtsverhouding tussen de daarbij betrokken partijen te regelen maar kan indirect ook de rechtsverhouding van anderen dan partijen bepalen en werkt dan erga omnes.*

b. Putusan “retroaktif” dan “prospektif”

Putusan “retroaktif” dan “prospektif” menyangkut saat putusan yang menyatakan tidak sah suatu peraturan perundang-undangan atau perbuatan administrasi negara berlaku efektif. Putusan retroaktif bersifat *ex tunc* yaitu peraturan perundang-undangan atau perbuatan administrasi negara tersebut dianggap tidak pernah ada dan tidak pernah merupakan suatu peraturan perundang-undangan atau perbuatan administrasi negara yang sah. Jadi setiap putusan *ex tunc* adalah berlaku surut ke saat peraturan perundang-undangan atau perbuatan administrasi negara tersebut ditetapkan. Karena dalam sistem “retroaktif”, peraturan perundang-undangan atau perbuatan administrasi negara dianggap tidak pernah ada, maka putusan hakim tidak berisi pembatalan (*annul*) tetapi menyatakan sebagai suatu tidak sah (*nullity*). Putusan menyatakan tidak sah tersebut bersifat deklaratif bukan konstitutif.²⁵ Sistem retroaktif dijalankan antara lain di Amerika Serikat, Itali, dan Jerman.

Putusan “prospektif” bersifat *ex nunc* atau *pro futuro*. Putusan prospektif hanya berlaku ke depan. Peraturan perundang-undangan atau perbuatan administrasi negara dipandang sebagai sesuatu yang sah sampai saat dinyatakan batal (dibatalkan). Sistem prospektif ini dijalankan di Austria. Dalam praktik (di Austria) tidak selalu kekuatan berlaku hilang pada saat dibatalkan. Mahkamah Konstitusi Austria dapat menetapkan pembatalan tersebut akan berlaku mulai saat tertentu setelah putusan pembatalan ditetapkan dengan ketentuan tidak lebih dari satu tahun terhitung sejak saat pembatalan. Karena membatalkan maka putusan tersebut bersifat konstitutif bukan deklaratif.

Menurut Bagir Manan, di Indonesia hingga tahun 1995 belum dijumpai yurisprudensi yang dapat dijadikan pegangan --apakah akan dianut sistem retroaktif atau propektif ? Baik dalam UU No. 14/1970 maupun UU No. 14/1985 sama-sama mempergunakan ungkapan (frasa) “menyatakan tidak sah”. Apabila sesuatu dinyatakan tidak sah, mengandung arti sebagai sesuatu yang tidak memenuhi syarat untuk ada, karena itu dianggap tidak pernah ada. Mengingat “retroaktif” mengandung anggapan “tidak pernah

²⁵ *Ibid.* Bagir Manan mengutip pendapat Ulan R. Brewer Carias, *Judicial Review In Comparative Law*, Cambridge University Press. Cambridge, 1989, hal. 154.

ada”, maka ungkapan “menyatakan tidak sah” dalam kedua UU tersebut semestinya akan berkaitan dengan sistem retroaktif dan bukan sistem prospektif.

SELAYANG PANDANG SEJARAH PENGUJIAN UNDANG-UNDANG DI INDONESIA

1. Gagasan Mohammad Yamin (1945)

Pemikiran mengenai pengujian UU terhadap UUD atau pengujian aspek konstitusionalitas UU melalui *judicial review* di Indonesia dalam sejarah pembentukan UUD pada tahun 1945, pernah dilontarkan oleh Mohammad Yamin pada saat pembahasan rancangan UUD di Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI). Mohammad Yamin melontarkan gagasan mengenai perlunya suatu lembaga yang melakukan pengujian konstitusionalitas UU sekaligus mengusulkan agar masuk dalam rumusan rancangan UUD yang sedang disusun.

Gagasan Mohammad Yamin diucapkan pada Rapat Besar (Pleno) BPUPKI tanggal 15 Juli 1945 yang menyangkut sistem pemerintahan negara dan sistem kekuasaan kehakiman yang kemudian ditanggapi serta dibahas oleh Ketua dan beberapa Anggota BPUPKI secara demokratis antara lain oleh Soepomo sebagai berikut.²⁶

Anggota YAMIN:

“...Tuan Ketua yang termulia, ...dst. agar Mahkamah Agung melakukan kekuasaan kehakiman dan membanding UU supaya sesuai dengan hukum adat, hukum Islam (Syariah) dan dengan UUD dan melakukan aturan pembatalan UU, pendapat Balai Agung --maksudnya Mahkamah Agung-- disampaikan kepada Presiden, yang mengabarkan berita itu kepada Dewan Perwakilan ..., dst.”

“... Balai Agung janganlah saja melaksanakan bagian kehakiman, tetapi juga hendaklah menjadi badan yang membanding apakah UU yang dibuat oleh Dewan Perwakilan, tidak melanggar UUD republik atau bertentangan dengan hukum adat yang diakui, ataukah tidak bertentangan dengan syariah agama Islam. Jadi, dalam Mahkamah Tinggi itu, hendaknya dibentuk badan sipil dan kriminil, tetapi juga Mahkamah Adat dan Mahkamah Islam

²⁶ Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) yang disusun kembali oleh Sekretariat Negara, Penyunting, Saafroedin Bahar dan Nannie Hudawati, Jakarta, 1998, hal. 318-333.

Tinggi, yang pekerjaannya tidak saja menjalankan kehakiman tetapi juga membanding dan memberi laporan tentang pendapatnya kepada Presiden Republik tentang segala hal yang melanggar hukum dasar, hukum adat dan aturan syariah; Tentang usul-usul yang lain, yang berhubungan dengan fasal-fasal, nanti saya laporkan kalau kita telah membicarakan pasal-pasal satu-persatu. Saya harap Tuan Ketua yang terhormat, supaya pembicaraan saya ini dapat diterima ..., dst."

Anggota SOEPOMO:

"... Tentang Mahkamah Agung, Tuan Yamin menghendaki supaya Mahkamah Agung itu mempunyai hak juga untuk memutuskan, bahwa sesuatu UU bertentangan dengan UUD atau dengan syariah..."

Anggota YAMIN(Mengoreksi Soepomo):

UUD, atau hukum adat, atau syariah.

Anggota SOEPOMO:

"... Pertama tentang yang dikehendaki oleh Tuan Yamin supaya ditetapkan, bahwa Mahkamah Agung berhak menetapkan, bahwa sesuatu UU bertentangan dengan UUD. Sistem demikian itu memang ada, yaitu di Amerika dan juga di negeri Jerman pada zaman Konstitusi Weimar, jadi di Republik Jerman sesudah perang dunia. Ada juga di negeri Austria, di Ceko-Slowakia sesudah perang dunia kesatu. Juga di Austria. Tetapi apa artinya sistem itu? Sistem itu tidak ada di Prancis, tidak ada di Inggris, tidak ada di Belanda, di Dai Nippon juga tidak ada. Tetapi kita harus mengetahui apa arti sistem itu, sebab sudah tentu sebelum memakainya, kita harus mengetahui betul sistem itu. Sistem yang dipakai di dalam negeri Belanda berdasarkan materieel recht, yaitu satu konsekuensi daripada sistem Trias Politica, yang memang di Amerika betul-betul dijalankan dengan sesempurnasempurnanya. Juga di Filipina, oleh karena UUD-nya memang berdasar atas model sistem Amerika, yaitu dalam pengertian negara yang berdasar atas Liberale democratie, yang memisah-misahkan badan-badan penyelenggara semuanya; sebagai kesempurnaan sistem itu memang sudah selayaknya Mahkamah Agung, yaitu pengadilan tertinggi mempunyai hak seperti yang dianjurkan oleh Tuan Yamin. Akan tetapi di negeri democratie perbedaan atau perpisahan antara tiga jenis kekuasaan itu tidak ada. Menurut pendapat saya, Tuan Ketua, dalam rancangan UUD ini kita memang tidak memakai sistem yang membedakan principieel 3 badan itu, artinya tidaklah, bahwa kekuasaan kehakiman akan mengontrol kekuasaan membentuk UU. Memang maksud sistem yang diajukan oleh Yamin, ialah supaya kekuasaan kehakiman mengontrol kekuasaan UU. Pertama, dari buku-buku ilmu negara ternyata bahwa antara para ahli tata-negara tidak

ada kebulatan pandangan tentang masalah itu. Ada yang pro, ada yang contra-kontrol. Apa sebabnya? UUD hanya mengenai semua aturan yang pokok dan biasanya begitu lebar bunyinya, sehingga dapat diberi interpretasi demikian, bahwa pendapat A bisa selaras, sedang pendapat B pun bisa juga. Jadi, dalam praktik, jikalau ada perselisihan tentang soal, apakah sesuatu UU bertentangan dengan UUD atau tidak, itu pada umumnya bukan soal yuridis, tetapi soal politis; oleh karena itu mungkin --dan di sini dalam praktik begitu, pula ada conflict antara kekuasaan sesuatu UU dan UUD. Maka menurut pendapat saya sistem itu tidak baik buat Negara Indonesia, yang akan kita bentuk.

Kecuali itu Paduka Tuan Ketua, kita dengan terus terang akan mengatakan, bahwa para ahli hukum Indonesia pun sama sekali tidak mempunyai pengalaman dalam hal ini, dan Tuan Yamin harus mengingat juga bahwa di Austria, Ceko-Slowakia dan Jerman waktu Weimar bukan Mahkamah Agung, akan tetapi pengadilan spesial, constitutioneel-hof, --sesuatu pengadilan spesifik- yang melulu mengerjakan konstitusi. Kita harus mengetahui, bahwa tenaga kita belum begitu banyak, dan bahwa kita harus menambah tenaga-tenaga, ahli-ahli tentang hal itu. Jadi, buat negara yang muda saya kira belum waktunya, mengerjakan persoalan itu. Memang dalam sistem kita hal itu belum dikerjakan. Oleh karena itu, saya juga menolak usul dari Tuan Yamin. Tuan Yamin mengusulkan, supaya Mahkamah Agung bisa mempertimbangkan, apakah sesuatu UU bertentangan dengan adat atau tidak. Saya tidak mengerti adat apa yang dimaksud? Adat apakah itu? Bagaimana sistem hukum itu belum dibicarakan di sini. Kita belum membicarakan hukum materieel. Hukum proses apa yang kita pakai, sama sekali belum dibicarakan. Hal itu nanti kita bicarakan, jikalau kita membentuk UU tentang hukum. Satu soal, ialah bagaimana nanti hukum sipil, hukum kriminil, untuk Negara Indonesia; bagaimana hukum adat, apa yang dimasukkan dalam Mahkamah Agung; ada hukum sipil, ada hukum kriminil, ada hukum adat tata negara, ada hukum tentang tata usaha dan jikalau sudah ada maklumat mengenai hal yang sudah diterima itu memenuhi soal-soal yang akan diputus dalam UU itu. Dengan lain perkataan Mahkamah Agung yang dengan sendirinya bukan Ketua daripada suatu kamar sendiri, sipil ataupun kriminil, dengan sendirinya harus bisa dan tentu juga menyelidiki dan memutus apakah suatu putusan pengadilan yang rendah bertentangan dengan hukum adat, hukum sipil atau tidak. Demikian pun apakah bertentangan dengan hukum Islam atau tidak. Hakim-hakim harus bisa melaksanakan itu, jadi tidak perlu dan tidak ada artinya mengadakan Mahkamah Agung yang mempunyai kamar-kamar itu tadi".

Ketua RADJIMAN:

Apa Tuan Yamin bisa menerima keterangan itu?

Anggota YAMIN:

Mengenai beberapa hal yang sayaajukan tadi, misalnya perkara sistematik atau perkara yang lain, buat saya soalnya tidak principieel; tetapi hak dasar, daerah ibu kota dan susunan Mahkamah Agung adalah principieel; mengenai itu tidak bisa saya terima.

Ketua RADJIMAN:

Kalau Tuan tidak bisa menerima, kita harus minta pertimbangan persidangan. Menurut pertimbangan saya, harus dipungut suara saja. Kalau tidak begitu akan diperlukan terlalu banyak waktu. Siapa setuju dengan Panitia, berdiri.

Anggota HATTA:

Lebih baik ditanyakan, siapa yang menyetujui usul Tuan Yamin.

Ketua RADJIMAN:

Tentang hal batas negara masuk apa tidak? Siapa yang setuju masuk (usul Tuan Yamin), saya minta berdiri. 15 anggota setuju. Tentu yang lain tidak setuju. Begitu penerimaan saya. Anggota yang lain ada lebih banyak. Jadi, sidang tidak menerima usul Tuan Yamin. Dengan suara yang banyak usul Panitia UUD diterima, ... dst."

Ketua RADJIMAN:

"...Soal Mahkamah Agung, siapakah yang menyetujui usul Tuan Yamin?"

Anggota YAMIN:

"Baiklah ditunda saja".

Setelah Yamin mengatakan "ditunda", maka Ketua RADJIMAN melanjutkan pembahasan materi berikutnya yaitu mengenai masalah *grondrechten* (hak asasi manusia). Sampai dengan selesainya pembahasan Rancangan UUD, masalah pengujian UU terhadap UUD yang merupakan gagasan Mohammad Yamin tidak dibicarakan lagi oleh BPUPKI-PPKI. Gagasan Mohammad Yamin ini secara hipotetis dapat dikatakan didasarkan atau dipengaruhi oleh tradisi dan sistem hukum di Amerika Serikat. Dialog Mohammad Yamin dan Soepomo secara singkat dapat digambarkan seperti Gambar di bawah ini.



2. Tindak Lanjut Gagasan Mohammad Yamin

Gagasan Mohammad Yamin --sebagaimana dikutipkan dari pembicaraan dalam Rapat Besar BPUPKI tanggal 15 Juli 1945--, bukannya tidak ditindaklanjuti setelah kemerdekaan dengan berlakunya UUD 1945 periode pertama (1945-1949), masa KRIS 1949 (1949-1950) --selama berlakunya KRIS 1949, UUD 1945 tetap berlaku di Negara RI Yogyakarta, masa berlakunya UUDS 1950 (1950-1959), masa UUD 1945 periode 1959-1966 (Orde Lama) dan periode 1966-1998 (Orde Baru), walaupun tindak lanjut tersebut sebatas pada pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU (di bawah UUDS 1950 dan UUD 1945) dan pengujian peraturan perundang-undangan negara/daerah bagian terhadap konstitusi di bawah KRIS 1949. Lembaga pengujinya pun Mahkamah Agung bukan Mahkamah Konstitusi.

Dalam KRIS 1949, peraturan perundang-undangan Negara/daerah bagian dapat diuji oleh Mahkamah Agung terhadap Konstitusi sebagaimana ditentukan dalam Pasal 156-158 KRIS 1949 sebagai berikut.

Pasal 156

- (1) Djika Mahkamah Agung atau pengadilan-pengadilan lain jang mengadili dalam perkara perdata atau dalam perkara hukuman perdata, beranggapan bahwa suatu ketentuan dalam peraturan ketatanegaraan atau undang-undang suatu daerah-bagian berlawanan dengan Konstitusi ini, maka dalam keputusan kehakiman itu djuga, ketentuan itu dinjatakan dengan tegas tak menurut Konstitusi.
- (2) Mahkamah Agung berkuasa djuga menjatakan dengan tegas bahwa suatu ketentuan dalam peraturan ketatanegaraan atau dalam undang-undang daerah-bagian tak menurut Konstitusi, djika ada surat permohonan jang beralasan jang dimajukan, untuk Pemerintah Republik Indonesia Serikat, oleh atau atas nama Djaksa Agung pada Mahkamah Agung, ataupun, untuk suatu pemerintah daerah-bagian jang lain, oleh Kedjaksanaan pada pengadilan tertinggi daerah-bagian jang dimaksud kemudian.

Pasal 157

- (1) Sebelum pernjjataan tak menurut Konstitusi tentang suatu ketentuan dalam peraturan ketatanegaraan atau undang-undang suatu daerah-bagian untuk pertama kali diutjapkan atau disjahkan, maka Mahkamah Agung memanggil Djaksa Agung pada Madjelis itu, atau kepala Kedjaksanaan pada pengadilan tertinggi daerah-bagian bersangkutan, untuk didengarkan dalam madjelis pertimbangan.
- (2) Keputusan Mahkamah Agung jang dalamnja pernjjataan tak menurut Konstitusi untuk pertama kali diutjapkan atau disjahkan, diutjapkan pada sidang pengadilan umum. Pernjjataan itu selekas mungkin diumumkan oleh Djaksa Agung pada Mahkamah Agung dalam warta resmi Republik Indonesia Serikat.

Pasal 158

- (1) Djika dalam perkara perdata atau dalam perkara hukuman perdata, pengadilan lain daripada Mahkamah Agung menjatakan suatu ketentuan dalam peraturan ketatanegaraan atau undang-undang daerah-bagian tak menurut Konstitusi, dan Mahkamah Agung karena sesuatu sebab memeriksa perkara itu, maka karena djabatannja ia mempertimbangkan dalam keputusannja apakah pernjjataan tak menurut Konstitusi itu dilakukan pada tempatnja.
- (2) Terhadap pernjjataan tak menurut Konstitusi sebagai dimaksud dalam ajat jang lalu, pihak-pihak jang dikenai kerugian oleh pernjjataan itu dan jang tidak mempunjai alat hukum terhadapnja, dapat memajukan tuntutan untuk kasasi karena pelanggaran hukum kepada Mahkamah Agung.

- (3) Djaksa Agung pada Mahkamah Agung dan djuga kepala Kedjaksanaan pada pengadilan tertinggi daerah-bagian itu, dapat karena djabatannja memadjukan tuntutan kepada Mahkamah Agung untuk kasasi karena pelanggaran hukum terhadap pernyataan tak menurut Konstitusi jang tak terubah lagi dimaksud dalam ajat (1).
- (4) Pernyataan tak menurut Konstitusi tentang suatu ketentuan dalam peraturan ketatanegaraan suatu daerah-bagian oleh pengadilan lain daripada Mahkamah Agung, djika tidak dengan tegas berdasarkan pernyataan tak menurut Konstitusi jang sudah dilakukan oleh Mahkamah Agung terhadap ketentuan itu dan jang telah diumumkan menurut pasal 157, haruslah disjahkan oleh Mahkamah Agung, sebelum keputusan kehakiman jang berdasar atasnja dapat didjalankan. Permohonan untuk pensjahan dirundingkan dalam madjelis pertimbangan. Permohonan itu ditiadakan djika pernyataan tak menurut Konstitusi itu dihapuskan sebelum perundingan itu selesai. Djika Mahkamah Agung menolak permohonan pensjahan itu, maka Mahkamah menghapuskan keputusan kehakiman jang memuat pernyataan tak menurut Konstitusi sekadar itu dan Mahkamah itu pun bertindak selandjutnja seakan-akan salah satu pihak telah memadjukan tuntutan untuk kasasi karena pelanggaran hukum.
- (5) Tentang jang ditentukan dalam pasal ini dan kedua pasal jang lalu, dengan undang-undang federal dapat ditetapkan aturan-aturan lebih landjut, termasuk tenggang-tenggang.

Sedangkan UU federal tidak dapat diganggu gugat (*onschendbaar*) sebagaimana ditentukan dalam Pasal 130 ayat (2) KRIS 1949 yang berbunyi: *Undang-undang federal tidak dapat diganggu-gugat*. Artinya, UU federal tidak dapat diuji konstiusionalitasnya terhadap UUD. Aturan dasar dalam konstitusi ini kemudian dijabarkan dalam UU No. 1 Tahun 1950 tentang Susunan, Kekuasaan dan Jalan Pengadilan Mahkamah Agung Indonesia (UU No. 1/1950).

UU No. 1/1950 ini pada masa Orde Lama kemudian dicabut atau dinyatakan tidak berlaku (walaupun tidak secara tegas menyebutnya) oleh UU No. 16/1964 jo UU No. 13/1965 dan kemudian pada masa Orde Baru tahun 1985 diganti dengan UU No. 14/1985 setelah terlebih dahulu ditetapkannya UU No. 14/1970 sebagai payung peraturan perundang-undangan di bidang kekuasaan kehakiman yang merdeka dan bebas dari pengaruh siapa pun atau lembaga apa pun. Terlepas di kemudian hari ternyata dalam praktik tidak benar-benar bebas dan merdeka karena sesuai

dengan UU No. 14/1970 pengurusan hakim di bidang organisasi, administrasi, dan finansial masih di tangani pemerintah (dalam hal ini Departemen Kehakiman, Departemen Agama, dan Departemen Hankam), “pengaruh pemerintah” masih tetap ada sampai dengan datangnya era reformasi yang benar-benar memisahkan fungsi-fungsi eksekutif dari fungsi yudikatif.

Larangan pengujian UU terhadap UUD diulang kembali dalam UUDS 1950. Dalam Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950 dikatakan bahwa *UU tidak dapat diganggu gugat*. Mengapa ada klausula demikian karena pertama, adalah pengaruh dari Belanda. Penyusunan KRIS 1949 dilakukan di Negeri Belanda dan UUDS 1950 hanya merupakan “metamorfosa” KRIS 1949 dengan menghilangkan yang berbau federal. Sistem pemerintahan pada KRIS 1949 dan UUDS 1950 juga dipengaruhi Belanda yaitu sistem parlementer. Kedua, pembentuk UU-nya adalah sekaligus sebagai pelaksana kedaulatan rakyat, sehingga produknya sebagai cerminan atau jbaran kedaulatan rakyat tidak dapat diuji oleh siapa pun kecuali oleh pembentuknya sendiri.

Kalau di KRIS 1949 dan UUDS 1950 ada larangan secara tegas bahwa UU tidak boleh diganggu gugat, artinya tidak boleh diuji terhadap UUD, bagaimanakah pengujian UU terhadap UUD di bawah UUD 1945 (pra amendemen) ? Dalam UUD 1945 tidak diatur larangan semacam dalam KRIS 1949 dan UUDS 1950. Oleh karena itu secara teoritis-akademis pengujian UU terhadap UUD dapat dilakukan di bawah naungan UUD 1945. Alasannya, secara konstitusional pelaksana kedaulatan rakyat sepenuhnya ada di tangan MPR. Sedangkan pembentuk UU (*wetgever*) yaitu Presiden dan DPR, bukan pelaksana kedaulatan rakyat, sehingga secara teoritis-akademis, UU dapat diuji konstitusionalitasnya terhadap UUD 1945.

Pertanyaannya siapakah lembaga negara yang boleh menguji UU terhadap UUD? Karena dalam UUD 1945 sistem yang dianut adalah sistem Supremasi MPR --sebagaimana dikatakan oleh Prof. Padmo Wahyono-- maka Mahkamah Agung karena di bawah MPR kedudukannya tidak dapat menguji produk hukum yang dibuat oleh DPR dan Presiden yang sederajat dengannya. Lain kalau dalam sistem *checks and balances* dalam ajaran *trias politica* sebagaimana yang dianut dalam sistem ketatanegaraan Amerika Serikat. Oleh

karena itu UU dapat diuji terhadap UUD hanya oleh MPR sebagai lembaga tertinggi negara. Dengan demikian pengujiannya bukanlah dilakukan oleh lembaga peradilan (*judicial review*) namun oleh lembaga politik sehingga disebut *legislative/political review*.

Pada masa Orde Lama (1959-1966) di bawah naungan UUD 1945 gagasan Mohammad Yamin tentang pengujian UU terhadap UUD yang dilaksanakan dalam KRIS 1949 secara yuridis tidak pernah disinggung. Hal ini secara hipotetis dapat dimengerti karena Anggota-anggota BPUPKI yang merancang UUD 1945 (termasuk Mohammad Yamin dan Soepomo dll) ikut mengelola Republik ini bersama Bung Karno. Tentunya masih segar dalam ingatan mereka bagaimana dalam Rapat BPUPKI tanggal 15 Juli 1945 gagasan pengujian UU terhadap UUD ditolak Soepomo dan disepakati BPUPKI dengan persetujuan Mohammad Yamin "ditunda" dan tidak dibicarakan lagi.

Pada masa Orde Lama UU No. 1/1950 secara diam-diam dicabut dan dinyatakan tidak berlaku oleh UU No. 19/1964 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman dan UU No. 13/1965 tentang Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Mahkamah Agung yang lebih menitikberatkan atau memperlambat kekuasaan kehakiman demi kepentingan revolusi sehingga prinsip-prinsip kekuasaan kehakiman yang bebas dan merdeka dicerai dengan diperbolehkannya Presiden turut campur dalam urusan peradilan demi kepentingan revolusi.

Dalam kedua UU tersebut dengan jelas dan tegas dinyatakan bahwa Indonesia berdasarkan UUD 1945 tidak mengikuti ajaran *trias politica* sebagaimana tertera dalam Penjelasan Umum kedua UU sebagai berikut:

"... Dalam Undang-undang ini, dengan sekuat tenaga diusahakan supaya jiwa liberalisme, individualisme, feodalisme dan kolonialisme, sesuai dengan sifat-sifat Hukum Indonesia, dibuang jauh-jauh. Idee bahwa Trias Politica tidak berlaku dalam masyarakat Indonesia, telah diatur azas-azasnya dalam Undang-undang ini terdapat pelaksanaannya. Azas bahwa hakim adalah tak berfihak, merdeka dari pengaruh instansi atau fihak manapun tak dapat dipertahankan lebih lama dan telah dikubur. Dalam pasal-pasal dari Undang-undang ini ditentukan bahwa hakim wajib berfihak pada yang benar atas Pancasila dan Manipol/Usdek. Hakim bukanlah orang yang berdiri diatas para fihak dengan tidak mengikut serta dan mengintegrasikan diri dalam kehidupan politik, ekonomi sosial dan kebudayaan. Baru dengan penerjunan ini, ia akan dapat menjelma jiwa hukum, kesadaran hukum, keyakinan

hukum, dan perasaan hukum rakyat dan bangsa dan mewujudkannya dalam putusan-putusannya. Baru dengan cara penerjunan dan pengintegrasian itu, hakim dapat menjalankan fungsi Hukum sebagai Pengayoman, dalam rangka mengamalkan Pancasila dan Manipol Usdek serta pedoman-pedoman pelaksanaannya...".

Pada masa Orde Baru (1967-1998) kita tetap di bawah naungan UUD 1945 namun suasananya adalah mengoreksi tindakan Orde Lama yang banyak menyimpang dari esensi UUD 1945 dan ingin melaksanakan UUD 1945 secara murni dan konsekuen khususnya terhadap kekuasaan kehakiman yang bebas dan merdeka seperti ditentukan dalam Pasal 24 dan 25 UUD 1945 beserta Penjelasan.

Kedua UU yang mengatur tentang kekuasaan kehakiman produk Orde Lama tersebut kemudian dicabut oleh UU No. 14/1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang baru yang lebih menekankan kebebasan dan kemerdekaan hakim atau kekuasaan kehakiman yang bebas dan merdeka. Walaupun nantinya tidak sepenuhnya bebas dan merdeka karena hakim secara administrasi, organisasi, dan finansial masih ditangani pemerintah atau di bawah Presiden. Lima belas tahun kemudian pada tahun 1985 dikeluarkan UU No. 14/1985 tentang Mahkamah Agung.

Dalam kedua UU tersebut gagasan Mohammad Yamin mengenai pengujian UU terhadap UUD secara *mutatis mutandis* dilaksanakan dalam bentuk kewenangan Mahkamah Agung untuk boleh menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU. Itupun dalam tingkat kasasi. Artinya harus ada perkara dulu di tingkat pengadilan bawah baru ketika kasasi Mahkamah Agung menilai apakah peraturan perundang-undangan di bawah UU tersebut bertentangan atau tidak dengan peraturan perundang-undangan di atasnya (yang lebih tinggi) sebagaimana ditentukan dalam Pasal 26 UU No. 14/1970 yang berbunyi:

- (1) Mahkamah Agung berwenang untuk menyatakan tidak sah semua peraturan-peraturan dari tingkat yang lebih rendah dari Undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
- (2) Putusan tentang pernyataan tidak sahnya peraturan perundang-undangan tersebut dapat diambil berhubung dengan pemeriksaan dalam tingkat kasasi.

Pencabutan dari peraturan perundangan yang dinyatakan tidak sah tersebut, dilakukan oleh instansi yang bersangkutan.

Dan diulang kembali dengan redaksi yang agak berbeda namun esensinya sama dalam UU No. 14/1985 sebagaimana ditentukan dalam Pasal 31 yang berbunyi:

- (1) Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji secara materil hanya terhadap peraturan perundang-undangan di bawah Undang-undang
- (2) Mahkamah Agung berwenang menyatakan tidak sah semua peraturan perundang-undangan dari tingkat yang lebih rendah daripada Undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
- (3) Putusan tentang pernyataan tidak sahnya peraturan perundang-undangan tersebut dapat diambil berhubungan dengan pemeriksaan dalam tingkat kasasi.

Pencabutan peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah tersebut, dilakukan segera oleh instansi yang bersangkutan.

Pelaksanaan Pasal 31 UU No. 14/1985 ini pada Era Orde Baru diatur dengan Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No. 1/1993 tentang Hak Uji Materil yang diperluas sendiri oleh Mahkamah Agung yang memperbolehkan Pengadilan Negeri menyatakan suatu peraturan perundang-undangan tingkatan lebih rendah dari UU yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tidak mempunyai akibat hukum dan tidak mengikat pihak-pihak yang berperkara (*vide* Pasal 3 ayat (1) Perma No. 1/1993). Perma ini pada Era Reformasi dicabut dan diganti dengan Perma No. 1/1999 yang kemudian dicabut dan diganti lagi dengan Perma No. 1/2004. Perbedaan mendasar dari Perma No. 1/1999 dengan Perma No. 1/1993 adalah dalam Perma No. 1/1999 dan Perma No. 1/2004 yang disesuaikan dengan perubahan UUD 1945 pengajuan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU boleh langsung ke MA.

Pada tahun 2000 kewenangan MA ini “ditingkatkan” dasar hukumnya dari UU ke dalam TAP MPR No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan dan gagasan Mohammad Yamin tentang pengujian UU terhadap UUD 1945 diberi dasar hukum TAP MPR hanya saja pelaku serta

bentuk pengujian tersebut bukan *judicial review* melainkan *legislative review* atau *political review* karena dilakukan oleh MPR bukan Mahkamah Agung. Sedangkan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU yang dilakukan MA bersifat aktif (langsung diajukan ke MA) tidak harus menunggu dulu ada perkara kemudian diproses ke tingkat kasasi. Ketentuan ini “mengangkat” ketentuan dalam Perma No. 1/1999.

Barulah pada tahun 2001 dengan dibentuknya Mahkamah Konstitusi dalam Perubahan Ketiga UUD 1945 gagasan Mohammad Yamin tentang pengujian UU terhadap UUD direalisasikan oleh MPR hasil Reformasi ke dalam UUD 1945. Namun pelakunya bukan Mahkamah Agung seperti yang diinginkan Mohammad Yamin melainkan Mahkamah Konstitusi yang berdiri mandiri terpisah dari Mahkamah Agung sebagai pelaku kekuasaan kehakiman di samping Mahkamah Agung. Dalam hal ini Mahkamah Agung diberi kewenangan juga untuk menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU (*vide* Pasal 24A ayat (1) UUD 1945). Sebelumnya, berdasarkan UU No. 14/1970 jo UU No. 14/1985 kewenangan Mahkamah Agung menguji peraturan perundang-undangan dasar hukumnya adalah UU. Kemudian “ditngkatkan” pada tahun 2000 dasar hukumnya adalah TAP MPR No. III/MPR/2000 dan pada tahun 2001 brdasarkan Perubahan Ketiga UUD 1945 kewenangan tersebut “diangkat” menjadi kewenangan konstitusional karena diberikan oleh UUD.

3. Praktik Pengujian Peraturan Perundang-undangan di Indonesia

Dalam praktik di Indonesia selama ini, pengujian (*toetsing/review*) UU (dalam arti formal dan material) dapat dilakukan tidak hanya oleh lembaga peradilan saja melainkan dapat dilakukan lembaga legislatif dan/atau eksekutif. Pengujian juga dapat dilakukan secara internal oleh pembentuknya sendiri maupun secara eksternal yang dilakukan oleh lembaga di luar pembentuknya. Demikian pula pengujian dapat dilakukan pula terhadap rancangannya (*preview*). Dengan kata lain pengujian peraturan perundang-undangan merupakan bagian atau unsur dri sistem peraturan perundang-undangan Indonesia.

Tujuan dari pengujian peraturan perundang-undangan adalah untuk memperbaiki, mengganti, atau meluruskan isi dari UU agar tidak bertentangan dengan UUD (konstitusi) atau peraturan perundang-undangan di bawah UU agar tidak bertentangan dengan UU atau UUD, sehingga peraturan perundang-undangan tersebut dapat memberikan kepastian hukum (*rechtszekerheid*) dan perlindungan hukum (*rechtsbescherming*) serta memberikan keadilan (*rechtvaardigheid*) dan kemanfaatan (*nuttigheid*) bagi masyarakat luas. Termasuk dalam pengertian pengujian secara luas adalah pengujian terhadap rancangan peraturan perundang-undangan (*preview*) khususnya Rancangan Undang-Undang (RUU) dan Rancangan Peraturan Daerah (Raperda) baik secara internal maupun eksternal.

Pengujian yang dilakukan oleh lembaga eksekutif disebut *executive review*. Pengujian ini berkaitan dengan aspek legalitas dari peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh lembaga eksekutif misalnya Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan Peraturan Menteri, apakah bertentangan tidak dengan peraturan perundang-undangan tingkat atasnya yang merupakan sumber dari pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut. Termasuk dalam pengertian *executive review* adalah pengujian yang dilakukan terhadap peraturan perundang-undangan tingkat daerah (Perda dan peraturan pelaksanaannya). Khusus pengujian peraturan perundang-undangan tingkat daerah ini erat kaitannya dengan teori pemencaran kekuasaan dalam bentuk desentralisasi atau otonomi daerah. Bahkan dalam beberapa UU Pemerintahan Daerah yang pernah atau sedang berlaku di Indonesia diatur pula pengujian terhadap rancangan Peraturan Daerah (*executive preview*) dalam rangka pembinaan dan pengawasan penyelenggaraan otonomi daerah (pengawasan preventif).²⁷

Pengujian yang dilakukan oleh lembaga legislatif (DPR/MPR/DPRD) disebut *legislative review*.²⁸ Pengujian ini kadang

²⁷ Misalnya dalam UU No. 32/2004 tentang Pemerintahan daerah, Rancangan Peraturan Daerah (Raperda) mengenai APBD, Tata Ruang, Pajak dan Retribusi Daerah sebelum disahkan/ditetapkan oleh Pemerintah Daerah harus "diuji" dahulu dalam bentuk evaluasi oleh Pemerintah Pusat.

²⁸ Sebagai contoh *legislative review* yang bersifat "borongan" adalah TAP MPRS No. XIX/MPRS/1966 tentang Peninjauan Kembali Produk-produk Negara di Luar Produk MPR yang Tidak Sesuai dengan UUD 1945 jo TAP MPRS No. XXXIX/MPRS/1968 tentang Pelaksanaan TAP MRRS No. XIX/MPRS/1966 yang ditetapkan MPRS di awal Orde Baru yang menilai apakah UU/Perpu/

disebut juga pengujian secara politis (*political review*) karena DPR (parlemen) sebagai pembentuk UU (di samping Presiden) adalah lembaga politik sehingga kadang UU disebut produk politis berbaju yuridis. Seperti juga *executive review* pada dasarnya ketika lembaga legislatif (DPR/MPR/DPRD) mengadakan perubahan/penggantian terhadap produk hukumnya (UU/TAP MPR/UUD 1945) lembaga legislatif tersebut telah melakukan tindakan pengujian, bahkan ketika mempersiapkan rancangannya pun lembaga legislatif tersebut telah mengujinya melalui tingkatan persiapan dan penulisan Naskah Akademik sebelum dituangkan ke dalam rancangan peraturannya agar substansinya selaras atau tidak bertentangan dengan UUD 1945. Demikian ketikan suatu RUU yang dipersiapkan Presiden/Pemerintah sejak tahapan persiapan sampai siap dibahas dengan DPR telah melalaui proses upaya harmonisasi vertikal maupun horisontal yang pada dasarnya juga merupakan proses pengujian secara internal pembentuk RUU.

Semua pengujian sebagaimana disebutkan di atas, sepanjang menyangkut pengujian terhadap UUD (konstitusi) baik yang dilakukan oleh lembaga yudikatif, legislatif, maupun eksekutif, dapat disebut pengujian konstitusional (*constitutional review*). Dengan demikian pengujian yang dilakukan oleh lembaga-lembaga tersebut terhadap UUD (konstitusi) disebut *constitutional review*. Sedangkan pengujian terhadap Rancangan Undang-Undang (RUU) sebagaimana dilakukan di Perancis disebut *constitutional preview*. Hal ini juga dilakukan di Indonesia hanya saja pengujian RUU tersebut dilakukan secara internal oleh pembentuknya sendiri dalam bentuk proses harmonisasi.

Perpres/PNPS yang dibuat selama Orde Lama bertentangan atau tidak dengan UUD 1945 yang melahirkan antara lain UU No. 25/1968, UU No. 10/1966, UU No. 13/1968, dan UU No. 5/1969 tentang Pernyataan Berbagai Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden Sebagai Undang-Undang dan UU No. 6/1969 tentang Pernyataan Tidak Berlakunya Berbagai Undang-Undang dan Perpu; dan pada Era Reformasi yaitu TAP MPR No. 1/MPR/2003 tentang Peninjauan Terhadap Materi dan Status Hukum Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Tahun 1960 Sampai Dengan Tahun 2002 yang meninjau atau menilai atau menguji 139 TAP MPRS/MPR apakah bertentangan tidak dengan UUD 1945 ataukah masih dapat diberlakukan ataukah tidak lagi karena isinya sudah ditampung di Perubahan UUD 1945.

PENUTUP

Pengujian peraturan perundang-undangan dalam arti luas pada dasarnya di samping untuk mengoreksi produk hukum legislatif baik Pusat maupun Daerah agar sesuai atau tidak bertentangan dengan konstitusi (UUD) sehingga produk hukum tersebut dapat memberikan kepastian hukum (*rechtszekerheid*), perlindungan hukum (*rechtsbescherming*), keadilan hukum (*rechtsvaardigheid*) dan kemanfaatan (*nuttigheid*) kepada setiap orang atau masyarakat secara keseluruhan. Bahkan dari perspektif ajaran *trias politica* adalah untuk memberikan perlindungan dan penegakan hak asasi manusia dalam konteks proses berdemokrasi dan menegakkan negara hukum yang demokratis atau negara demokrasi yang berbasis konstitusi.

Karena pengujian peraturan perundang-undangan baik yang dilakukan oleh lembaga yudikatif, eksekutif, maupun legislatif baik secara internal maupun eksternal merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari sistem peraturan perundang-undangan, maka ke depan sangatlah ideal kalau pengujian peraturan perundang-undangan yang dilakukan lembaga yudikatif menggunakan sistem satu atap (*one roof system*) yaitu semua jenis peraturan perundang-undangan dan segala tingkatannya diuji di Mahkamah Konstitusi. Dengan hanya Mahkamah Konstitusi yang berwenang menguji semua jenis dan tingkatan peraturan perundang-undangan maka pengujian tersebut dapat dilakukan secara efisien dan efektif serta menghindari terjadinya *conflict of interest* dan *conflict of interpretation* dengan Mahkamah Agung. Karena pada dasarnya peraturan perundang-undangan dari UUD, UU/Perpu, PP, Perpres, Permen, ...dst. di tingkat Pusat sampai dengan peraturan perundang-undangan tingkat Daerah merupakan kesatuan sistem yang terpadu yang saling terkait (*integrated legislation system*). Dengan pengujian di satu atap maka sistem peraturan perundang-undangan kita sebagaimana diuraikan di atas akan lebih mantap dan lebih memberikan kepastian, keadilan, dan kemanfaatan kepada semua pihak dalam membangun negara hukum Indonesia yang demokratis.

Oleh karena UUD 1945 (pasca amendemen) masih memisahkan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan yaitu pengujian UU kepada Mahkamah Konstitusi dan pengujian

peraturan perundang-undangan di bawah UU kepada Mahkamah Agung sehingga berkesan bahwa Mahkamah Konstitusi lebih tinggi daripada Mahkamah Agung maka ke depan perlu dipikirkan adanya amendemen terhadap Pasal 24A ayat (1) dan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 agar pengujian menjadi satu atap di Mahkamah Konstitusi.

Sementara untuk mengarah kepada sistem (semi) pengujian satu atap sebaiknya Mahkamah Konstitusi memberikan penafsiran terhadap Pasal 24C ayat (1) khususnya kata “undang-undang”. Huruf “u” ditulis dengan huruf kecil sehingga dapat ditafsirkan sebagai *generic name* yang mencakup pengertian UU dalam arti formal dan material. sehingga semua jenis dan tingkatan peraturan perundang-undangan sepanjang menyangkut aspek konstitusionalitasnya dapat diuji di Mahkamah Konstitusi, sedangkan aspek legalitas peraturan perundang-undangan di bawah UU tetap dapat diuji di Mahkamah Agung.