

BAB II

DASAR KONSITUSIONAL PEMBERIAN KEWENANGAN ADVISORY

OPINION KEPADA MAHKAMAH KONSTITUSI

Pasca reformasi 1998 negara Indonesia terus-menerus melakukan perbaikan dari segala macam aspek, baik aspek sosial, budaya maupun politik dan hukum. Dengan ditenggarainya amandemen UUD NRI 1945, negara Indonesia telah melengkapi komponen teknis strategis dalam bernegara. Mulai dari pembatasan kewenangan yang tegas antar lembaga negara, perlindungan hak asasi manusia, sampai dengan membentuk lembaga-lembaga negara baru guna menciptakan tatanan kehidupan yang lebih baik sesuai dengan amanah pembukaan UUD 1945.

Hubungan lembaga-lembaga negara dengan warga negara merupakan salah satu aspek yang sangat menonjol dalam pembahasan amandemen UUD 1945. Terutama jaminan terhadap hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara menjadi salah satu poin yang diatur secara gamblang dalam konstitusi Indonesia. Jaminan tersebut merupakan tanggungjawab negara, terutama pemerintah untuk memberikan perlindungan, pengakuan, penegakan, dan pemenuhanya.

Oleh sebab itu, setelah adanya Reformasi melalui amandemen UUD 1945, haruslah diikuti dengan reformasi hukum secara komprehensif. Terlebih lagi, setidaknya perubahan konstitusi pada saat amandemen pertama sampai dengan

keempat terdapat perubahan setidaknya 300% dari naskah sebelum perubahannya.¹ Konsekuensi logis tersebut, ialah perbaikan tatanan hukum baik hubungan antar lembaga negara ataupun dengan warga negara sehingga terciptanya hubungan yang harmonis.

Dewasa ini perbincangan yang tidak akan pernah habis ialah terkait dengan perlindungan hak asasi manusia. Kemunculan Mahkamah Konstitusi pada amandemen ke-tiga sebagai salah satu lembaga kekuasaan kehakiman menjadi angin segar bagi para warga negara untuk mencari keadilan. Tugas utama Mahkamah Konstitusi pada dasarnya ialah melindungi hak konstitusional warga negara melalui penjagaan UUD 1945.

Hak konstitusional warga negara merupakan hak dasar yang dijamin oleh konstitusi. Sehingga dalam hal ini hak-hak dasar merupakan bagian yang sangat penting karena menjadi bagian integral yang menentukan materi dari konstitusi itu sendiri. Sri Soemantri menyatakan bahwa, secara umum konstitusi harus memuat tiga hal pokok. *Pertama*, adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warga negaranya. *Kedua*, ditetapkannya susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental. *Ketiga*, adanya pembatasan tugas ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental. Oleh sebab itu, urgensi pemberian kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam hal *advisory opinion* agar lembaga tinggi negara yang lain dapat meminta pertimbangan konstitusional dalam membuat peraturan perundang-undangan. Selain itu juga akan memberikan persamaan dan kebebasan warga negara untuk berpartisipasi dalam sebuah negara serta menegakkan prinsip-

¹ Krisna Harahap, *Konstitusi Republik Indonesia (Sejak Proklamasi Hingga Sekarang)*, (Bandung: PT. Grafiti Budi Utami, 2004), hlm, 61.

prinsip demokrasi termasuk tanggungjawab mengenai perlindungan terhadap kekuatan konstitusional yang dimiliki oleh masyarakat.

1. Pengertian *Advisory Opinion* dan Praktik Penerapannya di Amerika Serikat

Berbicara mengenai *advisory opinion* memang tidak ditemukan dalam literatur khasanah keilmuan hukum di Indonesia. Konsep *advisory opinion* saat ini baru diterapkan di beberapa negara bagian di Amerika Serikat. Seperti konstitusi Colorado, Florida, Maine, Massachusetts, Michigan, New Hampshire, Rhode Island, dan South Dakota.²

Advisory opinion terdiri dari dua kata, *Advisory* atau *advice* yang berarti nasihat dan *opinion* yang berarti pendapat. Dalam literatur keilmuan Amerika Serikat *Advisory opinion* didefinisikan sebagai pendapat penasihat yang diberikan oleh lembaga kekuasaan kehakiman atau pengadilan untuk pertanyaan yang diajukan oleh legislatif dan atau eksekutif (*Advisory opinions are answers provided by the members of a high court to questions posed by the executive or a legislative body on a legal question pending before that authority*).³

Adapun objek *advisory opinion* ialah Rancangan Undang-Undang (RUU). Hal ini secara implisit dapat kita baca dalam artikel dengan judul “*State Court Advisory Opinions: Implications for Legislative Powers and Prerogative*”, yang mengatakan bahwa “*This is unfortunate, as one of the*

² Oliver P Field, *The Advisory Opinion-in Analysis*, Indiana Journal Law, Volume 24, Iss 2, Article 3, hal 204

³ James R. Rogers and Goerg Vanberg, *Judicial Advisory Opinions and Legislative Outcomes in Comparative Perspective*, Americans Journal of Political Science , Vol 46, No. 2, April 2002, hlm 380

purported benefits of advisory opinions is that they allegedly foster a more efficient lawmaking process. This efficiency is supposedly achieved by facilitating greater interbranch collaboration to determine the constitutionality of a disputed statute ex ante, rather than wasting resources on its enactment, only to have it invalidated in court ex post”.

Beberapa negara bagian yang telah menerapkan *advisory opinion* diantaranya ialah:⁴

Tabel 03: *State High Courts that Currently Grant Advisory Opinions*

Negara	Yang Berhak Meminta	Otorisasi <i>advisory opinion</i>	Jumlah (1975-2001)
Alabama	L, G	Statute	133
Colorado	L, G	Constitution	10
Delaware	L, G	Statute	11
Florida	G, AG	Constitution	43
Maine	L, G	Constitution	24
Messachusetts	L, G, E	Constitution	60
Michigan	L, G	Constitution	12
New Hampshire	L, G, E	Constitution	87
North Carolina	L, G	Judicial Initiative	1
Rhode Island	L, G	Constitution	40
South Dakota	G	Constitution	8

Keterangan:

L : Legislatif dapat meminta *advisory opinion*

G : Gubernur dapat meminta *advisory opinion*

E : Dewan Eksekutif dapat meminta *advisory opinion*

AG : Jaksa Agung dapat meminta *advisory opinion*

Sebelum negara ini menerapkan *advisory opinion* dalam sistem pembangunan hukumnya, Amerika telah menyadari bahwa setidaknya dengan memberikan kewenangan tersebut kepada lembaga kekuasaan kehakiman akan

⁴ James R. Rogers and Goerg Vanberg, *Judicial Advisory Opinions and Legislative Outcomes in Comparative Perspective*, *American Journal of Political Science*, Vol 46, No. 2, April 2002, hlm 380

memengaruhi kewenangan legislatif dan eksekutif.⁵ Sama halnya dengan pelaksanaan *a priori abstract review* di negara Prancis. Perbedaannya sistem di Amerika Serikat masih mengadopsi tentang mekanisme *judicial review* sehingga manakala terdapat produk hukum berupa undang-undang secara nyata telah merugikan hak konstitusional warga negara dapat dilakukan uji materiil kepada Mahkamah Agung (*supreme court*).

Salah satu manfaat dari *advisory opinion* ialah mendorong proses pembentukan undang-undang yang lebih efisien. Efisiensi ini dapat tercapai dengan memfasilitasi kolaborasi antar cabang kekuasaan negara untuk menentukan konetitusionalitas dari sebuah RUU, dari pada membuang-buang waktu pada saat undang-undang tersebut diberlakukan.

2. Kewenangan Konstitusional Mahkamah Konstitusi

Gagasan membentuk mahkamah konstitusi berawal dari kebutuhan untuk terselenggaranya gagasan pengujian konstitusional (*constitutional review*) yang kemudian disebut dengan *judicial review*. Peristiwa utama yang mengawali munculnya *judicial review* adalah pada keputusan Mahkamah Agung Amerika Serikat (MA AS) dalam kasus Marbury melawan Madison pada tahun 1803. Dalam kasus tersebut, hakim MA AS membatalkan ketentuan dalam Judiciary Act 1789 karena dinilai bertentangan dengan konstitusi Amerika Serikat.

Pada saat itu, tidak ada ketentuan peraturan perundangan, baik dalam konstitusi AS maupun undang-undang yang memberikan wewenang *judicial*

⁵ *At a descriptive level, we can character? ize the impact that the availability of the advisory mecha? nism has on legislative behavior and outcomes.*

review kepada hakim MA, namun para hakim agung MA AS yang diketuai oleh John Marshall berpendapat bahwa hal itu adalah kewajiban konstitusional mereka yang telah bersumpah untuk menjunjung tinggi dan menjaga konstitusi.⁶Berdasarkan sumpah tersebut, MA AS memiliki kewajiban untuk menjaga supremasi konstitusi, termasuk dari aturan hukum yang melanggar konstitusi. Oleh karena itu, sesuai dengan prinsip supremasi konstitusi (doktrin konstitusionalisme), bahwa hukum atau aturan yang bertentangan dengan konstitusi harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Menurut Marshall, hal itu bukan saja merupakan kewajiban konstitusional pengadilan saja, melainkan juga lembaga negara lain.

Gagasan pembentukan peradilan tersendiri di luar MA untuk menangani perkara *judicial review* pertama kali dikemukakan oleh Hans Kelsen pada saat menjadi anggota *chancelery* dalam pembaruan konstitusi Austria pada tahun 1919-1920. Gagasan tersebut diterima dan menjadi bagian dalam konstitusi Austria 1920 yang di dalamnya dibentuk mahkamah konstitusi Austria atau yang disebut *verfassungsgerichtshof*. Sejak saat itulah dikenal hingga berkembang di negara lain, lembaga negara mahkamah konstitusi yang berada di luar MA yang secara khusus bertugas menangani *judicial review* dan perkara-perkara konstitusional lainnya.⁷

⁶ Tim penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, Cetakan Pertama, 2010), 1-2. Materi ini juga diterima saat mata kuliah Hukum Acara Mahkamah Konstitusi oleh Ikhsan Fattah Yasin.

⁷ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara, Cetakan Kedua*. (Jakarta: Konpres, 2005), 24.

Dari aspek politik, MK hadir sebagai bagian dari upaya mewujudkan mekanisme *checks and balances* antar cabang kekuasaan negara berdasarkan sistem demokrasi. Hal ini terkait dengan dua wewenang yang biasanya dimiliki oleh MK di berbagai negara, yaitu menguji konstusionalitas peraturan perundang-undangan dan memutus sengketa kewenangan konstusional antar lembaga negara.

Hal ini dikarenakan sistem demokrasi, baik dari teori maupun praktik, didasarkan pada suara mayoritas. Sistem politik demokrasi pada dasarnya adalah pembuatan kebijakan publik atas dasar suara mayoritas melalui mekanisme perwakilan yang dipilih lewat pemilihan umum. Kekuatan mayoritas itu perlu dibatasi karena dapat menjadi legitimasi bagi penyalahgunaan kekuasaan, bahkan membahayakan demokrasi itu sendiri. Oleh karena itu diperlukan pembatasan yang rasional, bukan sebagai sesuatu yang bertentangan dengan demokrasi, tetapi justru menjadi salah satu esensi nilai-nilai demokrasi. Mekanisme *judicial review* di banyak negara dijalankan oleh MK, merupakan mekanisme untuk membatasi dan mengatasi kelemahan demokrasi tradisional tersebut.⁸

Dalam konteks Indonesia, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK RI) merupakan lembaga negara baru pasca amandemen UUD NRI 1945, yakni pada amandemen ketiga UUD NRI 1945 yang ditetapkan pada sidang tahunan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) pada tanggal 9 November 2001. Ide pembentukan MK di Indonesia muncul dan menguat di era reformasi

⁸ I Dewa Gede Palguna. *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review, dan Welfare State*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, 2008), 3.

pada saat dilakukan amandemen terhadap UUD 1945. Namun demikian, dari sisi gagasan *judicial review* sebenarnya telah ada sejak pembahasan UUD 1945 oleh BPUPKI pada tahun 1945. Anggota BPUPKI, Prof. Muhammad Yamin, telah mengemukakan pendapat bahwa “Balai Agung” (MA) perlu diberi kewenangan untuk membanding Undang-Undang. Namun pendapat Yamin ditolak oleh Prof. Soepomo yang berpendapat bahwa UUD yang sedang disusun pada saat itu tidak menganut paham trias politika, lain dari pada itu kondisi ketatanegaraan yang belum memungkinkan, dikarenakan saat itu belum banyak sarjana hukum yang memiliki pengalaman *judicial review*.⁹

Pembentukan MK RI dapat dipahami dari dua sisi, yaitu dari sisi politik dan dari sisi hukum. Dari sisi politik ketatanegaraan, keberadaan MK diperlukan guna mengimbangi kekuasaan (*check and balances*) pembentukan undang-undang yang dimiliki oleh DPR dan Presiden. Hal itu diperlukan agar undang-undang tidak menjadi alat legitimasi bagi tirani (*abuse of power*) mayoritas wakil rakyat di DPR dan Presiden yang dipilih langsung oleh mayoritas rakyat. Di sisi lain, perubahan ketatanegaraan mengalami pergeseran signifikan yang tidak lagi menganut supremasi MPR sebagai lembaga negara tertinggi, melainkan supremasi konstitusi yang menempatkan lembaga-lembaga negara pada posisi yang sederajat dan seimbang. Hal itu memungkinkan muncul sengketa antar lembaga negara yang memerlukan forum hukum untuk menyelesaikannya., dan kelembagaan paling sesuai adalah Mahkamah Konstitusi.

⁹ Muhammad Yamin. *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945, Jilid I*. (Jakarta: Yayasan Prapanca, 1959), 341-342.

Keberadaan MK dari sisi hukum adalah salah satu konsekuensi perubahan dari supremasi MPR menjadi supremasi konstitusi, prinsip negara kesatuan, prinsip demokrasi, dan prinsip negara hukum. Pasal 1 ayat (1) UUD NRI 1945 menyatakan bahwa Negara Indonesia ialah negara kesatuan yang berbentuk republik. Negara kesatuan tidak hanya dimaknai sebagai kesatuan wilayah geografis dan penyelenggaraan pemerintahan. Di dalam prinsip negara kesatuan menghendaki adanya satu sistem hukum nasional. Kesatuan sistem hukum nasional ditentukan oleh adanya kesatuan dasar pembentukan dan pemberlakuan hukum, yaitu UUD NRI 1945. Substansi hukum nasional dapat bersifat pluralistik, tetapi keragaman itu memiliki sumber validitas yang sama, yaitu UUD NRI 1945.¹⁰

Prinsip supremasi konstitusi juga telah diterima sebagai bagian dari prinsip negara hukum. Hal ini sebagaimana rumusan Pasal 1 ayat (3) UUD NRI 1945 yang secara tegas menyatakan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Hukum adalah satu kesatuan sistem yang hierarkis, berjenjang dan berpuncak pada konstitusi. Oleh karena itu supremasi hukum dengan sendirinya berarti juga supremasi konstitusi. Lain dari pada itu, prinsip supremasi konstitusi juga terdapat dalam Pasal 1 ayat (2) menyatakan bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Dengan demikian konstitusi menjadi penentu bagaimana dan siapa saja yang melaksanakan kedaulatan rakyat dalam penyelenggaraan negara dengan batas sesuai dengan wewenang yang diberikan oleh konstitusi itu sendiri.

¹⁰ Tim penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, Cetakan Pertama, 2010), 7-9.

Bahkan, konstitusi juga menentukan substansi yang harus menjadi orientasi sekaligus sebagai batas penyelenggaraan negara, yaitu ketentuan tentang hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara yakni perlindungan dan pemenuhannya adalah tanggung jawab negara.

Keberadaan Mahkamah Konstitusi dapatlah dikatakan sebagai sesuatu yang cukup fenomenal dalam konstelasi ketatanegaraan di Indonesia. Disamping keberadaanya yang masih baru, Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan yang cukup spesifik, yakni hanya menangani kasus-kasus ketatanegaraan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 pasca amandemen, Mahkamah Konstitusi setidaknya memiliki empat kewenangan dan satu kewajiban. Kewenangan tersebut diantaranya ialah:

- a. Mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dan mengikat untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar.
- b. Mengadili sengketa antar lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh undang-undang.
- c. Memutus pembubaran partai politik.
- d. Memeriksa dan memutus perselisihan hasil pemilu.

Adapun kewajiban Mahkamah Konstitusi ialah memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) terkait dugaan presiden dan wakil presiden telah melakukan pelanggaran menurut UUD NRI 1945. Selain itu, sejak keluarnya UU No. 12 Tahun 2008 Mahkamah Konstitusi diberikan

kewenangan baru, yakni memeriksa dan memutus perselisihan hasil kepala daerah.¹¹

Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga kekuasaan kehakiman selain Mahkamah Agung yang diberikan kewenangan secara khusus menangani peradilan ketatanegaraan atau peradilan politik. Maka dari itu, tidak dapat dipungkiri bahwa kehadiran Mahkamah Konstitusi memberikan sumbangan penyehatan sistem ketatanegaraan dan demokrasi di Indonesia¹²

Dengan demikian, Mahkamah Konsitusi berfungsi melaksanakan *constitutional review*.¹³ *Constitutional review* merupakan gagasan modern yang mengadopsi gagasan negara hukum (*rule of law*), pemisahan kekuasaan (*separation of power*), dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia (*protection of fundamental rights*) setidaknya memiliki dua tugas utama.

Pertama, menjaga berjalanya mekanisme demokrasi dalam hubungannya saling memengaruhi antara legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Dengan bahasa yang lain, *constitutional review* merupakan upaya pencegahan perebutan kekuasaan oleh salah satu cabang kekuasaan negara dan mengorbankan cabang kekuasaan yang lain. *Kedua*, yang tidak kalah penting ialah untuk melindungi hak-hak warga negara dari pelanggaran yang dilakukan oleh salah satu cabang kekuasaan negara.¹⁴

¹¹ Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2012), Hlm262

¹² Moh. Mahfud MD, *Perluakah Amandemen Kelima UUD 1945*”, Makalah pada Konvensi Hukum Nasional “UUD 1945 Sebagai Landasan Konstitusional oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum dan Ham, 15-16 April 2008

¹³ Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cetakan Kedua, (Jakarta: Konpres, 2005), hlm 47

¹⁴ H. Hausmaninger, *The Austrian Legal System*, (Menzshe Verlags-und Universitätsbuchhandlung: Wien, 2003), hlm 139

Maka dari itu, dapat dikatakan bahwa gagasan pembentukan Mahkamah Konstitusi adalah upaya untuk menegakkan prinsip-prinsip negara hukum dan memberikan perlindungan secara maksimum terhadap demokrasi dan hak-hak dasar warga negara. Perlindungan hak-hak dasar ini menjadi penting untuk digaris bawahi oleh setiap negara yang menganut doktrin pemahaman negara hukum, yang mana menempatkan konstitusi sebagai hukum tertinggi (*The supreme of the land*) dalam sebuah negara yang bersangkutan. Karena tatkala hak-hak dasar tersebut dimasukkan dalam konstitusi, secara logis hak-hak tersebut menjadi bagian yang tidak terpisahkan oleh konstitusi itu sendiri serta mengikat kepada setiap kekuasaan negara.¹⁵

Sebagaimana pada penjelasan sebelumnya, bahwa pasca perubahan UUD 1945 telah memberikan angin segar bagi para pencari keadilan. Selain itu dengan adanya amandemen UUD 1945 terdapat harapan yang sangat besar agar negara Indonesia menjadi negara yang demokratis, transparan, dan memiliki akuntabilitas yang tinggi serta mengarah kepada *good governance*.¹⁶ Perubahan tersebut tentunya sangat diperlukan guna menyesuaikan dinamika ketatanegaraan dan kebutuhan dalam praktik bernegara, serta dalam upaya memenuhi dinamika kehidupan berbangsa dan bernegara.¹⁷ Sehingga pada

¹⁵ Durga Das Basu, *Human Rights in Constitutional Law*, (New Delhi-Nagpur-Argra: Wadhama and Company, 2003), hlm 48-78

¹⁶ Sekretariat Jenderal Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan Pemasyarakatan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2012), hlm 5.

¹⁷ Kaelan, *Inkonsistensi dan Inkoherensi dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Hasil Amandemen (Kajian Filosofis-Yuridis)*, (Jakarta: Badan Pengkajian Majelis Permusyawaratan Rakyat, 2017), Hlm iv.

akhirnya dapat mewujudkan nilai-nilai keadilan, kebebasan, dan kesejahteraan bagi warga negara.¹⁸

Upaya penyempurnaan sistem hukum dan konstitusi merupakan persyaratan wajib untuk membangun negara demokrasi konstitusional (*constitutional democratic state*) di Indonesia. Upaya penyempurnaan tersebut tidak hanya dimulai dengan melakukan reformasi substansi hukum (*legal substance*) seperti perbaikan kualitas aturan perundang-undangan, melainkan perlu juga adanya upaya reformasi struktur hukum (*legal structure*) yang salah satunya ialah institusi kekuasaan kehakiman.¹⁹ Salah satu upaya perbaikan institusi kekuasaan kehakiman, ialah dengan memberikan kewenangan *advisory opinion* kepada Mahkamah Konstitusi dalam kaitanya pembentukan peraturan perundang-undangan. *Advisory opinion* merupakan sebuah opini penasihat yang diberikan oleh Mahkamah Konstitusi kepada lembaga Legislatif ataupun Eksekutif manakala kemudian substansi norma yang akan dijadikan peraturan perundang-undangan berpotensi mencederai hak-hak konstitusional warga negara.

Selama ini mekanisme pengujian konstitusionalitas undang-undang hanya dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar oleh Mahkamah Konstitusi dikenal dengan istilah *Judicial Review* karena pengujian yang dilakukan setelah undang-undang tersebut disahkan. Pengujian yang dilakukan harus memenuhi beberapa unsur diantaranya ialah: *Pertama*, adanya hak atau kewenangan konstitusional

¹⁸Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, (Jakarta: Buku Kompas, 2010), Hlm 9.

¹⁹Jazim Hamidi dan Mustafa Lutfi, "Constitutional Question: Antara Realitas Politik dan Implementasi Hukumnya," *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Februari 2010, Hlm. 39.

pemohon yang diberikan oleh UUD 1945. *Kedua*, hak atau kewenangan konstitusional pemohon dianggap oleh pemohon telah dirugikan dengan diberlakukannya undang-undang tersebut. *Ketiga*, kerugian tersebut harus spesifik dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan terjadi. *Keempat*, adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dan keberlakuan sebuah undang-undang. *Kelima*, adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkan permohonan tersebut, maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan terjadi lagi.²⁰ Pengujian pasca disahkannya sebuah produk undang-undang menurut penulis terdapat kelemahan yang nyata. Konsep *judicial review* menghendaki pengujian dilakukan setelah undang-undang disahkan, dalam hal ini jelas-jelas terjadi kerugian yang nyata dan telah terjadi. Sehingga *judicial review* tidak mampu mencegah kerugian konstitusional yang terjadi. Selain itu mekanisme *judicial review* bukanlah untuk menguji sinkronisasi antar peraturan perundang-undangan. Oleh sebab itu perlu adanya kontruksi alternatif baru guna meningkatkan kualitas produk peraturan perundang-undang dengan menilai indikator kualitas selain konstitusionalitas.

Penulis mengamini bahwa mekanisme *judicial review* di Indonesia masih memiliki keterbatasan dalam menguji konstitusionalitas sebuah undang-undang. Permasalahannya pengujian undang-undang yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi hanya terbatas pada konstitusionalitas sebuah peraturan perundang-undangan. Misalnya dalam hal ini, Mahkamah Konstitusi tidak

²⁰ Achmad Roestandi, “Mahkamah Konstitusi Dalam Tanya Jawab”, (Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2006), hlm 43-44

berwenang untuk melakukan pengujian kualitas legislasi dengan membandingkan Prolegnas sebagai *grand disign* legislasi di Indonesia. Singkatnya Mahkamah Konstitusi hanya diberikan kewenangan berupa uji materiil. Padahal untuk menjaga sebuah integritas konstitusi serta dalam rangka peningkatan kualitas produk legislasi terdapat beberapa kategori yang harus diperhatikan, diantaranya ialah:²¹

1. *Legislative methodology*, ialah berkaitan dengan substansi legislasi dan metodologi yang digunakan untuk mengelaborasi suatu norma.
2. *Legislative tecnique*, ialah berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi secara formal.
3. *Legislatve drafting*, ialah berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi berdasarkan perumusan norma dalam undang-undang.
4. *Legislative procedure*, ialah berkaitan dengan melihat proses pembahasan, pengundangan, dan pengimplementasian sebuah produk hukum.
5. *The management of legislation*, ialah mengukur kualitas legislasi dengan menepohong apakah produk legislasi merupakan bagian dari perencanaan peraturan perundang-undangan.
6. *The sociology of legislation*, ialah mengukur kualitas legislasi dari aspek politik yang memengaruhi.
7. *The theory of legislation*, ialah berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dengan melihat fungsi legislasi sebagai intrumen panduan sosial dan kontrol negara.

²¹ Luzius Mader, "Evaluating the Effect: A Contribution to the Quality of Legislation", Statute Law Review Volume 22, hlm 119.

Dari berbagai aspek di atas, maka sangat jelas bahwa mekanisme *judicial review* yang ada saat ini tidak mampu menjawab seluruh kebutuhan ketatanegaraan yang ideal guna menciptakan kualitas produk hukum yang baik. Mekanisme *judicial review* di Indonesia bersifat *post facto*, artinya yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi bukanlah suatu RUU melainkan sebuah UU yang sudah disahkan. Sifat *post facto* inilah yang kemudian menjadikan kelemahan dalam menciptakan sebuah produk legislasi yang baik di Indonesia. Artinya, praktik *judicial review post facto* selama ini membuka kran untuk terjadinya pencederaan konstitusional yang berakibat terhadap kerugian secara langsung kepada masyarakat. Oleh sebab itu, mekanisme *checks and balances* perlu direkonstruksikan kembali melalui pemberian kewenangan *advisory opinion* kepada Mahkamah Konstitusi. Sehingga sebelum benar-benar dilakukan pengujian secara *post facto*, telah dilaksanakan terdahulu upaya *ex ante* melalui permintaan *advisory opinion* kepada Mahkamah Konstitusi.

Hal ini merupakan kewajiban manakala mekanisme *judicial review* tidak mampu untuk memperbaiki kualitas produk legislasi di Indonesia maka yang dilaksanakan ialah melakukan antitesisnya. *Advisory opinion* menjadi salah satu solusi alternatif untuk meningkatkan kualitas legislasi di Indonesia. Dengan mekanisme *ex ante*, maka akan tercipta keseimbangan aspek teoritis dalam legislasi di Indonesia.

3. Potret Buruknya Kualitas Legislasi di Indonesia

Sejarah telah menuliskan bahwa sejatinya *advisory opinion* bukanlah suatu hal yang baru dalam sistem hukum di dunia. Pembahasan mengenai

advisory opinion sudah muncul sejak tahun 1980 di salah satu negara bagian Amerika Serikat. Banyak literatur yang ada mengenalkan *advisory opinion* pada tingkatan normatif dengan fokus pada yurisprudensi-yurisprudensi peradilan. Manfaat *advisory opinion* salah satunya ialah untuk mendorong proses pembuatan undang-undang yang lebih efektif dan efisien. Efisiensi ini seharusnya dapat dicapai dengan memfasilitasi kolaborasi antar-cabang kekuasaan negara untuk menentukan konstitusionalitas sebuah undang-undang.

Selama ini pembuatan undang-undang merupakan hak serta tanggungjawab legislatif, namun dalam hal ini tidak sedikit undang-undang yang kemudian dinyatakan inkonstitusional dan dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi. Karena memang sampai saat ini pembuatan undang-undang sebagai salah satu produk legislasi di Indonesia belum memenuhi aspek keadilan yang diharapkan oleh masyarakat. Secara empiris, hal ini dapat kita lihat dari banyaknya permohonan uji materiil produk legislasi antara presiden dan DPR tersebut. Rilis data dari Mahkamah Konstitusi menyatakan, setidaknya terdapat 2033 (dua ribu tiga puluh tiga) pengajuan uji materiil pelbagai produk peraturan perundang-undangan berupa undang-undang dan 265 diantaranya dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi. Adapun data secara lengkap akan ditunjukkan melalui tabel di bawah ini.

Table 04: Rekapitulasi Jumlah Perkara Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi:²²

²² <https://mkri.id/index.php?page=web.RekapPUU> diakses pada tanggal 01 Februari 2020, pukul 22:01 WIB.

Tahun	Jumlah <i>Judicial Review</i>	Ditolak	Dikabulkan	Tidak Diterima
2003	24	0	0	3
2004	47	8	11	12
2005	37	14	10	4
2006	36	8	8	11
2007	37	11	4	7
2008	46	12	10	7
2009	90	18	15	11
2010	120	22	18	16
2011	145	29	21	35
2012	169	31	30	28
2013	181	52	22	22
2014	211	41	29	37
2015	220	50	25	61
2016	174	34	19	30
2017	180	48	22	44
2018	151	42	15	47
2019	122	46	4	32
2020	43	2	2	6
Jumlah	2033	468	265	413

Akumulasi data di atas telah menunjukkan bahwa terdapat 265 uji materiil yang dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi, 468 ditolak dan 413 tidak

diterima. Hal ini menunjukkan buruknya kualitas pembentukan peraturan perundang-undangan di Indonesia. Jikalau dikatakan baik, maka tidak akan mungkin Mahkamah Konstitusi membatalkan 265 produk perundang-undangan tersebut. Mirisnya dari banyaknya jumlah undang-undang yang telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi tersebut, terdapat beberapa undang-undang yang dibatalkan secara keseluruhan oleh Mahkamah Konstitusi. Sebagai contoh ialah Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (SDA). Mahkamah berpendapat bahwa sumber daya air sebagai bagian dari hak asasi, sumber daya yang terdapat pada air juga diperlukan manusia untuk memenuhi kebutuhan lainnya, seperti untuk pengairan pertanian, pembangkit tenaga listrik, dan untuk keperluan industri, yang mempunyai andil penting bagi kemajuan kehidupan manusia dan menjadi faktor penting pula bagi manusia untuk dapat hidup layak.²³

Ketika substansi suatu undang-undang merugikan masyarakat, akan selalu muncul penolakan-penolakan di masyarakat itu sendiri. Bahkan tak sedikit masih dalam tataran Rancangan Undang-Undang (RUU) sudah mendapatkan penolakan dari masyarakat. Misalnya, amandemen Undang-Undang Ketenagakerjaan, Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi, sampai dengan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Sudah menjadi rahasia umum bahwa setiap pembuatan peraturan perundang-undangan seras akan kepentingan elit politik. Hal ini senada dan seirama dengan apa yang telah dikatakan pakar hukum tata negara Saldi Isra, beliau mengatakan “Semakin

23

Dikutip dari <https://mkri.id/index.php?page=web.Berita&id=10634> pada tanggal 21 Pebruari 2020, pukul 16:28 WIB

dominan kepentingan elit politik dalam pembuatan undang-undang, maka produk yang dihasilkan mengalami mati rasa”.²⁴

Maka dari itu, guna membentuk produk perundang-undangan yang representatif kepada masyarakat diperlukan pendapat-pendapat dari masyarakat itu sendiri. Jikalau suatu RUU dirasa akan merugikan masyarakat, tak jarang aksi-aksi penolakan dan demonstrasi mewarnai pengesahan RUU tersebut. Sehingga upaya terakhir yang dapat dilakukan ialah dengan mengajukan *contitutional review* ke Mahkamah Konstitusi. Oleh karena itu, *advisory opinion* merupakan sebuah pengembangan dari mekanisme *checks and balances* antar lembaga negara, baik eksekutif (Presiden) dan legislatif (DPR) dengan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara kekuasaan kehakiman. Sehingga *advisory opinion* dapat digunakan untuk memastikan setiap RUU terverifikasi secara konstitusional.

Sejatinya hal tersebut bukanlah hal yang tabu jika kita dapat melihat secara komprehensif *ratio legis* mengapa Mahkamah Konstitusi dibentuk di Indonesia. Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang dibentuk pasca amandemen UUD 1945 telah dilekati gelar *the guardian of constitution* (pengawal konstitusi), selain itu Mahkamah Konstitusi juga difungsikan sebagai *the sole interpreter of constitution* (penafsir konstitusi). Sehingga dalam hal ini penjagaan konstitusi bukan hanya diletakkan pada fase pasca sebuah undang-undang telah disahkan, melainkan sejak undang-undang tersebut masih dalam proses pembahasan. Karena konstitusi sebagai hukum

²⁴ Saldi Isra, “Legislasi Mati Rasa”, harian Kompas, 30 Desember 2008.

tertinggi berdasarkan asas *lex superior derogat legi inferior* maka tidak diperbolehkan satupun terdapat UU yang bertentangan dengan konstitusi. Disisi lain Mahkamah Konstitusi juga menadapat julukan *the guardion of the democracy* (pengawal demokrasi) dan *the protector of the citizen's constitutional rights* (pelindung hak konstitusional warga negara)²⁵ sehingga keberadaan Mahkamah Konstitusi sangat penting untuk mengikuti dinamika ketatanegaraan.

4. Persamaan dan Perbedaan antara *Advisory Opinion*, *Constitutional Question*, dan *Judicial Preview*.

Banyaknya gagasan penambahan kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi merupakan suatu keharusan guna menciptakan hukum yang ideal dan melindungi hak-hak konstitusional warga negara. Sehingga penelitian-penelitian berupa pemberian kewenangan baru kepada Mahkamah Konstitusi terus-menerus dilakukan, layaknya dalam penelitian ini. Namun dalam hal ini, terdapat perbedaan yang jelas antara *advisory opinion*, *constitutional question*, dan *Judicial Preview*. Perbedaan tersebut dapat kita lihat dalam tabel sebagai berikut:

Tabel 05: Persamaan dan Perbedaan *Advisory Opinion* dengan *Constitutional Question*

Persamaan	
<i>Advisory Opinion</i>	<i>Constitutional Question</i>
Permintaan pendapat konstitusional kepada Mahkamah Konstitusi	

²⁵ Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum Demokratis*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2008), hlm. 547-548.

Perbedaan	
<i>Advisory Opinion</i>	<i>Constitutional Question</i>
Permintaan pendapat konstribusional dilakukan oleh Legislatif dan atau Eksekutif	Permintaan pertanyaan konstribusional dilakukan oleh Hakim yang menangani perkara dalam peradilan
Objek yang dimintakan pendapat ialah RUU	Objek yang dimintakan pertanyaan ialah UU yang sedang digunakan untuk mengadili dalam suatu pengadilan

Tabel 06: Persamaan dan Perbedaan *Advisory Opinion* dengan *Judicial Preview*

Persamaan	
<i>Advisory Opinion</i>	<i>Judicial Preview</i>
Pengajuan konstribusionalitas RUU kepada Mahkamah Konstitusi	
Perbedaan	
<i>Advisory Opinion</i>	<i>Judicial Preview</i>
Permintaan pendapat konstribusional dilakukan oleh Legislatif dan atau Eksekutif	Pengajuan konstribusional suatu RUU dilakukan oleh warga negara
Hasil pendapat dari Mahkamah Konstitusi tidak mengikat kepada legislatif ataupun eksekutif	Hasil putusan dari Mahkamah Konstitusi final and binding

Jika kemudian hari pemikiran pemberian kewenangan baru berupa *advisory opinion* diadopsi dan diimplementasikan dalam sistem ketatanegaraan

di Indonesia, apakah demikian akan mengubah kewenangan MK sebagaimana yang telah tercantum dalam Pasal 24C ayat (1) dan (2) UUD NRI 1945 ?

Sebelum beranjak dari pertanyaan tersebut, terlebih kita harus memahami bahwa prinsip *constitutionalism*, penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan hak-hak asasi manusia menjadi poin penting dalam negara hukum. Sehingga konstitusi sebagai hukum tertinggi harus benar-benar menjelma dalam setiap praktik ketatanegaraan dan dalam praktik kenegaraan tidak diperbolehkan adanya peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan UUD NRI 1945. Selanjutnya, tatkala hak-hak asasi manusia telah menjiwai dalam konstitusi negara, maka seluruh cabang-cabang kekuasaan negara terikat untuk mentaatinya.²⁶

Berdasarkan atas landasan hakikat negara hukum dan demokrasi, terbentuknya Mahkamah Konstitusi adalah untuk melindungi hak-hak konstitusionalitas warga negara serta menciptakan sistem yang demokratis. Sehingga dalam hal ini kewenangan tersebut sudah sepatutnya ditambahkan melalui amandemen UUD NRI 1945 ke lima dengan menambah kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pasal 24C dan atau menambahkan kewenangan tersebut melalui perubahan UU tentang Mahkamah Konstitusi.

²⁶ Moh. Mahfud MD, dkk, *Constitutional Question "Alternatif Baru Pencarian Keadilan Konstitusional"*, Malang: Universitas Brawijaya Press, 2010, hlm45