

BAB III

BATASAN KEWENANGAN *ADVISORY OPINION* MAHKAMAH KONSTITUSI DAN KEMUNGKINAN PENERAPANYA DI INDONESIA

Berbicara terkait doktrin kewenangan tentu tidak terlepas dengan istilah pembatasan kekuasaan (*limitation of power*), pun demikian pembatasan kekuasaan tidak bisa dilepaskan begitu saja dengan teori pemisahan kekuasaan (*separation of power*) dan pembagian kekuasaan (*distribution of power*). Secara teoritis dapat kita temukan banyak literatur yang membahas secara gamblang ikhwal pentingnya pembatasan kekuasaan, meskipun dalam sudut pandang yang berbeda serta dengan ragam penggunaan istilah yang berbeda pula. Penggunaan terminologi yang amat beragam tersebut biasa kita dengar dengan berbagai istilah, mulai *separation of power*, *distribution of power*, *devision of power*, dll namun pada hakikatnya memiliki makna yang sama.¹

Sejatinya pembatasan kekuasaan lembaga negara di Indonesia telah secara gamblang dijelaskan dalam UUD NRI 1945. Baik lembaga Legislatif, Eksekutif, dan Yudikatif telah diberikan porsi yang seimbang. Sehingga dalam tafsir sederhana, legislatif diberikan kewenangan untuk membuat produk perundang-undangan, Eksekutif diberikan kewenangan untuk menjalankan Undang-undang, dan Yudikatif diberikan kewenangan untuk mengawasi pelaksanaan UU oleh Eksekutif. Namun sebagaimana dijelaskan dalam bab sebelumnya, bahwa perkembangan hukum dan ketatanegaraan di Indonesia sangatlah cepat sehingga membutuhkan hubungan kerjasama antar lembaga negara untuk tetap

¹ Jimly Asshiddiqie, Op. Cit, hlm 284-285

menciptakan keserasian dan keadilan hukum. Sehingga dalam hal ini memberikan kewenangan *advisory opinion* kepada Mahkamah Konstitusi merupakan suatu keharusan untuk dilaksanakan. Setidaknya ada beberapa argument mengapa harus Mahkamah Konstitusi dan bagaimana pembatasan kewenangan untuk tetap menjaga suasana *checks and balances* antar lembaga negara.

1. Tiga Rambu Pembatas Kewenangan *Advisory Opinion* Mahkamah Konstitusi

Sri Soemantri pernah mengatakan bahwa konstitusi harus memuat setidaknya tiga hal, salah satunya ialah adanya pembatasan tugas kenegaraan suatu lembaga negara yang bersifat fundamental. Sehingga dalam konteks penambahan kewenangan baru berupa *advisory opinion* kepada Mahkamah Konstitusi tidak melampaui batas dan masuk ke ranah kekuasaan lembaga lain, sehingga dalam hal ini perlu adanya rambu pembatas yang jelas dalam memberikan *advisory opinion* terhadap Rancangan Undang-Undang. Setidaknya ada beberapa poin yang harus dijadikan rambu pembatas oleh Mahkamah Konsitusi, yakni:

Pertama, negara harus membatasi, baik oleh undang-undang atau konstitusi, entitas yang dapat meminta *advisory opinion*. Hal ini sangat penting agar permintaan *advisory opinion* tidak diajukan oleh setiap orang dengan alasan hak konstitusionalnya akan dilanggar manakala suatu RUU tersebut disahkan.

Kedua, negara melalui undang-undang ataupun konstitusi juga harus membatasi keadaan di mana *advisory opinion* dapat diminta. Misalnya

terdapatnya rancangan peraturan perundang-undangan yang kontroversial sehingga menimbulkan kekacauan terhadap publik.

Ketiga, Mahkamah Konstitusi tidak diperbolehkan memberikan *advisory opinion* berupa rumusan pasal dalam RUU. Hal ini sangat penting agar doktrin *check and balances* antar lembaga negara tetap terjaga. Mahkamah Konstitusi dalam memberikan suatu *advisory opinion* haruslah berdasarkan penafsiran konstitusional yang logis, sehingga Legislatif dalam hal ini dapat membuat rumusan norma yang baru. Meskipun adagium Belanda mengatakan “Hukum selalu tertatih-tatih dalam mengikuti perkembangan jamanya” (*het recht hink achten de feiten an*) bukan berarti Mahkamah Konstitusi diperkenankan membuat rumusan norma baru. Hal ini guna menjaga sistem yang sudah mapan serta mengakui bahwa kedaulatan tertinggi berada di tangan rakyat melalui lembaga perwakilannya.

2. *Legal Standing* Pemohon *Advisory Opinion* Kepada Mahkamah Konstitusi

Selain batasan yang harus digunakan sebagai rambu oleh Mahkamah Konstitusi tersebut, perlu juga membatasi lembaga-lembaga negara dalam kaitannya akan meminta *advisory opinion* kepada Mahkamah Konstitusi.

Pertama, Legislatif dapat meminta *advisory opinion* baik ketika timbul keraguan mengenai konstitusionalitas legislasi yang masih tertunda, atau ketika tidak yakin dengan rumusan pasal yang tepat dari ketentuan peraturan perundang-undangan itu sendiri. Hal ini berarti RUU masih berada pada tahap pembahasan di parlemen. Gagasan tersebut sejatinya

memungkinkan legislatif untuk membuat undang-undang lebih efektif dan efisien dengan menyediakan mekanisme untuk memperoleh *advisory opinion* tentang konstitusionalitas RUU.

Kedua, eksekutif (presiden) dapat meminta *advisory opinion* kepada Mahkamah Konstitusi sejak sebuah RUU telah disepakati oleh legislative dan diserahkan dari legislatif ke presiden. Dalam memintakan *advisory opinion* pun presiden juga harus melihat situasi politik ketatanegaraan. Jikalau RUU tersebut tidak berpotensi melanggar hak-hak konstitusional warga negara, tidak terjadi penolakan oleh sekelompok mayoritas warga negara maka presiden tidak berhak untuk meminta *advisory opinion* kepada Mahkamah Konstitusi.

Pembatasan terhadap akses tersebut dikarenakan suatu rancangan undang-undang memang belum melahirkan akibat hukum secara langsung kepada masyarakat. Oleh karena itu, tepat untuk tidak memberikan *legal standing* kepada perorangan atau kelompok, ketika masyarakat sendiri baik secara kelompok atau perorangan belum merasakan implikasi hukum atas diberlakukannya rancangan undang-undang tersebut.

Perlu juga kiranya diketahui bahwa permintaan nasihat atau pertimbangan atas suatu permasalahan hukum oleh sebuah lembaga negara sudah dikenal di Indonesia melalui kewenangan Mahkamah Agung. Sebagai badan peradilan tertinggi, Mahkamah Agung memiliki fungsi baik yudisial ataupun non teknis yudisial. Dalam bidang non teknis yudisial Mahkamah

Agung memiliki kewenangan untuk memberikan pertimbangan-pertimbangan atau nasihat dalam bidang hukum kepada Lembaga Tinggi Negara yang lain.²

Dalam sejarahnya, setidaknya Mahkamah Agung telah melaksanakan fungsinya dalam hal memberikan opini penasihat bagi Lembaga Tinggi Negara lain. Adapun beberapa nasihat tersebut diantaranya, ialah:

Tabel 07: Pertimbangan atau Nasihat hukum yang diberikan oleh Mahkamah Agung sesuai kewenangan dalam peraturan perundang-undangan.

| No. | Fatwa | Tentang |
|-----|-----------------------|---|
| 1. | Fatwa 25/KMA/III/2009 | Permohonan opini hukum mengenai kewenangan Bank Indonesia untuk mengatur penghapusan hak tagih ases finansial Bank Indonesia. |
| 2. | Fatwa 28/KMA/III/2009 | Ketentuan pemberhentian kepala daerah dan atau wakil kepala daerah yang melakukan tindak pidana. |
| 3. | Fatwa 29/KMA/III/2009 | Permohonan fatwa Mahkamah Agung RI terhadap terpidana mati yang belum menentukan sikap. |
| 4. | Fatwa 30/KMA/III/2009 | Permohonan fatwa atas ketentuan undang-undang No. 10 Tahun 2008 tentang pemilihan umum anggota DPR, DPD, dan DPRD |
| 5. | Fatwa 35/KMA/III/2009 | Suatu putusan akhir dari Pengadilan Tinggi dapat diajukan kasasi, sehingga apabila ada yang mengajukan kasasi dari salah satu pihak harus dikirim ke Mahkamah Agung |
| 6. | Fatwa 59/KMA/V/2009 | Mahkamah Agung tidak berada pada posisi untuk memberikan penafsiran terhadap Undang-Undang kecuali dalam hal perkara yang konkrit yang diajukan badan peradilan. |
| 7. | Fatwa 118/KMA/IX/2009 | Mahkamah Agung berwenang untuk memberikan pertimbangan hukum dalam bidang hukum, baik diminta maupun tidak diminta kepada Lembaga Negara lain. |

² Lihat Pasal 37 UU No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung

| | | |
|----|-----------------------|---|
| 8. | Fatwa 130/KMA/IX/2009 | Mahkamah Agung tidak boleh memberikan pendapat atau suatu putusan lembaga peradilan lain (Mahkamah Konstitusi). |
|----|-----------------------|---|

Masih banyak lagi beberapa permasalahan hukum yang dimintakan opini penasihat kepada Mahkamah Agung oleh Lembaga-lembaga negara yang lain. Hal ini menunjukkan banyaknya permasalahan hukum yang dalam pelaksanaannya masih membutuhkan penafsiran oleh lembaga kekuasaan kehakiman melalui sistem peradilan. Mahkamah Agung sebagai salah satu lembaga kekuasaan kehakiman diberikan kewenangan oleh undang-undang untuk memberikan opini penasihat (*Advisory opinion*) kepada lembaga negara lain dalam hal kasus yang konkrit, artinya terdapat suatu kasus yang masih dan atau sedang berjalan.

Berbeda dengan gagasan pemberian kewenangan *advisory opinion* kepada Mahkamah Konstitusi. Kewenangan *advisory opinion* Mahkamah Konstitusi hanya dapat diminta oleh Legislatif dan atau Eksekutif dalam hal kaitnya proses pembuatan undang-undang. Maknanya ialah, objek kewenangan *advisory opinion* Mahkamah Konstitusi ialah sebuah Rancangan Undang-Undang (RUU).

3. Praktik Penerapan *Ex Ante Abstract Review* di Prancis dan Firlandia

Pada umumnya setiap warga negara dan pemerintah menginginkan terciptanya produk undang-undang yang berkualitas serta mampu menjawab kebutuhan hukum yang ada di masyarakat. Salah satu aspek baik dan buruknya produk perundang-undangan dapat kita lihat pada konstitusionalitas

undang-undang tersebut. Undang-undang yang berkualitas tentunya tidak akan bertentangan dengan perundang-undangan yang di atasnya. Selain aspek konstitusionalitas, kualitas baik dan buruknya suatu undang-undang dapat kita lihat dari harmonis atau tidaknya suatu undang-undang dengan peraturan perundang-undangan yang lain. Sehingga dalam implementasinya tidak akan membuat rancu dan ambigu para penegak hukum.

Terdapat beberapa negara yang telah menerapkan proses *ex ante* dalam proses pengujian sebuah undang-undang. Namun bukan permintaan *advisory opinion* terhadap lembaga peradilan. Misalnya dalam hal ini ialah Firlandia dan Prancis. Di Firlandia proses *ex ante abstract review* bukan dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi, melainkan ada lembaga khusus yang bernama Komite Konstitusi (*the constitutional law committee*). Komite Konstitusi merupakan bagian dari parlemen atau legislatif yang seraf akan kepentingan politis, namun susunan dari komite konstitusi yakni ialah para pakar konstitusi dari berbagai lembaga pendidikan tinggi di negaranya.³

Meskipun komite konstitusi merupakan bagian dari parlemen, namun pembahasan dari komite ini tidak sama layaknya pembahasan sebuah legislasi di parlemen. Komite ini akan melaksanakan pembahasan sebuah produk legislasi manakala terdapat keraguan tentang konstitusionalitas sebuah RUU. Malahan dalam kasus tertentu pemerintah menyarakan legislatif untuk meminta pertimbangan kepada komite konstitusi ini.

³ Kaarlo Touri, *Legislation Between Politics and Law*, Hart Publishing, 2010, hlm 4

Mekanisme *ex ante abstract review* yang ada di Firlandia ini pada dasarnya juga memiliki kelebihan dan kelemahan. Kelebihannya ialah, adanya keterlibatan secara langsung dari akademisi untuk meninjau kualitas legislasi saat pembahasan RUU. Kedudukan para akademisi saat melakukan peninjauan tersebut tentu sangat berbeda dengan kegiatan Rapat Dengar Pendapat Umum (RPDU) yang biasanya lumrah dilaksanakan di Indonesia. Namun pada posisi ini sejatinya, akan menegasikan kewenangan dari legislatif itu sendiri. Menempatkan peran akademisi yang seimbang dengan legislatif secara tidak langsung akan mengubah paradigma aktivitas legislasi. Sehingga pada akhirnya, aktivitas legislasi tidak dimaknai sebagai aktivitas politik melainkan juga aktivitas hukum. Kelemahan yang lain dari mekanisme *ex ante abstract review* di Firlandia ini ialah, terdapatnya peluang untuk mengesahkan RUU yang telah dinyatakan inkonstitusional oleh komite konstitusi. Sehingga hal ini akan menjadi kerancuan yang nyata bagi para penegak hukum itu sendiri.

Berbeda dengan konsep *Conseil Constitutional* di Prancis. Sebagaimana diketahui bahwa Prancis sejak tahun 1958 telah membentuk *Conseil Constitutional* untuk melengkapi peradilan administrasinya. Keberadaan *Conseil Constitutional* di Prancis sering dikaitkan dengan Mahkamah Konstitusi pada umumnya. Padahal antara *Conseil Constitutional* dan Mahkamah Konstitusi memiliki karekteristik yang berbeda. Perbedaan yang sangat mendasar ialah, desain *Conseil Constitutional* bukanlah suatu lembaga yudisial melainkan lembaga kuasi-yudisial layaknya komite

konstitusi yang ada di Firlandia. Maka dari itu, model yang digunakan bukan lembaga yudisial layaknya Mahkamah Konstitusi melainkan dewan.

Berdasarkan konstitusi di Prancis, antara *Conseil Constitutional* dengan *Court de' Cassation* memiliki perbedaan karakteristik yang jelas. *Court de' Cassation* merupakan lembaga yudisial layaknya Mahkamah Agung, sedangkan *Conseil Constitutional* ialah lembaga politik. Perbedaan ini juga bisa kita lihat melalui susunan keanggotaannya. Jika *Court de' Cassation* tersusun dari pakar hukum, sedangkan *Conseil Constitutional* terdiri atas politikus dan ahli hukum.

Praktik *ex ante abstract review* di Prancis bukan untuk menguji RUU yang belum disahkan oleh legislatif, melainkan RUU yang sudah disahkan oleh legislatif namun belum disahkan dan diundangkan oleh Presiden. Jadi, semisal legislatif telah memutuskan untuk mengesahkan sebuah RUU menjadi UU, namun pihak-pihak tertentu merasa jikalau RUU tersebut akan merugikan hak konstitusional warga negara maka dapat mengajukan uji konstitusionalitas di *Conseil Constitutional*. Kemudian *Conseil Constitutional* akan memutuskan apakah RUU tersebut bertentangan dengan UUD atau tidak.⁴

Jika RUU tersebut dinyatakan bertentangan dengan konstitusi oleh *Conseil Constitutional* maka konsekuensinya RUU tersebut tidak dapat disahkan dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Namun sebaliknya, manakala RUU tersebut dinyatakan sah dan tidak bertentangan dengan

⁴ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Cetakan ke-5*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2013, hlm 6

konstitusi maka RUU tersebut wajib disahkan dan diundangkan oleh Presiden.⁵

Berbeda dengan kewenangan Dewan Konstitusional Firlandia, tanggungjawab utama dewan konstitusional Prancis ialah menyelenggarakan pengujian konstitusional atas rancangan legislasi yang akan ditetapkan oleh parlemen.⁶ Kewenangan tersebut secara eksplisit dapat kita lihat dalam Pasal 61 dan 62 Konstitusi Republik Kelima Prancis (1958). Selanjutnya dikatakan bahwa:

“Article 61: ...ordinary laws may be referred to the Constitutional Council, before their promulgation, by the President of the Republic, the Prime Minister, the President of the National Assembly, the President of the Senate, or 60 deputies or 60 senator”.

In this case, the Constitutional Council must decide within 1 month. At the demand of the Government, after a declaration of urgency, this time limit is reduced to 8 days A referral of any law to the Constitutional Council suspends its promulgation.

Article 62: A provision declared unconstitutional may not be promulgation nor may it enter into force.

The decision of the Constitutional Council may not be appealed

Pasal 61 Konstitusi Republik Kelima Prancis (1958) menentukan bahwa undang-undang organik organik (*ordinary laws*), sebelum diundangkan terlebih dahulu harus diserahkan kepada Dewan Konstitusional untuk diuji apakah sesuai dengan konstitusi atau tidak. Permohonan kepada dewan dapat dilakukan oleh Presiden, Ketua Majelis Nasional, Ketua Senat, dan 60 anggota Majelis Nasional ataupun Senat. Undang-undang organik dimaksud dapat berupa produk hukum (undang-undang) yang mengatur kekuasaan kehakiman, komposisi parlemen, keuangan negara ataupun

⁵ Ibid, hlm 5

⁶ Jimly Asshiddiqie dan Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi di 10 Negara*, (Jakarta: PT Sinar Grafika, 2012), Hlm 157

prosedur dewan konstitusi sendiri. Sehubungan dengan hal tersebut, dewan konstitusi harus mampu menyelesaikan opini penasihat paling lama 60 hari sejak dimintakan oleh lembaga negara lain. Namun, atas permintaan pemerintah dengan alasan-alasan yang mendesak dapat dipersingkat menjadi delapan hari.

Di Prancis pengujian konstitusional adalah persoalan penting yang muncul keseharian dalam tahap pembentukan produk legislasi. Hal ini guna membentuk arsitektur dan desain hukum yang dicita-citakan. Pada akhirnya Konstitusi Kelima Republik Prancis mengembangkan tradisi bernegara untuk menghormati makna penting konstitusionalitas dan prinsip-prinsip konstitusional melalui pengujian RUU.

Namun praktik *ex ante abstract review* baik di Firlandia maupun di Prancis mendapatkan kritik yang tajam. Menurut Dominique Ressous, keberadaan lembaga tersebut telah mencederai demokrasi yang sudah berjalan. Dalam sebuah negara demokarsi keputusan-keputusan diambil oleh sekelompok mayoritas rakyat atau dewan yang mewakilinya. Sedangkan keputusan yang diambil oleh *Conseil Constitutionnel* yang terdiri oleh hakim-hakim yang tidak dipilih secara langsung dapat membatalkan keputusan yang diambil oleh dewan yang dipilih secara langsung.⁷

Jika membandingkan diantara keduanya, yakni antara komite konstitusi di Firlandia dan *Conseil Constitutionnel* di Prancis maka akan kita temukan persamaan dan perbedaanya. Persamaanya, kedua lembaga tersebut

⁷ Victor Imanuel, *Judicial Preview Sebagai Intrumen Peningkatan Kualitas Legislasi: Suatu Pendekatan Legisprudensi*, Prosiding Konferensi dan Dialog Negara Hukum, hlm 501

merupakan lembaga yang dibentuk bertujuan untuk meningkatkan kualitas produk undang-undang melalui upaya preventif. Sedangkan perbedaannya ialah, *Conseil Constitutional* bukanlah lembaga bagian dari parlemen dan yang di uji bukan RUU yang belum disahkan oleh legislatif, melainkan RUU yang sudah disahkan oleh legislatif namun belum mendapatkan pengesahan dari presiden.

Hal ini tentunya berbeda dengan *advisory opinion* yang menjadi gagasan penulis dalam penelitian ini. *Advisory opinion* merupakan upaya *ex ante abstract review* yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi atas pengajuan dari legislatif ataupun eksekutif. Proses pengajuan dapat diminta oleh legislatif maknanya ialah pada saat RUU tersebut masih proses pembahasan oleh parlemen. Sedangkan pengajuan diminta oleh eksekutif berarti RUU tersebut sudah disahkan oleh legislatif dan masih dimintakan pengesahan oleh Presiden dan belum diundangkan.

Memberikan kesempatan kepada dua lembaga negara pembentuk undang-undang ini merupakan upaya *double checks and balances* antar lembaga negara. Sehingga baik keduanya dapat meminta *Advisory opinion* kepada Mahkamah Konstitusi pada saat masing-masing lembaga diberikan kewenangan dalam hal legislasi. Penulis memilih Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang diberikan kewenangan untuk melakukan *Advisory opinion* setidaknya terdapat beberapa alasan.

Pertama, Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga negara yang dibentuk untuk menjaga konstitusi. Dengan melekatnya beberapa julukan

yang diberikan kepada Mahkamah Konstitusi layaknya, *the guardian of constitution* (pengawal konstitusi), *the sole interpreter of constitution* (penafsir konstitusi), *the guardion of the democracy* (pengawal demokrasi), dan *the protector of the citizen's constitutional rights* (pelindung hak konstitusional warga negara) maka sudah menjadi kaharusan Mahkamah Konstitusi menegakkan dan melindungi seluruh undang-undang untuk tidak bertentangan dengan konstitusi.

Kedua, sejak dibentuknya Mahkamah Konstitusi telah mencatatkan prestasi yang sangat luar biasa. Sebagaimana data yang telah terakumulasi di atas, setidaknya Mahkamah Konstitusi telah menerima 2033 gugatan uji materiil undang-undang. Hal ini tentu tidak bisa dianggap remeh, dengan banyaknya gugatan uji materiil tersebut membuktikan bahwa produk legislasi masih sangat buruk. Selain itu, selama ini Mahkamah Konstitusi juga banyak melakukan terobosan-terobosan hukum malalui putusanya. Misalnya, pengajuan uji materiil Perpu kepada Mahkamah Konstitusi. Meskipun secara tafsir gramatikal Mahkamah Konstitusi tidak berhak untuk melakukan pengujian, namun dengan semangat perlindungan dan penghormatan hak konstitusional warga negara, Mahkamah melakukan terobosan dengan tetap menerima uji materiil Perpu.