

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara,
dan Pengelolaan Perpustakaan



LAPORAN HASIL PENELITIAN



PENGUJIAN FORMIL UNDANG-UNDANG OLEH MAHKAMAH KONSTITUSI: URGENSI DAN BATU UJI

**KERJASAMA MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA
DAN
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS PADJADJARAN
2020**

LAPORAN HASIL PENELITIAN
PENGUJIAN FORMIL UNDANG-UNDANG OLEH MAHKAMAH KONSTITUSI:
URGENSI DAN BATU UJI



TIM PENGUSUL

PROF. SUSI DWI HARIJANTI, S.H., LL.M., PH.D.

LAILANI SUNGKAR, S.H., M.H.

WICAKSANA DRAMANDA, S.H., M.H.

Disetujui Oleh:
Dekan Fakultas Hukum
Universitas Padjadjaran



Prof. Dr. An An Chandrawulan, S.H., LL.M
NIP 19600113 198601 2 001

FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS PADJADJARAN

TAHUN 2020

PERNYATAAN ORISINALITAS PENELITIAN

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Susi Dwi Harijanti

Institusi : Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran

Jabatan : Guru Besar

Dengan ini menyatakan bahwa laporan hasil penelitian dengan judul:

"PENGUJIAN FORMIL UNDANG-UNDANG OLEH MAHKAMAH KONSTITUSI: URGENSI DAN BATU UJI", bersifat original dan belum pernah dibiayai oleh sumber/dana lainnya.

Bilamana di kemudian hari ditemukan ketidak sesuaian dengan pernyataan ini, maka saya bersedia dituntut dan diproses sesuai dengan aturan hukum yang berlaku dan mengembalikan seluruh biaya penugasan yang sudah saya terima ke kas negara.

Demikianlah surat pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan sebenarnya.

Ketua Tim Pengusul,



Prof. Susi Dwi Harijanti, S.H., LL.M., Ph.D.

KATA PENGANTAR

Laporan ini adalah laporan hasil penelitian yang berjudul “Pengujian Formil Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi: Urgensi dan Batu Uji”, yang didanai oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Tahun 2020.

Laporan hasil penelitian ini merupakan bentuk akuntabilitas atas penelitian yang telah kami lakukan. Di dalam laporan ini, telah diuraikan berbagai argumentasi akademik yang memadai mengenai apa yang menjadi urgensi bagi Mahkamah Konstitusi untuk melaksanakan kewenangannya melakukan uji formil terhadap undang-undang, arti penting uji formil di dalam sistem hukum, hingga apa yang secara akademik layak dijadikan batu uji dalam pengujian tersebut.

Kami berharap, penelitian ini dapat menjadi alternatif pemikiran dari diskursus yang selama ini terus mengemuka mengenai pengujian formil, terutama dalam rangka menjawab berbagai pandangan akademik yang menolak mekanisme pengujian formil untuk dilakukan. Tentunya, sebagai sebuah gagasan akademik, penelitian ini menyimpan berbagai kekurangan, sehingga kami mengharapkan adanya kritik dan masukan agar gagasan ini tetap hidup dalam khazanah pemikiran hukum di Indonesia, khususnya yang berkaitan dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi.

Untuk itu, kami mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada seluruh pihak yang telah turut membantu terlaksananya penelitian ini, terutama kepada Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Kami berharap, Kerjasama di bidang akademik semacam ini dapat terus berlangsung, demi pengembangan ilmu hukum di Indonesia. Akhir kata, semoga laporan ini dapat memberi manfaat untuk turut ‘menghidupi’ hukum di Indonesia.

Bandung, November 2020,

Tim Peneliti.

DAFTAR ISI

PERNYATAAN ORISINALITAS PENELITIAN	ii
KATA PENGANTAR.....	iii
DAFTAR ISI	iv
RINGKASAN	vi
BAB I.....	1
PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah.....	5
C. Tujuan Penelitian	6
D. Manfaat Penelitian	6
BAB II	7
PEMBENTUKAN UNDANG-UNDANG DAN JUDICIAL REVIEW DALAM PERSPEKTIF KONSTITUSIONALISME	7
A. Pembentukan Undang-Undang dalam Negara Hukum	7
1. Legitimasi Badan Pembentuk Undang-Undang	10
2. Legalitas Prosedur Pembentukan Undang-Undang	13
3. Prinsip-Prinsip untuk Membentuk Undang-Undang yang Rasional	17
B. <i>Judicial Review</i> Dalam Kerangka Konstitusionalisme	24
BAB III.....	36
METODE PENELITIAN	36
BAB IV	40
PENGUJIAN FORMIL DI BEBERAPA NEGARA: PERBANDINGAN DENGAN KOLOMBIA, AFRIKA SELATAN, DAN ISRAEL	40
A. Kolumbia	40
B. Israel	45
C. Afrika Selatan.....	50
D. Indonesia.....	56
E. Kesimpulan Perbandingan.....	63
BAB V	65
URGENSI PENGUJIAN FORMIL DAN BATU UJI DALAM KERANGKA NEGARA HUKUM	65

A. Urgensi Pelaksanaan Pengujian Formil	65
1. Menguji Legitimasi Undang-Undang	65
2. Menguji Validitas Undang-Undang	79
B. Batu Uji Pengujian Formil.....	86
1. H.L.A. Hart: Rule of Recognition Theory.....	86
2. Hans Kelsen: Validitas Hukum	92
BAB VI	97
KESIMPULAN DAN SARAN	97
A. Kesimpulan.....	97
B. Saran.....	99

RINGKASAN

Kewenangan Mahkamah Konstitusi menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar sebagaimana diatur di dalam Pasal 24C UUD 1945, oleh Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi diterjemahkan kedalam dua bentuk, yakni uji material dan uji formil. Namun, sejak Mahkamah Konstitusi hadir, belum pernah satu pun perkara pengujian formil yang dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi. Salah satu dugaan mengapa kondisi ini tercipta adalah minimnya pengaturan mengenai prosedur pembentukan undang-undang di dalam UUD 1945 yang merupakan batu uji di dalam proses pengujian formil. Oleh karena itu, penelitian ini mencoba untuk menjawab hakekat dari pengujian formil. Apa urgensinya untuk dilakukan dalam kerangka negara hukum? Dan apakah terdapat norma-norma lain selain UUD 1945 yang dapat dijadikan batu uji di dalam pengujian?

Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis normatif yang menganalisis keterkaitan antara norma yang satu dengan yang lain, serta menganalisisnya secara vertikal pada asas maupun teori hukum. Penelitian ini juga dilengkapi dengan pendekatan perbandingan dengan Kolombia, Afrika Selatan, dan Israel.

Hasil penelitian ini menemukan bahwa pengujian formil berfungsi sebagai mekanisme yang menjamin hak berpartisipasi dari warga negara dalam pembentukan undang-undang. Hak berpartisipasi ini berfungsi untuk menghadirkan legitimasi pada undang-undang yang dibentuk. Selain pada aspek legitimasi, pengujian formil juga berfungsi untuk menguji validitas sebuah undang-undang dalam rangka menjaga '*parliamentary constraint*' sebagai konsekuensi dari dianutnya paham konstitusionalisme. Penelitian ini juga menemukan bahwa berdasarkan teori *the rule of recognition* yang dikemukakan H.L.A Hart dan teori validitas yang dikemukakan oleh Hans Kelsen, batu uji yang dapat digunakan dalam pengujian formil meliputi seluruh norma yang dibentuk secara khusus sebagai prosedur pembentukan undang-undang terlepas dari relasi hierarkinya dengan undang-undang.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Sepanjang sejarah pemikiran kenegaraan, salah satu isu utama adalah bagaimana cara melakukan kontrol terhadap kekuasaan pemerintah. Meskipun kekuasaan sangat diperlukan untuk merealisasikan nilai-nilai tertentu yang ada di masyarakat, misalnya keadilan; kebebasan; dan persamaan di muka hukum, namun tak dapat pula dipungkiri bila kekuasaan memiliki kecenderungan untuk disalahgunakan. Hal inilah yang mendorong munculnya gagasan konstitusionalisme yang menghendaki adanya kontrol terhadap pemerintah melalui asas-asas dan norma-norma yang terkandung dalam konstitusi. Atau dengan kata lain, kehadiran konstitusionalisme adalah dalam rangka mewujudkan suatu pemerintahan yang terbatas (*limited government*).¹

Terdapat beberapa cara untuk melakukan kontrol terhadap pemerintah. Beberapa karakteristik khusus negara konstitusional untuk membatasi kekuasaan pemerintah adalah: melakukan pemisahan kekuasaan antar organ-organ negara; menetapkan federalisme atau pembagian kekuasaan antara pusat dan daerah; membentuk badan perwakilan; menentukan akuntabilitas pejabat-pejabat negara dan pemerintah; serta menciptakan mekanisme pengujian terhadap tindakan-tindakan negara atau pemerintah yang dilakukan oleh badan pengadilan yang independen.²

Dalam praktik, pengujian terhadap tindakan-tindakan negara oleh pengadilan yang independen meliputi pula pengujian terhadap peraturan perundang-undangan yang dibentuk institusi politik oleh suatu badan pengadilan khusus yang disebut mahkamah konstitusi. Pengujian ini juga dapat dipandang sebagai perwujudan dari ajaran hierarki peraturan perundang-undangan yang digagas oleh Kelsen, yang menempatkan undang-undang dasar sebagai peraturan perundang-undangan yang tertinggi (*the supreme law of the land*). Salah satu makna dari ajaran ini adalah

¹ Lihat Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism Ancient & Modern*, Ithaca: Cornell University Press, 1947, hlm 1-22.

² Carla M. Zoethout, et., al (eds), *Control in Constitutional Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, hlm x

peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, sebab menurut Kelsen dasar legalitas suatu peraturan perundang-undangan ditentukan oleh peraturan perundang-undangan yang secara hierarki berposisi lebih tinggi.³ Tidak hanya itu, menurut Kelsen bertentangan di sini bukan hanya semata-mata dipahami dari aspek materi muatan, melainkan pula tidak boleh bertentangan dari aspek prosedur pembentukan.⁴ Oleh karena itu, adalah suatu keniscayaan bahwa mahkamah konstitusi dapat pula melakukan pengujian prosedur pembentukan yang dikenal sebagai pengujian formil,⁵ sekalipun Kelsen kemudian mengingatkan bila pengadilan konstitusi harus sangat berhati-hati tatkala melakukan pengujian formil, dimana menurut Kelsen dalam kasus demikian amat penting bagi pengadilan konstitusi hanya membatalkan undang-undang apabila prosedur yang dilanggar amat parah (*grave or essential*).⁶

Di Indonesia sendiri, tampaknya Mahkamah Konstitusi perlu memperhatikan secara serius ide awal dari Kelsen yang menghendaki mahkamah konstitusi untuk dapat melakukan pengujian undang-undang secara formil. Hal ini disebabkan institusi-institusi politik (Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat) kerap berjalan secara disfungsi, sehingga muncul ketidakpuasan rakyat terhadap kinerja mereka,⁷ terutama dalam menjalankan perannya sebagai pembentuk undang-undang.⁸ Permasalahan ini bisa diamati pada proses pembentukan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2019 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 30 Tahun

³ Hans Kelsen, *The Nature and Development of Constitutional Adjudication*, dalam Lars Vinx (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, hlm 34.

⁴ *Ibid*, hlm 56.

⁵ Di Indonesia istilah pengujian terhadap prosedur/proses pembentukan undang-undang dikenal sebagai pengujian formil, hal ini tak lepas dari pengenalan istilah ini oleh Sri Soemanti dalam bukunya yang terbit pada tahun 1971. Lihat Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, Bandung: PT Alumni, Cetakan Kedua 1997, hlm 6.

⁶ Hans Kelsen, *Op. Cit*, hlm 61.

⁷ Lihat misalnya survei yang dilakukan Litbang Kompas pada akhir 2019 lalu yang menunjukkan bila 66% publik menilai bila aspirasinya tidak terwakili oleh institusi politik seperti DPR. Christoforus Ristiano, "Litbang Kompas 66,2 Persen Responden Merasa Aspirasinya tidak Terwakili DPR", *Kompas.com*, (23 September 2019), <https://nasional.kompas.com/read/2019/09/23/08370591/litbang-kompas-662-persen-responden-merasa-aspirasinya-tak-terwakili-dpr>

⁸ Buruknya kualitas legislasi bisa dilihat dalam Miko Ginting (Et. Al), *Catatan Kinerja Legislasi DPR 2013 Capaian Menjelang Tahun Politik*, Jakarta: Pusat Studi Kebijakan Negara, 2014.

2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Hanya dalam jangka waktu dua belas hari, RUU KPK telah memperoleh persetujuan bersama, dan berlaku meski Presiden tidak menandatangani. Akibatnya, terjadi penolakan secara masif oleh rakyat di hampir seluruh wilayah Indonesia yang menilai jika RUU tersebut telah mencederai kehendak rakyat (demokrasi) karena berusaha melemahkan KPK lewat pembentukan Dewan Pengawas serta perubahan status kepegawaian.

Contoh di atas memperlihatkan bila salah satu sebab disfungsi dari institusi-institusi politik di Indonesia ialah keengganan mereka untuk menaati prosedur pembentukan undang-undang, hal ini terlihat jelas dari proses perumusan RUU KPK yang hanya dilaksanakan Presiden dan DPR dalam jangka waktu 12 hari, sesuatu yang ganjil mengingat prosedur pembentukan undang-undang mengharuskan prosesnya dilaksanakan dalam berbagai tahapan dan jangka waktu yang cukup lama,⁹ tujuannya agar pembahasan suatu undang-undang dilakukan secara hati-hati mengingat institusi politik membentuk undang-undang dalam kapasitasnya sebagai representasi rakyat, apalagi dalam kasus ini isu yang dibahas berkaitan dengan persoalan pemberantasan korupsi yang merupakan salah satu masalah utama di Indonesia.¹⁰ Fakta tersebut memperlihatkan bila yang diperlukan pada saat ini adalah adanya suatu mekanisme yang dapat memastikan institusi politik dapat menjalankan perannya merumuskan undang-undang sesuai prosedur yang telah ditentukan, sebab jika prosedur pembentukan undang-undang dilakukan dengan baik, mungkin masalah seperti ini tidak akan terulang.

Dalam hal ini Mahkamah Konstitusi merupakan organ negara yang memiliki peluang besar untuk menyelesaikan persoalan di atas, alasannya UUD 1945 melalui Pasal 24C ayat (1) telah memberi Mahkamah Konstitusi kewenangan untuk melakukan pengujian undang-undang secara formil. Ayat ini memang tidak secara eksplisit menyatakan jenis pengujian yang dapat dilakukan. Namun kepastian bila pasal tersebut memberi mereka kewenangan melakukan pengujian undang-undang

⁹ Lihat prosedur pembentukan UU yang terdapat dalam Pasal 162 sampai Pasal 174 UU Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3).

¹⁰ Lihat Andrew White, *The Paradox of Corruption as Antithesis to Economic Development: Does Corruption Undermine Economic Development in Indonesia and China, and Why Are the Experiences Different in Each Country?*, *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 8, (2006).

secara formil dapat dijumpai dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disingkat PMK) Nomor 6 Tahun 2005. Menurut Pasal 4 ayat (3) PMK tersebut pengujian formil adalah "pengujian UU yang berkenaan dengan proses pembentukan undang-undang dan hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil sebagaimana dimaksud pada ayat (2)". Sedangkan ayat (2) menyatakan: "Pengujian materiil adalah pengujian undang-undang yang berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undnag-undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945".

Mahkamah Konstitusi sendiri sejauh ini terhitung jarang melakukan pengujian formil, mereka baru melakukan pengujian formil satu kali pada tahun 2010, yaitu pada pengujian Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung terhadap UUD 1945. Dalam putusannya, meskipun Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pembentukan undang-undang tersebut cacat secara prosedur, namun atas dasar asas manfaat, Mahkamah tidak mengabulkan permohonan. Menariknya, dalam Putusan tersebut, Mahkamah berpendapat:

"...menurut Mahkamah jika tolok ukur pengujian formil harus selalu berdasarkan pasal-pasal UUD 1945 saja, maka hampir dapat dipastikan tidak akan pernah ada pengujian formil karena UUD 1945 hanya memuat hal-hal prinsip dan tidak mengatur secara jelas aspek formil-proseduralnya. Padahal dari logika tertib tata hukum sesuai dengan konstitusi, pengujian secara formil itu harus dapat dilakukan. **Oleh sebab itu, sepanjang undang-undang, tata tertib produk lembaga negara, dan peraturan perundang-undangan yang mengatur mekanisme atau formil-prosedural itu mengalir dari delegasi kewenangan menurut konstitusi, maka peraturan perundang-undangan itu dapat dipergunakan atau dipertimbangkan sebagai tolok ukur atau batu uji dalam pengujian formil**".¹¹ (Cetak tebal, Pen)

Pembedaan pengujian formil dan materil yang telah diatur dalam PMK No. 6 Tahun 2005, dipertegas oleh kehadiran Pasal 51A ayat (3) UU Nomor 8 Tahun 2011 yang selengkapnya berbunyi:

¹¹ Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009, tanggal 16 Juni 2010, hlm. 83.

“Dalam hal permohonan pengujian berupa permohonan pengujian formil, pemeriksaan dan putusan yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi **didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang mengatur tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan**”. (Cetak tebal, Pen)

Kondisi di atas melahirkan beberapa pertanyaan penting untuk dijawab. *Pertama*, bagaimana seharusnya Mahkamah Konstitusi melaksanakan kewenangannya melakukan pengujian formil? *Kedua*, batu uji apakah yang seharusnya digunakan oleh Mahkamah Konstitusi ketika melakukan pengujian formil ini. Jawaban terhadap kedua pertanyaan tersebut menjadi penting dalam rangka mengetahui sejauhmana Mahkamah Konstitusi berperan sebagai lembaga ‘pemutus’ untuk melakukan ‘kekuatan tandingan’ melalui ‘veto’ yang berbentuk putusan. Hal ini adalah logika formal dari ajaran pemisahan kekuasaan dan dinamika internal didalamnya yang mewujud pada kekuasaan saling mengimbangi (*checks and balances*). Selain itu, jawaban terhadap pertanyaan mengenai batu uji akan menjelaskan jenis-jenis batu uji yang dapat digunakan oleh Mahkamah Konstitusi. Artinya, Mahkamah Konstitusi hendaknya mengeksplorasi berbagai kemungkinan untuk mengembangkan jenis-jenis batu uji dan tidak membatasi dirinya semata-mata menggunakan norma-norma yang terdapat dalam UUD 1945 ataupun norma-norma yang terdapat dalam undang-undang tertentu, misalnya undang-undang yang mengatur pembentukan peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan hal-hal tersebut, maka penelitian ini diberi judul: **“Pengujian Formil Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi: Urgensi dan Batu Uji”**.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan hal-hal yang telah disampaikan pada bagian Pendahuluan, penelitian ini akan mengkaji dua permasalahan pokok, yaitu:

1. Mengapa Mahkamah Konstitusi perlu melaksanakan pengujian formil undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945?
2. Batu uji apakah yang dapat digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam melakukan pengujian formil tersebut?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah:

1. Menemukan dan memahami urgensi pengujian formil undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi.
2. Menemukan batu uji yang dapat digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam melakukan pengujian formil undang-undang.

D. Manfaat Penelitian

Sementara itu, hasil penelitian ini memiliki beberapa manfaat sebagai berikut:

1. Manfaat teoretis.

Hasil penelitian ini diharapkan mampu memberikan kontribusi pemikiran untuk perkembangan ilmu hukum tata negara, khususnya ilmu perundang-undangan dalam bidang pengujian undang-undang. Hasil penelitian ini juga diharapkan memberikan pemahaman teoretis mengenai batu uji yang dapat digunakan oleh Mahkamah Konstitusi di tengah keterbatasan norma UUD 1945 yang mengatur pembentukan undang-undang.

2. Manfaat praktis.

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi bagi masyarakat, khususnya pemerintah dan hakim mengenai pentingnya pengujian formil di Indonesia. Bagi hakim, hasil penelitian ini diharapkan mampu memberikan perspektif mengenai jenis-jenis batu uji yang dapat digunakan dalam pengujian undang-undang dan cara penerapannya dalam pertimbangan hakim dalam memutus perkara yang menjamin terpenuhinya asas negara hukum, demokrasi serta penghormatan terhadap hak asasi manusia.

BAB II

PEMBENTUKAN UNDANG-UNDANG DAN *JUDICIAL REVIEW* DALAM PERSPEKTIF KONSTITUSIONALISME

A. Pembentukan Undang-Undang dalam Negara Hukum

Doktrin negara hukum memiliki relevansi untuk menjelaskan dan mendekati permasalahan pembentukan undang-undang. Bagaimana seharusnya pembentukan undang-undang dilakukan merupakan salah satu persoalan yang dijelaskan oleh doktrin negara hukum. **Carl Schmitt** menggunakan istilah *legislative state* sebagai padanan kata *rechtsstaat* yang berarti negara hukum. Menurutnya, negara hukum merupakan sebuah sistem politik dimana kehendak masyarakat tercermin menjadi undang-undang. Di negara hukum, badan legislatif memiliki kedudukan yang sentral karena memiliki kewenangan untuk membuat norma dalam undang-undang yang mengatur dan menentukan segala urusan yang bersifat publik.¹²

Secara umum makna negara hukum, baik yang berangkat dari pemikiran *rule of law* maupun *rechtsstaat*, dapat saja dipahami secara harfiah, yaitu negara berdasarkan hukum. Namun, secara lebih spesifik, **Joseph Raz** menguraikan bahwa negara hukum berarti bahwa pemerintah harus diatur oleh dan tunduk kepada hukum. Pemaknaan tersebut bertujuan agar terciptanya pemerintahan yang diselenggarakan oleh hukum, bukan oleh orang (*ruled by law, and not by men*). Pemerintahan oleh hukum disini berarti setiap tindakan pemerintah harus memiliki landasan hukum, dan disahkan oleh hukum. Di luar itu, suatu tindakan, sekalipun diambil oleh seorang pejabat pemerintahan, tidak dapat dianggap sebagai tindakan pemerintah, sehingga tindakan tersebut tidak sah dan tidak dapat memiliki dampak hukum.¹³

F. A. Hayek merumuskan tujuan dari doktrin negara hukum dengan sangat jelas dan tegas: "*that government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand--rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances...*"¹⁴ **F. A.**

¹² Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy (Translated by Jeffrey Seitzer)*, London United Kingdom: Duke University Press, 2004, hlm. 1.

¹³ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, New York (USA): Oxford University Press, 1979, hlm. 212.

¹⁴ F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, New York (USA): Routledge Classics, 2011, hlm. 75-76.

Hayek menegaskan bahwa pada prinsipnya setiap tindakan pemerintah bersifat koersif, karena mengandung paksaan. Oleh karena itu setiap tindakan pemerintah harus dilakukan berdasarkan ketentuan yang telah ditetapkan dan dipublikasikan sebelumnya. Keberadaan ketentuan yang mengatur cara pemerintah bertindak, dan pengetahuan publik mengenai adanya ketentuan tersebut, menjadi penting agar publik dapat memprediksi bagaimana pemerintah akan menggunakan kekuasaan koersifnya.

Dalam doktrin negara hukum, **Erwin Chemirinsky** membagi apa yang disebut '*procedural due process*' dan '*substantive due process*'. '*Procedural due process*' mempersoalkan apakah pemerintah telah mengikuti prosedur yang memadai pada saat mengambil keputusan, sedangkan '*substantive due process*' mempersoalkan apakah pemerintah telah memberikan justifikasi yang memadai atas dikeluarkannya sebuah keputusan.¹⁵ Secara khusus dalam konteks pembentukan undang-undang, terdapat doktrin yang disebut '*legislative due process*' yang menghendaki dilakukannya derajat deliberasi tertentu, dengan cara mengatur proses legislasi, sehingga menghasilkan undang-undang berkualitas.¹⁶

Prosedur menjadi hal yang penting dalam hukum, sebab segala substansi yang akan diaturnya itu tercermin dari mekanisme atau prosedurnya pembentukannya. **Charles G Howard** dkk bahkan menyebut prosedur sebagai jantung dari hukum (*Procedure is the heart of law*).¹⁷ Pernyataan ini disampaikan dalam konteks 'hukum acara pengadilan', namun dalam uraian mengenai alasan mengapa dikatakan sebagai 'jantung', di *point* keenam, dia menyinggung bahwa salah satu fungsi hukum adalah untuk menjaga ketertiban, maka baik legislatif maupun yudikatif turut berperan di dalamnya.¹⁸ Pada alasan di *point* kelima, **Howard** menggambarkan bahwa hukum prosedur yang baik dari sebuah peradilan, akan mencerminkan sistem hukum secara keseluruhan. Rakyat menjadi yakin dan percaya bahwa mereka dapat membela haknya dengan mudah dan terjamin. Hal

¹⁵ Erwin Chemirinsky, *Substantive Due Process*, *Touro Law Review Vol. 15*, 1999, hlm. 1501-1502.

¹⁶ Lihat Victor Goldfeld, *Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes* dalam *New York University Law Review*, Vol. 79, 2004, hlm. 367-420.

¹⁷ Charles G Howard and Robert S Summer, *Law, Its Nature, Functions, and Limits*, New Jersey: Prentice-Hall, Inc, Englewood Cliff's, 1965, hlm. 49.

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 97.

ini tidak terpisahkan pula tentunya dengan konteks '*legislative due process*' yang akan meningkatkan nilai legitimasi dari hukum yang dibuat di sebuah negara hukum.

Doktrin negara hukum merupakan salah satu doktrin hukum paling klasik. Berbagai negara di dunia telah menetapkan sejak lama, melalui konstitusi masing-masing, bahwa negaranya dilaksanakan berdasarkan prinsip negara hukum. Namun, hingga saat ini, hampir semua negara di dunia yang menganut prinsip negara hukum masih memperjuangkan implementasinya. Hal tersebut menunjukkan bahwa realisasi prinsip negara hukum selalu problematik, mendapat tantangan baru, bahkan mengalami kemunduran. Begitu pula realisasi prinsip negara hukum dalam pembentukan undang-undang, **Luc J. Wintgens**, dalam bukunya yang berjudul '*Legisprudence*', menguak sebuah permasalahan akut pada proses pembentukan undang-undang. Badan pembentuk undang-undang sering terperangkap pada permasalahan legisme, dimana mereka sebagai badan yang memiliki legitimasi merasa dapat menciptakan undang-undang apa saja, tanpa memperhatikan *legal efficacy* dan *rational acceptability*. Badan pembentuk undang-undang merasa sepanjang sebuah undang-undang dibuat oleh mereka, sebagai badan yang memperoleh legitimasi langsung dari rakyat, maka undang-undang tersebut sah secara hukum dan harus dipatuhi. Pemerintah pun merasa memiliki legitimasi untuk bertindak secara koersif kepada orang yang tidak mematuhi sebuah undang-undang, sekali-pun proses pembentukan dan kualitasnya bermasalah.¹⁹

Terlepas dari persoalan yang meliputi realisasi prinsip negara hukum dalam praktik pembentukan undang-undang, uraian di atas menunjukkan bahwa pada dasarnya ada prinsip-prinsip di negara hukum yang mendasari persoalan siapa dan bagaimana cara melaksanakan pembentukan undang-undang. Persoalan tersebut dapat dibagi menjadi tiga isu spesifik, yaitu: 1) Isu institusional, yang menjelaskan persoalan legitimasi badan pembentuk undang-undang; 2) Isu prosedural, yang menjelaskan persoalan legalitas proses pembentukan undang-undang; dan 3) Isu substansial, yang menjelaskan persoalan rasionalitas dari undang-undang yang dihasilkan.

¹⁹ Victor Goldfeld, *Loc. Cit.*

Isu institusional dan prosedural mendasari keabsahan dari sebuah proses pembentukan undang-undang, sedangkan isu substansial mendasari kualitas dari isi undang-undang yang dihasilkan. Keabsahan dan kualitas sebuah undang-undang sama pentingnya, **Bagir Manan** mengatakan bahwa kaidah yang tercantum dalam peraturan perundang-undangan diharapkan sah secara hukum (*legal validity*) dan berlaku efektif karena dapat diterima masyarakat secara wajar dan berlaku untuk waktu yang panjang.²⁰

1. Legitimasi Badan Pembentuk Undang-Undang

Carl Schmitt mengatakan bahwa negara hukum itu bersifat *impersonal* yang berarti tidak menempatkan perseorangan manusia sebagai sebagai pusat dari kekuasaan, maka tidak boleh ada lagi penguasa yang menjalankan pemerintahan berdasarkan kekuasaan belaka. **Carl Schmitt** mengungkapkan istilah *laws govern* yang berarti manusia menyelenggarakan pemerintahan harus berdasarkan norma-norma yang berlaku umum dan telah ditetapkan sebelumnya (*general and preestablished norms*). Dalam hal ini, undang-undang berlaku sebagai norma kepada siapa pun yang menjalankan pemerintahan.²¹

Pada saat suatu negara bertindak menetapkan undang-undang, tindakan tersebut dilakukan oleh organ negara yang berfungsi untuk itu, yang pada realitasnya merupakan tindakan manusia. Sesuai dengan pendapat **Hans Kelsen** yang mengatakan bahwa undang-undang hanya dapat dibuat dan dilaksanakan oleh organ negara, dan organ negara itu sendiri hanya dapat bertindak melalui orang-orang yang ditetapkan oleh tata hukum (*legal order*) sebagai organ yang memiliki fungsi untuk itu.²² Oleh karena itu, **Dietmar von der Pfordten** mengatakan bahwa undang-undang dan bentuk tindakan negara lainnya pada realitasnya merupakan keputusan dan tindakan yang diambil oleh seorang atau sekelompok manusia. Termasuk pada saat sebuah badan perwakilan membentuk undang-undang, undang-undang tersebut merupakan resultante dari kumpulan

²⁰ Bagir Manan, *Dasar-Dasar Peraturan Perundang-undangan Di Indonesia*, Jakarta: Ind-Hill.Co, 1992, hlm. 14.

²¹ Carl Schmitt, *Op.Cit.*, hlm. 1-4.

²² Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New Brunswick (USA): Transaction Publishers, 2006, hlm. 195.

tindakan dari sekelompok manusia yang menduduki jabatan sebagai anggota badan perwakilan.²³

Manusia yang sedang memiliki jabatan dan kewenangan tertentu dapat saja bertindak dengan menyalahgunakan kewenangan, melampaui kewenangan, bahkan bertindak tanpa kewenangan. Doktrin negara hukum, salah satunya, mempersoalkan tindakan manusia mana yang sah diterjemahkan sebagai tindakan negara. **Hans Kelsen** menguraikan bahwa tindakan manusia dapat diterjemahkan sebagai tindakan negara hanya apabila tindakan tersebut dilakukan oleh seseorang yang memiliki kapasitas sebagai organ negara. Seseorang memiliki kapasitas sebagai organ negara apabila orang tersebut menjalankan fungsi yang ditetapkan oleh tata hukum, dan lebih khusus lagi orang tersebut harus memiliki kedudukan hukum tertentu (*specific legal position*). **Hans Kelsen** menegaskan bahwa penerjemahan (*imputation*) tindakan manusia menjadi tindakan negara dilakukan dengan kriteria yang bersifat *juristic*.²⁴ Dengan kata lain, kriteria terkait subjek mana yang memiliki kewenangan bertindak, dan dengan cara apa subjek tersebut bertindak, ditetapkan oleh undang-undang yang berlaku.

Maksud **Hans Kelsen** mengenai kriteria yang bersifat *juristic* di atas dapat dijelaskan dengan menggunakan teori dari **H. L. A. Hart** mengenai *rule of recognition*. **Hart** berangkat dari permasalahan bahwa dalam suatu masyarakat dapat saja hidup banyak sumber norma, sehingga terjadi permasalahan ketidakpastian (*uncertainty*) mengenai norma mana yang berlaku secara sah sebagai peraturan yang mengikat umum. **H. L. A. Hart** kemudian menguraikan bahwa dalam sebuah sistem hukum, diperlukan apa yang disebut sebagai *rule of recognition*. *Rule of recognition* merupakan ketentuan dimana subjek dalam sebuah sistem hukum dapat mengenali mana ketentuan yang berlaku sebagai undang-undang, mana yang bukan. *Rule of recognition* berisi ketentuan yang menetapkan kriteria oleh 'organ mana' dan 'dengan cara' apa suatu norma diberlakukan menjadi

²³ Dietmar von der Pfordten, Lihat *Dietmar von der Pfordten, "On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat"* dalam James R. Silkenat, James E. Hickey Jr., Peter D. Barenboim (ed), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Switzerland: Springer International Publishing, 2014, hlm. 17.

²⁴ Hans Kelsen, *Op.Cit.*, hlm. 192-194.

undang-undang. Ketentuan ini merupakan awal mula dari gagasan mengenai keabsahan hukum.²⁵

Menurut **Hans Kelsen**, tindakan manusia dapat secara sah diterjemahkan sebagai tindakan negara hanya apabila dilakukan berdasarkan kriteria yang sesuai dengan hukum. Apabila tidak, tindakan tersebut harus diterjemahkan sebagai tindakan perseorangan biasa yang tidak memiliki dampak hukum. Bahkan, orang yang melakukannya bertanggungjawab secara individu terhadap tindakan tersebut (*personal responsibility*).²⁶ Terhadap tindakan yang diambil secara tidak sah tersebut, **Kelsen** mengatakan bahwa pada prinsipnya tindakan tersebut tidak bernilai (*null*) dan tidak dapat memiliki dampak hukum. Setiap orang dapat saja menihilkan tindakan tersebut, tanpa prosedur khusus yang melibatkan lembaga yang berwenang untuk membatalkan tindakan tersebut. Namun, dari segi implementasi, pemikiran tersebut berpotensi berakhir dengan kebuntuan antara seorang subjek hukum yang menganggap sebuah keputusan negara itu *null*, dengan pejabat negara yang menganggap keputusannya sah. Pada akhirnya, perkara semacam itu harus dibawa juga ke lembaga yang berwenang, yang memiliki kompetensi untuk dapat membatalkan sebuah keputusan negara yang tidak sah.²⁷

Persoalan mengenai orang mana yang memiliki otoritas sehingga tindakannya dapat diterima sebagai tindakan negara, merupakan persoalan legitimasi. **Andrew Rehfeld** mengatakan legitimasi merupakan sebuah pra-syarat bagi organ pembentuk undang-undang agar dapat menghasilkan undang-undang yang dapat diterima.²⁸ Dengan pendekatan kontrak sosial,²⁹ rakyat yang memegang kedaulatan dianggap memberikan legitimasi kepada penguasa, termasuk kepada organ

²⁵ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, United Kingdom: Oxford University Press, 2012, hlm. 94-95, 100-103.

²⁶ Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, New York (USA): Oxford University Press, 2007, hlm. 86.

²⁷ Hans Kelsen, *The Nature ... Op. Cit.*, hlm. 88-91.

²⁸ Andrew Rehfeld, *The Concept of Constituency: Political Representation, Democratic Legitimacy, and Institutional Design*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2005, hlm. 16.

²⁹ Terdapat banyak filsuf yang berupaya menjelaskan dari siapa sumber legitimasi dan bagaimana penguasa memperoleh dan melaksanakan legitimasi, di antaranya yang menggunakan pendekatan *contractarian* seperti Hobbes, Locke, Rousseau, Kant hingga yang paling kontemporer John Rawls. Dapat dilihat pada David Boucher dan Paul Kelly (ed), *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, New York (USA): Taylor-Francis, 2005.

pembentuk undang-undang untuk membentuk undang-undang yang menurut **J. J. Rousseau**, harus mencerminkan kehendak publik (*general will*).³⁰

Luc J. Wintgens mengatakan bahwa organ pembentuk undang-undang tidak cukup hanya memiliki legitimasi (*legitimacy*) bahwa mereka organ yang berwenang untuk menetapkan undang-undang. Organ pembentuk undang-undang juga harus melegitimasi (*legitimation*) dengan secara aktif memberikan justifikasi pada setiap tindakan dan pilihan pada proses pembentukan undang-undang. **Luc J. Wintgens** membedakan bahwa legitimasi merupakan aspek statis dari pembentukan undang-undang yang melihat undang-undang semata sebagai produk dari yang berwenang (*legislation as product*). Sedangkan melegitimasi merupakan aspek dinamis yang melihat pembentukan undang-undang sebagai proses yang harus dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip pembentukan undang-undang.³¹

Berbagai doktrin di atas menunjukkan bahwa organ pembentuk undang-undang, meskipun memiliki legitimasi dari rakyat, tidak dapat membentuk undang-undang dengan sekehendaknya sendiri. Syarat pembentukan undang-undang yang baik tidak berhenti pada legitimasi. Ada prosedur yang harus diikuti agar undang-undang yang dibentuk memiliki legalitas. Ada prinsip-prinsip yang harus dipertimbangkan agar undang-undang yang dibentuk berkualitas dan mencerminkan kehendak publik.

2. Legalitas Prosedur Pembentukan Undang-Undang

Hans Kelsen menguraikan bahwa fungsi pembentukan undang-undang merupakan sebuah fungsi penuh (*total function*) yang terdiri dari beberapa bagian fungsi (*partial function*). Pembentukan undang-undang sebagai sebuah tindakan negara membutuhkan beberapa tindakan parsial dari organ negara. Pembentukan undang-undang hanya selesai apabila setiap tindakan parsial yang dibutuhkan telah terpenuhi. Ia memberikan contoh pembentukan undang-undang di negara monarki konstitusional yang dimulai dengan fungsi inisiatif dari pemerintah atau anggota parlemen, pembahasan rancangan undang-undang oleh dua kamar, persetujuan

³⁰ Jean Jacques Rousseau, *The Social Contract (Translated by Christopher Betts)*, New York (USA): Oxford University Press, 1999, hlm. 56-58, 73-39.

³¹ Luc J. Wintgens, *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*, England: Ashgate, 2012, hlm. 4.

dari kerjaan, pengesahan menjadi undang-undang oleh kepala negara, hingga pengumuman kepada publik.³²

Hans Kelsen menegaskan, apabila sebuah fungsi terdiri dari beberapa tindakan parsial, seperti pembentukan undang-undang, maka hukum harus mengatur bagaimana parsialitas tersebut dikonvergensi menjadi sebuah resultante. Ketentuan yang mengatur proses konvergensi tersebut sering disebut proses atau prosedur, dalam hal ini prosedur pembentukan undang-undang (*legislative procedure*). Prosedur pembentukan undang-undang merupakan rantai tindakan hukum (*chain of legal acts*) untuk menghasilkan undang-undang, sebagai sebuah tindakan negara yang penuh dengan cara yang sah.³³

Prosedur pembentukan undang-undang tidak boleh dilihat semata sebagai ketentuan proses yang tidak memiliki korelasi terhadap undang-undang yang dihasilkan. **Ittai Bar-Siman-Tov** mengatakan bahwa proses pembentukan undang-undang yang baik akan menghasilkan undang-undang yang baik pula. Proses pembentukan undang-undang yang buruk seringkali menghasilkan undang-undang yang menguntungkan kepentingan kelompok tertentu dibanding menguntungkan publik secara kolektif.³⁴ Intervensi kepentingan kelompok dalam pembentukan undang-undang dapat terjadi secara halus bahkan tak tampak, **Joseph Raz** mengatakan "*A ruler can promote general rules based on whim or self-interest, etc., without offending against the rule of law*".³⁵

John Searle mengatakan bahwa prosedur pembentukan undang-undang merupakan ketentuan yang bersifat regulatif yang memberikan batasan terhadap bagaimana pembentuk undang-undang melaksanakan fungsi legislasi.³⁶ Prosedur pada prinsipnya akan memperlambat dan mempersulit proses pembentukan undang-undang. Prosedur pembentukan undang-undang melalui dua kamar, prosedur pembahasan bertahap oleh komite hingga parpurna, prosedur syarat

³² Hans Kelsen, *General... Op.Cit.*, hlm. 196

³³ *Ibid.*, hlm. 197.

³⁴ Ittai Bar-Simon-Tov, The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process, *Boston University Law Review*, Vol. 91, 2011, hlm. 1928-1929.

³⁵ Joseph Raz, *The Authority... Op.Cit.*, hlm. 2019.

³⁶ Frederick Schauer, *Legislatures as Rule-Followers*, dalam Richard W. Bauman dan Tsvi Kahana (ed.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, New York (USA): Cambridge University Press, 2006, hlm. 469.

minimum untuk mengusulkan rancangan undang-undang, dan prosedur lainnya memang bertujuan untuk memperlambat bahkan mempersulit proses pembentukan undang-undang. Pelambatan tersebut dirancang agar undang-undang yang dibentuk telah melalui deliberasi yang cukup, agar undang-undang tersebut tidak diubah terlalu sering dan cepat, dan agar warga negara terinformasi dengan baik mengenai adanya undang-undang yang akan diubah.³⁷ Dari perspektif demokrasi, terinformasinya warga negara mengenai adanya rencana pembentukan atau perubahan undang-undang menjadi penting, karena akan memberikan kesempatan bagi warga untuk melakukan diskursus publik, bahkan apabila diperlukan demonstrasi untuk menolak sebuah rancangan undang-undang yang berpotensi merugikan publik.

Frederick Schauer mengklasifikasikan bahwa prosedur pembentukan undang-undang dapat bersumber dari ketentuan yang tidak dibuat oleh pembentuk undang-undang (*extra-legislative provision*) seperti ketentuan konstitusi. Tetapi dapat pula berasal dari ketentuan yang dibuat oleh pembentuk undang-undang sendiri, dengan mana pembentuk undang-undang menetapkan kriteria keabsahan terhadap pelaksanaan kewenangannya sendiri. **Schauer** kemudian menguraikan 4 (empat) sumber prosedur yang mengatur proses legislasi, yaitu:

a. Konstitusi Tertulis atau UUD

UUD selain berisi ketentuan konstitutif dengan menetapkan kewenangan pembentukan undang-undang, ada kalanya juga berisi ketentuan regulatif mengenai prosedur tertentu yang dibutuhkan dalam pembentukan undang-undang. Tentu pada proporsi yang relatif lebih sedikit dibanding ketentuan konstitutif. Ketentuan regulatif tersebut dapat memberi batasan prosedural yang bersifat general, seperti ketentuan inisiatif/usul undang-undang, tahap persidangan, hingga ketentuan pengambilan suara.³⁸

b. Undang-Undang Organik

Schauer mengatakan undang-undang organik sebagai *quasi constitutional enactments*. UU organik merupakan undang-undang, namun dipandang

³⁷ Ittai Bar-Simon-Tov, *Op.Cit.*, hlm. 1933.

³⁸ Frederick Schauer, *Legislatures as Rule-Followers*, *Op. Cit.*, hlm. 471.

memiliki kedudukan lebih tinggi dibanding undang-undang biasa karena diperintahkan secara langsung oleh UUD. Dapat dikatakan UU organik memiliki derajat konstitusi bahkan dikategorikan sebagai konstitusi dalam arti luas.³⁹ UU organik yang berkaitan dengan pembentukan undang-undang dapat berupa undang-undang yang mengatur kelembagaan pembentuk undang-undang, atau undang-undang yang mengatur mengenai pembentukan undang-undang.

c. Undang-Undang dan Peraturan Badan Legislatif

Undang-undang (*legislative enactments*), meskipun bukan undang-undang organik dan tidak memiliki status kuasi konstitusional, dapat saja mengatur ketentuan mengenai pembentukan undang-undang. Begitu pula peraturan badan legislatif, atau yang disebut lain seperti *legislative rules*, *congressional rules*, atau *parliamentary procedures*, merupakan peraturan internal badan legislatif yang mengatur bagaimana badan legislatif bersidang dan melaksanakan kewenannya.⁴⁰ Menurut **Schauer**, undang-undang dan peraturan badan legislatif dapat menjadi cara badan legislatif mengatur tata cara pelaksanaan kewenangnya sendiri. Mengingat karakteristiknya sebagai ketentuan yang dibuat oleh badan legislatif sendiri, pembentukan undang-undang dan peraturan legislatif terkait proses legislasi juga merupakan kewenangan yang harus dibatasi dan diawasi.⁴¹ Jangan sampai pembentuk undang-undang menetapkan prosedur pemebentukan undang-undang yang bertentangan dengan norma dan nilai konstitusi mengenai pembentukan undang-undang.

³⁹ *Ibid.*, hlm. 472

⁴⁰ Di Indonesia peraturan semacam ini sering disebut Tata Tertib, misalkan Tata Tertib DPR.

⁴¹ *Ibid.*

d. Konvensi Ketatanegaraan⁴²

Schauer menyebut konvensi atau kebiasaan ketatanegaraan sebagai konstitusi tidak tertulis dan norma non-konstitusional. Konvensi ketatanegaraan merupakan norma tidak tertulis dengan mana badan legislatif merasa terikat untuk melaksanakan kewenangannya sesuai dengan konvensi ketatanegaraan. Konvensi ketatanegaraan, termasuk di bidang pembentukan undang-undang, banyak yang berkembang dari praktik ketatanegaraan Parlemen Inggris. Meskipun konvensi ketatanegaraan tidak tertulis, namun konvensi ketatanegaraan tampak bahkan dapat diidentifikasi sehingga dapat menjadi pedoman bagi badan pembentuk undang-undang dalam melaksanakan kewenangannya.⁴³

3. Prinsip-Prinsip untuk Membentuk Undang-Undang yang Rasional

Pembentukan undang-undang pada dasarnya merupakan tindakan mentransformasi, apa yang disebut oleh **Edgar Bodenheimer** sebagai, sumber hukum non-formal menjadi sumber hukum formal. Sumber hukum non-formal dalam hal ini dapat berupa prinsip hukum, nilai moral, doktrin, hingga kecenderungan sosial; sedangkan sumber hukum formalnya dalam hal ini adalah undang-undang.⁴⁴ **Hannele Isola-Miettinen** mengatakan bahwa "*the national legislator writes and posits legal principles into the ordinary legislation*".⁴⁵ Dengan

⁴² Pengklasifikasian yang dilakukan oleh Frederick Schauer cukup menarik. Pada satu sisi Schauer membedakan antara undang-undang organik dengan undang-undang, tetapi pada sisi lain Ia menyandingkan undang-undang dengan peraturan badan legislatif. Padahal dari segi bentuk, undang-undang dengan peraturan badan legislatif merupakan dua peraturan yang berbeda bentuk. Undang-undang merupakan produk hukum yang mengikat umum, sedangkan peraturan badan legislatif mengikat ke dalam. Peraturan badan legislatif, apabila dikategorikan dari segi bentuk lebih tepat disandingkan dengan, atau digolongkan sebagai, konvensi ketatanegaraan karena peraturan badan legislatif dapat dilihat sebagai '*express agreement*' di antara para legislator yang berlaku di antara mereka saja. Dibandingkan sudut pandang bentuk hukum, klasifikasi Schauer dilakukan lebih berdasarkan pada 'siapa' pembentuk prosedur dan 'bagaimana' prosedur tersebut membatasi kewenangan pembentuk undang-undang.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Lihat Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence the Philosophy and Method of the Law*, Massachusetts (USA): Harvard University Press, 1970, hlm. 269-324.

⁴⁵ Hannele Isola-Miettinen, *The Principled Legislative Strategy: Rationality of Legal Principles in the Creation of Law?* dalam Luc J. Wintgens dan A. Daniel Oliver-Lalana, *The Rationality and Justification of Legislation*, Switzerland: Springer International Publishing, 2013, hlm. 50.

kata lain, pembentuk undang-undang menerjemahkan *'what the law should be'* menjadi *'what the law is'*.

Prinsip hukum, nilai moral, doktrin, dan kecenderungan sosial merupakan sesuatu yang relatif. Boleh jadi suatu prinsip berkontestasi dengan prinsip yang lain, suatu nilai moral bertentangan dengan nilai moral lain, suatu doktrin berbeda dengan doktrin lain, bahkan interpretasi mengenai apa yang sedang menjadi kecenderungan sosial tidak pernah tunggal. Dalam proses pembentukan undang-undang bisa saja terdapat pertentangan antara satu sumber hukum non-formal dengan sumber hukum non-formal yang lain. Pembentuk undang-undang memiliki tugas untuk mengurai dan menimbang berbagai faktor tersebut sebelum dapat menghasilkan undang-undang yang paling rasional.

Persoalannya badan pembentuk undang-undang seringkali melihat pembentukan undang-undang semata sebagai ranah politik kekuasaan, bukan ranah penalaran (*realm of power, not reason*). Mekanisme pengambilan keputusan dalam pembentukan undang-undang seringkali lebih memperlihatkan pertarungan kekuatan politik, bukan pertarungan argumentasi untuk menghasilkan undang-undang yang paling rasional. Pembentukan undang-undang menjadi perkara siapa yang memiliki suara paling banyak, bukan siapa yang memiliki argumentasi paling rasional. Pada akhirnya, undang-undang hanya menjadi *resultante* dari sebuah permainan kekuasaan (*a power game*) yang dimenangkan oleh kepentingan yang menguasai lebih banyak suara, bukan dimenangkan oleh suara yang mewakili paling banyak kepentingan.⁴⁶

Padahal proses pembentukan undang-undang tidak bisa dilihat sebagai formalitas politik semata. Pembentuk undang-undang harus dapat menghasilkan undang-undang yang memiliki legitimasi, memenuhi legalitas, dan rasional. Aspek legitimasi dan legalitas dapat selesai dengan pendekatan institutional dan prosedural yang baik. Tetapi untuk menghasilkan undang-undang rasional, pembentuk undang-undang harus melaksanakannya berdasarkan prinsip-prinsip pembentukan undang-undang. Meminjam istilah dari **Hannele Isola-Meiettinen**,

⁴⁶ Terinspirasi dari uraian Luc J. Wintgens mengenai persepsi publik terhadap politik. Lihat Luc J. Wintgens, *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*, England: Ashgate, 2012, hlm. 1-2.

perkara legitimasi dan legalitas dapat dicapai '*solely through rule-based norms*'; tetapi menciptakan undang-undang yang rasional hanya dapat dicapai apabila disertai kemauan untuk mengikuti '*legal principles*'.⁴⁷

Ada banyak prinsip pembentukan undang-undang yang disampaikan oleh para sarjana, namun setidaknya ada 6 (enam) prinsip yang paling fundamental, yaitu:⁴⁸

1) Prinsip Tujuan yang Jelas

Sebuah undang-undang dapat dikatakan memiliki tujuan yang jelas apabila pembentuk undang-undang dapat menguraikan paling sedikit 2 (dua) hal, yaitu: keadaan nyata / permasalahan / perilaku apa yang ingin diatasi dengan dibentuknya suatu undang-undang; dan perubahan apa yang dikehendaki dari keadaan / permasalahan / perilaku tersebut serta bagaimana ketentuan dalam undang-undang yang diusulkan dapat menghasilkan perubahan tersebut. **I.C. van der Vlies** mengemukakan bahwa pada saat pembentuk undang-undang mengusulkan ketentuan untuk mencapai tujuan tersebut, mereka harus menguraikan pula kebaikan dan keburukan yang dapat timbul dari ketentuan tersebut.⁴⁹

2) Prinsip Urgensi

I.C. van der Vlies merangkum uraian mengenai prinsip urgensi dengan pertanyaan, "jika tujuan sudah dirumuskan dengan jelas, persoalan berikutnya adalah apakah tujuan itu memang harus dicapai dengan membuat peraturan?".⁵⁰ Tidak setiap permasalahan dalam kehidupan, sekali-pun itu permasalahan publik, harus diselesaikan dengan membentuk peraturan perundang-undangan. Bahkan, ada permasalahan yang apabila pemerintah ikut campur mengurusinya akan menjadi lebih problematik.

⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 33.

⁴⁸ Enam prinsip pembentukan undang-undang dalam uraian ini merupakan instisari dari pendapat Luc J. Wintgens mengenai *the principle of legisprudence*, dan pendapat van der Vlies mengenai asas-asas pembuatan peraturan yang baik. Lihat Luc J. Wintgens, *Legisprudence... Op.Cit.*, hlm. 4-5; dan I.C. van der Vlies, *Buku Pegangan Perancangan Peraturan Perundang-undangan*, Terj. Linus Doludjawa, Jakarta: Dirjen Peraturan Perundang-undangan Dept. Hukum dan HAM RI, 2005, hlm. 258-309.

⁴⁹ Van der Vlies, *Ibid.*, hlm. 258-259.

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 273.

Dalam prinsip-prinsip legisprudensi yang diuraikan **Luc J. Wintgens** terdapat dua prinsip yang, meskipun berbeda tetapi, sangat berkaitan dengan prinsip urgensi yaitu prinsip alternatifitas (*principle of alternativity*) dan prinsip kebutuhan norma (*principle of necessity*). Mengenai prinsip alternatifitas, **Wintgens** mengatakan bahwa pada prinsipnya manusia sebagai makhluk sosial dapat memiliki kemampuan untuk mengatur kepentingannya sendiri agar harmonis dengan kepentingan orang lain. Menurutnya, undang-undang seharusnya diposisikan hanya sebagai alternatif (*principle of alternativity*) dari interaksi sosial yang gagal sehingga membutuhkan intervensi negara. Apabila warga negara dapat mengatur kepentingannya sendiri secara harmonis dengan kepentingan orang lain, maka negara tidak memiliki legitimasi atau justifikasi untuk membentuk undang-undang.⁵¹

Mengenai prinsip kebutuhan norma, **Wintgens** menguraikan bahwa sebuah undang-undang tidak harus selalu memuat sanksi sebagai instrumen hukum yang paling kuat. Apabila sebuah undang-undang hendak memasukkan sanksi, pembentuk undang-undang harus memberikan justifikasi mengapa instrumen lain yang lebih lemah, seperti sosialisasi, pemberian insentif, pendekatan keperdataan, atau instrumen lainnya tidak dapat diberlakukan.⁵² Apabila pembentuk undang-undang hendak menerapkan sanksi pidana, pembentuk undang-undang harus menjustifikasi mengapa sanksi lain, seperti sanksi administratif, tidak cukup mengingat sanksi pidana sendiri pada prinsipnya merupakan *ultimum remedium*.

3) Prinsip Koherensi

Luc J. Wintgens mengatakan bahwa pembentukan undang-undang harus menghasilkan undang-undang yang koheren. Ia menguraikan '*level theory of coherence*' yang menunjukkan beberapa level koherensi, **paling minimum** sebuah undang-undang harus koheren secara internal, tidak memuat ketentuan yang bertentangan satu sama lain (*not self-contradicting*). **Level**

⁵¹ Luc J. Wintgens, *Legisprudence... Op.Cit.*, hlm. 5.

⁵² *Ibid.*

kedua, sebuah undang-undang harus memiliki koherensi dari segi tempo, dimana pembentuk undang-undang harus dapat memberi justifikasi mengapa pada suatu waktu sebuah undang-undang harus tetap begitu atau harus diubah. **Level ketiga**, sebuah undang-undang harus koheren sebagai bagian dari sistem hukum, tidak bertentangan dengan sumber hukum lainnya sehingga undang-undang tersebut '*make sense as a whole*'. **Level keempat**, sebuah undang-undang memiliki koherensi karena mendasarkan diri pada teori-teori yang meskipun bukan hukum, tetapi digunakan untuk menjustifikasi norma hukum.⁵³

Sejalan dengan itu, **Bagir Manan** mengatakan bahwa sebuah peraturan perundang-undangan, selain memiliki fungsi eksternal yang ditujukan untuk memberikan dampak pada kehidupan sosial, juga memiliki fungsi internal. Perbedaannya, fungsi internal peraturan perundang-undangan ditujukan oleh peraturan yang dibuat sebagai sub sistem hukum kepada sistem hukum itu sendiri. Fungsi internal peraturan perundang-undangan meliputi fungsi penciptaan hukum, pembaharuan hukum, integrasi pluralisme hukum, dan kepastian hukum.⁵⁴ Dapat dipahami bahwa fungsi internal peraturan perundang-undangan tersebut ditujukan agar terbentuknya sebuah sistem hukum yang koheren.

4) Prinsip Implementatif

Dalam literatur, prinsip ini sering pula disebut asas kemungkinan pelaksanaan atau asas kemungkinana penegakan. Intinya, menurut asas ini pembentuk undang-undang harus merumuskan undang-undang yang dapat dilaksanakan. Pembentuk undang-undang harus memperhatikan faktor-faktor yang akan dihadapi pada saat undang-undang tersebut berlaku dan ditegakan. **I.C. van der Vlies** menguraikan setidaknya pembentuk undang-undang mempertimbangkan faktor dukungan sosial yang cukup, keberadaan organ,

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Bagir Manan dalam Ali Abdurahman *et. al.*, *Buku Ajar Ilmu Perundang-Undangan*, Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, 2015, hlm. 40.

sarana, dan sumber keuangan yang cukup, serta pemberian instrumen sanksi yang proporsional.⁵⁵

5) Prinsip Partisipasi Publik

Luc J. Wintgens menawarkan paradigma baru dalam melihat hubungan rakyat sebagai sumber legitimasi dengan badan pembentuk undang-undang yang menerima legitimasi, salah satunya, untuk membentuk undang-undang. Teori dasar yang menjadi basis untuk menjelaskan hubungan tersebut adalah teori kontrak sosial, dengan mana rakyat memberikan legitimasi kepada badan pembentuk undang-undang untuk membentuk undang-undang yang mencerminkan kehendak publik (*general will*). **Wintgens** mengatakan bahwa selama ini, teori kontrak sosial seringkali dilihat dalam *proxy version*, dengan mana rakyat memberikan legitimasi kepada pembentuk undang-undang, lalu pembentuk undang-undang memiliki legitimasi untuk mengatur kehidupan publik. Hubungan tersebut lebih bersifat satu arah, yang menyebabkan pembentuk undang-undang merasa memiliki legitimasi (*legitimacy*) untuk membuat peraturan tanpa upaya untuk memberikan melegitimasi (*legitimation*) produk yang mereka ciptakan. **Wintgens** menawarkan paradigma lain dalam melihat kontrak sosial, yang ia sebut *trade off version*. Dalam versi ini, pembentuk undang-undang memiliki kewajiban untuk berinteraksi dengan rakyat, dan memberikan justifikasi atas setiap pembentukan undang-undang yang dilakukan.⁵⁶ Melalui paradigma baru ini, **Wintgens** mengharapkan setiap pembentukan undang-undang dapat dilakukan dengan melibatkan partisipasi publik.

6) Prinsip Konsensus

Van der Vlies mengemukakan asas konsensus sebagai salah satu asas pembentukan undang-undang yang baik. Asas konsensus menghendaki diusahakannya konsensus antara pihak yang terkena dampak dengan

⁵⁵ Van der Vlies, *Ibid.*, hlm. 274.

⁵⁶ Luc J. Wintgens, *Legisprudence... Op.Cit.*, hlm. 4.

pembentuk peraturan terkait pembentukan suatu peraturan perundang-undangan beserta isinya. Pihak yang akan terdampak harus dipanggil, didengar, dipertimbangkan aspirasinya hingga mencapai konsensus.⁵⁷ Pembentukan undang-undang yang dilakukan melalui konsensus dengan pihak yang terdampak, maka pengimplementasiannya akan menjadi lebih mudah.

Konsensus dalam partisipasi publik versi **van der Vlies** merupakan prinsip yang "diusahakan". Dengan kata lain, tidak setiap aspirasi publik dalam partisipasi pembentukan undang-undang harus disetujui, sepanjang sudah didengar (*right to be heard*) dan dipertimbangkan (*right to be considered*). Berdasarkan paradigma *legitimation* dari **Luc J. Wintgens**, untuk menunjukkan bahwa aspirasi telah dipertimbangkan, meskipun pada akhirnya tidak diterima, pembentuk undang-undang harus menjustifikasi setiap pilihan kebijakan dalam pembentukan undang-undang. Mereka harus memberikan argumentasi baik dalam bentuk naskah akademik maupun perdebatan selama persidangan, mengapa mengambil pilihan kebijakan yang satu dan tidak yang lain atau mengapa menyetujui aspirasi yang satu dan tidak aspirasi yang lain.

Prinsip-prinsip di atas dapat dikonkretisasi dalam prosedur pembentukan undang-undang, dengan memberikan kewajiban kepada pembentuk undang-undang untuk memberikan argumentasi dan justifikasi atas rancangan undang-undang yang dibuat. Argumentasi dan justifikasi yang diperlukan dalam pembentukan undang-undang meliputi: pencarian fakta yang relevan (*relevant fact-finding*), merumuskan permasalahan (*problem formulation*), membandingkan alternatif solusi (*weigh and balance alternatives*), hingga memproyeksi perubahan yang dihasilkan dari rancangan yang dibuat (*prospection*). Argumentasi terkait persoalan di atas diperlukan untuk menjustifikasi setiap norma yang akan dibuat pembentuk undang-undang.⁵⁸ Prosedur pembentukan undang-undang dapat memberikan kewajiban kepada pembentuk undang-undang untuk mengargumentasikan dan merumuskan justifikasi di atas dengan menetapkan

⁵⁷ Van der Vlies, *Op.Cit.*, hlm. 280-281.

⁵⁸ Lihat Luc J. Wintgens, *Op.Cit.*, hlm. 5.

kewajiban menyusun dan naskah akademik, dan menetapkan *'the minimum content'* dari naskah akademik tersebut. Dengan demikian, pembentuk undang-undang akan terdorong untuk membentuk undang-undang yang merepresentasikan kehendak publik, mewakili kepentingan kolektif, dan rasional.

B. Judicial Review Dalam Kerangka Konstitusionalisme

Teori jenjang norma (*Stufenbau*) dari **Hans Kelsen** berkonsekuensi pada keterikatan setiap norma dengan norma di atasnya dengan tidak saling bertentangan.⁵⁹ Konstitusi menjadi norma hukum positif pada level tertinggi yang menjadi sumber bagi peraturan dibawahnya. **Kelsen** juga menegaskan bahwa konstitusi yang dimaksud adalah konstitusi dalam arti luas yang bukan hanya berbentuk hukum tertulis namun juga hukum-hukum kebiasaan maupun undang-undang yang disepakati sebagai konstitusi.⁶⁰ Jika konstitusi merupakan hukum tertinggi dan bertujuan untuk mengikat norma di bawahnya, maka konsekuensi selanjutnya adalah dibutuhkan suatu sarana untuk menegakkan dan memutuskan kapan suatu tindakan atau keputusan bertentangan dengan konstitusi dan memberikan solusi jika hal tersebut terjadi.⁶¹

Inti dari tindakan atau keputusan yang dimaksud **Kelsen** adalah implementasi kewenangan yang diberikan oleh konstitusi pada lembaga-lembaga yang selanjutnya akan membuat norma hukum baik norma yang bersifat general abstrak maupun individual konkret. Dalam hal ini misalnya lembaga legislatif dalam membuat undang-undang, eksekutif dalam membuat peraturan dan keputusan

⁵⁹ *"the unity of these norms is constituted by the fact that the creation of one norms – the lower one – is determined by another – the higher – the creation of which is determined by a still higher norm, and that this regresses is terminated by a highest, the basic norm which, being the supreme reason of validity of the whole legal order, constitutes its unity"*

Hans Kelsen, *General Theory of Law and State, Op. Cit.*, hlm. 124

⁶⁰ *"Considering, to begin with, only a national legal order, the constitution represents the highest level of positive law. "Constitution" is understood here in its material sense, that is, we understand by constitution the positive norm or norms which regulate the creation of general legal norms. The constitution may be created by custom or by a specific act performed by one or several individuals, that is, by a legislative act"*

Hans Kelsen, *Pure Theory of Law, OP. Cit.*, hlm. 221-222.

⁶¹ Andrew Harding, *The Fundamentals of Constitutional Courts, Constitution Brief, IDEA International*, 2017, hlm. 1.

hingga peradilan biasa yang membuat vonis. Dari kaca mata konstitusi yang diposisikan sebagai hukum tertinggi, semua lembaga merupakan pembuat sekaligus penerap hukum. Dengan demikian, pemahaman bahwa legislatif adalah pembuat dan eksekutif adalah penerap hukum adalah pemahaman yang sempit.

*"The two functions are not opposed to each other in the sense that there is an absolute contrast between the creation and the application of law: rather, each of them, on closer inspection, turns out to be both creation as well as application of law"*⁶²

Ketika legislatif membentuk hukum, pada prinsipnya dia juga sedang menerapkan hukum yang diatur oleh konstitusi.

Konstitusi merupakan suatu sistem norma yang menetapkan, membatasi dan mengontrol fungsi-fungsi fundamental negara, bukan sekedar penerjemahan ideologi politik ke dalam norma hukum.⁶³ Dalam hal pembentukan hukum, konstitusi setidaknya mengatur mengenai kewenangan, tata cara dan nilai, prinsip atau asas yang harus menjadi pedoman dari hukum yang akan dibuat terutama oleh parlemen. Ketentuan prosedural dalam pembentukan hukum merupakan bagian dari konstitusi dan bertujuan untuk menciptakan '*parliamentary constraint*'. Hal-hal inilah yang selanjutnya perlu dijamin kesesuaiannya agar dianggap sebagai hukum yang memiliki legalitas. Kelsen menyebutnya sebagai '*constitutional guarantee*', jaminan atas legalitas hukum di setiap level dengan konstitusi.⁶⁴

Sarana untuk menegakkan '*constitutional guarantee*' atau menilai konstitusionalitas adalah melalui mekanisme kontrol terhadap pembentukan norma. Kontrol dilakukan terhadap prosedur pembentukan dan substansi norma sendiri, sesuai dengan hal-hal yang telah diatur oleh konstitusi. Hasilnya, peraturan yang tidak sesuai prosedur pembentukannya dan/atau isinya dengan konstitusi dapat dikatakan tidak konstitusional dan dibatalkan. Berikut penegasan Kelsen mengenai hal ini,

⁶² Hans Kelsen, *The Nature...*, *Op. Cit.*, hlm. 23

⁶³ Paolo Carroza, *Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes*, *Estudios de Deusto*, Vol. 67, No. 1, 2019, hlm. 60.

⁶⁴ "*A guarantee of the constitution, hence, is a guarantee of the legality of the levels of law that stand immediately below the constitution.*"
Hans Kelsen, *The Nature...* *Op Cit.*, hlm. 25.

*"The Constitution is, then, not only a procedural rule but also a substantive rule; therefore, a law may be unconstitutional either because of a procedural irregularity related to its creation or because of content contrary to the principles or directives formulated by the constituent, when it exceeds the preset limits."*⁶⁵

Pengujian terhadap prosedur ini selanjutnya disebut sebagai pengujian formil dan pengujian terhadap substansi norma disebut sebagai pengujian materil. Selanjutnya, pembatalan norma yang cacat tersebut dapat menghapus validitas norma dengan ketentuan sebagai berikut ;

"The annulment of the legally defective act can –if the norm that is to be annulled is general– remove the validity of the legally defective norm:

(a) only for a particular case or for all cases to which the general norm is to be applied;

(b) only for matters of fact that occur after the annulment or also for all or some that occurred before the annulment (i.e. with or without or with limited retroactivity);

(c) the annulment of the legally defective act may be performed by the organ that enacted the act or by some other organ.

Pembatalan terhadap norma dan tindakan pemerintahan ini juga dipercaya menjadi cara yang efektif dalam rangka mewujudkan *constitutional guarantee*.⁶⁶ Dengan demikian, konstitusi sendiri harus memberi ruang atau kewenangan untuk melakukan kontrol tersebut. Mekanisme kontrol dilakukan dengan menguji (*constitutional review*⁶⁷) dan membatalkan suatu produk hukum (*annulment*) yang dianggap bertentangan dengan konstitusi. Konstitusi yang tidak memberikan ruang dan kewenangan pada suatu kekuasaan (lembaga) untuk melakukan hal ini adalah konstitusi yang sia-sia, dia tidak benar-benar dapat menegakan normanya. Menurut Kelsen, *"A constitution not guaranteeing the annulment of unconstitutional acts is not, technically, speaking, completely binding"*⁶⁸

⁶⁵ Sara Lagi, "Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court", *Revista Co-herencia* 9, (2016), hlm. 286.

⁶⁶ *"the most effective guarantee of the constitution: the annulment of the unconstitutional act"* Hans Kelsen, *The Nature...Op. Cit.*, hlm. 44

⁶⁷ Istilah '*constitutional review*' dimaknai sebagai pengujian yang menggunakan konstitusi sebagai batu uji.

⁶⁸ Giorgio Bongiovanni, *Rechtsstaat and Constitutional Justice In Austria: Hans Kelsen's Contribution*, dalam Pietro Costa (et.al), *The Rule of Law History, Theory, and Criticism*, Netherlands: Springer, 2007, hlm. 310.

Sedikit bergeser dari pemikiran **Kelsen**, ide penjagaan supremasi konstitusi melalui mekanisme kontrol terhadap norma ini dalam sejarah sebenarnya telah dilaksanakan ratusan tahun sebelum masa **Kelsen**. Pada jaman Yunani Kuno, telah dikenal prosedur hukum untuk menyatakan keberatan dan pertimbangan pembatalan. Pernyataan keberatan terhadap undang-undang/kebijakan negara yang *paranomos (contrary to law / unconstitutional)*. Prosedur ini disebut '*Graphé Paranomon*'.⁶⁹ Ada pula pertimbangan untuk pembatalan *psephismat (decree / keputusan)* yang bertentangan dengan *nomoi (konstitusi)*.⁷⁰

Kemudian pada sistem ketatanegaraan Inggris, dengan supremasi parlemen yang begitu kental, sejarah sempat mencatat mekanisme kontrol norma ini dalam Perkara Dr. Bonham's case tahun 1610. Saat itu Lord Coke menyatakan '*the common law will control Acts of Parliaments, and sometimes adjudge them to be utterly void*'.⁷¹ Namun demikian, memang mekanisme ini tidak berkembang. Hal ini setidaknya disebabkan oleh dua hal yaitu doktrin supremasi parlemen dan ketiadaan konstitusi yang terdokumentasi. Menurut **Sir John A.R. Marriot**, doktrin supremasi parlemen membawa setidaknya tiga prinsip yaitu :⁷²

- a. Parlemen dapat membuat semua hukum
- b. Parlemen dapat mencabut semua hukum
- c. Konstitusi Inggris tidak mengenal pembedaan antara hukum yang bersifat fundamental dan tidak.

Demikian pula dengan **Dicey** yang menggambarkan Parlemen Inggris sebagai otoritas tak terbatas dan tak tertandingi.⁷³

⁶⁹ Adrian Lanni, Judicial Review and the Athenian 'Constitution', *Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper No. 10-21*, Harvard Law School., hlm. 2.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Mauro Cappelletti, Judicial Review in Comparative Perspective, *California Law Review*, Vol. 57, No. 5, 1970, hlm. 1028

⁷² Sir John A.R. Marriot, *English Political Institution, An Introductory Study*, Oxford University Press, Great Britain, 1938, hlm. 127.

⁷³ "the right to make or unmake any law whatever and further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or to set aside the legislation of Parliament" A.V Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indiana Polis: Liberty Classic, 1915. hlm 3-4.

Selanjutnya pada era 1800an di Amerika. Perkara Marbury vs Madison 1803⁷⁴ dianggap sebagai titik tolak perkembangan mekanisme penjagaan konstitusi. Marbury merupakan salah satu hakim perdamaian (*justice of peace*) yang diangkat pada malam terakhir masa jabatan Presiden John Adams yang akan digantikan oleh Thomas Jefferson. Pada masa kepemimpinan Jefferson, surat pengangkatan Marbury dan beberapa hakim lain tidak diserahkan oleh James Madison selaku *Secretary Of State*. Dengan demikian, Marbury dan beberapa hakim lain yang tidak menerima surat pengangkatan tersebut, mengajukan perkara ke *Supreme Court*. Marbury dkk meminta agar *Supreme Court* mengeluarkan perintah (*writ of mandamus*) kepada *Secretary of State* agar segera mengeluarkan surat pengangkatannya. Kewenangan *Supreme Court* untuk mengeluarkan *writ of mandamus* diatur dalam *Judiciary Act 1789*. John Marshal selaku ketua *Supreme Court* memutuskan bahwa *Supreme Court* tidak dapat mengabulkan permohonan sebab kewenangan *writ of mandamus* tidak terdapat di Konstitusi. Kewenangan ini diatur dalam undang-undang yang artinya bertentangan dengan konstitusi.

Dalam putusannya, **Marshal** mengutip pendapat **Hamilton** mengenai konsep kepatuhan pada konstitusi Amerika yang diposisikan sebagai *supreme law of the land*, dan mekanisme pembatalan hukum yang melanggar konstitusi. Konsep ini sudah dikemukakan oleh Alexander Hamilton, salah satu *Founding Fathers* Konstitusi Amerika. Dalam *The Federalist Papers* (1787), Hamilton dengan lugas menganalogikan hubungan rakyat dengan wakilnya di lembaga legislatif sebagai tuan (*masters*) dan pelayan (*servant*). Konstitusi yang merupakan hasil konsensus rakyat diposisikan sebagai tuan dan wakil mereka di lembaga legislatif adalah pelayan, maka semua yang dikerjakan oleh pelayan harus sesuai kehendak tuan mereka, tidak boleh sebaliknya.⁷⁵ Dikatakan bahwa *legislative act* yang bertentangan dengan konstitusi adalah hal yang tidak valid. Harus terdapat

⁷⁴ William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States, 5 U.S. 137, 1803

⁷⁵ "No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid"

Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, Oxford University Press, New York, 2008 hlm. 381

mekanisme untuk menjaga hal tersebut, dan itu sudah sepatutnya dilakukan oleh pengadilan sebagai lembaga yang memang bertugas untuk mengadili dan memutus (*to say what the law is*). Tanpa mekanisme ini maka perlindungan hak dalam konstitusi adalah sia-sia.⁷⁶

Melalui perkara *Marbury vs Madison* disadari bahwa semua peraturan di bawah konstitusi tidak boleh bertentangan dengan konstitusi sebagai *supreme law of the land* dan hal ini menjadi konsekuensi logis bagi para hakim untuk selalu berpikir tentang konstotusionalitas dari dasar hukum yang akan digunakan untuk memutus setiap perkara yang dihadapi. Dengan demikian, kewenangan pengujian menjadi melekat begitu saja pada para hakim di semua tingkat. Konstitusi Amerika tidak mengatur secara khusus mengenai kewenangan pengadilan untuk melakukan *constitutional review*. Artikel III Konstitusi Amerika hanya menyatakan jenis-jenis perkara yang dapat diselesaikan oleh *Supreme Court*, dan Artikel VI Paragraf 2 adalah pernyataan mengenai konstitusi sebagai hukum tertinggi (*supreme law of the land*) dan semua hakim terikat dengan konstitusi.

Ketiga contoh mekanisme kontrol norma yang telah dikemukakan di atas dilakukan oleh lembaga yudikatif. Oleh sebab itu, jika dilihat dari lembaga yang melakukan pengujian maka istilahnya disebut '*judicial review*'. **Bagir Manan** menyebutkan bahwa dalam konteks lembaga yang melaksanakan kewenangan, istilah review dapat diklasifikasikan menjadi *judicial review*, *legislative review* dan *eksekutif review*. Istilah-istilah ini muncul sebab dalam perkembangannya ada pula negara-negara yang melakukan mekanisme ini melalui lembaga politik. **Mauro Cappelletti** mengklasifikasikannya menjadi '*Political Control of Constitutionality* (*Political Review*)' dan '*Judicial Control of Constitutionality* (*Judicial Review*)'.

Political Control of Constitutionality misalnya dipraktekan di Perancis oleh Dewan Konstitusi (*conseil constitutionnel*).⁷⁷ Lembaga ini bukan merupakan

⁷⁶ "Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing"

Ibid.

⁷⁷ Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, New York: Bobbs Meerill, 1971, hlm. 2.

lembaga yudikatif namun bagian tersendiri dari parlemen, dan kontrol dilakukan sebelum undang-undang diundangkan. Dengan demikian istilahnya menjadi *preview* bukan *review*. Hampir sama seperti Inggris, Perancis juga pemegang doktrin supremasi parlemen yang sangat kuat, namun Perancis tidak menolak sepenuhnya gagasan pengujian undang-undang atau mekanisme kontrol konstusioalitas, hanya menolak untuk memberikan kewenangan tersebut pada pengadilan. Hal ini lebih disebabkan karena alasan historis dan ideologis.⁷⁸

Agak berbeda dengan Perancis, **Cappelletti** mengatakan bahwa Italy juga melakukan *political control of constitutionality* meskipun tidak sepenuhnya karena memiliki Mahkamah Konstitusi. *Political control* dilakukan oleh Presiden melalui hak untuk menolak mengundangkan *bill* yang disetujui Parlemen jika dianggap *unconstitutional*.⁷⁹ Selanjutnya jika terjadi sengketa diantara Presiden dan Parlemen, maka akan diselesaikan oleh Mahkamah Konstitusi.

Ide *constitutioanal guarantee* dari Kelsen adalah satu paket dengan ide pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai satu peradilan tersendiri untuk melaksanakan fungsi *constitutional review*. Kelsen merasa mekanisme *political control of constitutionality* adalah kurang tepat, sebab seperti yang telah disampaikan sebelumnya bahwa lembaga-lembaga politik seperti legislatif dan eksekutif pada prinsipnya adalah penerap norma konstitusi. Maka mengharapkan mereka untuk menguji produk mereka sendiri adalah hal yang naif. "*To expect a parliament to annul a statute that it enacted on the ground of a pronouncement of legal defectiveness made by another organ, would be politically naive*".⁸⁰ Demikian pula dengan konsep *constitutional review* yang dilekatkan pada setiap hakim seperti di Amerika, Kelsen tidak menyarankan hal ini, sebab perkara konstitusional memiliki karakter tersendiri yang tidak selalu melekat pada perkara biasa. Diperlukan hakim dan lembaga tersendiri yang bukan hanya menjaga norma-norma konstitusi namun juga mampu menghidupkannya sehingga semakin adaptif dengan perkembangan

⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 3.

⁷⁹ *Ibid.* hlm. 6.

⁸⁰ Hans Kelsen, *The Nature... Op Cit.*, hlm. 45

masyarakat. "Through this work the static terms of the constitution become alive, adapting themselves to the conditions of everyday life."⁸¹

Meskipun demikian, semua ide *judicial review* sama-sama bertolak dari pemahaman supremasi konstitusi yang selanjutnya terbelah menjadi menjadi dua model utama yang berkembang di dunia, yaitu model desentralisasi *ala* Amerika dan model sentralisasi *ala* Kelsen yang pertama kali dibentuk di Austria. Mauro Cappelletti mengklasifikasikannya sebagai sistem desentralisasi – sentralisasi.⁸² Sistem desentralisasi, yang lazim dikenal sebagai '*American System of Control*', memberikan kewenangan *judicial review* kepada semua pengadilan di setiap tingkat yang berpuncak di Supreme Court.⁸³ Pengajuan perkara pengujian bersanding dengan perkara biasa yang sedang terjadi (*concrete case*). Dengan demikian, sistem desentralisasi tidak memiliki kebutuhan untuk membentuk lembaga khusus yang dibebankan kewenangan pengujian. Sedangkan sistem sentralisasi, menyerahkan kewenangan pengujian pada suatu lembaga peradilan tersendiri yang di banyak negara disebut sebagai Mahkamah Konstitusi. Dalam sistem ini, pengujian konstitusionalitas dapat dilakukan tanpa adanya suatu kasus terlebih dahulu, atau terlepas dari kasus konkret (*abstract case*).

Dalam perkembangannya, pemikiran Kelsen dan pembentukan Mahkamah Konstitusi menjadi *trend* baru di dunia pasca perang dunia ke II.⁸⁴ *Issue* ketatanegaraan saat itu berkembang pada fenomena negara-negara dengan konstitusi namun tidak menegakkan konstitusionalismenya. Para ahli mulai berpikir tentang struktur hukum dan politik seperti apa yang harus dibangun untuk memastikan bahwa ketentuan-ketentuan di dalam konstitusi itu benar-benar dilaksanakan atau untuk mengurangi pelanggaran terhadap konstitusi serta dapat menjatuhkan sanksi yang efektif atas pelanggaran tersebut.⁸⁵ Pada kenyataan ini, kehadiran Mahkamah Konstitusi menjadi harapan baru penegakan

⁸¹ Mauro Cappelletti, *Judicial Review in Comparative Perspective*, *Op. Cit.*, hlm. 1019.

⁸² Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, *Op Cit.*, hlm. 45.

⁸³ *Ibid.*, hlm. 25.

⁸⁴ Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies Constitutional Courts in Asian Cases*, New York: Cambridge University Press, 2003, hlm. 90.

⁸⁵ Albert H. Y. Chen, *The Global Expansion of Constitutional Judicial Review: Some historical and comparative perspectives*, *Legal Studies Research Paper Series*, Faculty of Law University of Hongkong, 2013, hlm. 1

konstitusionalisme, bahkan dianggap dianggap sebagai simbol dari konstitusionalisme modern.⁸⁶

Dalam Konstitusionalisme modern, nilai demokrasi menjadi wacana yang semakin mengemuka. Konsentrasi tertuju pada bagaimana 'demokrasi dan konstitusionalisme' dapat hidup berdampingan.⁸⁷ Nilai-nilai demokrasi dalam konstitusi diusakan penegakannya tidak hanya dari aspek prosdural namun juga substansial. Aspek-aspek substansial dari demokrasi lebih diintegrasikan pada setiap kekuasaan negara terutama kekuasaan legislatif yang berperan sebagai personifikasi rakyat. Dengan demikian, legitimasi dan validasi dari produknya lahir dari mekanisme-mekanisme rinci yang mengakomodir nilai-nilai demokrasi. Hal ini sesuai pula dengan konsep *due process of law* dari negara hukum yang juga dilekatkan pada tindakan-tindakan legislatif yang disebut sebagai *legislative due process*.⁸⁸

Penegakan nilai-nilai demokrasi juga kemudian menjadi beban lembaga peradilan terutama Mahkamah Konstitusi di era konstitusionalisme modern. Mahkamah Konstitusi diposisikan sebagai institusi penjaga supremasi konstitusi melalui kewenangannya untuk menguji 'pilihan politik' yang menjadi benteng penjaga dari kesewenang-wenangan pelanggaran hak oleh kekuatan mayoritas.⁸⁹ **José Juan Moreso** menjelaskan pengadilan yang terlibat dalam *judicial review* berfungsi sebagai, pemberi informasi yang terpercaya tentang apakah pemerintah telah melampaui batas-batas kewenangannya dan penjaga terhadap tindakan perampasan hak yang dilakukan oleh pemerintah.⁹⁰

Di banyak negara, Mahkamah Konstitusi menjadi lembaga yang cukup signifikan peran dan karakternya. **Conrado Hübner Mendes**, menggambarkan lima karakter Mahkamah Konstitusi yaitu :⁹¹

⁸⁶ *Ibid.*, hlm.6

⁸⁷ Giorgio Bongiovanni, *Op. Cit.*, hlm. 304

⁸⁸ Lihat Erwin Chemirinsky, hlm. *Op. Cit.*, 1501-1502.

⁸⁹ Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford Constitutional Theory, United Kingdom: Oxford University Press, 2013, hlm. 85.

⁹⁰ José Juan Moreso, Kelsen on Justifying Judicial Review, download at https://www.academia.edu/12050745/Kelsen_on_Justifying_Judicial_Review, hlm. 8.

⁹¹ Disarikan dari Conrado Hübner Mendes, *Loc. Cit.*

1. **Veto force**

Dalam doktrin trias politika, Mahkamah Konstitusi diharapkan mampu menjadi penyeimbang (*counterweighing*) melalui veto yang berbentuk putusan. Fungsi ini memungkinkan konstusionalisme memoderasi berbagai sumber kekuasaan untuk selalu saling membatasi demi mencegah tirani.

2. **Guardian**

Mahkamah Konstitusi sebagai pemutus perkara yang netral yang terbebas dari politik (*apolitical adjudicator*). Dalam rangka menjaga nilai-nilai konstitusi.

3. **Public reasoner**

Mahkamah Konstitusi diharapkan menjadi *forum of principal*. Tempat bertemunya perdebatan-perdebatan prinsip yang menjadi argumentasi dari setiap pihak yang berperkara. Wahana perdebatan prinsipil inilah yang akan menjadi *arena of Socratic contestation* yang membentuk justifikasi untuk nalar public. Kebiasaan berbicara dengan justifikasi ini juga selanjutnya akan membentuk '*culture of justification*', budaya untuk selalu memiliki justifikasi.

4. **Institutional Interlocutor**

Mahkamah Konstitusi sebagai intitusi yang mampu menjadi Lawan bicara. Proses pengujian itu sejatinya merupakan obrolan panjang antara kekuasaan legislatif dan publik, maka dalam proses ini Mahkamah diharapkan hadir sebagai rekan dialog, *dialogical partner* yang menantang cabang kekuasaan untuk memberikan respon terhadap penalaran-penalaran yang berkualitas yang diberikan.

5. **Deliberator**

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang melakukan musyawarah. Karakter ini lebih di dekati dari sisi internal yang sering diabaikan. Mahkamah terdiri dari kelompok kecil hakim yang terlibat dalam berbagai argumentasi untuk berakhir pada sebuah putusan dan musyawarah ini memberikan keuntungan untuk memberikan jawaban terbaik atas penafsiran Konstitusi.

Karakter yang diharapkan dapat menjadi peran Mahkamah Konstitusi ini sekaligus menjawab para penentang kehadiran Mahkamah. Mereka sering

menyandingkan kewenangan pengujian dengan demokrasi melalui pertanyaan 'bagaimana mungkin beberapa orang hakim membatalkan produk dari orang-orang pilihan rakyat?' Selain itu, yang terpenting adalah karena apa yang dilakukan mahkamah adalah justru tentang penilaian legitimasi dan validasi dari produk para wakil rakyat tersebut. Kelemahan legitimasi dan validasi-lah yang membatalkan produk tersebut.

Karakter ini juga yang menjadi dasar pemikiran meningkatnya permohonan yang mempersoalkan undang-undang dari sisi prosedur pembentukannya (pengujian formil). Kelsen yang membawa konsep bahwa kecacatan prosedur dapat mempengaruhi legitimasi dan validitas suatu norma memang mengingatkan bahwa pengadilan perlu berhati-hati dalam membatalkan karena alasan formal. Menurut Kelsen "*only in cases where the procedural defects are particularly grave or 'essential'*"⁹² Jadi pembatalan hanya jika kecacatan prosedur bersifat esensi. Namun, Kelsen melanjutkan bahwa "*The judgment as to what counts as an essential defect is then best left to the free discretion of the court, since it is not advisable to draw the very difficult distinction between essential and inessential defects, in general terms, in the constitution itself.*"⁹³ Indikator kecacatan esensial ini menurut Kelsen sebaiknya menjadi kebijaksanaan pengadilan. Dengan demikian, lagi-lagi tergantung bagaimana Mahkamah Konstitusi mau menggunakan karakter-karakternya.

Pada tatanan demokrasi deliberasi ideal yang diharapkan oleh masyarakat dewasa ini, Mahkamahlah yang diharapkan menjadi '*custodians of public deliberation*'. Seperti Ketika Habermas meminta pengadilan untuk memastikan *deliberative self-determination* yang harus terefleksi dalam proses pembentukan undang-undang dan untuk menilai apakah proses itu dilakukan dalam keadaan deliberatif yang layak.⁹⁴ Dalam pandangannya, Mahkamah perlu menengahi antara cita-cita republik dan praktik politik nyata yang merosot (yang terlihat lebih dari sekedar ketaatan pada aturan formil pembentukan undang undang). Dalam hal ini pengadilan memastikan *legislator* menjalankan tugas dan fungsinya dengan baik,

⁹² Hans Kelsen, *The Nature... Op Cit.*, hlm 61.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Conrado Hübner Mendes, *Op Cit.*, hlm 85.

yang berfokus pada prosedur pembentukan undang-undang. Perlu di tegaskan bahwa Mahkamah tidak akan mengambil peran sebagai wakil rakyat, namun sebagai penilai dari proses demokrasi deliberatif yang dijalankan (*The court is just the warden of democratic deliberative processes, not the forum of deliberation itself*).⁹⁵ Hal yang dapat ditekankan di sini adalah bahwa Mahkamah dapat dikatakan sebagai sosok pendengar yang baik dan memberi perhatian yang sama bagi para pihak, serta membuka peluang untuk mendengar alasan-alasan yang datang dari luar Mahkamah.⁹⁶

⁹⁵ *Ibid.*, hlm.86.

⁹⁶ *Ibid.*, Hlm. 93.

BAB III

METODE PENELITIAN

1. Spesifikasi penelitian

Spesifikasi penelitian ini adalah deskriptif analitis, yakni penelitian yang bersifat menggambarkan dan melukiskan fakta-fakta mengenai keadaan objek yang diteliti melalui data-data sekunder, yang dibagi dalam bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier yang diperoleh.

2. Metode pendekatan

Penelitian ini akan dilakukan dengan menggunakan pendekatan perbandingan hukum tata negara, khususnya pendekatan perbandingan hukum tata negara yang dilakukan secara fungsional,⁹⁷ yaitu yang memperbandingkan hukum berdasarkan fungsinya di masyarakat. Pendekatan perbandingan hukum tata negara secara fungsional dipilih sebab metode ini tidak mengkaji hukum tata negara secara formal atau hanya mengkajinya dari norma konstitusi dan putusan pengadilan,⁹⁸ pendekatan secara fungsional akan melihat pula bagaimana faktor-faktor non-hukum seperti sosial dan politik mempengaruhi suatu norma atau instrumen hukum yang sama berfungsi secara berbeda di satu masyarakat dengan masyarakat lainnya.

Tujuan dari perbandingan secara fungsional ini adalah untuk memperbaiki atau meningkatkan kualitas instrumen hukum yang diperbandingkan, dengan menjadikan contoh yang terdapat di negara lain sebagai bahan pembelajaran terhadap negara yang menjadi fokus kajian.⁹⁹ Tujuan ini spesifik untuk meningkatkan kinerja/fungsi suatu instrumen hukum, dengan demikian pendekatan ini mensyaratkan adanya keyakinan peneliti bila terdapat kesamaan terlebih dahulu (*praesumptio similitudinis*) antara instrumen/konsep hukum yang

⁹⁷ Francesco Birgami, "Formal versus Functional Method in Comparative Constitutional Law", *Osgoode Hall Law Journal* 53, (2016).

⁹⁸ *Ibid*, hlm 449-450.

⁹⁹ Ratno Lukito mengistilahkan pendekatan fungsionalisme yang memiliki tujuan spesifik ini sebagai *specific functionalism*. Lihat Ratno Lukito, *Perbandingan Hukum Perdebatan Teori dan Metode*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2016, hlm 48.

diperbandingkan¹⁰⁰

Penelitian ini bertujuan untuk mencari model yang ideal mengenai bagaimana Mahkamah Konstitusi melaksanakan kewenangannya melakukan pengujian formil, peneliti memilih tiga negara yang akan dijadikan obyek perbandingan dengan Indonesia yaitu Israel, Kolombia, dan Afrika Selatan. Ketiga negara tersebut dipilih sebab memiliki kesamaan dengan Indonesia yaitu memiliki pengadilan konstitusi yang bertugas sebagai penjaga konstitusi dan demokrasi,¹⁰¹ tak hanya itu, selayaknya Indonesia, ketiga negara tersebut memiliki konstitusi yang bersifat transformatif (*transformative constitutionalism*) atau bertujuan untuk mengembangkan kehidupan masyarakatnya menjadi lebih baik, sebagaimana diperlihatkan oleh eksistensi perlindungan hak asasi manusia yang komprehensif di konstitusi ketiga negara.¹⁰² Ketiganya seperti Indonesia juga memiliki kondisi sosial-politik yang sama, yakni keharusan bagi pengadilan konstitusinya untuk melakukan pengujian undang-undang secara formil sebagai imbas dari sistem politiknya yang berjalan secara disfungsional.¹⁰³

Di luar negara-negara yang dibandingkan, tentu ada pula negara lain yang memiliki karakteristik di atas. Namun demikian, Tim Peneliti memilih Israel, Kolombia, dan Afrika Selatan sebagai negara pembanding karena Tim Peneliti telah memiliki riset pendukung mengenai Mahkamah Konstitusi pada ketiga negara tersebut. Riset tersebut berguna sebagai bahan awal yang dapat mendukung pengerjaan penelitian yang dilakukan dalam durasi waktu yang terbatas.

Perbandingan akan dilakukan dengan membandingkan norma-norma

¹⁰⁰ Ralf Michaels, "The Functional Method of Comparative Law", dalam Mathias Reimann dan Richard Zimmerman (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2012, hlm 369.

¹⁰¹ Theunis Roux, "Constitutional Court as Democratic Consolidators: Insight from South Africa after 20 Years", *Journal of Southern African Studies* 42, (2016); Katrin Merhof, "Building a bridge between reality and the constitution: The establishment and development of the Colombian Constitutional Court", *International Journal of Constitutional Law* 13, (2015); Aharon Barak, "The Role of a Supreme Court in Democracy and the Fight Against Terrorism", *University of Miami Law Review* 58, (2003).

¹⁰² Lihat Santiago Garcia-Jaramillo dan Camilo Valdivieso-Leon, *Op. Cit.*, 48; Lihat juga Theunis Roux, "Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the 1996 South African Constitution: Distinction without a Difference?", *Stellenbosch Law Review* 20, (2009), 258-85.

¹⁰³ Lihat Yaniv Roznai, "Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset", *Verfassung und Recht in Ubersee* 51, (2018); Lihat juga David Landau dan dan Julian Daniel Lopez-Murcia, *Op. Cit.*

konstitusi yang berkaitan dengan kewenangan pengadilan konstitusi di ketiga negara beserta prosedur pembentukan undang-undang yang ada. Penelitian ini juga akan mengamati praktik pengujian secara formil yang dilakukan di ketiga negara tersebut, khususnya untuk mengetahui apakah batu uji yang digunakan untuk melakukan pengujian secara formil hanya terbatas kepada norma-norma konstitusi yang berkaitan dengan proses pembentukan undang-undang ataukah lebih luas dari itu. Di samping itu penelitian ini juga akan berusaha mengungkap faktor-faktor determinan apa saja yang mendorong pengadilan konstitusi di ketiga negara tersebut melakukan pengujian undang-undang secara formil.

3. Tahap penelitian

Berkenaan dengan metode penelitian yang digunakan, maka dilakukan studi pustaka, terhadap data-data sebagai berikut:

- a) Bahan hukum primer, yaitu bahan yang sifatnya mengikat masalah-masalah yang akan diteliti berupa peraturan perundang-undangan serta putusan Mahkamah Konstitusi, diantaranya adalah sebagai berikut:
 - 1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - 2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 jo Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019;
 - 3) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 jo Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011;
 - 4) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6 Tahun 2005;
 - 5) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-VII/2009 Tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung;
 - 6) Konstitusi Kolombia 1991;
 - 7) Konstitusi Afrika Selatan 1996;
 - 8) Hukum Dasar (*Basic Law*) Israel;
 - 9) Serta putusan hakim di negara-negara lain yang menjadi bahan pembandingan di penelitian ini;
- b) Bahan hukum sekunder, yaitu bahan yang diperoleh dari bahan-bahan

hukum yang erat kaitannya dengan sumber hukum primer dan dapat membantu menganalisis dan memahami bahan hukum primer. Bahan-bahan tersebut diantaranya adalah buku-buku hukum, jurnal-jurnal, serta hasil-hasil penelitian terkait dengan pengujian undang-undang secara formil.

- c) Bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum yang diperoleh dari ensiklopedia, kamus-kamus hukum, serta informasi yang berasal dari internet dan media lainnya yang dapat melengkapi bahan hukum primer dan sekunder.

4. Teknik pengumpulan data

Penelitian ini akan melakukan pengumpulan data atau informasi dengan cara melakukan studi kepustakaan (*library research*), yaitu mendapatkan bahan-bahan atau data-data sekunder berupa bahan hukum primer seperti, Undang-Undang Dasar 1945, konstitusi-konstitusi negara yang menjadi bahan perbandingan, putusan-putusan Mahkamah Konstitusi dan pengadilan konstitusi di negara lain, serta peraturan perundang-undangan yang terkait, maupun bahan hukum sekunder seperti buku-buku, jurnal (cetak maupun *online* jurnal), dan hasil riset mengenai proses pembentukan peraturan perundang-undangan, kewenangan pengadilan konstitusi menguji konstusionalitas undang-undang, serta teori-teori yang menunjang penelitian ini seperti *due process of law*.

5. Analisis data

Seluruh data atau informasi yang diperoleh dianalisis secara kualitatif, yaitu menganalisis dengan berlandaskan pada norma-norma hukum, asas-asas, doktrin ketatanegaraan, serta fakta sosial yang berkaitan dengan obyek penelitian.

BAB IV

PENGUJIAN FORMIL DI BEBERAPA NEGARA: PERBANDINGAN DENGAN KOLOMBIA, AFRIKA SELATAN, DAN ISRAEL

A. Kolumbia

Sejak dibentuknya pada tahun 1991, Mahkamah Konstitusi Kolombia telah menjelma menjadi salah satu pengadilan konstitusi terkuat setidaknya di wilayah Amerika Selatan.¹⁰⁴ Aktivisme Mahkamah Konstitusi Kolombia ini bisa dilihat dari luasnya kewenangan yang mereka miliki, dimana Mahkamah Konstitusi Kolombia tidak hanya sekedar bertugas sebagai penjaga konstitusionalitas undang-undang, tetapi mereka juga memainkan peran utama dalam memenuhi hak-hak ekonomi dan sosial masyarakat lewat langkah mereka memanfaatkan mekanisme *tutela (constitutional complaint)*.¹⁰⁵ Dengan perannya dalam konteks pemenuhan hak-hak ekonomi dan sosial, tidak mengherankan jika kemudian Mahkamah Konstitusi Kolombia menjelma menjadi institusi yang sangat populer di mata publik Kolombia.¹⁰⁶ Popularitas inilah yang kemudian melegitimasi mereka untuk memperluas kewenangannya sampai skala yang tak terbayangkan sebelumnya, misalnya ketika pada tahun 2009 Mahkamah Konstitusi Kolombia membatalkan amandemen Konstitusi yang memungkinkan mantan Presiden Alvaro Uribe untuk dapat menjabat selama tiga periode. Dalam putusan ini Mahkamah Konstitusi Kolombia mengembangkan *constitutional replacement doctrine* yang membuat mereka dapat membatalkan suatu amandemen apabila hal itu dilakukan untuk mengubah elemen esensial dari Konstitusi Kolombia.¹⁰⁷

Namun, dalam konteks pengujian formil, kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk dapat melakukan pengujian formil diberikan secara atributif oleh undang-

¹⁰⁴ Daniel Bonilla Maldonado, *Introduction: Toward Constitutionalism of the Global South*, dalam Daniel Bonilla Maldonado (ed), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*: Cambridge University Press, 2013, hlm. 21.

¹⁰⁵ Jorge Gonzalez Jacome, In Defense of Judicial Populism: Lesson from Colombia, *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, (3 Mei 2017), <http://www.iconnectblog.com/2017/05/in-defense-of-judicial-populism-lessons-from-colombia/>

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Lihat Carlos Bernal, Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, (2013).

undang dasar. Hal ini sebagaimana dinyatakan di dalam *Article 241 (4)* Konstitusi Kolombia Tahun 1991 sebagai berikut:

"The safeguarding of the integrity and supremacy of the Constitution is entrusted to the Constitutional Court in the strict and precise terms of this article. For such a purpose, it will fulfill the following functions:

1. ...
2. ...
3. ...
4. ***Decide on the petitions of unconstitutionality brought by citizens against the laws, both for their substantive content as well as for errors of procedure in their formation.***"

Oleh karena itu, aktivisme yang dibangun oleh Mahkamah Konstitusi Kolombia dalam pengujian formil berada pada pemaknaan yang mendalam terhadap prosedur di dalam serangkaian tahapan pembentukan undang-undang. Hal ini tercermin, misalnya pada kasus ***value-added tax (VAT)*** yang di putus tahun 2005 yang membatalkan Undang-Undang Reformasi Pajak, karena dianggap prosedur yang ditempuh oleh Kongres dalam pembentukan undang-undang tersebut tidak dilakukan secara memadai.

Di dalam perkara ini, Mahkamah Konstitusi Kolombia membatalkan pasal dalam Undang-undang Reformasi Pajak karena mengenakan bentuk pajak baru terhadap beberapa bahan baku mendasar yang sebelumnya dikecualikan dari pajak.¹⁰⁸ Dalam kasus ini Mahkamah Konstitusi Kolombia membatalkan ketentuan tersebut dengan alasan terdapat pelanggaran terhadap prosedur pembentukan undang-undang, pelanggaran ini menurut Mahkamah Konstitusi Kolombia terjadi akibat Pasal 116 undang-undang tersebut, yang mengenakan beberapa bentuk pajak baru, dibuat secara terburu-buru tanpa adanya suatu pembahasan atau proses deliberasi yang memadai di dalam Kongres Kolombia. Mahkamah Konstitusi Kolombia mengakui bila kewenangan membuat pajak berada sepenuhnya di tangan Kongres sesuai prinsip *'no taxation without representation'*, akan tetapi menurut

¹⁰⁸ Decision C-776 of 2003.

mereka hal ini juga harus diikuti dengan prinsip demokrasi yang dianut Konstitusi Kolombia.¹⁰⁹

Pada saat Undang-Undang Reformasi Pajak dibentuk, Mahkamah Konstitusi Kolombia menemukan fakta jika pengenaan pajak terhadap beberapa bahan baku yang sifatnya mendasar tidak terdapat pada rancangan awal undang-undang tersebut, gagasan tersebut baru muncul setelah disodorkan Menteri Ekonomi selaku perwakilan Presiden, sehari sebelum *House of Representative* memasuki masa reses atau di hari terakhir pembahasan. Kondisi ini membuat klausul tersebut tidak sempat diperdebatkan terlebih dahulu oleh *House of Representative*. Konteks tersebutlah yang kemudian membuat Mahkamah Konstitusi Kolombia merasa Undang-Undang Reformasi Pajak dibentuk tanpa pembahasan yang pantas (*minimal deliberation*), dan karena itulah ketentuan ini dibatalkan dengan dalih pelanggaran prosedur.¹¹⁰

Konstitusi Kolombia telah mengatur secara detail prosedur pembuatan suatu undang-undang, termasuk di antaranya soal jangka waktu minimal yang dibutuhkan untuk membahas dan menerimanya.¹¹¹ Menurut mantan hakim legendaris Mahkamah Konstitusi Kolombia, Manuel Jose Cepeda,¹¹² pengaturan secara detail ini dimaksudkan agar cita-cita dari Konstitusi Kolombia yang menginginkan agar institusi legislatif memainkan peran lebih besar dalam pembentukan kebijakan publik dapat tercapai.¹¹³ Sayangnya dalam kasus VAT, terbukti proses legislasi ini tidak dijalankan secara maksimal, malah institusi legislatif justru dikooptasi kepentingan Presiden.

Pasca kasus tersebut, Mahkamah Konstitusi Kolombia beberapa kali membatalkan norma dalam undang-undang dengan dalih pelanggaran prosedur

¹⁰⁹ Manuel Jose Cepeda Espinosa dan David Landau, *Colombian Constitutional Law Leading Cases*, New York: Oxford University Press, 2017, hlm. 319.

¹¹⁰ *Ibid*, hlm. 322.

¹¹¹ Lihat Pasal 160 Konstitusi Kolombia "*Between the first and second readings, a period of no less than eight (8) days must have elapsed, and between the approval of the bill in either Chamber and the initiation of the debate in the other, at least 15 days must have elapsed.*"

¹¹² Soal reputasi dari Hakim Cepeda, lihat David Landau, "Manuel Jose Cepeda and Institution-Building on the Colombian Constitutional Court", *IACL-AIDC Blog*, (25 Maret, 2019), <https://blog-iacl-aidc.org/towering-judges/2019/3/25/manuel-jose-cepeda-and-institution-building-on-the-colombian-constitutional-court>

¹¹³ Manuel Jose Cepeda Espinosa dan David Landau, *Op. Cit*, Hlm. 317.

pembentukannya, sebagaimana yang ditentukan Konstitusi (serta undang-undang organik yang mengatur kinerja Kongres). Contohnya bisa dilihat dalam kasus ***Pension Reform***¹¹⁴ tatkala Mahkamah Konstitusi Kolombia membatalkan beberapa ketentuan dalam undang-undang yang mengatur soal pensiunan, dengan alasan, syarat beberapa kali minimal debat dalam proses pembentukan undang-undang yang ditentukan oleh Konstitusi Kolombia tidak dilaksanakan.¹¹⁵ Masalah serupa juga terjadi pada kasus perubahan terhadap Kitab Hukum Pidana (***Amendments to the Criminal Code***),¹¹⁶ dalam kasus ini Mahkamah Konstitusi Kolombia menemukan bila tidak terdapat perdebatan sebelum rancangan perubahan aturan ini memasuki tahap *voting*. Selain itu, Mahkamah Konstitusi Kolombia juga menemukan fakta bahwa banyak anggota-anggota Kongres yang tidak mengetahui substansi dari teks peraturan yang diubah, hal inilah yang kemudian membuat Mahkamah Konstitusi Kolombia membatalkan perubahan ini, dengan dalih pelanggaran prosedur, khususnya terhadap prinsip publisitas: “*the supposed minimum of deliberative and decision-making rationality is knowledge of the texts of the projects and the modifications proposed to them.*”¹¹⁷

Kembali pada salah satu kritik utama terhadap proses pengujian formil, yaitu anggapan bila hal ini bertentangan dengan prinsip pemisahan kekuasaan. Ketiga kasus yang ditangani Mahkamah Konstitusi Kolombia di atas justru memperlihatkan bukti sebaliknya, bahwa pengujian formil dilakukan pengadilan konstitusi untuk memastikan agar Kongres selaku institusi legislatif dapat menjalankan fungsi utamanya membentuk undang-undang. Alasan mengapa kondisi anomali ini dapat terjadi dikarenakan Kolombia memiliki konstelasi politik yang disfungsi. Konstitusi Kolombia yang diundangkan tahun 1991 berusaha memperkuat peran Kongres dalam proses pembentukan kebijakan, sebagai respon atas pengalaman buruk Kolombia di dekade 1970-1980an ketika Presiden seringkali mengintervensi

¹¹⁴ Decision C-754 of 2004.

¹¹⁵ Manuel Jose Cepeda Espinosa dan David Landau, *Op. Cit.*, hlm. 324.

¹¹⁶ Decision C-760 of 2001.

¹¹⁷ Manuel Jose Cepeda Espinosa dan David Landau, *Loc Cit.*, hlm. 4.

peran Kongres dalam membentuk undang-undang melalui mekanisme keadaan darurat.¹¹⁸

Sayangnya, transisi ke konstitusi baru ini tidak diikuti dengan perubahan yang signifikan terhadap partai-partai politik, akibatnya institusi-institusi politik seperti Kongres masih bekerja menurut perspektif lama, yaitu tidak memandang kedudukannya sebagai pengawas Presiden. Bahkan, kinerja Kongres semakin memburuk semenjak diberlakukannya Konstitusi baru, terutama setelah konstelasi politik Kolombia yang dahulu dikuasai dua partai politik saja (Partai Liberal dan Konservatif) kemudian menjadi sangat terfragmentasi dengan banyak munculnya partai-partai baru.¹¹⁹ Situasi itu membuat suara Kongres menjadi sangat terpecah dan mereka juga kesulitan mengambil posisi sebagai satu institusi yang solid.¹²⁰ Keadaan tersebut mendorong proses pembentukan undang-undang lebih banyak didominasi kepentingan Presiden.¹²¹ Pada awal milenium, demokrasi Kolombia malah sempat terancam pasca naiknya Presiden populis Alvaro Uribe, yang berhasil memperkuat kekuasaannya dengan menjabat selama dua periode. Uribe berhasil menghilangkan batas masa jabatan Presiden dalam Konstitusi yang awalnya hanya memungkinkan seorang Presiden di Kolombia menjabat selama satu periode, bahkan hampir berhasil memperpanjangnya hingga periode yang ketiga.¹²²

Keberhasilan Uribe mengkooptasi konstelasi politik Kolombia yang dari sebelumnya telah terpecah belah menjadi tersentralisasi kepada sosoknya merupakan salah satu pemicu Mahkamah Konstitusi Kolombia memainkan peran lebih guna menjaga agar Presiden tidak mengambil alih fungsi pembentukan undang-undang, salah satunya ialah dengan melakukan pengujian undang-undang secara formil guna memastikan proses pembentukan undang-undang dijalankan sesuai prosedur yang ditentukan Konstitusi dan undang-undang organik.¹²³ Tujuan

¹¹⁸ David Landau dan Julian Daniel Lopez-Murcia, *Political Institutions and Judicial Role: An Approach in Context, The Case of the Colombian Constitutional Court*, *Vniversitas Bogota*, Vol. 119, (2009), hlm. 66-67.

¹¹⁹ *Ibid*, Hlm. 70.

¹²⁰ *Ibid*.

¹²¹ Lihat Pasal 154, 164, 165, 166, dan 167 Konstitusi Kolombia.

¹²² Lihat David Landau, "Abusive Constitutionalism", *University of California Davis*, Vol. 47, (2013), hlm. 200-203.

¹²³ David Landau dan Julian Daniel Lopez-Murcia, *Op. Cit*, hlm. 71.

Mahkamah Konstitusi Kolombia memainkan peran lebih untuk menjaga prinsip pemisahan kekuasaan ini juga terlihat dari salah satu penjelasan yang dikeluarkan mereka dalam salah satu putusannya:¹²⁴

“The difficulties deriving from the overflowing power of the executive in our modern state and the loss of political leadership of the legislature should be compensated, in a constitutional democracy, with the strengthening of the judicial power, which is perfectly placed to control and defend the constitutional order. This is the only way to construct a true equilibrium and collaboration between the powers; otherwise, the executive will dominate.”

B. Israel

Israel memiliki sejarah yang unik terkait proses *judicial review*, lebih khusus lagi terhadap proses pengujian undang-undang secara formil. Jika di negara-negara lain praktik pengujian formil berkembang pasca adanya pengujian materil, di Israel yang terjadi justru sebaliknya, praktik pengujian formil lebih dahulu diakui Mahkamah Agung Israel ketimbang pengujian materil. Hal ini bermula dari kasus ***Sarid v. The Knesset Speaker*** yang diputus pada tahun 1982,¹²⁵ dalam kasus ini Mahkamah Agung Israel mengklaim bila mereka dapat membatalkan suatu undang-undang yang dibentuk tanpa melalui prosedur yang tepat.¹²⁶

Tafsiran yang dibuat Mahkamah Agung Israel pada kasus ***Sarid*** terbilang unik, mengingat saat itu mereka tidak memiliki wewenang untuk melakukan pengujian materil, wewenang melakukan pengujian materil baru dimiliki Mahkamah Agung Israel pada tahun 1995 lewat kasus ***United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village***.¹²⁷ Kasus ***Mizrahi Bank*** menandai revolusi konstitusi yang terjadi di Israel, karena lewat kasus tersebut Mahkamah Agung Israel yang pada saat itu dipimpin Hakim Aharon Barak,¹²⁸ mengakui bila dua Hukum Dasar (*Basic Law*) yang diundangkan pada tahun 1992 (*Basic Law: Human Dignity and Liberty*

¹²⁴ Penjelasan Hakim Ciro Angarita Barón. Dalam Decision T-406 of 1992.

¹²⁵ HCJ 652/81 *Sarid v. The Knesset Speaker* [1982] IsrSC 16 (2) 197.

¹²⁶ Suzie Navot, “Judicial Review of the Legislative Process”, *Israel Law Review*, Vol. 39, No. 2, (2006), hlm. 192.

¹²⁷ CA 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, 49(4) PD 221 (1995).

¹²⁸ Lihat juga Alon Harel, “Chief Justice Barak’s Legal Revolutions and What Remains of Them: The Authoritarian Abuse of the Judicial-Empowerment Revolution”, *IACL-AIDC Blog*, (20 Maret, 2019), <https://blog-iacl-aidc.org/towering-judges/2019/3/20/chief-justice-baraks-legal-revolutions-and-what-remains-of-them-the-authoritarian-abuse-of-the-judicial-empowerment-revolution>

dan *Basic Law: Freedom of Occupation*) merupakan konstitusi formil bagi Israel,¹²⁹ karena itu eksistensinya memberi legitimasi bagi pengadilan untuk membatalkan undang-undang yang isinya bertentangan dengannya.¹³⁰

Kembali pada kasus ***Sarid***, Mahkamah Agung Israel sekalipun menegaskan bahwa mereka dapat membatalkan undang-undang atas dasar pelanggaran formil, namun mereka juga amat berhati-hati dalam menerapkan kewenangan ini.¹³¹ Bentuk kehati-hatian tersebut bisa dilihat dimana pada kasus ini Mahkamah Agung Israel menolak membatalkan undang-undang yang diujikan, tak hanya itu, mereka juga menetapkan *Sarid test* sebagai metode untuk menguji apakah memang telah terdapat pelanggaran secara prosedural dalam proses pembentukan undang-undang. Menurut Hakim Aharon Barak, pembatalan undang-undang hanya dapat dilakukan “*only when an internal decision of the Knesset seriously damages parliamentary life, and influences on the foundations of the constitutional structure (demokrasi)*”.¹³²

Pasca kasus *Sarid*, MA Israel beberapa kali menangani kasus pengujian formil, diantaranya adalah dalam kasus ***Poultry Growers*** serta kasus ***Litzman***.¹³³ Di kedua kasus ini Mahkamah Agung Israel walaupun menegaskan kembali tafsiran bahwa mereka dapat menguji undang-undang secara formil, namun lagi-lagi mereka menolak melakukannya.

Dalam kasus ***Poultry Growers*** yang diputus tahun 2004, para pemohon mengujikan ketentuan yang mereformasi sektor agrikultur dalam Undang-Undang Program Ekonomi, yang memindahkan kewenangan mengorganisasi serta membentuk regulasi terkait urusan pertanian dari Dewan Pertanian ke Menteri Agrikultur. Para pemohon tersebut beralasan bila ketentuan soal agrikultur di undang-undang tersebut tidak dibentuk melalui cara-cara yang pantas, alasannya

¹²⁹ Sebelum kasus *Mizrahi Bank*, Israel bisa dikatakan tidak memiliki Konstitusi formil yang tertulis dalam satu dokumen, melainkan Konstitusi Israel terserak dalam berbagai dokumen hukum (mirip Inggris).

¹³⁰ Frank A. Michelman, “Israel’s “Constitutional Revolution”: A Thought from Political Liberalism”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 19, No. 2, (2018), hlm. 748.

¹³¹ Suzie Navot, *Op. Cit.*, hlm. 185.

¹³² *Ibid*, hlm. 186.

¹³³ HCJ 4885/03 *The Poultry Growers' Organization v. The Government of Israel* [2004] IsrSC 59 (2) 14; HCJ 5131/03 *Litzman v. The Knesset Speaker* [2004] IsrSC 59 (1) 577.

sesuai prosedur yang ada, pembahasan mengenai isi undang-undang harus dilakukan sebanyak dua kali, dalam undang-undang ini proses pembahasan soal ketentuan agrikultur dilakukan secara terburu-buru hanya dalam jangka waktu satu hari dari sore hingga tengah malam, selain itu fase pembahasan pertama dan kedua juga dilakukan secara cepat dan tanpa jeda waktu.¹³⁴ Mahkamah Agung Israel sayangnya menolak permohonan ini. Salah satu hakim yaitu Beinisch mengeluarkan pendapat berikut yang menunjukkan kehati-hatian mereka untuk membatalkan undang-undang atas dasar pelanggaran formil:¹³⁵

"In order to bring about judicial intervention in the legislation procedure it is not sufficient to prove a violation of a fundamental principle of the legislative process... rather it must be shown that the damage to the principle was considerable and severe... only in extreme and rare cases... is the court likely to declare that a law is void due to flaws in the legislative process."

Permohonan tersebut memang ditolak, akan tetapi, Mahkamah Agung Israel juga sadar bahwa terdapat masalah prosedural dalam proses pembentukan UU tersebut. Karena itulah mereka merekomendasikan Parlemen Israel (*Knesset*) untuk membentuk undang-undang yang dapat memperbaiki prosedur pembentukan undang-undang. Rekomendasi Mahkamah Agung Israel ini di landasi pendapat Hakim Beinisch yang menjelaskan bila terdapat empat prinsip fundamental dalam proses pembentukan undang-undang oleh Knesset, yaitu: *the principle of participation, the principle of majority decision, the principle of publicity, and the principle of formil equality*.¹³⁶ Dapat dikatakan bahwa Hakim Beinisch seolah melanjutkan pendapat Hakim Barak dengan merinci prinsip-prinsip yang merupakan cerminan dari prinsip demokrasi.

Sementara itu, pada kasus **Litzman**, Mahkamah Agung Israel diminta membatalkan undang-undang yang sama dengan kasus ***Poultry Growers*** (Undang-Undang Program Ekonomi). Hanya saja yang dipermasalahkan kali ini adalah proses penentuan suara untuk menyetujui undang-undang ini. Sekali lagi, Mahkamah Agung Israel menolak membatalkan undang-undang ini, namun

¹³⁴ Lihat Suzie Navot, *Op. Cit*, hlm. 190.

¹³⁵ *Ibid*.

¹³⁶ *Ibid*, hlm. 191.

terdapat beberapa hal baru yang dijadikan pertimbangan bagi Mahkamah Agung Israel dalam melakukan uji formil, yakni Hakim Aharon Barak menambahkan jika prinsip fundamental dalam proses pembentukan undang-undang (selain empat prinsip yang telah disebut sebelumnya) juga mencakup beberapa hak yang dimiliki anggota *Knesset* seperti hak berekspresi.¹³⁷ Tak cukup sampai disana, Barak juga menambahkan bila Mahkamah Agung Israel dalam memutus uji formil selain harus membuktikan adanya pelanggaran prosedur yang bertentangan dengan prinsip dasar demokrasi juga harus membuktikan bila pelanggaran prosedur tersebut berpengaruh kepada isi dari undang-undang yang dibentuk.¹³⁸

Kasus-kasus tersebut menunjukkan prinsip kehati-hatian yang digunakan Mahkamah Agung Israel dalam melakukan pengujian undang-undang secara formil, terbukti dari penolakan Mahkamah Agung Israel membatalkan undang-undang sekalipun dalam kasus tersebut mereka jelas-jelas menemukan adanya pelanggaran formil.

Di tahun 2017 Mahkamah Agung Israel kembali melakukan pengujian undang-undang secara formil dalam kasus *Quantinsky v. Knesset*,¹³⁹ dan kali ini mereka membatalkan ketentuan yang mengenakan pajak terhadap masyarakat yang memiliki tiga rumah atau lebih dalam Undang-Undang Omnibus mengenai perekonomian. Pada kasus ini Mahkamah Agung Israel membatalkan ketentuan tersebut, sebab dalam proses pembentukannya anggota Parlemen tidak diberikan kesempatan yang memadai untuk memperdebatkan substansi ketentuan tersebut, akibatnya ketika pengambilan suara untuk menyetujuinya para anggota tidak memahami secara mendalam substansi dari ketentuan tersebut.¹⁴⁰ Mahkamah Agung Israel juga menegaskan bila pembentukan undang-undang tersebut telah dilakukan sesuai aturan prosedural yang ditentukan untuk membentuk undang-undang, hanya saja kesesuaian dengan aturan prosedural tidaklah cukup. Hal itu

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid*, hlm. 198.

¹³⁹ HCJ 10042/16 *Quantinsky v. the Israeli Knesset* (2017).

¹⁴⁰ Ittai Bar Simon-Tov, "In Wake of Controversial Enactment Process of Trump's Tax Bill, Israeli SC Offers a Novel Approach to Regulating Omnibus Legislation", *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, (13 Desember, 2017), <http://www.iconnectblog.com/2017/12/in-wake-of-controversial-enactment-process-of-trumps-tax-bill-israeli-sc-offers-a-novel-approach-to-regulating-omnibus-legislation/>

harus pula diikuti dengan kepastian bila prosedur tersebut mampu mewujudkan proses yang deliberatif.¹⁴¹

Aktivisme Mahkamah Agung Israel dalam kasus ini tentu saja mengundang kritik, salah satunya lewat *dissenting opinion* yang dikeluarkan Hakim Menachem Mazuz. Menurut Hakim Mazuz, apa yang dilakukan Hakim mayoritas dalam kasus ini telah melanggar asas pemisahan kekuasaan, sebab Konstitusi Israel telah menentukan bila *Knesset* memiliki kewenangan untuk mengatur sendiri mekanisme lembaganya bekerja, termasuk pula dalam proses pembuatan undang-undang. Dengan demikian, Mahkamah Agung Israel harus menghormati asas pemisahan kekuasaan dengan tidak mengintervensi proses pembentukan undang-undang.¹⁴²

Sekalipun banyak dinilai bertentangan dengan asas pemisahan kekuasaan, keputusan Mahkamah Agung Israel dalam kasus ***Quantinsky*** menurut Yaniv Roznai¹⁴³ justru dilakukan untuk meneguhkan asas pemisahan kekuasaan, sebab dalam putusan tersebut Mahkamah Agung Israel berusaha memastikan superioritas Parlemen dalam proses pembentukan undang-undang.¹⁴⁴ Roznai juga memandang bila asas pemisahan kekuasaan tidak boleh dimaknai bahwa setiap cabang kekuasaan boleh bertindak sewenang-wenang tanpa adanya pengawasan dari cabang kekuasaan lain, karena itulah menjadi kewajiban pengadilan untuk mengingatkan bila cabang kekuasaan lain bertindak sewenang-wenang di luar yurisdiksinya, maka itulah di kasus ini peran Mahkamah Agung Israel tepat pula disebut sebagai *'the guardian of the Knesset'* sebab mereka berupaya memastikan agar eksekutif tidak mendominasi proses pembentukan undang-undang yang merupakan ranah Parlemen.¹⁴⁵

Di samping itu, keputusan membatalkan undang-undang dengan melalui uji formil pada kasus ***Quantinsky*** juga dilakukan di tengah situasi politik Israel yang sedang mengalami kemunduran kualitas demokrasi, khususnya setelah pemerintahan sayap kanan Perdana Menteri Benjamin Netanyahu berhasil

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Dalam Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, *Verfassung und Recht in Ubersee*, Vol. 51, (2018), hlm. 424.

¹⁴³ Associate Professor pada The Harry Radzyner Law School

¹⁴⁴ *Ibid*, Hlm. 434.

¹⁴⁵ *Ibid*, Hlm. 434-435.

mengonsolidasikan kekuasaannya dalam beberapa tahun terakhir.¹⁴⁶ Adapun keberhasilan Netanyahu ini juga diikuti dengan berkurangnya kekuatan oposisi di Parlemen yang membuat Parlemen Israel lebih banyak bekerja sebagai 'penyetuju' dari kebijakan-kebijakan pemerintah ketimbang sebagai pengawas.¹⁴⁷

C. Afrika Selatan

Di Afrika Selatan, kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk melakukan *judicial review* dinyatakan secara eksplisit di dalam Konstitusi Afrika Selatan Tahun 1996, yakni di dalam *Article 167 (3) (b) (i)* dan *Article 172* yang berbunyi sebagai berikut:

Article 167

"The Constitutional Court -

a. is the highest court of the Republic; and

b. may decide

i. **constitutional matters;** and

ii."

Article 172

"When deciding a constitutional matter within its power, a court -

a. must declare that any law or conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid to the extent of its inconsistency; and

b."

Kedua ketentuan di atas tidak mengatur secara eksplisit mengenai kewenangan pengujian formil. Ketentuan tersebut secara eksplisit hanya memperlihatkan pemberian kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi untuk melakukan pengujian secara materil. Sehingga, Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan melakukan pengujian formil dengan berpijak pada ketentuan lain yang mengatur kewenangannya untuk menilai apakah Parlemen atau Presiden tidak memenuhi kewajiban konstitusionalnya. Kewenangan ini diatur secara eksplisit di dalam *Article 167 (4) (e)* Konstitusi Afrika Selatan Tahun 1996 sebagai berikut:

¹⁴⁶ Nadiv Mordechay dan Yaniv Roznai, A Jewish and Declining Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel, *Maryland Law Review*, Vol. 77, Issue 1, (2017), Hlm. 257.

¹⁴⁷ *Ibid.*

"Only the Constitutional Court may -

- a. ...;
- b. ...;
- c.;
- d. **decide that Parliament or the President has failed to fulfil a constitutional obligation;**"

Akibatnya, Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan dikenal sebagai salah satu pengadilan konstitusi yang paling kuat di belahan Bumi bagian selatan (*global south*) Bersama dengan Mahkamah Konstitusi Kolombia.¹⁴⁸ Reputasi ini di dapatkan Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan atas keberhasilannya pula dalam mendorong perubahan sosial di masyarakat,¹⁴⁹ khususnya dalam kasus-kasus yang berkaitan dengan hak-hak ekonomi dan sosial budaya. Beberapa kasus monumental seperti *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* bahkan menjadi perhatian besar bagi banyak sarjana-sarjana hukum tata negara di level internasional, sebab kasus tersebut memperlihatkan jika jaminan secara komprehensif di dalam Konstitusi atas hak-hak ekonomi dan sosial-budaya dapat memberi legitimasi bagi pengadilan konstitusi untuk menegakkannya.¹⁵⁰ Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan juga dikenal atas perannya mengonsolidasikan demokrasi, utamanya untuk menjaga agar sistem politik Afrika Selatan yang semenjak bertransisi ke demokrasi didominasi satu partai (*African National Congress* atau ANC) tetap mampu berjalan secara adil dan inklusif.¹⁵¹

Salah satu bentuk dari keterlibatannya mengonsolidasikan demokrasi dapat ditemui pada pilihan mereka melaksanakan pengujian formil, contohnya adalah dalam kasus ***Doctor for Life International v. Speaker of the National***

¹⁴⁸ Daniel Bonilla Maldonado, *Loc. Cit.*, Hlm. 21.

¹⁴⁹ Lihat Rosalind Dixon dan Theunis Roux, "Introduction", dalam Rosalind Dixon dan Theunis Roux (eds.), *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, hlm. 2.

¹⁵⁰ *Ibid*, Hlm. 5.

¹⁵¹ Theunis Roux, "Constitutional Court ... *Op. Cit.*", hlm. 9-10.

Assembly and Others (Doctor for Life).¹⁵² Pada kasus yang diputus di tahun 2006 ini, MK Afrika Selatan membatalkan dua undang-undang yang saat itu baru saja diundangkan mengenai urusan kesehatan yaitu *the Traditional Health Practitioners Act*, dan *the Choice on Termination of Pregnancy Amendment Act*.¹⁵³

Adapun alasan Mahkamah Konstitusi membatalkan kedua undang-undang tersebut adalah karena dalam proses pembentukannya, terdapat kewajiban bagi majelis tinggi Afrika Selatan yaitu *National Council of Provinces* (NCOP) untuk melibatkan publik ketika mereka sedang bersidang untuk membahas dan menyetujui suatu rancangan undang-undang yang diajukan pemerintah atau *National Assembly* (majelis rendah).¹⁵⁴ Dalam kasus ***Doctor for Life***, Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan menemukan bukti bahwa selama proses perumusan kedua undang-undang di atas, kebanyakan provinsi-provinsi yang terwakili di NCOP tidak melaksanakan pembahasan publik dengan alasan tidak memiliki waktu yang cukup.¹⁵⁵ Alasan tersebut menurut Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan kurang masuk akal, sehingga memberi legitimasi bagi mereka membatalkan kedua undang-undang tersebut dengan alasan pelanggaran prosedural, meski demikian perlu diperhatikan jika dalam kasus ini Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan sekalipun menyatakan kedua undang-undang tersebut batal karena bertentangan dengan konstitusi, tetapi mereka menunda pembatalannya selama 18 bulan, adapun penundaan tersebut dilakukan Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan dengan maksud agar legislatif memiliki cukup waktu untuk mengundang kembali revisi atas kedua undang-undang tersebut yang dilakukan sesuai prosedur dari Konstitusi.¹⁵⁶

Menurut Hakim Ngcobo yang menulis putusan mayoritas dalam kasus ***Doctor for Life***, partisipasi publik merupakan salah satu elemen terpenting Konstitusi Afrika Selatan, sebab Konstitusi Afrika Selatan dibentuk dengan cita-cita mewujudkan

¹⁵² *Doctor for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others* [2006] ZACC 11, 2006 (6) SA 416 (CC).

¹⁵³ South Africa: Constitutional Court, "Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others", *Southern Africa Legal Information Institute*, <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/11.html>

¹⁵⁴ Lihat Pasal 72 ayat (1a) Konstitusi Afrika Selatan "The National Council of Provinces must-facilitate public involvement in the legislative and other processes of the Council and its committees".

¹⁵⁵ South Africa: Constitutional Court, *Op. Cit.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

masyarakat non-rasial dan demokratis sebagaimana tercermin dalam ketentuan awal Konstitusi Afrika Selatan yang menegaskan komitmennya menciptakan “*a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness*”.¹⁵⁷ Adapun komitmen terhadap prinsip akuntabilitas, responsivitas, dan keterbukaan menurut Ngcobo menggambarkan bahwa Konstitusi Afrika Selatan tak hanya mengandung elemen demokrasi tetapi juga partisipasi.¹⁵⁸ Maka dalam proses pembentukan undang-undang, Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan merasa dapat membatalkan undang-undang dengan alasan absennya partisipasi, apalagi bila partisipasi ini juga telah diwajibkan dalam prosedur pembentukan undang-undang di Pasal 72 dari Konstitusi.

Tindakan membatalkan undang-undang dengan alasan pengujian formil pada kasus ***Doctor for Life*** menunjukkan perubahan paradigma dari Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan.¹⁵⁹ Beberapa tahun sebelum kasus tersebut Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan pernah pula dihadapkan dengan persoalan yang terkait uji formil, yakni di kasus ***United Democratic Movement v. President of the Republic*** (UDM).¹⁶⁰ Kasus ini sesungguhnya bukan berkaitan dengan pengujian formil terhadap undang-undang, tapi pengujian formil terhadap amandemen konstitusi yang memperbolehkan anggota-anggota legislatif di segala level pemerintahan berpindah partai ketika sudah duduk di Parlemen.

Pemohon kasus ini merupakan sebuah partai politik kecil yang mencoba menguji amandemen tersebut ke Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan, dengan alasan bahwa amandemen ini membahayakan komitmen demokrasi multi-partai yang dianut Konstitusi Afrika Selatan, sebab dengan memperbolehkan anggota-anggota Parlemen berpindah partai hal itu akan menguntungkan ANC sebagai satu-satunya partai besar.¹⁶¹ Karena itulah, para pemohon di kasus ini merasa amandemen tersebut dilakukan tidak sesuai prosedur amandemen, sebab Konstitusi

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Stephen Gardbaum, Pushing the Boundaries: Judicial Review of Legislative Procedures in South Africa, *Constitutional Court Review*, Vol. 9, (2019), hlm. 6.

¹⁶⁰ *United Democratic Movement v President of the Republic of South Africa* [2002] ZACC 21, 2003 (1) SA 495 (CC) (UDM).

¹⁶¹ Theunis Roux, Constitutional Court ... *Op. Cit.*, hlm. 11.

Afrika Selatan memiliki prosedur amandemen yang berbeda-beda terhadap setiap ketentuan yang ada.

Khusus untuk amandemen yang dilakukan terhadap Bab 1 Konstitusi Afrika Selatan – mengenai *founding provisions* – terdapat syarat yang lebih sulit dari ketentuan Konstitusi lainnya, yakni membutuhkan persetujuan 75% anggota *National Assembly* (majelis rendah) serta enam negara bagian di NCOP (majelis tinggi). Sementara itu, amandemen konstitusi dalam kasus UDM dilakukan lewat mekanisme normal (hanya membutuhkan persetujuan 2/3 anggota *National Assembly*). Menurut pemohon, besarnya implikasi dari amandemen pada kasus UDM terhadap sistem kepartaian membuatnya lebih tepat dikategorikan sebagai amandemen terhadap Bab 1 Konstitusi Afrika Selatan, khususnya kepada komitmen terhadap *multi-party democracy*.¹⁶² Dengan demikian, menurut pemohon amandemen itu dilakukan tidak sesuai prosedur karena mengikuti prosedur amandemen terhadap mekanisme normal.

Di putusannya dalam kasus UDM, Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan menolak membatalkan amandemen tersebut, dengan alasan penentuan mengenai mekanisme pergantian partai oleh anggota Parlemen sepenuhnya merupakan wewenang legislatif. Putusan ini mendapat banyak kritikan, salah satunya oleh Samuel Issacharoff¹⁶³ yang menilai bila Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan seharusnya mengambil inisiatif lebih guna mencegah dominasi ANC terhadap sistem politik menjadi semakin kuat.¹⁶⁴

Kedua kasus di atas menandai perubahan paradigma Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan, jika sebelumnya mereka sangat menghindari mengintervensi prosedur legislasi (kasus UDM), maka semenjak kasus ***Doctor for Life*** mereka mulai lebih berani mengintervensi prosedur legislasi, termasuk pula membatalkan undang-undang dengan alasan pelanggaran formil. Bahkan dalam beberapa kasus setelahnya intervensi tersebut bukan hanya berupa pembatalan terhadap undang-undang dengan alasan pelanggaran formil, tetapi juga terhadap peraturan internal

¹⁶² Lihat Pasal 1 poin d Konstitusi Afrika Selatan.

¹⁶³ American Law Professor

¹⁶⁴ Samuel Issacharoff, "The Democratic Risk to Democratic Transition", *Constitutional Court Review*, Vol. 5, (2014), 1-31.

dari Parlemen yang dipandang menihilkan hak oposisi dalam prosedur pembentukan undang-undang.¹⁶⁵ Menurut Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan, Parlemen memang memiliki wewenang penuh untuk membuat peraturan internal mengenai proses pembentukan undang-undang, hanya saja menurutnya wewenang tersebut harus dilakukan sesuai asas demokrasi seperti yang dikehendaki teks konstitusi.¹⁶⁶

Intervensi yang dilakukan Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan terhadap proses legislasi ini tidak bisa dilepaskan dari perkembangan konteks politik yang ada di Afrika Selatan. Walaupun dipandang sebagai salah satu kisah sukses transisi ke demokrasi, tetapi perlu dicatat bila sejak bertransisi, konstelasi politik Afrika Selatan hanya di dominasi satu kekuatan politik saja yakni *African National Congress* (ANC) – bekas partai politik Nelson Mandela.¹⁶⁷ Kondisi tersebut menyebabkan kinerja Parlemen Afrika Selatan menjadi tidak maksimal, sebab institusi tersebut diisi tokoh-tokoh yang berasal dari partai yang sama dengan pemerintah. Dengan kondisi tersebut tentu saja sulit mengharapkan Parlemen dapat berperan sebagai pengawas kinerja pemerintah, apalagi semenjak era Presiden Jacob Zuma pemerintahan ANC sudah masuk ke dalam tahap membahayakan demokrasi, akibat tindakan-tindakan mereka yang kerap mengkooptasi institusi-institusi yang bertugas mengawasi pemerintah.¹⁶⁸

Berkaca dari kondisi di atas, maka tindakan Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan yang kemudian banyak mengintervensi proses legislasi – termasuk membatalkan undang-undang dengan alasan pelanggaran prosedural – menurut pendapat Stephen Gardbaum¹⁶⁹ merupakan langkah yang tepat, alasannya dalam situasi khusus ketika asas pemisahan kekuasaan tidak berjalan normal (legislatif gagal mengawasi eksekutif), maka intervensi oleh pengadilan terhadap proses legislasi menjadi memiliki legitimasi.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Lihat kasus *Oriani-Ambrosini, MP v Sisulu, MP Speaker of the National Assembly* ('Oriani-Ambrosini'). Dalam Stephen Gardbaum, *Op. Cit*, Hlm. 8.

¹⁶⁶ *Ibid*.

¹⁶⁷ Tom Gerald Daly, *Preventing ANC Capture of South African Democracy: A Missed Opportunity for 'Other' Constitutional Court*, Tulisan di presentasikan dalam ICON Society Conference, Copenhagen 5-7 Juni 2017, Hlm. 5.

¹⁶⁸ *Ibid*, Hlm. 6.

¹⁶⁹ Professor of International Justice and Human Rights at UCLA School of Law

¹⁷⁰ Stephen Gardbaum, *Op. Cit*, Hlm. 17.

D. Indonesia

Negara terakhir yang pengadilan konstitusinya memiliki kekuasaan melakukan pengujian formil adalah negara yang menjadi fokus penelitian ini yaitu Indonesia. Berbeda dengan negara-negara yang telah dijelaskan sebelumnya, pengakuan bila Indonesia dapat melakukan pengujian formil justru tidak lahir dari aktivisme pengadilan konstitusi, kewenangan ini muncul karena diberikan oleh peraturan perundang-undangan yang mengatur wewenang Mahkamah Konstitusi, hal ini bisa dilihat pada Pasal 51A Ayat (3) UU Nomor 8 Tahun 2011, yang mana Pasal tersebut menegaskan bila perkara pengujian undang-undang dapat berupa pengujian formil atau pengujian terhadap tata-cara pembentukan peraturan perundang-undangan.

Dalam perjalanannya, sejak 2013 hingga 2019 Mahkamah Konstitusi Indonesia tercatat telah menerima 44 (empat puluh empat) kali permohonan pengujian formil, dengan hasil 21 perkara (48%) tidak dapat diterima, 17 perkara (39%) ditolak, 5 perkara (11%) ditarik kembali dan 1 perkara (2%) gugur karena pemohon tidak menghadiri persidangan.¹⁷¹ Dari 44 perkara tersebut terdapat tiga perkara yang menarik untuk diulas, yaitu **Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009, 73/PUU-XII/2014, dan 79/PUU-XII/2014.**

Pada **Putusan No 27/PUU-VII/2009**, Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian formil terhadap UU Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Undang-Undang tentang Mahkamah Agung (UU Perubahan UU MA). Dalam kasus ini para pemohon yang terdiri dari LSM dan aktivis memohonkan kepada Mahkamah Konstitusi untuk membatalkan secara keseluruhan UU Perubahan UU MA, dengan alasan adanya pelanggaran prosedural dalam proses pembentukannya, khususnya dalam tahap pembentukan Pasal 11-nya yang mengatur soal batas usia pensiun Hakim Agung adalah di usia 70 tahun.¹⁷² Ketika pasal tersebut dirumuskan terdapat masalah dalam proses pengambilan keputusannya. Saat itu pimpinan sidang DPR mengesahkan batas usia pensiun 70 tahun bagi Hakim MA melalui proses mufakat sekalipun masih terdapat beberapa fraksi yang menolaknya. Padahal dalam Peraturan Tata Tertib DPR, bila suatu proses pengambilan keputusan gagal

¹⁷¹ Kode Inisiatif, Menakar Peluang Pengujian Formil Revisi Undang-Undang KPK Di Mahkamah Konstitusi, Penelitian, Jakarta, 2020, hlm. 6.

¹⁷² Lihat Pasal 11 UU Perubahan UU MA.

memperoleh kemufakatan dari seluruh anggota DPR, hal itu harus dilakukan lewat proses *voting*.¹⁷³

Di dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah Konstitusi mengakui bila proses pengambilan keputusan dari pasal tersebut dilakukan tidak sesuai prosedur.¹⁷⁴ Tak cuma itu mereka juga menemukan bukti dalam risalah persidangan bila di pembahasan tahap II Presiden juga ikut dalam proses pembahasan dan pengambilan keputusan bersama dengan fraksi-fraksi yang ada di DPR, hal ini menurut Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan Pasal 20 ayat (2) UUD 1945, yang mana Pasal tersebut menyatakan **"Setiap Rancangan Undang-Undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama"**, menurut Mahkamah Konstitusi Pasal tersebut harus dibaca sebagai persetujuan DPR sebagai lembaga bersama Presiden, artinya persetujuan Presiden akan diberikan kepada rancangan undang-undang yang telah berstatus sebagai rancangan undang-undang DPR, atau yang telah melalui proses pengambilan keputusan di internal DPR, dan Presiden tidak terlibat di dalamnya.¹⁷⁵

Walaupun Mahkamah Konstitusi menemukan berbagai pelanggaran formil dalam prosedur pembentukannya, namun pada akhirnya Mahkamah Konstitusi memutuskan untuk tidak membatalkan undang-undang tersebut dengan beberapa alasan sebagai berikut:¹⁷⁶

1. bahwa Mahkamah sebelum perkara *a quo* diajukan belum pernah memutus permohonan pengujian formil undang-undang yang diperiksa secara lengkap dan menyeluruh;
2. bahwa sementara itu proses pembentukan undang-undang berlangsung secara ajeg dengan tata cara yang diatur oleh Peraturan Tata Tertib DPR dan kebiasaan yang berkembang dalam proses tersebut;
3. bahwa proses pembentukan undang-undang yang didasarkan pada Peraturan Tata Tertib DPR dan kebiasaan tersebut oleh DPR dianggap tidak bertentangan dengan UUD 1945;
4. bahwa adanya temuan oleh MK, berupa cacat prosedur dalam proses pembentukan undang-undang yang dimohonkan untuk diuji oleh para

¹⁷³ Lihat Pasal 205 Peraturan Tata Tertib DPR 2005/2006 yang menyatakan: "ayat (1) Pengambilan keputusan dalam rapat DPR pada dasarnya diusahakan sejauh mungkin dengan cara musyawarah untuk mencapai mufakat", dan "ayat (2) Apabila cara pengambilan keputusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak terpenuhi, keputusan diambil berdasarkan suara terbanyak".

¹⁷⁴ Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009, hlm. 89.

¹⁷⁵ *Ibid*, hlm. 87-88.

¹⁷⁶ *Ibid*, hlm. 93.

- pemohon, harus dipahami sebagai koreksi atas proses pembentukan undang-undang yang selama ini dipraktikkan sebagai telah sesuai dengan UUD 1945;
5. bahwa temuan MK tentang hal-hal yang seharusnya dilakukan dalam proses pembentukan undang-undang agar sesuai dengan UUD 1945, baru disampaikan oleh Mahkamah dalam putusan perkara *a quo* sehingga tidak tepat kalau diterapkan untuk menguji proses pembentukan undang-undang sebelum putusan ini;
 6. bahwa meskipun terdapat cacat prosedural dalam pembentukan undang-undang *a quo*, namun secara materiil undang-undang tersebut tidak menimbulkan persoalan hukum;
 7. bahwa apabila undang-undang *a quo* yang cacat prosedural tersebut dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat maka akan mengakibatkan keadaan yang tidak lebih baik karena:
 - a. dalam undang-undang *a quo* justru terdapat substansi pengaturan yang isinya lebih baik dari undang-undang yang diubah;
 - b. sudah diterapkan dan menimbulkan akibat hukum dalam sistem kelembagaan yang diatur dalam undang-undang *a quo* dan yang berkaitan dengan berbagai undang-undang, antara lain Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum, dan lembaga lain seperti hubungan antara Komisi Yudisial dengan Mahkamah Agung yang sekarang telah berjalan berdasarkan UU 3/2009.

Membaca alasan-alasan tersebut, bisa dikatakan Mahkamah Konstitusi sangat berhati-hati untuk tidak mudah membatalkan undang-undang dengan alasan pelanggaran prosedural. Contohnya bisa dilihat dari alasan terakhir tentang asas kemanfaatan sekalipun sebenarnya mereka menemukan fakta adanya pelanggaran prosedural dalam proses pembentukan undang-undang tersebut.¹⁷⁷ Dugaan ini juga bisa ditemukan pada beberapa bagian akhir pertimbangan hukumnya, yang mana Mahkamah Konstitusi menegaskan jika UUD 1945 memungkinkan mereka membatalkan undang-undang hanya dalam situasi ketika mereka menemukan suatu undang-undang bertentangan dengan UUD 1945.¹⁷⁸ Pertimbangan demikian tentu saja membatasi wewenang mereka melakukan uji formil sebagaimana yang diatur Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, sebab undang-undang tersebut sesungguhnya menentukan bila dalam menguji formil, Mahkamah

¹⁷⁷ Jorawati Simarmata, Pengujian Undang-Undang Secara Formil oleh Mahkamah Konstitusi: Apakah Keniscayaan?, *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 14, No. 1, (2017), hlm. 46.

¹⁷⁸ Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009, Hlm. 91.

Konstitusi dapat menguji dengan mendasarkan diri pada undang-undang yang mengatur tata-cara pembentukan peraturan perundang-undangan.¹⁷⁹ Tak hanya itu, UUD 1945 juga tidak mengatur secara rinci proses pembentukan undang-undang,¹⁸⁰ aturan mengenai proses pembentukan undang-undang lebih banyak diatur dalam undang-undang serta peraturan internal DPR. Dengan kondisi tersebut, tentu saja dalam melakukan uji formil Mahkamah Konstitusi akan kesulitan membatalkan suatu undang-undang kendati telah terjadi pelanggaran, sebab kemungkinan besar pelanggaran formil yang terjadi lebih sering diakibatkan tidak diikutinya prosedur yang ditentukan undang-undang serta peraturan internal DPR yang mengaturnya.

Pada kasus di atas, Mahkamah Konstitusi juga membangun penafsiran yang kontradiktif, di satu sisi Mahkamah Konstitusi menegaskan hanya dapat membatalkan undang-undang dalam pengujian formil ketika terdapat pertentangan dengan UUD 1945, di sisi lain Mahkamah Konstitusi juga menemukan fakta bahwa proses pembentukan UU Perubahan UU MA dilakukan tidak sesuai Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 yang menghendaki pembahasan dan persetujuan dilakukan oleh DPR sebagai lembaga bersama-sama dengan Presiden,¹⁸¹ namun meski sudah menemukan adanya pertentangan dengan UUD 1945, tetapi Mahkamah Konstitusi masih saja menolak membatalkannya. Posisi yang di ambil Mahkamah Konstitusi tersebut memperlihatkan keengganan untuk membatalkan undang-undang akibat tidak terpenuhinya aspek prosedural.

Dugaan bila Mahkamah Konstitusi enggan untuk membatalkan undang-undang melalui pengujian formil semakin menguat setelah keluarnya **Putusan Nomor 73/PUU-XII/2014** dan **Putusan Nomor 79/PUU-XII/2014**. Dua putusan tersebut melakukan uji formil atas Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3). Pada kasus

¹⁷⁹ Lihat Pasal 52 ayat (3) UU MK "Dalam hal permohonan pengujian berupa permohonan pengujian formil, pemeriksaan dan putusan yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang mengatur tata-cara pembentukan perundang-undangan."

¹⁸⁰ Pengaturan proses pembentukan UU di dalam UUD 1945 hanya terdapat dalam Pasal 20 ayat (1) sampai (5).

¹⁸¹ *Ibid*, Hlm. 87.

pertama (**Putusan Nomor 73/PUU-XII/2014**), para pemohon yang merupakan pihak oposisi menuntut dibatalkannya beberapa ketentuan dalam UU MD3 khususnya yang terkait tata-cara pemilihan pimpinan DPR dengan beberapa alasan, diantaranya menurut pemohon UU MD3 melanggar asas keterbukaan yang merupakan dasar pembentukan undang-undang, sebab banyak norma akhir dari UU MD3 yang dinilai tidak sesuai dengan naskah akademik yang awalnya dirumuskan DPR dan disampaikan kepada pemerintah, selain itu para pemohon juga memprotes tidak dilibatkannya DPD dalam proses pembahasan UU tersebut.¹⁸²

Pada **Putusan Nomor 73/PUU-XII/2014**, Mahkamah Konstitusi menolak mengabulkan permohonan tersebut dengan alasan jika tidak melibatkan DPD dalam pembentukan undang-undang ini bukanlah masalah konstitusional, melainkan masalah pembentukan undang-undang yang baik, mengingat DPD tidak memiliki wewenang untuk menyetujui dalam proses pembentukan undang-undang seperti Presiden dan DPR.¹⁸³ Mahkamah Konstitusi juga menyangkal ketidakcocokan norma akhir dari UU MD3 dengan naskah akademiknya sebagai masalah konstitusional, sebab menurut Mahkamah Konstitusi pengaturan naskah akademik yang terdapat dalam Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dan aturan internal DPR hanyalah tata-cara pembentukan yang baik, karena itu pelanggaran terhadapnya tidak otomatis membuat suatu undang-undang inkonstitusional.¹⁸⁴ MK kemudian menegaskan bila mereka hanya dapat membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi, adapun undang-undang yang dibentuk tak sesuai dengan prosedur peraturan perundang-undangan menurut Mahkamah Konstitusi belum tentu bertentangan dengan UUD 1945.¹⁸⁵

Pendekatan yang sangat membatasi diri ini dilanjutkan kembali oleh Mahkamah Konstitusi dalam **Putusan Nomor 79/PUU-XII/2014**. Pada kasus ini para pemohon yang merupakan anggota-anggota DPD mengajukan pengujian formil terhadap undang-undang yang sama dengan yang dipermasalahkan dalam kasus **Nomor 73/PUU-IX/2014** (UU MD3). Walaupun sama-sama

¹⁸² Putusan MK Nomor 73/PUU-XII/2014, Hlm. 204-205.

¹⁸³ *Ibid*, Hlm. 212.

¹⁸⁴ *Ibid*.

¹⁸⁵ *Ibid*.

mempermasalahkan tidak dilibatkannya DPD dalam proses perumusan UU MD3, tetapi para pemohon di kasus ini menggunakan argumen yang sedikit berbeda. Pada **Putusan Nomor 79/PUU-XII/2014**, para pemohon memandang tidak tepat bila tidak dilibatkannya DPD dalam perumusan UU MD3 bukanlah masalah konstitusional, sebab sesuai dengan **Pasal 22D UUD 1945 salah satu wewenang DPD ialah ikut membahas UU yang berkaitan dengan urusan otonomi daerah**, adapun salah satu substansi utama UU MD3 mengatur mengenai DPRD yang menurut Pasal 18 UUD 1945 adalah bagian dari otonomi daerah, maka dari itulah para pemohon di kasus ini menilai bila pengujian formil yang mereka lakukan memiliki legitimasi, dan Mahkamah Konstitusi dapat membatalkan beberapa ketentuan dalam UU MD3 karena dibentuk dengan cara-cara yang bertentangan dengan UUD 1945. Sayangnya Mahkamah Konstitusi dalam kasus ini kembali menolak pengujian formil tersebut, Mahkamah Konstitusi beralasan bila mereka mengambil posisi tersebut karena sebelumnya mereka telah melakukan pengujian formil terhadap UU MD3, maka dari itu mereka hanya melanjutkan saja pertimbangan hukum yang telah mereka gunakan di putusan sebelumnya.¹⁸⁶

Pertimbangan yang di ambil Mahkamah Konstitusi ini sesungguhnya kurang meyakinkan sebab mereka tidak berusaha menjawab argumen baru yang disodorkan pemohon dalam **Putusan No. 79/PUU-XII/2014** yang menunjukkan dengan jelas bila terdapat masalah konstitusional dalam kasus ini, sehingga syarat untuk membatalkan suatu undang-undang yakni harus bertentangan dengan UUD 1945 telah terpenuhi. Lemahnya argumen Mahkamah Konstitusi ini juga terekspos dari adanya *dissenting opinion* yang dilakukan oleh dua hakim yakni Arief Hidayat dan Maria Farida Indrati, bahkan menurut Hakim Maria Farida yang juga merupakan seorang pakar perundang-undangan, UUD 1945 telah menegaskan jika Indonesia adalah negara hukum, dengan demikian menjadi kewajiban bagi setiap penyelenggara negara untuk melaksanakan tindakannya sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan, karena itulah adanya pelanggaran prosedur hukum yang jelas dalam pembentukan UU MD3 menurut Hakim Maria Farida

¹⁸⁶ Lihat Pertimbangan Hukum MK dalam Putusan Nomor 79/PUU-XII/2014, Hlm. 170-174. MK dalam pertimbangan hukumnya mengutip argumen yang mereka gunakan sebelumnya dalam Putusan Nomor 73/PUU-IX/2014 sebagai landasan untuk menolak pengujian formil terhadap UU MD3.

seharusnya memberi legitimasi bagi Mahkamah Konstitusi untuk membatalkan UU MD3.¹⁸⁷

Ketiga putusan di atas menunjukkan bagaimana Mahkamah Konstitusi mengambil posisi yang sangat berhati-hati untuk tidak mudah membatalkan undang-undang dengan alasan melanggar prosedur pembentukan undang-undang. Bahkan Mahkamah Konstitusi seperti membangun sendiri standar yang begitu tinggi dalam melakukan pengujian formil, hal ini ditunjukkan oleh beberapa syarat yang mereka tetapkan dalam melakukan pengujian formil seperti:¹⁸⁸

1. Menetapkan batas waktu tidak boleh melewati 45 hari setelah suatu undang-undang ditetapkan di lembaran negara untuk dapat diujikan secara formil;
2. Para pemohon haruslah pihak yang memiliki kerugian langsung terkait dengan proses pembentukan undang-undang yang diuji secara formil, contohnya seperti anggota partai politik serta anggota dari institusi yang secara langsung terlibat dalam proses pembentukan undang-undang; dan
3. Dalam melakukan pengujian formil Mahkamah Konstitusi hanya dapat membatalkan undang-undang bila benar-benar terdapat pertentangan dengan norma UUD 1945.

Cukup sulit dipahami apa yang mendorong Mahkamah Konstitusi untuk mengambil posisi sangat membatasi diri dalam melakukan pengujian formil, selain karena memiliki legitimasi demokratis dan yuridis yang kuat, konstelasi politik Indonesia juga sangat memungkinkan mereka untuk aktif melakukan uji formil. Semenjak bertransisi ke demokrasi, proses legislasi Indonesia kerap berjalan secara disfungsi, hal ini diakibatkan oleh banyaknya jumlah partai yang menyebabkan terjadinya fragmentasi secara tajam yang terjadi di DPR, ditambah lagi Presiden juga kerap tidak memiliki dukungan yang solid dari partai-partai pendukungnya di DPR.¹⁸⁹ Tidak hanya itu, fragmentasi tersebut membuat banyak isi undang-undang yang lahir dari hasil lobi-lobi politik antara pemerintah dengan fraksi-fraksi yang bersaing di DPR, efeknya banyak undang-undang yang lahir kemudian tidak berkualitas baik dan lebih mengutamakan kepentingan politik, hal ini yang kemudian

¹⁸⁷ Lihat Putusan MK Nomor 79/PUU-XII/2014, Hlm. 208-211.

¹⁸⁸ Lihat Pertimbangan Hukum Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009.

¹⁸⁹ Koichi Kawamura, *Is the Indonesian President Strong or Weak?*, *IDE Discussion Paper* No. 235, (2010), hlm. 17.

memaksa Mahkamah Konstitusi banyak membatalkan undang-undang dengan alasan substansinya bertentangan dengan konstitusi (pengujian materil).¹⁹⁰

E. Kesimpulan Perbandingan

Dari keempat negara yang diperbandingkan di atas, memperlihatkan bila praktik pengujian formil atas undang-undang oleh pengadilan konstitusi merupakan suatu keniscayaan, terutama jika sistem politik yang ada di negara tersebut berjalan secara disfungsi. Dalam kondisi demikian, seringkali proses legislasi menjadi terlalu didominasi eksekutif. Memang pada kenyataannya dominasi eksekutif terhadap proses legislasi merupakan sesuatu yang wajar saat ini, mengingat fenomena itu telah menjadi suatu kenyataan global, namun tetap saja dalam konteks tersebut legislatif harus mampu mengimbangnya dengan berperan minimal sebagai pengawas dari kebijakan-kebijakan yang diambil eksekutif,¹⁹¹ sebab sesuai dengan asas pemisahan kekuasaan, legislatif merupakan institusi yang diberi mandat langsung oleh rakyat, maka menjadi tugas mereka untuk memperdebatkan serta memberi pandangan terhadap rancangan undang-undang yang seringkali diinisiasikan eksekutif.¹⁹²

Pengadilan konstitusi di Kolombia, Afrika Selatan, serta Israel melakukan pengujian formil dengan tujuan untuk memastikan lembaga legislatif mampu menjalankan perannya sebagai pengawas dari kebijakan-kebijakan yang diambil eksekutif tersebut. Karena itulah tidak tepat jika mengharamkan pengujian formil dengan alasan melanggar prinsip pemisahan kekuasaan, sebab prinsip ini tak boleh dimaknai kekuasaan suatu lembaga negara benar-benar terpisah dari kekuasaan lembaga negara lainnya, menurut Andras Sajo justru prinsip pemisahan kekuasaan menghendaki tiap lembaga negara mampu mengawasi serta memaksa lembaga negara lainnya untuk tetap berjalan sesuai kompetensinya yang ditentukan konstitusi.¹⁹³ Pada situasi ketika sistem politik berjalan secara disfungsi,

¹⁹⁰ Fritz Edward Siregar, *The Political Context of Judicial Review in Indonesia*, *Indonesian Law Review*, Vol. 2, (2015), hlm. 225.

¹⁹¹ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah: Telaah Perbandingan Konstitusi Berbagai Negara*, Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 1996.

¹⁹² Yaniv Roznai, *Op. Cit*, hlm. 422.

¹⁹³ Andras Sajo dan Renata Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction of Legal Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press, 2017, hlm. 135.

aktivisme yudisial yang dilakukan lewat pengujian formil merupakan salah satu cara untuk memaksa lembaga legislatif menjalankan perannya yang dikehendaki konstitusi sebagai pengawas eksekutif.

Hal menarik praktik-praktik yang telah dijelaskan pada bagian sebelumnya adalah gestur yang di ambil Mahkamah Konstitusi Indonesia terhadap mekanisme pengujian formil. Berbeda dengan pengadilan konstitusi lain yang menjadi bahan perbandingan dalam penelitian ini, walaupun sama-sama mengakui dapat melakukan pengujian formil, tetapi Mahkamah Konstitusi mengambil posisi yang amat sangat membatasi diri dalam melakukannya, bahkan terkesan tidak mau melakukannya, dengan menetapkan standar yang justru mempersulit Mahkamah Konstitusi sendiri dalam melakukan uji formil. Sekilas, apa yang dilakukan Mahkamah Konstitusi ini dapat dipahami, mengingat Kelsen sendiri, yang merupakan penggagas ide membentuk Mahkamah Konstitusi sekitar seratus tahun yang lalu telah mengingatkan agar penggunaan mekanisme pengujian formil harus dilakukan dengan sangat berhati-hati dan hanya ketika prosedur pembentukan UU sudah dilanggar sedemikian parah.¹⁹⁴ Karena hakim serta sarjana-sarjana hukum di Indonesia sangat terpengaruh dengan ide-ide Kelsen, bisa jadi pemikiran Kelsen inilah yang mempengaruhi hakim-hakim Mahkamah Konstitusi untuk sangat membatasi diri dalam melakukan uji formil.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Hans Kelsen, *The Nature... Op. Cit*, Hlm. 61.

¹⁹⁵ Adriaan Bedner, Indonesian Legal Scholarship and Jurisprudence as an Obstacle for Transplanting Legal Institutions, *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 5, (2013), hlm. 264.

BAB V

URGENSI PENGUJIAN FORMIL DAN BATU UJI DALAM KERANGKA NEGARA HUKUM

A. Urgensi Pelaksanaan Pengujian Formil

1. Menguji Legitimasi Undang-Undang

Sebagaimana telah diuraikan pada Bab sebelumnya, **Luc J. Witgens** mengatakan bahwa organ pembentuk undang-undang tidak cukup hanya memiliki legitimasi (*legitimacy*) bahwa mereka merupakan organ yang berwenang untuk menetapkan undang-undang, namun juga harus melegitimasi (*legitimation*) kewenangannya tersebut dengan secara aktif memberikan justifikasi pada setiap tindakan dan pilihan pada proses pembentukan undang-undang. Justifikasi-justifikasi tersebut dilakukan demi terciptanya undang-undang yang rasional dengan mematuhi prinsip-prinsip pembentukannya.

Enam prinsip pembentukan undang-undang yang telah dikemukakan sebelumnya (prinsip tujuan yang jelas, urgensi, koherensi, partisipasi publik dan konsensus)¹⁹⁶ merupakan prinsip-prinsip yang akan menjadi dasar pada rangkaian prosedur pembentukan undang-undang. Dalam setiap tahapan pembentukan undang-undang¹⁹⁷ sejak perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan, hingga pengundangan, pada dasarnya semua prinsip ini penting untuk dipertimbangkan dengan penekanan atau porsi yang berbeda pada setiap tahapannya. Misalnya, prinsip tujuan yang jelas dan urgensi akan mendapat porsi yang lebih besar untuk dipertimbangkan pada tahap perencanaan. Pada tahap penyusunan, konsentrasi akan diberikan pada prinsip koherensi dan pada saat pembahasan akan memperhatikan benar tentang partisipasi publik.

Penekanan dan porsi dalam mempertimbangkan prinsip-prinsip ini juga harus disesuaikan dengan tema atau judul undang-undang yang akan dibuat. Dapat diambil contoh misalnya undang-undang yang dibuat dalam rangka tindak lanjut dari putusan Mahkamah Konstitusi. Pada undang-undang seperti ini penting untuk

¹⁹⁶ Lihat penjelasan di Bab II hlm. 19 – 23.

¹⁹⁷ Sesuai Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

ditekankan lebih pada prinsip koherensi dan urgensi, apakah memang selalu diperlukan perubahan undang-undang sebagai reaksi dari putusan Mahkamah Konstitusi, mengingat pada hakikatnya sifat putusan Mahkamah Konstitusi adalah *declaratoir* dan *constitutief* yang keberlakuannya langsung tanpa perlu tindakan eksekutorial lain. Perubahan undang-undang diperlukan jika memang ada keadaan yang mengharuskan perubahan tersebut (prinsip urgensi) dan tentu harus sesuai dengan amanat putusan Mahkamah Konstitusi yang dirujuk, bukan hanya pada amar putusannya namun juga pertimbangannya (prinsip koherensi).

Terlepas dari banyak kritik terhadap sistematika naskah akademik yang disediakan oleh UU Pembentukan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia, namun pada prinsipnya sistematika ini di design untuk memberi tempat bagi narasi prinsip-prinsip pembentukan undang-undang. Dengan demikian, naskah akademik akan menjadi dokumen penting untuk mengetahui justifikasi dari para pembentuk undang-undang. Disamping naskah akademik, prinsip-prinsip tersebut juga dapat terekam dalam risalah-risalah sidang DPR dan/atau dokumen-dokumen pada setiap tahapan proses pembentukan undang-undang.

Selain itu, enam prinsip ini juga dapat saling mendukung. Tidak jarang para pembentuk undang-undang menemukan justifikasi lima prinsip yang ada dari dukungan satu prinsip yaitu dari prinsip partisipasi publik. Oleh sebab itulah mengapa dalam beberapa contoh perkara yang diulas dalam penelitian ini ditemukan bahwa persoalan prosedur pembentukan undang-undang yang menjadi objek penengujian formil adalah persoalan prinsip keterlibatan publik.

Berkaitan dengan pendapat di atas, maka idealnya, aturan mengenai prosedur pembentukan undang-undang merupakan hukum formil yang merupakan penjelmaan dari prinsip-prinsip pembentukan undang-undang (menjadi *law for the law makers*). Hal ini akan membantu para pembentuk undang-undang untuk meligitimasi produk yang dihasilkannya dengan secara tegas menunjukkan bahwa kinerja mereka berbasis pada prinsip-prinsip ini. Prosedur dalam pembentukan undang-undang seperti proses pengusulan, pembahasan yang bertingkat-tingkat, hingga pelibatan masyarakat pada dasarnya merupakan upaya untuk mempersulit atau memperlambat proses pembentukan undang-undang, semata-mata agar di

dalam proses tersebut terdapat partisipasi dan deliberasi yang memadai. Artinya, prosedur juga memiliki arti penting untuk mewujudkan undang-undang yang demokratis, yakni melalui deliberasi yang setara dan adil bagi setiap anggota legislatif.¹⁹⁸ Sehingga, abai terhadap prosedur akan berdampak pada kualitas sebuah undang-undang, baik dalam bentuk ketiadaan ketaatan (*legal efficacy*) maupun penerimaan secara rasional (*rational acceptability*) dari masyarakat.

Bagi masyarakat, prosedur yang memperlambat proses pembentukan undang-undang juga berfungsi agar warga negara mengetahui adanya kehendak dari kekuasaan untuk membentuk hukum dan memberikan waktu yang cukup bagi mereka untuk menyampaikan aspirasi dan menyesuaikan diri dengan perubahan yang akan terjadi.¹⁹⁹ Dalam konteks demokrasi, pelibatan warga negara ini menjadi penting karena esensi dasar dari hukum adalah pembatasan, dan pembatasan tersebut dapat pula berbentuk pembatasan terhadap hak-hak warga negara yang sejatinya memerlukan persetujuan dari warga negara. Pada sisi inilah penting adanya pengaturan mengenai prosedur dan mekanisme yang dapat ditempuh oleh masyarakat untuk menegakannya.

Di Indonesia, pembentukan undang-undang melalui forum deliberasi merupakan prosedur yang dijamin secara konstitusional. Jaminan ini tercermin di dalam Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa "Setiap rancangan undang-undang **dibahas** oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden **untuk mendapat persetujuan Bersama**". Frasa 'dibahas... untuk mendapat persetujuan bersama', merupakan frasa yang mencerminkan perintah bahwa prosedur pembentukan undang-undang harus melalui proses perdebatan atau deliberasi yang demokratis antara DPR dengan Presiden. Memang jika ditelusuri lebih lanjut di dalam naskah-naskah perdebatan pada saat UUD 1945 dibentuk, tidak ditemukan adanya diskursus yang memadai mengenai bagaimana seharusnya pembahasan sebuah undang-undang dilakukan. Kuat dugaan, ketiadaan ini akibat cara pandang perumus UUD 1945 yang memang menghendaki bahwa norma-norma dalam UUD 1945 hanya berisi hal-hal yang bersifat pokok dari pokok,

¹⁹⁸ Suzie Navot, *Op. Cit.*, hlm. 222-223.

¹⁹⁹ Jacob, E. Gerson, Eric, A. Posner, Timing Rules and Legal Institutions, *Harvard Law Review*, Vol. 121 No. 543, December 2007, hlm. 573.

sementara untuk ketentuan-ketentuan yang bersifat pelaksanaan atau prosedur diatur di dalam undang-undang. Pernyataan ini misalnya dapat diidentifikasi dari pernyataan Soepomo pada saat sidang BPUPK tanggal 15 Juli 1945, yang menyatakan bahwa:²⁰⁰

“Terutama bagi negara baru dan negara yang muda, menurut pendapat panitia, lebih baik **hukum dasar yang tertulis itu hanya memuat aturan pokok dari pokok**, sedang **aturan-aturan penyelenggara pokok itu diserahkan kepada undang-undang** yang lebih mudah caranya membuat, merobah, dan mencabut”.

Di dalam kesempatan yang lain, Soepomo juga menjelaskan bahwa pada saat UUD 1945 dibentuk, BPUPK tidak membahas mengenai hukum yang berkaitan dengan prosedur. Segala bentuk prosedur diarahkan untuk diatur di dalam undang-undang. Berikut pernyataan Soepomo:²⁰¹

“Kita belum membicarakan hukum materieel. **Hukum proses apa yang kita pakai**, sama sekali belum kita bicarakan. **Hal itu nanti kita bicarakan, jikalau kita membentuk undang-undang tentang hukum”**.

Berbagai pernyataan Soepomo di atas, mencerminkan bahwa pembentuk UUD 1945 tidak menghendaki ada perdebatan yang intens mengenai prosedur-prosedur, termasuk prosedur dalam pembentukan undang-undang. Tetapi, bukan pula berarti bahwa perumus UUD 1945 ‘merendahkan’ aspek prosedural. Pertimbangan tersebut semata-mata dikarenakan kebutuhan mendesak agar Indonesia segera memiliki konstitusi sebelum pernyataan kemerdekaan dilakukan. Artinya, konstruksi pasal-pasal yang singkat di dalam UUD 1945 mencerminkan aspek kesementaraan undang-undang dasar tersebut. Hal ini tercermin misalnya dalam pernyataan-pernyataan sebagai berikut:

Soepomo:

“Bagaimana menjalankan sifat perwakilan itu, buat sementara waktu tidaklah akan dibicarakan Panjang lebar dalam bagian ini”

Soekarno:

²⁰⁰ Himpunan Risalah Sidang -Sidang Dari Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) Yang Berhubungan Dengan Penyusunan Undang-Undang Dasar 1045, Sekretariat Negara Republik Indonesia, hlm. 140.

²⁰¹ Himpunan Risalah Sidang -Sidang Dari Bada Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) Yang Berhubungan Dengan Penyusunan Undang-Undang Dasar 1045, Sekretariat Negara Republik Indonesia, hlm. 276.

“Tuan-tuan mengerti, bahwa ini adalah sekedar undang-undang dasar sementara, undang-undang dasar kilat, barangkali boleh dikatakan pula, inilah *revolutiegrondwet*. Nanti kita membuat undang-undang dasar yang lebih sempurna dan lengkap. Harap diingat benar-benar oleh tuan-tuan, agar supaya kita ini hari bisa selesai dengan undang-undang dasar ini”.

Sayangnya, setelah reformasi bergulir dan UUD 1945 diubah dalam kurun waktu antara tahun 1999-2002, pasal-pasal yang mengatur mengenai prosedur pembentukan undang-undang tetap diatur secara minimalis dengan perintah untuk mengatur ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pembentukan undang-undang untuk diatur dengan undang-undang.²⁰² Hal ini terjadi karena dua hal. *Pertama*, tujuan utama perubahan UUD 1945 lebih fokus pada upaya untuk mengurangi dominasi kekuasaan eksekutif dan berupaya menghadirkan norma-norma yang mencegah kekuasaan yang otoritarian kembali berkuasa. *Kedua*, para pengubah UUD 1945 memiliki pandangan yang serupa dengan perumus UUD 1945 di BPUPK, yang memang menghendaki agar konstitusi hanya memuat hal-hal yang pokok dari yang pokok. Akhirnya, diskursus untuk membatasi kekuasaan legislatif tidak banyak dilakukan, sehingga aspek prosedur dalam rangka pelaksanaan kekuasaan legislatif didelegasikan ke undang-undang.

Meskipun prosedur pembentukan undang-undang di dalam UUD 1945 hanya bersifat mengatur yang pokok dari yang pokok sebagaimana konsepsi Soepomo tentang konstitusi, namun Pasal 20 dan 22D ayat (2) UUD 1945 yang mengatur mengenai prosedur pembentukan undang-undang cukup mencerminkan kehendak deliberasi dalam pembentukan undang-undang sebagai berikut:

Pasal 20

- (1) Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk undang-undang.
- (2) **Setiap rancangan undang-undang dibahas** oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden **untuk mendapat persetujuan bersama**.
- (3) Jika rancangan undang-undang itu **tidak mendapat persetujuan bersama, rancangan undang-undang itu tidak boleh diajukan lagi** dalam persidangan Dewan Perwakilan Rakyat masa itu.
- (4) Presiden mengesahkan rancangan **undang-undang yang telah disetujui bersama** untuk menjadi undang-undang.
- (5) Dalam hal rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu tiga puluh hari

²⁰² Pasal 22A UUD 1945.

sementak rancangan undang-undang tersebut disetujui, rancangan undang-undang tersebut sah menjadi undang-undang dan wajib diundangkan.

Pasal 22D Ayat (2)

Dewan Perwakilan Daerah ikut membahas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah; serta memberikan pertimbangan kepada Dewan Perwakilan Rakyat atas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama.

Selain mencerminkan kehendak deliberasi, pengaturan di atas juga mencerminkan kedudukan prosedur sebagai elemen yang vital dalam proses pembentukan undang-undang di Indonesia, yakni memastikan bahwa undang-undang yang diberlakukan merupakan manifestasi dari kehendak rakyat melalui persetujuan bersama antara DPR dan Presiden (dan DPD dalam hal rancangan undang-undang berkaitan dengan otonomi daerah). Kehadiran prosedur juga berfungsi untuk memastikan bahwa persetujuan bersama tersebut benar-benar terjadi dalam bentuk yang nyata (*express / tacit agreement*). Konstruksi ini menjadi penting keberadaannya mengingat pada Pasal 20 ayat (5) UUD 1945 menyatakan bahwa rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama antara DPR dan Presiden akan sah menjadi undang-undang dalam waktu 30 hari sejak rancangan disetujui, meskipun tidak disahkan oleh Presiden. Artinya, rangkaian prosedur pembahasan untuk mencapai persetujuan bersama di dalam Pasal 20 tersebut akan menentukan validitas sebuah undang-undang.

Jika melihat pada ketentuan konstitusional mengenai tata cara pembentukan undang-undang di negara-negara yang menjadi objek perbandingan dalam penelitian ini, misalnya Republik Kolombia dan Afrika Selatan, didapati bahwa prosedur pembentukan undang-undang diatur secara lebih rinci dan rigid di dalam undang-undang dasar. Rigiditas tersebut tentunya dipengaruhi oleh konteks situasi politik pada saat undang-undang dasar di kedua negara tersebut dibentuk. Misalnya di Kolombia, konstitusi tahun 1886 digantikan dengan konstitusi baru tahun 1991 yang dibentuk dengan rigid untuk mengantisipasi regim otoritarian kembali

berkuasa.²⁰³ Di Afrika Selatan, konstitusi dibentuk dengan asumsi keberlakuan yang lama (tidak bersifat sementara) seperti di Indonesia pada saat pembentukan UUD 1945 periode pertama di BPUPK. Hasrat keberlangsungan yang lama ini misalnya tercermin dari proses pembentukan yang begitu lama dengan melibatkan berbagai aktor politik di level nasional maupun sub-nasional. Selama masa pembentukan tersebut, Afrika Selatan bahkan membentuk sebuah konstitusi interim pada tahun 1993.²⁰⁴

Rigiditas pengaturan prosedur pembentukan undang-undang di Kolombia, diatur di dalam *Article* 157 sampai *Article* 170 Konstitusi Kolombia Tahun 1991 dan perubahannya di tahun 2005. Begitu juga di Afrika Selatan yang diatur dari *Article* 73 sampai *Article* 82 Konstitusi Afrika Selatan Tahun 1996. Rigiditas pengaturan prosedur pembentukan undang-undang pada kedua negara berkonsekuensi pada kesadaran bahwa norma-norma prosedural tersebut harus mampu ditegakkan secara hukum. Hal ini tercermin dari pemberian kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi untuk dapat menguji kepatuhan pemerintah terhadap prosedur pembentukan undang-undang yang diatur di dalam konstitusi. Kewenangan tersebut tercantum pada ketentuan konstitusi sebagai berikut:

Kolombia

Article 241 (2)

*"Decide on the petitions of unconstitutionality brought by citizens against measures amending the Constitution, no matter what their origin, **exclusively for errors of procedure in their formation**".*

Article 241 (4)

*"Decide on the petitions of unconstitutionality brought by citizens against the laws, both **for their substantive content as well as for errors of procedure in their formation**".*

Berdasarkan ketentuan konstitusi di atas, Mahkamah Konstitusi Kolombia berwenang untuk melakukan pengujian formil, baik pada undang-undang maupun terhadap hasil amandemen undang-undang dasar. Sebagaimana telah dikemukakan

²⁰³ Manuel Jose Cepeda Espinosa dan David Landau, *op. cit.*, hlm. 2.

²⁰⁴ Cheryl Saunders, 'Constitution Making in the 21st Century', *Melbourne Legal Studies Research Paper No. 630 and International Review of Law, Issue 4, 2012*, hlm. 9.

pada Bab terdahulu, beberapa perkara pengujian formil di Kolombia ditujukan untuk memastikan bahwa prosedur yang ditempuh telah dilaksanakan dengan benar (*procedural due process of law*). Dengan kata lain, pengujian formil tidak sekedar melihat aspek formal administratif bahwa prosedur telah dilakukan atau tidak, melainkan memastikan pula secara materil atau faktual bahwa prosedur ditempuh secara layak. Hal ini terlihat misalnya pada perkara *Value Added Tax* (VAT) yang diputus oleh Mahkamah Konstitusi Kolombia pada tahun 2003, yang membatalkan ketentuan VAT karena pada saat perumusannya disampaikan di tahap akhir pembahasan, sehingga partisipasi publik untuk turut membahas materi tersebut menjadi tidak dilaksanakan. Hal ini tercermin di dalam putusan Mahkamah Konstitusi Kolombia sebagai berikut:²⁰⁵

“the provisions were not the object of even a minimal public deliberation in the Congress in which [their] implication[s] for equity and progressiveness were explored”.

Dalam perspektif Mahkamah Konstitusi Kolombia, undang-undang VAT akan berdampak pada semakin mahalnnya barang-barang yang penting bagi warga negara seperti bahan pangan dan obat-obatan.²⁰⁶ Hal ini dianggap sebagai bentuk pembatasan hak-hak sosial ekonomi warga negara, sehingga tahap pembahasan menjadi penting untuk mengidentifikasi ruang lingkup pembatasan, implikasi terhadap kelompok yang paling rentan, dan signifikansinya terhadap prinsip-prinsip dasar konstitusi.²⁰⁷ Menurut Mahkamah, ketiadaan pembahasan tersebut mencerminkan bahwa *'margin of appreciation'* yang merupakan teknik untuk menentukan legitimasi pembatasan hak asasi manusia di Kolombia tidak dilakukan.²⁰⁸ Ketidadaan pembahasan tersebut, oleh Mahkamah Konstitusi dianggap

²⁰⁵ David E., Landau, *Beyond Judicial Independence: The Constitution of Judicial Power in Colombia*, Disertai pada Department of Government, Political Science, Harvard University, 2014. hlm. 141.

²⁰⁶ Barang-barang dan jasa dalam hal ini mencakup air, beras, jagung, daging, ayam, roti, buah-buahan, sayur-sayuran, obat-obatan, alat tulis, peyanaan Kesehatan, Pendidikan, transportasi umum, dan penyewaan rumah. Lihat Manuel Jose Cepeda Espinosa dan David Landau, *op. cit.*, hlm. 318.

²⁰⁷ *Ibid*, hlm. 322.

²⁰⁸ *'margin of appreciation'* merupakan Teknik yang spesifik untuk mengukur apakah pembatasan terhadap hak asasi manusia yang dilakukan oleh pemerintah dapat dijustifikasi yang dikembangkan oleh Robert Alexy. Di kolombia, Teknik *'margin of appreciation'* merupakan *'a key role in constitutional jurisprudence'* di Kolombia. Bahkan, dalam perkara VAT, hakim Manuel Jose Cepeda merupakan murid dari Robert Alexy. Lihat *Ibid*. hlm. 142.

sebagai kelalaian dari lembaga legislatif dalam menjalankan fungsi dasarnya sebagai *'a space of public reason'*.²⁰⁹ Artinya, Mahkamah Konstitusi memiliki sikap skeptis terhadap undang-undang yang dibentuk tanpa pelibatan publik secara layak. Bagi Mahkamah Konstitusi, tidak mungkin dapat menghasilkan *rational acceptability* yang pada gilirannya berdampak pula pada efektifitas penataan undang-undang tersebut oleh publik (*legal efficacy*). Dengan kata lain, Mahkamah Konstitusi beranggapan bahwa prosedur tidak hanya sekedar perwujudan dari demokrasi, melainkan juga berfungsi untuk menjamin legitimasi dan *outcome* dari proses legislasi.²¹⁰

Pandangan terhadap prosedur dari Mahkamah Konstitusi Kolombia dalam praktek pengujian formil tersebut sangat berbeda dengan bagaimana Mahkamah Konstitusi Indonesia memaknai prosedur. Dalam perkara pengujian formil terhadap Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang perubahan atas Undang-Undang tentang Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa:

"...meskipun terdapat cacat prosedural dalam pembentukan undang-undang *a quo*, namun secara materiil undang-undang tersebut tidak menimbulkan persoalan hukum.."

"...bahwa apabila undang-undang *a quo* yang cacat prosedural tersebut dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat maka akan mengakibatkan keadaan yang tidak lebih baik karena:

- c. dalam undang-undang *a quo* justru terdapat substansi pengaturan yang isinya lebih baik dari undang-undang yang diubah;
- d."

Pendapat di atas seolah menyatakan bahwa tidak terdapat korelasi antara prosedur di satu sisi, dengan hasil di sisi yang lain. Dengan kata lain, jika dilihat dari perspektif Erwin Chemirinsky tentang *due process of law*, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa sepanjang tujuan pembentukan dapat dijustifikasi atau terpenuhinya aspek *substantive due process of law*, maka aspek *procedural due process of law* dapat dikesampingkan. Pandangan ini tentu penting untuk dikritisi karena dalam konsep *'legislative due process'*, pembentukan undang-undang harus

²⁰⁹ David Landau, *op. cit.*, hlm. 140.

²¹⁰ Ittai Bar-Siman-Tov, *op. cit.*, hlm. 1935.

memenuhi proses legislasi sehingga menghasilkan undang-undang yang berkualitas.²¹¹

Sementara itu, kewenangan pengujian formil yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan tidak didasarkan pada ketentuan yang mengatur mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk melakukan *judicial review* yang diatur di dalam *Article 172* Konstitusi Afrika Selatan Tahun 1996, melainkan dari *Article 167 (4) (e)* mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memastikan pemenuhan kewajiban konstitusional (*constitutional obligation*) dari parlemen dan presiden.²¹² Penggunaan ketentuan tersebut sebagai basis melakukan pengujian formil merupakan sebuah aktivisme yudisial yang dilakukan melalui perkara *Doctors for Life v. The Speaker of The National Assembly (Doctors for Life)* pada tahun 2006. Perkara *Doctors for Life* merupakan perkara yang diajukan kepada Mahkamah Konstitusi untuk menguji berbagai rancangan undang-undang di sektor kesehatan yang sedang dibahas oleh parlemen. Menurut Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan, pada dasarnya pengujian formil saat sebuah rancangan undang-undang sedang dibahas oleh parlemen, merupakan bentuk intervensi terhadap prosedur internal dari cabang kekuasaan politik. Karenanya, hal ini merupakan konsep yang bertentangan dengan ajaran pemisahan kekuasaan (*separation of powers*).²¹³

Namun di sisi lain, Mahkamah Konstitusi juga beranggapan bahwa mereka memiliki kewajiban untuk mencegah terjadinya pelanggaran terhadap konstitusi, dan memastikan pemenuhan kewajiban konstitusional dari parlemen. Oleh karena itu, Mahkamah Konstitusi mengembangkan pendekatan '*settled practice*' yang memungkinkan bagi Mahkamah untuk mengintervensi proses pembahasan undang-undang yang sedang berlangsung untuk mencegah prosedur yang dijamin di dalam

²¹¹ Lihat Victor Goldfeld, "Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes" dalam *New York University Law Review*, Vol. 79, 2004, hlm. 367-420.

²¹² *Article 167 (4)* Konstitusi Afrika Selatan: "Only the Constitutional Court may a. decide disputes between organs of state in the national or provincial sphere concerning the constitutional status, powers or functions of any of those organs of state; b. decide on the constitutionality of any parliamentary or provincial Bill, but may do so only in the circumstances anticipated in section 79 or 121; c. decide applications envisaged in section 80 or 122; d. decide on the constitutionality of any amendment to the Constitution; e. decide that Parliament or the President has failed to fulfil a constitutional obligation; or f. certify a provincial constitution in terms of section 144."

²¹³ *Doctors for Life International v. The Speaker of The National Assembly*, Case CCT 12/05, 17 August 2006, hlm. 35.

konstitusi dilanggar oleh cabang kekuasaan politik.²¹⁴ Menurut Mahkamah, pendekatan ini lebih mencerminkan penghormatan terhadap cabang kekuasaan yang lain daripada mekanisme pengujian formil yang umumnya dilakukan setelah pembahasan selesai dan berdampak pada dibatalkannya produk legislasi yang telah dihasilkan.²¹⁵ Melalui pendekatan '*settled practice*', Mahkamah beranggapan bahwa dialog antar cabang kekuasaan dapat tercipta tanpa mencederai penghormatan antar cabang kekuasaan sebagaimana ajaran pemisahan kekuasaan.

Melalui perkara *Doctors for Life* pula, Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan mempraktekan pola pengujian formil yang serupa dengan pola pengujian yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi Kolombia, yakni menolak untuk melihat prosedur semata-mata dari sisi formal, melainkan harus dibuktikan pula secara materil. Di dalam perkara *Doctors for life*, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa jaminan atas hak berpartisipasi dari masyarakat untuk dapat terlibat dalam penentuan kebijakan, pembentukan undang-undang, dan berbagai mekanisme pengambilan keputusan lainnya di pemerintahan, merupakan manifestasi ajaran demokrasi partisipatif yang merupakan pondasi utama konstitusi Afrika Selatan. Oleh karena itu, pemenuhannya harus dilakukan secara layak dengan membuka semua akses yang memungkinkan bagi masyarakat terlibat secara aktif. Lebih jelas, Mahkamah Konstitusi menyatakan sebagai berikut:²¹⁶

"one of the distinctive features of public participation processes in South Africa has always been that it is firmly grounded in the constitutional imperative of democratic participation and keeping society involved in legislative, policy and other decision-making processes. The Constitution makes Parliament and the provincial legislatures, as well as municipal councils, the primary democratic institutions in South Africa. The people have a voice in these institutions, not only through elected representatives, but also through access to committee meetings and deliberations. The people also have the right to speak and make representations to committees and meetings, which is in line with the Constitution, which states that all people shall be entitled to take part in the administration of the country"

Berdasarkan praktek pengujian formil di beberapa negara sebagaimana diuraikan di atas, terlihat bahwa karakter pengujian formil adalah pengujian yang

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*, hlm. 64.

ditujukan untuk memastikan demokrasi partisipatif tercipta secara substantif. Baik di Kolombia maupun Afrika Selatan, perkara pengujian formil hadir akibat minimnya partisipasi publik pada mekanisme pengambilan keputusan pemerintah, dalam hal ini pembentukan undang-undang. Oleh karena itu, dalam berbagai perkara di atas, terlihat bahwa ketika pengujian formil dilakukan, hakim menggunakan jaminan hak atas partisipasi sebagai *'legal standing'* untuk melakukan pengujian formil. *Legal standing* tersebut dapat dimiliki baik oleh anggota legislatif maupun masyarakat luas yang merasa hak partisipasinya terlanggar dalam proses pembentukan undang-undang. Berkaitan dengan hal ini, penting untuk mencermati pendapat Hakim Konstitusi Afrika Selatan, Sach, J dalam perkara *Doctors for life*, berkaitan dengan siapa yang memiliki hak partisipasi tersebut, sebagai berikut:²¹⁷

"All parties interested in legislation should feel that they have been given a real opportunity to have their say, that they are taken seriously as citizens and that their views matter and will receive due consideration at the moments when they could possibly influence decisions in a meaningful fashion."

Jika dicermati di dalam bangunan ketatanegaraan Indonesia, baik kewajiban konstitusional dari lembaga legislatif dalam pembentukan undang-undang, maupun hak berpartisipasi bagi warga negara, merupakan elemen-elemen yang terkandung di dalam UUD 1945. Kewajiban legislatif dalam pembentukan undang-undang tercermin di dalam Pasal 20 dan 22D sebagaimana telah diuraikan di atas, serta tercermin pula pada Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan sebagai produk yang melaksanakan perintah Pasal 22A UUD 1945. Sementara itu, hak partisipasi warga negara dalam konteks pembentukan undang-undang dapat ditelusuri dari Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 yang menjamin mengenai hak persamaan di dalam pemerintahan,²¹⁸ Pasal 28C ayat (2) UUD 1945 yang menjamin mengenai hak asasi setiap warga negara untuk dapat memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negara,²¹⁹ serta Pasal 96 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 yang

²¹⁷ *Ibid.*, hlm. 124

²¹⁸ Pasal 27 ayat (1) UUD 1945: "Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya."

²¹⁹ Pasal 28C ayat (2) UUD 1945: "Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya".

mengatur mengenai hak masyarakat untuk memberikan masukan secara lisan dan/atau tertulis dalam pembentukan peraturan perundang-undangan.²²⁰

Pertanyaan yang penting untuk dijawab terkait keberadaan jaminan partisipasi bagi warga negara pada proses pembentukan undang-undang di dalam UUD 1945 adalah, sejauh apa hak partisipasi tersebut harus dipenuhi oleh pembentuk undang-undang? Dalam hal ini, penting untuk dapat melihat apa yang menjadi *presedent* dalam pengujian formil di Israel, yakni dalam perkara *Quantinsky v. Knesset* yang telah diuraikan pada bab sebelumnya. Dalam perkara tersebut, Mahkamah Agung Israel menyatakan bahwa selain empat prinsip fundamental dalam proses pembentukan undang-undang oleh *Knesset* (parlemen), yaitu: *the principle of participation, the principle of majority decision, the principle of publicity, and the principle of formal equality*,²²¹ *Knesset* juga berkewajiban untuk memastikan bahwa partisipasi diberikan secara memadai.²²² Hal ini berarti, pada pengujian formil di Israel, Mahkamah Agung menolak untuk menjadikan prosedur semata-mata sebagai instrumen yang bersifat tokenistik/manipulatif, melainkan perlu dipastikan bahwa prosedur dilaksanakan dengan kualitas yang memadai.

Berkaitan dengan derajat partisipasi yang memadai, penting untuk melihat bagaimana Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan mengembangkan doktrin '*meaningful participation test*' dalam perkara *Doctors for life*. Doktrin ini bertujuan untuk melihat apakah lembaga legislatif telah menempuh langkah-langkah yang layak dalam memberikan kesempatan kepada masyarakat untuk dapat berpartisipasi secara efektif di dalam proses pembentukan undang-undang. '*Meaningful participation test*' dapat dilakukan dengan cara menguji prosedur yang disediakan oleh legislatif terhadap dua pertanyaan mendasar sebagai berikut:²²³

²²⁰ Pasal 96 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan: "Masyarakat berhak memberikan masukan secara lisan dan/atau tertulis dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan."

²²¹ Suzie Navot, *Op. Cit.*, Hlm. 191.

²²² Ittai Bar Simon-Tov, "In Wake of Controversial Enactment Process of Trump's Tax Bill, Israeli SC Offers a Novel Approach to Regulating Omnibus Legislation", *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, (13 Desember, 2017), <http://www.iconnectblog.com/2017/12/in-wake-of-controversial-enactment-process-of-trumps-tax-bill-israeli-sc-offers-a-novel-approach-to-regulating-omnibus-legislation/>

²²³ Lihat poin 129 perkara *Doctors for life*, *op. cit.*, hlm. 71.

1. Apakah kewajiban untuk membuka partisipasi bagi masyarakat dalam pembentukan undang-undang telah dijamin secara normatif?
2. Apakah lembaga legislatif telah mengambil langkah-langkah yang memadai untuk memastikan masyarakat memiliki kesempatan atau kemampuan untuk menggunakan mekanisme partisipasi yang diberikan?

Kedua pertanyaan di atas bertujuan untuk memastikan bahwa mekanisme partisipasi disediakan secara layak agar pemenuhan hak berpartisipasi dalam pembentukan undang-undang dapat secara efektif terpenuhi. Mekanisme partisipasi yang layak dapat berbentuk *'road show'*, *'regional workshop'*, termasuk publikasi melalui berbagai media yang bertujuan mengedukasi dan memberikan informasi kepada masyarakat mengenai berbagai cara yang dapat ditempuh oleh masyarakat untuk dapat mempengaruhi keputusan legislatif.²²⁴ Berkaitan dengan hal ini, penting untuk memperhatikan pernyataan Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan sebagai berikut:

"Public access to Parliament is a fundamental part of public involvement in the law-making process. It allows the public to be present when laws are debated and made.... In addition, these provisions make it possible for the public to present oral submissions at the hearing of the institutions of governance. All this is part of facilitating public participation in the law-making process"²²⁵

Di dalam praktek *judicial review* di Indonesia, meskipun dilakukan pada pengujian materil, sebetulnya Mahkamah Konstitusi pernah mengembangkan doktrin partisipasi yang memiliki *value* yang sama dengan doktrin *'meaningful participation'*, yakni dalam perkara Nomor 32/PUU-VIII/2010 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Di dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa partisipasi atau *'memperhatikan pendapat masyarakat'*, tidak dapat dilakukan sebatas memenuhi ketentuan formal prosedural. Mahkamah menyatakan bahwa tujuan utama partisipasi adalah untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi hak-hak ekonomi dan sosial warga negara.²²⁶

²²⁴ *Ibid*, hlm. 73.

²²⁵ *Ibid*, hlm. 76.

²²⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 32/PUU-VIII/2020 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, hlm. 139.

Berdasarkan putusan di atas, pada dasarnya Mahkamah Konstitusi menghendaki bahwa partisipasi harus dilakukan secara dialogis dimana warga negara diberikan hak untuk didengar dan dipertimbangkan (*right to be heard and to be considered*).²²⁷ Selain itu, partisipasi dikehendaki pula untuk bersifat terbuka, dan dilakukan dengan bahasa atau penyampaian yang mudah. Dengan demikian, pengujian formil penting untuk dihadirkan sebagai 'benteng terakhir' bagi warga negara untuk memastikan bahwa pembentukan undang-undang oleh legislatif dilakukan secara efektif dengan menghadirkan berbagai mekanisme yang dapat menjamin pemenuhan hak partisipasi warga negara secara layak, dalam rangka mewujudkan *legitimation* dari setiap undang-undang, dan bukan partisipasi yang tokenistic atau manipulatif.

2. Menguji Validitas Undang-Undang

Gagasan pengujian formil memiliki urgensi untuk memastikan bahwa setiap undang-undang memiliki validitas di samping legitimasi. Sejatinya, validitas merupakan sebuah legitimasi pula, namun dalam arti prosedural. Secara teori, validitas atau legitimasi prosedural merupakan jenis legitimasi yang lebih objektif untuk ditentukan karena hadir dari 'prosedur' yang umumnya dibangun di atas kriteria yang netral.²²⁸ Berbeda halnya dengan legitimasi substantif (*legitimation*) yang lebih sulit untuk ditentukan karena berdiri di atas nilai-nilai yang selalu diperdebatkan, seperti nilai keadilan, prinsip moral, maupun nilai-nilai kebaikan bersama.²²⁹ Hal ini mengakibatkan sering kali terjadi penilaian yang bias politik atau bias ideologi pada saat mengidentifikasi legitimasi substantif. Oleh karena itu, ketaatan terhadap undang-undang lebih banyak hadir akibat kepercayaan masyarakat bahwa undang-undang telah dibentuk dengan prosedur yang telah ditentukan (*legitimate by procedure*) dan karenanya memiliki validitas secara

²²⁷ Roy Gregory dan Philip Giddings, *Citizenship, Rights and the EU Ombudsman* dalam Richard Bellamy dan Alex Warleigh (eds), *Citizenship and Governance in the European Union, Continuum, London and New York, 2001*, hlm. 73.

²²⁸ Frank L. Michelman, 'The Not So Puzzling Persistence of The Futile Search: Tribe on Proceduralism in Constitutional Theory', *Tulsa Law Review No. 42, 2007*, hlm. 891.

²²⁹ Luc J. Wintgens, 'Legitimacy and Legitimation from the Legisprudential Perspective', dalam Luc J. Wintgens, Phillippe Thion (eds), *Legislation in Context: Essay in Legisprudence*, United Kingdom: Taylor and Francis, 2007, hlm. 6-7.

hukum. Pada sisi inilah pengujian formal penting untuk dihadirkan, semata-mata untuk melindungi integritas proses legislasi.²³⁰

Prosedur dalam pembentukan undang-undang juga memiliki arti penting pada bangunan negara hukum (*the rule of law*). Ajaran negara hukum menghendaki bahwa kekuasaan merupakan entitas yang harus terikat dan tunduk terhadap hukum, termasuk kekuasaan legislatif dalam konteks pembentukan undang-undang. Dengan demikian, berbagai ketentuan prosedural sebagai rantai tindakan hukum (*chain of legal acts*) menjadi elemen penting dari bangunan negara hukum sekaligus instrumen yang menentukan validitas sebuah undang-undang.²³¹ Dengan kata lain, prosedur memiliki fungsi untuk membedakan apakah sebuah tindakan dari kekuasaan berdampak pada lahirnya hukum atau tidak.²³² Pada sisi inilah, pengujian formil memiliki urgensinya, yakni memastikan bahwa hukum lahir dari tindakan-tindakan yang memang dikehendaki oleh hukum pula.

Dalam konteks untuk menilai validitas dari sebuah undang-undang penting untuk melihat kembali pendapat Hans Kelsen, bahwa sebuah norma menemukan validitasnya ketika norma tersebut dibentuk dengan cara-cara tertentu yang dikehendaki oleh norma yang lebih tinggi. Lebih jelas, Kelsen menyatakan bahwa "*...any norm in the legal system "is valid because, and to the extent that, it had been created in a certain way, that is, in a way determined by another (higher) norm."*²³³ Dengan demikian, dalam konteks pembentukan undang-undang, kehadiran pengujian formil berfungsi untuk memastikan terpenuhinya berbagai perintah yang diberikan oleh norma yang lebih tinggi dari undang-undang sebagai tata cara atau mekanisme untuk membentuk undang-undang. Hal ini juga berarti bahwa pengujian formil tidak ubahnya dengan pengujian materil, yakni merupakan konsep yang beranjak dari ajaran untuk menjaga *legal order* yang menempatkan konstitusi sebagai hukum tertinggi (*the supreme law of the land*). Hal ini berkesesuaian dengan argumentasi John Marshall di dalam perkara *Marbury v*

²³⁰ Ittai Bar-Siman-Tov, *op. cit.*, hlm. 1936.

²³¹ Joseph Raz, 'The Rule of Law and its Virtue', dalam Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press, 1979, hlm. 210.

²³² *Ibid.*, hlm. 197.

²³³ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge: Harvard University Press, 1949, hlm. 221.

Madison, yang di klaim sebagai argumentasi utama dari konsep *judicial review*. Di dalam perkara *Marbury*, *Chief Justice* John Marshall mengemukakan tiga argumen mendasar yang menjustifikasi kewenangan pengadilan untuk melakukan *judicial review* sebagai berikut:

1. Konstitusi merupakan hukum yang tertinggi, dan karenanya memiliki kedudukan yang 'superior' terhadap undang-undang (*the Constitution is supreme law, superior to ordinary legislative acts*);²³⁴
2. Undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi harus dinyatakan batal (*a legislative act, repugnant to the Constitution, is void*);²³⁵ dan
3. Pengadilan tidak dapat menegakan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi (*courts may not enforce a legislative act repugnant to the Constitution*).²³⁶

Dari ketiga argumentasi di atas, dapat disimpulkan bahwa keberadaan konstitusi sebagai hukum tertinggi, salah satunya ditujukan untuk membatasi kekuasaan pembentuk undang-undang. Sehingga, jika pengadilan harus menegakan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi, hal ini akan bertentangan dengan tujuan dari keberadaan konstitusi itu sendiri. Dengan demikian, di dalam ajaran supremasi konstitusi, berbagai ketentuan prosedural yang mengatur mengenai pembentukan hukum merupakan bagian yang materil dari sebuah konstitusi dan bertujuan untuk menciptakan '*parliamentary constraint*'.²³⁷ Dalam kaitan dengan hal ini, Ittai Bar-Siman Tov menyatakan bahwa argumen-argumen Marshall tersebut dapat pula digunakan untuk menjustifikasi pengujian formil yang bertujuan memastikan ketaatan lembaga legislatif terhadap prosedur pembentukan undang-undang yang diatur di dalam konstitusi.²³⁸

Dari sisi validitas ini, Kelsen juga menyatakan bahwa fungsi pembentukan undang-undang merupakan sebuah *total function* yang terdiri dari beberapa bagian

²³⁴ William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States, 5 U.S. 137, 1803, hlm. 176.

²³⁵ *Ibid*, hlm. 177.

²³⁶ *Ibid*, hlm. 177-178.

²³⁷ Hans, Kelsen, *op. cit.*, hlm. 225.

²³⁸ "It is well established that the purpose of the Constitution's lawmaking provisions was to "prescribe and define" Congress's legislative power and to limit it to a specific procedure". Ittai Bar-Siman-Tov, *op. cit.*, hlm. 1938.

(*partial function*). Tidak terpenuhinya bagian tertentu atau *partial function* tertentu dapat mengakibatkan sebuah produk hukum dianggap tidak memiliki predikat sebagai hukum. Oleh karena itu, norma-norma di dalamnya harus dianggap sebagai preposisi yang tidak mengandung sifat hukum sejak kelahirannya. Dengan demikian, menurut Kelsen, kecacatan pada aspek prosedural berimplikasi pada ketiadaan validitas yang melahirkan sifat *nullity* atau yang dalam tradisi hukum di Indonesia disebut sebagai 'batal demi hukum'. Sebagai sebuah konsekuensi prosedural, maka pada dasarnya sifat *nullity* atau batal demi hukum tersebut tidak memerlukan pernyataan eksplisit dari otoritas manapun.

Namun, di dalam praktek dapat saja dijumpai berbagai klaim yang saling bertolak belakang mengenai apakah prosedur tertentu dari serangkaian prosedur pembentukan undang-undang telah atau tidak dilaksanakan. Oleh karena itu, klaim-klaim tersebut harus mampu dibuktikan secara hukum, dan forum yang paling kompeten menurut hukum, untuk menguji berbagai klaim tersebut adalah pengadilan melalui pengujian formil. Artinya, pengujian formil berfungsi untuk menentukan apakah sebuah produk dari legislatif dapat diberi predikat sebagai hukum atau tidak, dan karenanya bersifat *nullity* atau batal demi hukum atau tidak.²³⁹

Teori Kelsen tentang validitas norma ini, lagi-lagi bertentangan dengan argumentasi Mahkamah Konstitusi Indonesia yang menyatakan tetap berlakunya undang-undang yang terbukti cacat secara prosedural karena dua alasan utama, yakni *Pertama*, tidak adanya substansi di dalam undang-undang yang menimbulkan permasalahan hukum. *Kedua*, hukum yang baru dianggap oleh Mahkamah Konstitusi mengandung substansi pengaturan yang lebih baik dari undang-undang pendahulunya.²⁴⁰ Berdasarkan pendekatan validitas dari Kelsen, maka Mahkamah Konstitusi seharusnya menyatakan bahwa undang-undang yang dibentuk dengan kecacatan pada sisi prosedural tidak dapat diberi predikat secara hukum dan karenanya tidak valid sebagai undang-undang.

²³⁹ Hans Kelsen dalam Lars Vinx, *op. cit.*, hlm. 88-91.

²⁴⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, hlm. 93.

Pendekatan Kelsen di atas nampaknya merupakan pendekatan yang umum dilakukan karena dipraktekan pula di dalam putusan Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan dalam perkara *Doctors for life* yang menyatakan bahwa undang-undang yang tidak dibentuk dengan kepatuhan terhadap prosedur yang diatur di dalam konstitusi sebagai undang-undang yang tidak valid. Hal ini dinyatakan secara tegas oleh *Justice Ngcobo J* yang menulis argument mayoritas di dalam perkara tersebut sebagai berikut:²⁴¹

"In my judgment, this Court not only has a right but also has a duty to ensure that the law-making process prescribed by the Constitution is observed. And if the conditions for law-making processes have not been complied with, it has the duty to say so and declare the resulting statute invalid. Our Constitution manifestly contemplated public participation in the legislative and other processes of the NCOP, including those of its committees. A statute adopted in violation of section 72(1)(a) precludes the public from participating in the legislative processes of the NCOP and is therefore invalid."

Dari argumen *Justice Ngcobo* di atas, dapat pula diartikan bahwa keberadaan pengadilan dalam melakukan pengujian formil bertujuan untuk menjamin bahwa pembentukan undang-undang benar-benar dilaksanakan sesuai dengan tata cara yang diatur di dalam konstitusi dalam rangka menjaga marwah konstitusi sebagai norma hukum tertinggi (*the supreme law of the land*).

Selain itu, putusan Mahkamah Konstitusi untuk mempertahankan produk hukum yang terbukti memiliki kecacatan prosedur dengan alasan bahwa undang-undang tersebut memiliki substansi yang baik, dapat menimbulkan problematika dari sisi akademik. Misalnya, di dalam teori pembentukan undang-undang (*legislative procedure*) sebagaimana dikemukakan oleh Kelsen, *output* dari proses pembentukan undang-undang adalah sebuah *resultante*.²⁴² Dalam teori politik, *resultante* ini merupakan manifestasi kepentingan mayoritas yang dikompromikan secara demokratis, termasuk mengompromikan mengenai apa yang baik dan yang buruk.²⁴³ Sementara itu dari sisi teori pemisahan kekuasaan, fungsi ini merupakan fungsi dari lembaga-lembaga politik yang dipilih secara demokratis dan bukan fungsi

²⁴¹ *Doctors for life, op. cit.*, hlm. 111.

²⁴² Hans Kelsen, *Op.Cit.*, hlm. 196

²⁴³ Lihat Luc J. Witgens, *op. cit.*, hlm. 1-2.

dari pengadilan.²⁴⁴ Fungsi pengadilan, termasuk dalam konteks pengujian undang-undang, semata-mata untuk menguji validitas agar keteraturan hukum dapat tercipta. Jika pun terminologi 'baik' dan 'buruk' hendak digunakan, maka makna 'baik' atau 'buruk' harus merujuk atau dikembalikan pada validitas hukum, bahwa yang baik adalah yang tidak bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi, sedangkan yang buruk adalah yang bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi.

Sebagai mekanisme untuk menentukan validitas dari sebuah proses legislasi, maka *output* dari pengujian formil tersebut adalah menyatakan apakah sebuah produk legislasi, dalam hal ini undang-undang, valid sebagai hukum atau tidak. Jika undang-undang yang diuji dinyatakan tidak memenuhi bagian tertentu atau *partial function* dari seluruh proses pembentukan undang-undang yang ditetapkan oleh hukum, maka berkonsekuensi mengakibatkan norma-norma didalamnya dianggap sebagai preposisi yang tidak mengandung sifat hukum sejak kelahirannya (*nullity*), yang dalam tradisi hukum di Indonesia disebut sebagai 'batal demi hukum'.²⁴⁵ Pendapat ini merupakan pendapat yang sejalan dengan apa yang disampaikan Mahkamah Konstitusi di dalam putusannya Nomor 27/PUU-VII/2009 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang menyatakan bahwa:²⁴⁶

"Demikian pentingnya keabsahan penggunaan kekuasaan itu yang oleh karenanya apabila terjadi penggunaan kekuasaan yang tidak sah maka seharusnya perbuatan tersebut batal demi hukum atau tidak sah sejak awal (*void ab initio*),...".

Pemahaman akan keterkaitan antara proses pembentukan dan hasil juga terlihat dari pertimbangan pada perkara yang sama yaitu ketika Mahkamah Konstitusi Indonesia mengemukakan bahwa:

²⁴⁴ Dalam ajaran demokrasi, pengadilan bukanlah *primary custodian* untuk menentukan berbagai kebijakan public. Lihat Otis, H. Stephens Jr., John M. Scheb, *American Constitutional Law Volume I: Source of Power and Restraint*, Belmont: Thompson Wadsworth, 2008, hlm. 49.

²⁴⁵ Dengan kata lain, sebuah produk legislasi yang dinyatakan batal demi hukum, akan dianggap tidak pernah ada. Sehingga, segala keadaan yang muncul akibat keberlakuan produk legislasi tersebut harus turut dipulihkan pada kondisi semula seperti sebelum peraturan tersebut diterbitkan.

²⁴⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-VII/2009, *op. cit.*, hlm. 64.

“Keabsahan Undang-Undang secara formil terlepas dari isi atau materi dari Undang-Undang tersebut, oleh karenanya pengujian formil tidak dapat digantungkan kepada isi atau materi Undang-Undang. Sebuah Undang-Undang yang memuat materi yang baik tidak menjadikan Undang-Undang tersebut secara serta merta menjadi sah secara formil dan sebaliknya suatu Undang-Undang yang memuat materi yang tidak baik tidak secara serta merta pula Undang-Undang tersebut tidak sah, karena hal demikian akan mengaburkan perbedaan pengujian secara materil dan pengujian secara formil”.

Pendapat di atas hidup dengan asumsi bahwa setiap undang-undang yang dibentuk melalui prosedur legislasi, diajukan, dibahas, dan disahkan sebagai seperangkat aturan yang tidak terpisah-pisah. Sehingga, putusan pengujian formil-pun berdampak pada undang-undang tersebut sebagai seperangkat aturan. Demikian pula logika yang digunakan oleh hakim Ncobbo di Afrika Selatan yang membatalkan seluruh paket undang-undang reformasi kesehatan dalam perkara *Doctors for life*, dan memerintahkan *National Assembly* untuk mengulang proses pembentukannya.²⁴⁷ Meskipun di dalamnya terdapat kemungkinan adanya norma yang dianggap baik dan menguntungkan masyarakat.

Hal ini merupakan cara pandang utama dalam menilai hubungan antara proses pembentukan dan hasilnya. Dalam praktiknya, Mahkamah Konstitusi-lah yang berperan untuk menilai hubungan ini. Lagi-lagi dalam rangka melindungi hak masyarakat (setidaknya hak partisipasi serta hak untuk didengar dan dipertimbangkan) bahkan meningkatkan kualitas hukum formil atau prosedur pembentukan undang-undang. Dengan cara pandang ini tidak menutup kemungkinan meskipun pemohon hanya meminta pengujian formil untuk salah satu norma dalam undang-undang namun jika dalam pemeriksaan perkara ternyata terungkap pelanggaran prinsip atau prosedur pembentukan yang buruk, maka sama halnya dengan logika Mahkamah Konstitusi saat membatalkan seluruh undang-undang berdasarkan satu pembatalan norma yang dianggap jantung, sehingga tidak menutup kemungkinan hal ini juga bisa terjadi pada putusan pengujian formil yang membatalkan seluruh undang-undang. Lagi pula dalam teori *'poison tree'*, dari sebuah pohon beracun, buah mana yang tidak beracun?

²⁴⁷ *Doctors for life, op. cit.*, hlm. 117.

Praktek pengujian formil di beberapa negara memang menunjukkan tidak selalu berakhir pada pembatalan seluruh undang-undang, seperti beberapa perkara di Kolumbia, atau bahkan penolakan perkara di Israel, namun dari praktik-praktik tersebut dapat diambil pelajaran tentang peran dan kontribusi Mahkamah Konstitusi dalam peningkatan kualitas pengaturan prosedur dan penerapan prinsip-prinsip pembentukan undang-undang. Prinsip kehati-hatian, efektifitas, bahkan kemanfaatan memang bukan prinsip yang harus dikesampingkan, karena sejatinya satu prinsip memang akan selalu berkontestasi dengan prinsip lain, dan penerapannya harus dilakukan dengan penuh kejaksanaan serta tidak kontra-produktif dengan misi utama pengujian formil yaitu penilaian validitas dan legitimasi. Dari praktik-praktik tersebut dapat terlihat pula bahwa terkadang hukum sulit untuk mengatur secara rigid hal-hal yang berada di wilayah kebijaksanaan, sehingga yang dapat dilakukan hanyalah berupaya membangun justifikasi yang paling dapat diterima nalar, misalnya dengan merumuskan sejumlah kriteria sebagai indikator.

B. Batu Uji Pengujian Formil

Sebagaimana telah diuraikan pada bagian sebelumnya, pengujian formil berfungsi untuk memastikan legitimasi dan validitas dari sebuah produk hukum, dalam hal ini undang-undang. Meskipun demikian, pada keadaan tertentu dimana pengaturan mengenai prosedur di dalam konstitusi bersifat sangat minimalis, pertanyaan mengenai batu uji apa yang dapat digunakan selain norma konstitusi menjadi hal yang penting untuk dijawab. Berkaitan dengan hal tersebut, pada bagian ini akan diuraikan beberapa teori yang dapat digunakan untuk menjustifikasi seperangkat peraturan yang ada di Indonesia untuk dapat dijadikan batu uji dalam proses pengujian formil undang-undang.

1. H.L.A. Hart: Rule of Recognition Theory

Hart mengatakan bahwa pada suatu masyarakat dapat saja hidup banyak sumber norma, sehingga terjadi permasalahan ketidakpastian (*uncertainty*) mengenai aturan mana yang berlaku secara sah sebagai peraturan yang mengikat umum, dan mana yang tidak. Hart kemudian mengemukakan bahwa dalam sebuah

sistem hukum terdapat apa yang disebut sebagai *'the rule of recognition'*, yakni seperangkat aturan yang berfungsi untuk memberikan kriteria spesifik mengenai mana yang dapat dikategorikan sebagai hukum, dalam hal ini undang-undang.²⁴⁸ Kriteria tersebut meliputi organ mana dan dengan cara apa suatu norma diberlakukan menjadi undang-undang. Ketentuan ini merupakan awal mula dari gagasan mengenai keabsahan hukum (*legal validity*).²⁴⁹

Menurut pandangan Hart, *the rule of recognition* merupakan sebuah *conditio sine qua non*. Bahkan, pada negara dengan bentuk pemerintahan monarki absolut sekalipun, dimana apapun yang dititahkan oleh raja merupakan sebuah hukum yang mengikat, akan selalu ada cara untuk dapat mengklasifikasi tentang mana titah raja yang dapat dikategorikan sebagai hukum dan mana titah raja dalam kehidupan keseharian yang tidak ditujukan untuk menjadi hukum.²⁵⁰ Dengan demikian, Hart pada dasarnya hendak mengutarakan bahwa di dalam sistem hukum apapun, bahkan pada sistem dimana konstitusi tertulis tidak dikenal, dan tidak ada pembatasan kekuasaan yang spesifik ditujukan bagi lembaga legislatif (seperti tradisi di Inggris dengan prinsip supremasi parlemen), akan tetap selalu ada ketentuan yang bersifat *'manner and form'* yang ditujukan untuk mengatur apa yang harus dilakukan oleh legislatif pada saat hendak membentuk hukum.²⁵¹ Hart juga menyatakan, apabila sistem ketatanegaraan pada suatu negara telah menjadi begitu kompleks, seperti dianutnya *'multi-member legislature'* pada konsep bikameralisme, kriteria untuk menentukan hukum turut menjadi kompleks pula.²⁵²

Namun yang menarik dari argumen Hart adalah konsep *the rule of recognition* tidak dimaknai sebagai pembatasan terhadap kekuasaan legislative, karena tidak membatasi konten atau ruang lingkup kewenangan mengatur dari cabang kekuasaan legislatif, melainkan hanya ditujukan sebagai syarat validitas dari hukum,

²⁴⁸ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, United Kingdom: Oxford University Press, 2012, hlm. 94-95, 100.

²⁴⁹ *Ibid*, hlm. 94-95, 100-103.

²⁵⁰ *Ibid*, hlm. 68.

²⁵¹ Hans Kelsen, *op. cit.*, hlm. 222.

²⁵² Ittai Bar-Siman-Tov, *op. cit.*, hlm. 1947.

sekaligus agar rakyat mengetahui, kehendak penguasa yang mana yang telah menjelma menjadi hukum.²⁵³ Di dalam argumennya, Hart mengatakan:²⁵⁴

'procedural rules that govern the legislative process should not be viewed as limits on the will of the sovereign Parliament, but as "a necessary pre-condition to the validity of (its) acts".'

Dengan demikian, konsep *the rule of recognition* yang Hart bangun pada dasarnya dapat menjadi pondasi yang kuat bagi praktek pengujian formil pada negara yang menganut supremasi parlemen dimana pengujian undang-undang secara material tidak dapat dilakukan. Dengan konsepsi *the rule of recognition*, meskipun parlemen berada pada kedudukan yang *supreme*, namun pengadilan tetap berwenang untuk mempertanyakan validitas produk parlemen dari sisi prosedural. Selain itu, sebagaimana diuraikan di atas, *the rule of recognition* sebagai kriteria untuk menentukan hukum, tidak berada pada satu bentuk hukum yang tunggal, melainkan dapat terfragmentasi pada berbagai bentuk. Artinya, kriteria tersebut dapat saja berada pada dokumen konstitusi, ataupun dapat pula berada pada dokumen lain selain konstitusi, seperti sumber-sumber hukum di level *subconstitutional* maupun *extraconstitutional*.²⁵⁵ Oleh karena itu, konsep *the rule of recognition* pada dasarnya dapat menjadi jawaban mengenai batu uji apa yang dapat digunakan dalam pengujian formil, manakala konstitusi mengatur prosedur pembentukan undang-undang secara minimalis ataupun pada kondisi dimana konstitusi tidak memberikan pengaturan sama sekali, atau bahkan pada sistem hukum yang tidak mengenal konstitusi tertulis.

Di dalam praktek pengujian formil di Indonesia, konstruksi *the rule of recognition* pada dasarnya telah diterapkan untuk mengidentifikasi berbagai ketentuan yang dapat menjadi kriteria berlakunya sebuah undang-undang, dan karenanya dapat dijadikan sebagai batu uji dalam pengujian formil. Dimulai dengan pengaturan Pasal 51A ayat (3) UU Nomor 8 Tahun 2011 berikut dengan penjelasannya yang mempertegas peraturan perundang-undangan apa saja yang

²⁵³ H.L.A. Hart, *op. cit.*, hlm. 68.

²⁵⁴ Ittai Bar-Siman-Tov, *op. cit.*, hlm. 1948.

²⁵⁵ *Ibid*, hlm. 1946.

dapat dijadikan batu uji,²⁵⁶ hingga perkembangan lebih lanjut dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Misalnya, di dalam perkara Nomor 27/PUU-VII/2009 tentang pengujian formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang tentang Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa ketentuan prosedural yang dapat menjadi batu uji pengujian formil tidak hanya berada di level konstitusi, melainkan dapat pula berada di berbagai peraturan lainnya, sepanjang peraturan tersebut merupakan pelaksana dari pendelegasian UUD 1945. Lebih jelas, Mahkamah Konstitusi menyatakan sebagai berikut:²⁵⁷

“jika tolok ukur pengujian formil harus selalu berdasarkan pasal-pasal UUD 1945 saja, maka hampir dapat dipastikan tidak akan pernah ada pengujian formil karena UUD 1945 hanya memuat hal-hal prinsip dan tidak mengatur secara jelas aspek formil proseduralnya. Padahal dari logika tertib tata hukum sesuai dengan konstitusi, pengujian secara formil itu harus dapat dilakukan. Oleh sebab itu, sepanjang Undang-Undang, tata tertib produk lembaga negara, dan peraturan perundang-undangan yang mengatur mekanisme atau formil-prosedural itu mengalir dari delegasi kewenangan menurut konstitusi, maka peraturan perundang-undangan itu dapat dipergunakan atau dipertimbangkan sebagai tolok ukur atau batu uji dalam pengujian formil”.

Dari pendapat di atas, maka Mahkamah Konstitusi di dalam praktek telah mengakui bahwa ketentuan konstitusional yang ada merupakan ketentuan yang minimalis, atau dalam bahasa Soepomo sebagai ketentuan yang pokok dari yang pokok. Oleh karena itu “...sepanjang undang-undang, tata tertib produk lembaga negara, dan peraturan perundang-undangan yang mengatur mekanisme atau formil-prosedural itu mengalir dari delegasi kewenangan menurut konstitusi, maka peraturan perundang-undangan itu dapat dipergunakan atau dipertimbangkan sebagai tolok ukur atau batu uji dalam pengujian formil”. Dengan demikian Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah,

²⁵⁶ Penjelasan pasal 51A Ayat (3) UU No.8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi “Yang dimaksud dengan peraturan perundang-undangan”, antara lain Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Undang-Undang tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, serta peraturan perundang-undangan lain yang terkait, seperti Peraturan Dewan Perwakilan Rakyat tentang Tata Tertib.”

²⁵⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-VII/2009, *op. cit.*, hlm. 83.

Dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, yang telah beberapa kali diubah, terakhir dengan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2019, serta Peraturan Tata Tertib DPR, dapat dijadikan batu uji dalam pengujian formil, karena merupakan peraturan pelaksana atau hasil dari delegasi Pasal 22A UUD 1945, atau yang dalam perspektif *the rule of recognition* disebut sebagai ketentuan *subconstitutional*.²⁵⁸

Meskipun mengakui bahwa norma yang dapat dikategorikan sebagai *the rule of recognition* dimungkinkan terfragmentasi atau berada pada bentuk yang beragam, namun pendapat Mahkamah Konstitusi di atas memiliki konsekuensi mempersempit ruang lingkup *the rule of recognition* yang disampaikan Hart. Hal ini karena Mahkamah mempersempit *the rule of recognition* hanya pada ketentuan yang merupakan pelaksana atau hasil pendelegasian kewenangan dari konstitusi sebagaimana pernyataannya sebagai berikut:

“...**sepanjang** undang-undang, tata tertib produk lembaga negara, dan peraturan perundang-undangan yang mengatur mekanisme atau formil-prosedural itu **mengalir dari delegasi kewenangan menurut konstitusi**,...”.

Dari pernyataan tersebut, maka norma-norma yang dikategorikan sebagai *the rule of recognition* oleh Mahkamah Konstitusi hanyalah norma-norma yang berkaitan dengan tata cara pengambilan keputusan di dalam internal DPR dan mekanisme pemberian persetujuan Bersama antara DPR dengan Presiden. Hal ini dikarenakan kedua tahapan tersebutlah yang berkaitan langsung dengan mekanisme pembentukan undang-undang yang diatur di dalam undang-undang dasar. Sementara norma-norma yang berkaitan dengan pelibatan atau partisipasi warga negara yang diatur di dalam undang-undang tentang pembentukan peraturan perundang-undangan hanya dianggap sebagai mekanisme untuk membentuk undang-undang yang baik tanpa ada konsekuensi terhadap sah atau tidaknya undang-undang.

²⁵⁸ Di dalam dasar hukum seluruh peraturan perundang-undangan tersebut, dicantumkan Pasal 22A UUD 1945. Berdasarkan Lampiran II, angka 28 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, dinyatakan bahwa: “Dasar hukum memuat: a. Dasar kewenangan pembentukan Peraturan Perundangundangan; dan b. **Peraturan Perundang-undangan yang memerintahkan pembentukan Peraturan Perundang-undangan.**”

Padahal, konsepsi Hart tentang *the rule of recognition* tidak dibatasi pada produk yang memiliki keterkaitan langsung dengan konstitusi, melainkan pada seluruh ketentuan yang bersifat menentukan kriteria hukum. Perbedaan konsepsi *the rule of recognition* yang dikemukakan Hart dengan kriteria batu uji pengujian formil yang dikembangkan oleh Mahkamah Konstitusi Indonesia, merupakan perbedaan yang dapat diterima secara logis, karena kedua pendekatan tersebut lahir dari latar belakang konsep hukum yang berbeda, yakni konsepsi Hart yang didasarkan pada tradisi hukum Inggris yang tidak mengenal konstitusi tertulis, sementara tradisi hukum Indonesia menganut konstitusi tertulis sebagai *the supreme law of the land*, dan kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah untuk menjaga kedudukan konstitusi tersebut.

Selain telah menggunakan pendekatan *subconstitutional* dalam menentukan batu uji dalam proses pengujian formil, Mahkamah Konstitusi Indonesia juga memiliki kecenderungan untuk menggunakan ketentuan *extraconstitutional*. Hal ini tercermin dalam pendapat Mahkamah Konstitusi dalam Perkara yang sama, dalam hal mengidentifikasi ada atau tidaknya *legal standing* dari pemohon. Dalam perkara ini, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa:²⁵⁹

"...dalam uji formil kerugian konstitusional Pemohon harus dilihat dari kepercayaan dan mandat yang diberikan kepada wakil sebagai *fiduciary duty*, yang harus dilaksanakan secara itikad baik dan bertanggung jawab, dalam hubungan *mandate* yang tidak terputus dengan dipilih dan dilantikannya anggota DPR sebagai wakil rakyat pemilih."

Dari pendapat di atas, terlihat bahwa Mahkamah Konstitusi menggunakan prinsip-prinsip hukum yang menjadi dasar relasi antara rakyat dengan wakilnya di lembaga perwakilan. Prinsip-prinsip seperti '*fiduciary duties*' ataupun '*mandate*' merupakan prinsip-prinsip yang diabstraksi oleh Mahkamah Konstitusi dari konstruksi Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut undang-undang dasar. Menurut Mahkamah, transfer kedaulatan yang dilakukan oleh warga negara melalui pemilihan umum kepada para wakilnya dilaksanakan berdasarkan konsep '*trust*' yang mengakibatkan anggota legislatif memperoleh kekuasaan secara *fiduciary*.

²⁵⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-VII/2009, *op. cit.*, hlm. 60.

Tetapi transfer tersebut tidak menggeser kekuasaan rakyat sebagai *the supreme power*, yang melalui pengawasan dalam pengujian, tetap dapat mengawasi mandat dalam legislasi yang dihasilkan jika dibuat secara bertentangan dengan kepercayaan yang diberikan.²⁶⁰

Penggunaan ketentuan *extraconstitutional* yang lebih kuat, tercermin di dalam pengujian formil yang dilakukan oleh Mahkamah Agung Israel. Di dalam perkara *Poultry Grow* pada tahun 2004 Mahkamah Agung Israel menggunakan prinsip-prinsip hukum sebagai batu uji dalam pengujian formil, yang seluruhnya bermuara pada upaya untuk menjaga demokrasi.²⁶¹ Berbagai prinsip tersebut dapat dielaborasi ke dalam empat pertanyaan mendasar sebagai berikut:

1. Apakah proses legislasi telah melanggar prinsip partisipasi?
2. Apakah proses legislasi telah melanggar prinsip *rule by majority*?
3. Apakah proses legislasi dilakukan tanpa memenuhi asas publisitas yang memungkinkan rancangan undang-undang diketahui secara luas oleh publik?
4. Apakah proses legislasi dilaksanakan berdasarkan prinsip *formal equality*?

2. Hans Kelsen: Validitas Hukum

Teori Hans Kelsen tentang hukum dikenal sebagai teori positivisme hukum. Namun, makna 'positif' tersebut bukan terletak pada keharusan adanya kandungan moral atau nilai benar atau salah di dalam sebuah norma. Positif yang dimaksud di dalam teori hukum Kelsen adalah bahwa hukum lahir dan berakhir dari perbuatan aktif dan spesifik dari manusia.²⁶² Di dalam teorinya, Kelsen mengungkapkan bahwa hukum merupakan kumpulan dari norma-norma, dan norma tersebut merupakan suatu preposisi yang mengandung perintah agar sesuatu benar-benar terjadi (*ought*

²⁶⁰ *Ibid*, hlm. 61.

²⁶¹ Pernyataan ini dapat ditemukan di dalam Putusan Mahkamah Agung Israel dalam perkara ***Sarid v. The Knesset Speaker*** pada tahun 1982 yang menyatakan: "*The proper standard determined for judicial intervention in internal parliamentary proceedings must take into account the degree of the violation to the essence of parliamentary life and the effect this violation has on the foundations of the democratic regime*". Lihat Suzie Navot, *op. cit.*, hlm. 197.

²⁶² Di dalam bukunya, Kelsen mengungkapkan bahwa: "*Law is always positive law, and its positivity lies in the fact that it is created and annulled by acts of human beings, thus being independent of morality and similar norm systems*". Hans Kelsen, *op. cit.*, hlm. 114.

to happen).²⁶³ Dalam konteks pembentukan norma, Kelsen mengungkapkan bahwa sebuah norma adalah valid apabila dibuat menurut aturan tertentu yang memang sengaja dibentuk untuk tujuan pembentukan hukum.²⁶⁴ Pertanyaannya kemudian adalah, dimana kita dapat menemukan norma atau aturan tertentu yang menjadi dasar validitas sebuah norma?

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, Kelsen mengajukan dua postulat bahwa validitas suatu norma dapat dilihat dari sisi substantif dan sisi prosedural. Pada sisi substantif atau isi dari sebuah norma, Kelsen menyatakan bahwa validitas norma didasarkan pada norma yang di atasnya, dan norma tertinggi dalam suatu tertib norma adalah '*grundnorm*'. Dari postulat tersebut, maka hal pertama yang dapat diidentifikasi untuk menentukan mana norma yang menjadi validitas dari norma yang lain, adalah norma yang lebih tinggi. Dalam konteks pembentukan undang-undang sebagai produk legislatif di satu negara, maka yang menjadi penentu validitasnya adalah norma yang lebih tinggi dari undang-undang di negara tersebut. Tentunya, norma apa yang ada di atas undang-undang tersebut akan berbeda-beda antara satu negara dengan negara lainnya, tergantung pada bagaimana negara tersebut membangun sistem hukumnya.

Sementara itu, pada sisi prosedural, Kelsen menyatakan validitas sebuah norma didasarkan pada apakah norma tersebut dibuat dengan cara tertentu yang telah ditentukan oleh sebuah norma dasar (*basic norm*). Norma dasar tersebut dapat berupa norma yang telah dibentuk secara spesifik untuk mengatur tata cara pembentukan norma hukum oleh parlemen, atau dibentuk dari kebiasaan yang dikembangkan baik oleh parlemen ataupun pengadilan.²⁶⁵ Dari sisi ini, maka sumber validitas prosedural dari sebuah norma, tidak selalu didasarkan pada norma yang lebih tinggi, melainkan dapat pula berupa norma-norma yang disepakati sebagai norma yang diperuntukan untuk membentuk hukum. Secara sederhana, pada sisi prosedural, Kelsen menyatakan bahwa sebuah norma hukum akan sah apabila

²⁶³ Marret, Leiboff, Mark Thomas, *Legal Theories in Principle*, NSW: Thompson Lawbook Co., 2009. hlm. 99.

²⁶⁴ Di dalam bukunya Kelsen mengungkapkan: "*Law is always created by an act that deliberately aims at creating law*". Hans Kelsen, *op. cit.*, hlm. 113-114.

²⁶⁵ *Ibid.* hlm. 113.

dibentuk sesuai dengan yang ditentukan oleh norma hukum yang lain. Lebih jelas, Kelsen menyatakan sebagai berikut:²⁶⁶

"Law regulates its own creation inasmuch as one legal norm determines the way in which another norm is created, and also, to some extent, the content of that norm. Since a legal norm is valid because it is created in a way determined by another legal norm, the latter is the reason of validity of the former."

Dalam konteks pembentukan hukum ini, Kelsen mengemukakan bahwa norma yang mengatur tata cara pembentukan hukum pada suatu tatanan norma, umumnya berada pada konstitusi sebagai *'the final postulate'* atau *'the last presupposition'*, yakni norma tertinggi yang mengatur tata cara pembentukan hukum yang diasumsikan atau disepakati sebagai prosedur yang benar.²⁶⁷ Di dalam konstitusi, umumnya ditentukan mengenai mana organ yang berwenang untuk membentuk sekaligus bagaimana tata cara sebuah norma dibentuk. Namun demikian, Kelsen juga mengungkapkan bahwa makna konstitusi yang dimaksud olehnya merupakan konstitusi dalam arti yang luas, yakni konstitusi dalam arti formil dan materil. Dalam arti formil, konstitusi dimaknai sebagai dokumen tertulis yang disebut sebagai undang-undang dasar. Sementara dalam arti materil, konstitusi merupakan seperangkat aturan mengenai tata cara pembentukan hukum, termasuk yang tertera di dalam undang-undang. Oleh karena itu, menurut Kelsen, jika terdapat undang-undang yang berisi mengenai tata cara pembentukan hukum, maka undang-undang tersebut memiliki materi konstitusional atau sifat ketatanegaraan, dan karenanya harus diberi kedudukan yang berbeda dengan undang-undang lain pada umumnya. Hal ini karena menurut Kelsen, norma yang menentukan organ dan proses legislasi, merupakan elemen yang esensial dari sebuah sistem hukum.²⁶⁸

²⁶⁶ *Ibid*, hlm. 124.

²⁶⁷ *Ibid*, hlm. 115.

²⁶⁸ *Ibid*, hlm. 124. Pendapat Kelsen ini memiliki kedekatan dengan pendapat K.C.Wheare tentang *'organic law'*, yakni undang-undang yang diperintahkan langsung oleh undang-undang dasar. Dengan demikian, *organic law* pada dasarnya merupakan bagian dari konstitusi karena materi muatan yang terkandung di dalamnya merupakan materi muatan konstitusi. Sehingga, undang-undang yang memiliki predikat sebagai *organic law* (*lois organiques*) di beberapa negara memiliki kedudukan yang berbeda. Lihat K.C. Wheare, *Modern Constitution*, London: Oxford University Press, 1966, hlm. 3.

Pendapat Kelsen mengenai undang-undang yang perlu diposisikan berbeda dengan undang-undang lain karena mengandung sifat ketatanegaraan yang esensial bagi sebuah sistem hukum, dalam bahasa Frederick Schauer disebut sebagai undang-undang organik. Bahkan Schauer menyatakan bahwa undang-undang organik sebagai *quasi constitutional enactments*, dan memiliki kedudukan lebih tinggi dibanding undang-undang biasa karena diperintahkan secara langsung oleh undang-undang dasar. Dapat pula dikatakan bahwa Schauer menempatkan undang-undang organik sebagai undang-undang yang memiliki derajat konstitusi, dan bahkan dikategorikan sebagai konstitusi dalam arti luas.²⁶⁹

Dari pendekatan teori validitas yang dikemukakan oleh Kelsen di atas maka kedudukan berbagai ketentuan pembentukan undang-undang di dalam UUD 1945, yakni ketentuan Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 20 UUD 1945, yang mengatur proses pembentukan undang-undang (*lawmaking process*) dalam bentuk serangkaian kegiatan yang terdiri dari: (1) prakarsa pengajuan rancangan undang-undang; (2) pembahasan rancangan undang-undang; (3) persetujuan rancangan undang-undang; (4) pengesahan rancangan undang-undang menjadi undang-undang; dan (5) pengundangan dalam lembaran negara, dapat dikategorikan sebagai *basic norm* yang menjadi sumber validitas prosedural bagi undang-undang.

Namun, sebagaimana pernyataan Mahkamah Konstitusi di dalam perkara pengujian formil Nomor 27/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang tentang Mahkamah Agung, menyatakan bahwa jika tolok ukur pengujian formil harus selalu berdasarkan pasal-pasal UUD 1945 saja, maka hampir dapat dipastikan tidak akan pernah ada pengujian formil, karena UUD 1945 hanya memuat hal-hal prinsip dan tidak mengatur secara jelas aspek formil proseduralnya. Misalnya, meskipun telah diatur pokok-pokok tahapan pembentukan undang-undang sebagaimana diuraikan pada pasal-pasal UUD 1945 di atas, tidak dapat ditemukan ketentuan di dalam konstitusi yang mengatur mengenai bagaimana mekanisme pembahasan, pengambilan keputusan di internal DPR, dan mekanisme pemberian persetujuan Bersama antara DPR dengan presiden harus dilakukan.

²⁶⁹ Frederick Schauer, *Op.Cit.*, hlm. 472.

Oleh karena itu, pemahaman Kelsen mengenai konstitusi dalam arti material dapat menjadi jawaban atas permasalahan ini. Jika pendekatan mengenai konstitusi materil sebagaimana dikemukakan oleh Kelsen digunakan, maka berbagai undang-undang yang mengatur tata cara pembentukan undang-undang seperti Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, yang telah beberapa kali diubah, terakhir dengan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2019, harus dimaknai sebagai bagian dari konstitusi dalam arti materil, dan karenanya harus diposisikan sebagai *the basic norm*.

Begitu juga dengan peraturan internal DPR yang mengatur mengenai tata tertib DPR. Meskipun tidak dapat dikategorikan sebagai konstitusi dalam arti materil karena hanya merupakan kesepakatan internal para anggota DPR, namun tetap dapat dikategorikan sebagai *the basic norm*. Hal ini sebagaimana telah diuraikan di atas, bahwa menurut Kelsen, '*basic norm*' dapat berupa norma yang dibentuk secara spesifik untuk membentuk undang-undang oleh parlemen, atau dibentuk dari kebiasaan yang dikembangkan baik oleh parlemen ataupun pengadilan.²⁷⁰

Dari perspektif ketatanegaraan lainnya, misalnya pendapat yang dikemukakan oleh Frederick Schauer, peraturan internal DPR seperti peraturan tentang tata tertib tersebut, dapat dikategorikan sebagai sebuah konvensi ketatanegaraan, dan merupakan bagian dari konstitusi tidak tertulis. Peraturan internal DPR tersebut dapat pula dimaknai sebagai konvensi ketatanegaraan yang berbentuk '*express agreement*' di antara para legislator, dan berlaku di antara mereka saja.²⁷¹

²⁷⁰ Hans Kelsen, *Op. Cit.*, hlm. 113.

²⁷¹ Frederick Schauer, *Op.Cit.*, hlm. 470.

BAB VI

KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

Berdasarkan uraian pada bab-bab sebelumnya, terdapat beberapa kesimpulan yang dihasilkan di dalam penelitian ini sebagai berikut:

1. Pengujian formil memiliki urgensi untuk menguji dan memastikan apakah sebuah undang-undang yang dihasilkan oleh organ pembentuknya telah memenuhi aspek:
 - a. Legitimasi, yakni penerimaan dari warga negara (*legal efficacy*) yang hanya dapat terwujud apabila pembentukan undang-undang (*legislative process*) dilakukan dengan memberikan ruang partisipasi yang layak (*meaningful*) kepada warga negara, sesuai dengan prosedur yang ditentukan oleh hukum (*legislative due process*). Sesuai prosedur hukum disini artinya hukum yang telah mengakomodasi *meaningful participation* dari prinsip ke dalam norma pembentukan undang-undang, tidak sekedar menyandarkan pada norma yang ada (yang belum mencerminkan prinsip *meaningful participation*). Hal ini juga berarti bahwa pengujian secara formil berfungsi untuk memastikan bahwa prosedur yang ditempuh oleh organ pembentuk undang-undang dilakukan secara *substantive* dan jauh dari bentuk-bentuk penataan yang tokenistic atau manipulatif, sehingga pengujian formil yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi bukan sekedar kegiatan mekanistik yang hanya mencocokkan dengan hukum yang ada.; dan
 - b. Validitas, yakni memastikan bahwa undang-undang dibentuk berdasarkan tahapan-tahapan yang ditetapkan oleh hukum, sebagai perwujudan negara berkonstitusi yang menghendaki seluruh cabang kekuasaan dibatasi oleh hukum, termasuk kekuasaan legislatif (*parliamentary constraint*). Artinya, pengujian formil pada dasarnya bertujuan untuk memastikan apakah sebuah undang-undang merupakan sekumpulan norma yang valid sebagai sebuah hukum atau tidak berdasarkan kaidah-kaidah pembentukannya.
2. Dalam pengujian formil, batu uji yang dapat digunakan oleh Mahkamah Konstitusi adalah ketentuan pembentukan undang-undang di dalam UUD 1945,

Undang-Undang, tata tertib lembaga negara, dan peraturan perundang-undangan lainnya yang mengatur mekanisme atau formil-prosedural pembentukan undang-undang. Artinya, dalam pengujian formil, batu uji yang dapat digunakan tidak selalu merupakan norma yang memiliki kedudukan hierarki yang lebih tinggi dari undang-undang. Dari perspektif teori hukum, batu uji tersebut dapat dikualifikasi sebagai:

- a. *the rule of recognition*, yakni seperangkat aturan yang berfungsi sebagai kriteria-kriteria spesifik untuk menentukan mana seperangkat norma yang dapat dikategorikan sebagai sebuah undang-undang, baik atas dasar organ pembentuk maupun tata cara pembentukannya. *The rule of recognition* merupakan seperangkat kriteria yang tidak selalu berada di dalam konstitusi, namun dapat berada pada dimensi *subconstitutional* (norma yang secara hierarki berada di bawah konstitusi), maupun dimensi *extraconstitutional* (kriteria di luar konstitusi, yakni prinsip-prinsip hukum).
- b. *Basic norm*, yakni norma yang dibentuk secara spesifik untuk mengatur tata cara pembentukan norma hukum. *Basic norm* dapat dibentuk oleh parlemen sendiri (misalnya undang-undang dasar atau undang-undang organik/ *quasi constitutional enactments*), atau dibentuk dari kebiasaan yang dikembangkan baik oleh parlemen atau pengadilan (misalnya, peraturan internal DPR sebagai konvensi ketatanegaraan yang berupa *express agreement*). Dengan kata lain, *basic norm* merupakan norma-norma yang disepakati sebagai norma yang diperuntukan untuk membentuk hukum.

Di Indonesia sendiri beberapa ketentuan konstitusi yang mengatur pembentukan undang-undang di antaranya ada pada Pasal 20, 21, 22A, dan 22D. Selain itu, terdapat pula beberapa ketentuan konstitusi yang tidak secara langsung mengatur pembentukan undang-undang tetapi dapat berkaitan dengan pembentukan undang-undang, seperti Pasal 11 mengenai kewenangan Presiden dalam membuat perjanjian internasional; Pasal 20A ayat (3) mengenai hak anggota DPR untuk mengajukan pertanyaan, menyampaikan usul dan pendapat; serta Pasal 28D ayat (3) mengenai hak

untuk memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan (termasuk, partisipasi publik). Pada level undang-undang, pembentukan undang-undang diatur pada Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang dapat dikonstruksikan sebagai undang-undang organik yang diamanatkan Pasal 22A UUD 1945, serta Undang-Undang No. 17 Tahun 2014 tentang MPR, DPR, DPD dan DPRD beserta perubahannya. Sedangkan pada level peraturan internal DPR, Peraturan DPR No. 1 Tahun 2020 tentang Tata Tertib dapat dikonstruksi sebagai konvensi ketatanegaraan yang mengatur pembentukan undang-undang.

3. Sebagai mekanisme yang menentukan legitimasi sebuah undang-undang, maka *legal standing* di dalam pengujian formil dapat diberikan baik kepada anggota legislatif maupun warga negara yang merasa hak berpartisipasi terlanggar. Pelanggaran tersebut dapat berupa tidak dilaksanakannya tahapan-tahapan tertentu yang menghilangkan akses partisipasi bagi anggota legislatif atau warga negara, maupun pelaksanaan tahapan-tahapan tertentu yang dilakukan secara tokenistic atau manipulatif.
4. Sebagai mekanisme yang menentukan validitas apakah seperangkat norma dapat dikategorikan sebagai undang-undang atau tidak berdasarkan prosedur yang telah dilalui, maka apabila putusan pengujian formil menyatakan bahwa seperangkat norma tidak memenuhi syarat validitas, seperangkat norma tersebut harus dianggap sebagai preposisi yang tidak mengandung sifat hukum sejak kelahirannya (batal demi hukum/*nullity*).

B. Saran

Berdasarkan kesimpulan yang dihasilkan pada penelitian ini, terdapat saran-saran yang dapat dikembangkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam rangka melakukan pengujian formil, sebagai berikut:

1. Dalam rangka menguji legitimasi sebuah undang-undang, Mahkamah Konstitusi dapat mengembangkan '*meaningful participation test*' yang telah dikembangkan oleh Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan dalam perkara *Doctors for life*, untuk menilai apakah prosedur pembentukan undang-undang telah

dilaksanakan dengan layak atau dilaksanakan secara tokenistic/manipulatif. *Meaningful participation test* dapat dilakukan dengan sekurang-kurangnya melakukan penilaian terhadap dua hal sebagai berikut:

- a. Apakah kewajiban untuk membuka partisipasi bagi masyarakat dalam pembentukan undang-undang telah dijamin secara normatif?
 - b. Apakah lembaga legislatif telah mengambil langkah-langkah yang memadai untuk memastikan masyarakat memiliki kesempatan atau kemampuan untuk menggunakan mekanisme partisipasi yang diberikan?
2. Dalam rangka menjamin kokohnya bangunan hukum dan demokrasi, Mahkamah Konstitusi dapat mengembangkan batu uji yang didasarkan pada teori *the rule of recognition* yang dikemukakan oleh Hart, maupun teori validitas yang dikemukakan oleh Hans Kelsen. Dengan pendekatan pada kedua teori tersebut, batu uji dalam pengujian formil dapat diperluas, tidak hanya terbatas pada peraturan perundang-undangan dalam arti formal, melainkan dapat pula dikembangkan hingga penggunaan prinsip-prinsip hukum dan demokrasi sebagaimana yang dikembangkan oleh Mahkamah Agung Israel. Penggunaan batu uji berupa prinsip-prinsip hukum dan demokrasi ini dapat disebut sebagai '*the basic principles test*' yang meliputi beberapa pertanyaan mendasar sebagai berikut:
- a. Apakah proses legislasi telah melanggar prinsip partisipasi?
 - b. Apakah proses legislasi telah melanggar prinsip *rule by majority*?
 - c. Apakah proses legislasi dilakukan tanpa memenuhi asas publisitas yang memungkinkan rancangan undang-undang diketahui secara luas oleh publik?
 - d. Apakah proses legislasi dilaksanakan berdasarkan prinsip *formal equality*?
3. Saran mengenai penerapan '*Meaningful participation test*' dan '*the basic principles test*' yang diulas dalam penelitian ini masih merupakan konsep dasar dengan pertanyaan-pertanyaan minimal. Diperlukan penelitian lebih lanjut untuk mengelaborasi konsep ini sehingga dapat lebih operasional untuk digunakan oleh Mahkamah Konstitusi, bahkan lebih jauh lagi untuk dapat tersepresentasikan dalam aturan hukum mengenai prosedur pembentukan undang-undang.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Ali Abdurahman *et. al.*, *Buku Ajar Ilmu Perundang-Undangan*, Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, 2015.
- Andras Sajó dan Renata Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction of Legal Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Andrew Harding, *The Fundamentals of Constitutional Courts*, "Constitution Brief", IDEA International, 2017.
- Andrew Rehfeld, *The Concept of Constituency: Political Representation, Democratic Legitimacy, and Institutional Design*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2005.
- A.V Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indiana Polis: Liberty Classic, 1915
- Bagir Manan, *Dasar-Dasar Peraturan Perundang-undangan Di Indonesia*, Jakarta: Ind-Hill.Co, 1992.
- Carla M. Zoethout, *et. al.* (eds), *Control in Constitutional Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy (Translated by Jeffrey Seitzer)*, London (United Kingdom): Duke University Press, 2004.
- Charles G Howard and Robert S Summer, *Law, Its Nature, Functions, and Limits*, Englewood cliff's, New Jersey: Prentice-Hall, Inc.
- Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism Ancient & Modern*, Ithaca: Cornell University Press, 1947.
- Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford Constitutional Theory, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- Daniel Bonilla Maldonado (ed), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge University Press, 2013.
- David Boucher dan Paul Kelly (ed), *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, New York (USA): Taylor-Francis, 2005.
- Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence the Philosophy and Method of the Law*, Massachusetts (USA): Harvard University Press, 1970.
- A. Hayek, *The Road to Serfdom*, New York (USA): Routledge Classics, 2011.
- Pietro Costa (et.al), *The Rule of Law History, Theory, and Criticism*, Netherlands: Springer, 2007.
- Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New Brunswick (USA) Transaction Publishers, 2006.
- Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967.
- H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, United Kingdom: Oxford University Press, 2012.

- James R. Silkenat, James E. Hickey Jr., Peter D. Barenboim (ed), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtstaat), Switzerland: Springer International Publishing, 2014.*
- Jean Jacques Rousseau, *The Social Contract (Translated by Christopher Betts)*, New York (USA): Oxford University Press, 1999.
- Jimly Asshiddiqie, *Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah: Telaah Perbandingan Konstitusi Berbagai Negara*, Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 1996.
- Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, New York (USA): Oxford University Press, 1979.
- Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, New York (USA): Oxford University Press, 2007.
- Lars Vinx (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Luc J. Wintgens, 'Legitimacy and Legitimation from the Legisprudential Perspective', dalam Luc J. Wintgens, Phillipe Thion (eds), *Legislation in Context: Essay in Legisprudence*, United Kingdom: Taylor and Francis, 2007.
- Luc J. Wintgens, *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*, England: Ashgate, 2012.
- Luc J. Wintgens dan A. Daniel Oliver-Lalana, *The Rationality and Justification of Legislation*, Switzerland: Springer International Publishing, 2013.
- Manuel Jose Cepeda Espinosa dan David Landau, *Colombian Constitutional Law Leading Cases*, New York: Oxford University Press, 2017.
- Mauro Cappelletti, *Judial Review in the Contemporary World*, New York: Bobbs Meerill, 1971.
- Miko Ginting (Et. Al), *Catatan Kinerja Legislasi DPR 2013 Capaian Menjelang Tahun Politik*, Jakarta: Pusat Studi Kebijakan Negara, 2014.
- Otis, H. Stephens Jr., John M. Scheb, *American Constitutional Law Volume I: Source of Power and Restraint*, Belmont: Thompson Wadsworth, 2008.
- Ratno Lukito, *Perbandingan Hukum Perdebatan Teori dan Metode*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2016.
- Richard Bellamy dan Alex Warleigh (eds), *Citizenship and Governance in the European Union*, Continuum, London and New York, 2001.
- Richard W. Bauman dan Tsvi Kahana (ed.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, New York (USA): Cambridge University Press, 2006.
- Rosalind Dixon dan Theunis Roux, "Introduction", dalam Rosalind Dixon dan Theunis Roux (eds.), *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Sir John A.R. Marriot, *English Political Institution, An Introductory Study*, Oxford University Press, Great Britain, 1938.
- Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, Bandung: PT Alumni, Cetakan Kedua 1997.

Van der Vlies, *Buku Pegangan Perancangan Peraturan Perundang-undangan*, Terj. Linus Doludjawa, Jakarta: Dirjen Peraturan Perundang-undangan Dept. Hukum dan HAM RI, 2005.

Jurnal

- Adriaan Bedner, "Indonesian Legal Scholarship and Jurisprudence as an Obstacle for Transplanting Legal Institutions", *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 5, 2013.
- Adrian Lanni, "Judicial Review and the Athenian 'Constitution'", *Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper No. 10-21*, Harvard Law School
- Aharon Barak, "The Role of a Supreme Court in Democracy and the Fight Against Terrorism", *University of Miami Law Review* 58, 2003.
- Albert H. Y. Chen, *The Global Expansion of Constitutional Judicial Review: Some historical and comparative perspectives*, "Legal Studies Research Paper Series", Faculty of Law University of Hongkong, 2013.
- Andrew White, "The Paradox of Corruption as Antithesis to Economic Development: Does Corruption Undermine Economic Development in Indonesia and China, and Why Are the Experiences Different in Each Country?", *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 8, 2006.
- Carlos Bernal, "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, 2013.
- Cheryl Saunders, 'Constitution Making in the 21st Century', *Melbourne Legal Studies Research Paper No. 630 and International Review of Law, Issue 4, 2012*.
- Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford Constitutional Theory, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- David Landau, "Abusive Constitutionalism", *University of California Davis*, Vol. 47, 2013.
- Erwin Chemirinsky, "Substantive Due Process", *Touro Law Review* Vol. 15, 1999.
- Francesco Birgami, "Formal versus Functional Method in Comparative Constitutional Law", *Osgoode Hall Law Journal* 53, 2016.
- Frank A. Michelman, "Israel's "Constitutional Revolution": A Thought from Political Liberalism", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 19, No. 2, 2018.
- Frank L. Michelman, 'The Not So Puzzling Persistence of The Futile Search: Tribe on Proceduralism in Constitutional Theory', *Tulsa Law Review* No. 42, 2007.
- Fritz Edward Siregar, "The Political Context of Judicial Review in Indonesia", *Indonesian Law Review*, Vol. 2, 2015.
- Hans R. Klecatsky, René Marcic, and Herbert Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf*

- Merkel, Alfred Verdross, 2 vols. (Vienna: Verlag Österreich, 2010), II, 1485–531.
- Ittai Bar-Simon-Tov, "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process", *Boston University Law Review*, Vol. 91, 2011.
- Jacob, E. Gerson, Eric, A. Posner, 'Timing Rules and Legal Institutions', *Harvard Law Review*, Vol. 121 No. 543, December 2007.
- Jorawati Simarmata, "Pengujian Undang-Undang Secara Formil oleh Mahkamah Konstitusi: Apakah Keniscayaan?", *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 14, No. 1, 2017.
- José Juan Moreso, "Kelsen on Justifying Judicial Review", download at [https://www.academia.edu/12050745/Kelsen on Justifying Judicial Review](https://www.academia.edu/12050745/Kelsen_on_Justifying_Judicial_Review).
- Julian Daniel Lopez-Murcia, "Political Institutions and Judicial Role: An Approach in Context, The Case of the Colombian Constitutional Court", *Vniversitas Bogota*, Vol. 119, 2009.
- Katrin Merhof, "Building a bridge between reality and the constitution: The establishment and development of the Colombian Constitutional Court", *International Journal of Constitutional Law* 13, 2015.
- Mauro Cappelletti, "Judicial Review in Comparative Perspective", *California Law Review*, Vol. 57, No. 5, 1970.
- Nadiv Mordechay dan Yaniv Roznai, "A Jewish and Declining Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel", *Maryland Law Review*, Vol. 77, Issue 1, 2017.
- Paolo Carroza, "Kelsen and Contemporary Constitutionalism: the Continued Presence of Kelsenian Themes" *Estudios de Deusto*, Vol. 67, No. 1, 2019.
- Ralf Michaels, "The Functional Method of Comparative Law", dalam Mathias Reimann dan Richard Zimmerman (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2012.
- Samuel Issacharoff, "The Democratic Risk to Democratic Transition", *Constitutional Court Review*, Vol. 5, 2014.
- Sara Lagi, "Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court", *Revista Co-herencia* 9, 2016.
- Stephen Gardbaum, "Pushing the Boundaries: Judicial Review of Legislative Procedures in South Africa", *Constitutional Court Review*, Vol. 9, 2019.
- Suzie Navot, "Judicial Review of the Legislative Process", *Israel Law Review*, Vol. 39, No. 2, 2006.
- Theunis Roux, "Constitutional Court as Democratic Consolidators: Insight from South Africa after 20 Years", *Journal of Southern African Studies* 42, 2016.
- Theunis Roux, "Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the 1996 South African Constitution: Distinction without a Difference?", *Stellenbosch Law Review* 20, 2009.
- Victor Goldfeld, "Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of

Congressional Processes” dalam *New York University Law Review*, Vol. 79, 2004.

Yaniv Roznai, “Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset”, *Verfassung und Recht in Ubersee* 51, 2018.

Christoforus Ristiano, “Litbang Kompas 66,2 Persen Responden Merasa Aspirasinya tidak Terwakili DPR”, *Kompas.com*, (23 September, 2019), <https://nasional.kompas.com/read/2019/09/23/08370591/litbang-kompas-662-persen-responden-merasa-aspirasinya-tak-terwakili-dpr>

Artikel Lainnya

Alon Harel, “Chief Justice Barak’s Legal Revolutions and What Remains of Them: The Authoritarian Abuse of the Judicial-Empowerment Revolution”, *IACL-AIDC Blog*, (20 Maret, 2019), <https://blog-iacl-aidc.org/towering-judges/2019/3/20/chief-justice-baraks-legal-revolutions-and-what-remains-of-them-the-authoritarian-abuse-of-the-judicial-empowerment-revolution>.

David Landau, “Manuel Jose Cepeda and Institution-Building on the Colombian Constitutional Court”, *IACL-AIDC Blog*, (25 Maret, 2019), <https://blog-iacl-aidc.org/towering-judges/2019/3/25/manuel-jose-cepeda-and-institution-building-on-the-colombian-constitutional-court>.

David E., Landau, *Beyond Judicial Independence: The Constitution of Judicial Power in Colombia*, Disertai pada Department of Government, Political Science, Harvard University, 2014.

Ittai Bar Simon-Tov, “In Wake of Controversial Enactment Process of Trump’s Tax Bill, Israeli SC Offers a Novel Approach to Regulating Omnibus Legislation”, *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, (13 Desember, 2017), <http://www.iconnectblog.com/2017/12/in-wake-of-controversial-enactment-process-of-trumps-tax-bill-israeli-sc-offers-a-novel-approach-to-regulating-omnibus-legislation/>.

Jorge Gonzalez Jacome, “In Defense of Judicial Populism: Lesson from Colombia”, *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, (3 Mei 2017), <http://www.iconnectblog.com/2017/05/in-defense-of-judicial-populism-lessons-from-colombia/>.

Koichi Kawamura, “Is the Indonesian President Strong or Weak?”, IDE Discussion Paper No. 235, 2010.

Tom Gerald Daly, *Preventing ANC Capture of South African Democracy: A Missed Opportunity for ‘Other’ Constitutional Court*, Tulisan di presentasikan dalam ICON Society Conference, Copenhagen 5-7 Juni 2017.

Putusan Pengadilan

Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009.

Putusan MK Nomor 73/PUU-XII/2014.

Putusan MK Nomor 79/PUU-XII/2014.

HCJ 652/81 *Sarid v. The Knesset Speaker* [1982] IsrSC 16 (2) 197.

CA 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, 49(4) PD 221 (1995).

William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States, 5 U.S. 137, 1803.

HCJ 4885/03 *The Poultry Growers' Organization v. The Government of Israel* [2004] IsrSC 59 (2) 14; HCJ 5131/03 *Litzman v. The Knesset Speaker* [2004] IsrSC 59 (1) 577.

HCJ 10042/16 *Quantinsky v. the Israeli Knesset*, 2017.

Doctor for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others [2006] ZACC 11, 2006 (6) SA 416 (CC).

United Democratic Movement v President of the Republic of South Africa [2002] ZACC 21, 2003 (1) SA 495 (CC) (UDM).

Oriani-Ambrosini, MP v Sisulu, MP Speaker of the National Assembly ('Oriani-Ambrosini').