

MAHKAMAH AGUNG DAN SUPREMASI KONSTITUSI: DISKRESI YUDISIAL DALAM PENERAPAN UNDANG-UNDANG

Titon Slamet Kurnia

Faculty of Law, Universitas Kristen Satya Wacana
titonslamet@gmail.com

Abstract

This article aims to discuss the role of the Supreme Court in defending the principle of the supremacy of the constitution. The discussion finds that the Supreme Court has inherent judicial authority to defend the supremacy of the constitution over legislation even though the Constitution itself does not confer the authority explicitly. This article uses conceptual or theoretical and comparative approaches. Constitution supremacy is a fundamental constitutional principle that binds all public authorities of the State. As part of the public authorities, the Supreme Court must disregard unconstitutional legislation. To do this the Supreme Court has judicial discretion to set aside legislation whenever it assumes that the legislation in question is contrary to the Constitution before it can be applied in a concrete case. Unlike the Constitutional Court, the Supreme Court does not have the authority to invalidate unconstitutional legislation. The Supreme Court may assess the constitutionality of legislation in the sense of weak-form judicial review. Whereas the Constitutional Court's authority to review the constitutionality of legislation is a strong-form judicial review. The two models of judicial review should work together because Indonesia adopts the supremacy of the constitutional principle, instead of the supremacy of the Constitutional Court.

Keywords: *Constitutional Supremacy; Judicial Discretion; the Supreme Court*

Intisari

Artikel ini bertujuan hendak mendiskusikan peran Mahkamah Agung dalam mempertahankan asas supremasi konstitusi. Hasil dari diskusi tersebut adalah Mahkamah Agung memiliki kewenangan yudisial inheren dalam mempertahankan supremasi konstitusi terhadap undang-undang meskipun Konstitusi sendiri tidak memberikan kewenangan eksplisit. Artikel ini menggunakan pendekatan teoretis atau konseptual dan pendekatan perbandingan. Supremasi konstitusi adalah asas konstitusional fundamental yang mengikat seluruh badan pemerintah. Sebagai bagian dari badan pemerintah, Mahkamah Agung memiliki diskresi yudisial untuk mengesampingkan undang-undang manakala dia beranggapan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan konstitusi sebelum menerapkannya ke dalam kasus konkret. Tidak seperti Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Agung tidak memiliki kewenangan untuk menyatakan undang-undang tidak memiliki kekuatan mengikat. Mahkamah Agung dapat menilai konstitusionalitas undang-undang dalam pengertian *weak-form judicial review*. Sementara kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji konstitusionalitas undang-undang adalah *strong-form judicial review*. Kedua model pengujian yudisial tersebut seyogianya berjalan bersama karena Indonesia mengadopsi asas supremasi konstitusi, ketimbang supremasi Mahkamah Konstitusi.

Kata Kunci: Supremasi Konstitusi; Diskresi Yudisial; Mahkamah Agung

A. Pendahuluan

Indonesia adalah negara berdasarkan asas supremasi konstitusi. Untuk menegakkan asas supremasi konstitusi maka konstitusi sendiri, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945), membentuk badan yudisial khusus, Mahkamah Konstitusi (MK), yang diberi kewenangan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang dengan implikasi undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi dinyatakan tidak memiliki kekuatan mengikat. Kewenangan MK secara teoretis termasuk *strong-form judicial review* karena memiliki karakteristik: “*the result of a judicial declaration of a legislative enactment’s unconstitutionality is that the enactment thenceforth is treated as invalid, voided of the force of law.*”¹ Akan tetapi, apakah mempertahankan asas supremasi konstitusi terhadap undang-undang merupakan kewenangan eksklusif MK – sehingga MK adalah *the sole interpreter of the Constitution*? Menjawab pertanyaan tersebut, artikel ini dalam posisi negatif.

Sesuai dengan itu, artikel ini bermaksud mendiskusikan isu: Apakah Mahkamah Agung (MA), badan peradilan tertinggi di lingkungan peradilan biasa (*ordinary jurisdiction*), juga memiliki peranan dalam mempertahankan supremasi konstitusi sama seperti MK yang merupakan badan peradilan konstitusional khusus – walau tanpa diberikan kewenangan spesifik untuk menguji konstitusionalitas undang-undang? Isu tersebut kurang mendapat perhatian padahal tidak imajinatif karena sudah pernah dipraktikkan MA.² Praktik dimaksud adalah Putusan MA Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009³ dan Putusan MA Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011⁴ yang menyatakan bahwa pidana mati (dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika)

1 Frank I. Michelman, “Justice as Fairness, Legitimacy and the Question of Judicial Review: A Comment” *Fordham Law Review* 72, no. 5 (2004): 1408.

2 Titon Slamet Kurnia, “‘Peradilan Konstitusional’ oleh Mahkamah Agung melalui Mekanisme Pengujian Konkret” *Jurnal Konstitusi* 16, no. 1 (2019): 77-79.

3 Putusan MA Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009 perihal Peninjauan Kembali perkara Hillary K. Chimezie (6 Oktober 2009).

4 Putusan MA Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011 perihal Peninjauan Kembali perkara Hanky Gunawan (16 Agustus 2011).

bertentangan dengan hak untuk hidup. Padahal, jauh sebelumnya, MK dalam Putusan Nomor 2-3/PUU-V/2007⁵ sudah mengkonfirmasi bahwa pidana mati, dalam undang-undang yang sama, konstitusional (tidak bertentangan dengan hak untuk hidup).

Secara yuridis, isu tersebut juga relevan karena MK tidak diberikan kewenangan spesifik untuk memutus isu *constitutional question* dalam hal terjadi keragu-raguan atas konstitusionalitas suatu undang-undang ketika hendak diterapkan sementara undang-undang tersebut tidak sedang diuji oleh MK.⁶ Untuk itu, artikel ini hendak mengisi kekosongan tersebut dengan menskenariokan supaya MA dapat menguji konstitusionalitas undang-undang terlebih dulu sebelum menerapkannya ke dalam perkara konkret sehingga undang-undang yang diterapkan “benar-benar” konstitusional sesuai keyakinan MA sendiri. Mekanisme pengujian demikian, terkait dengan kewenangan MA memeriksa perkara konkret sebagai *judex juris*, dikategorikan pengujian konkret, yang berbeda dengan mekanisme pengujian MK yang merupakan pengujian abstrak.⁷ Perbedaan lainnya dengan MK adalah pengujian oleh MA termasuk *weak-form judicial review* karena: “*courts assess legislation against constitutional norms, but do not have the final word on whether statutes comply with those norms.*”⁸ Pada analisis akhir, hasil diskusi ini tentu berimplikasi memberikan justifikasi terhadap praktik MA tersebut (dalam hal ini Putusan MA Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009 dan Putusan MA Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011).

Sesuai penjelasan di atas, artikel ini hendak mengusulkan pemikiran konstitusional supaya MA sebagai *judex juris* mempraktikkan diskresi yudisial dalam penerapan undang-undang dengan hanya akan menerapkan undang-undang yang konstitusional setelah MA memastikan sendiri

5 Putusan MK Nomor 2-3/PUU-V/2007 perihal pengujian terhadap ketentuan pidan mati dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 (30 Oktober 2007).

6 Josua Satria Collins dan Pan Muhammad Faiz, “Penambahan Kewenangan Constitutional Question di Mahkamah Konstitusi sebagai Upaya untuk Melindungi Hak-Hak Konstitusional Warga Negara” *Jurnal Konstitusi* 15, no. 4 (2018): 688-709.

7 Michael C. Dorf, “Abstract and Concrete Review” dalam *Global Perspectives on Constitutional Law*, eds. Vikram David Amar dan Mark V. Tushnet (Oxford: Oxford University Press, 2009), 3-4.

8 Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (New Jersey: Princeton University Press, 2008), ix.

konstitusionalitasnya dalam hal undang-undang dimaksud tidak sedang diuji oleh MK (termasuk meskipun MK sendiri sudah pernah memutuskan sebelumnya bahwa suatu undang-undang konstitusional).⁹ Secara tersirat hal itu memiliki pengertian bahwa penilaian konstitusionalitas undang-undang tidak hanya dapat dilakukan oleh MK. Pemikiran tersebut menjadi mungkin karena didasari oleh dua pra-kondisi. *Pertama*, sudah disinggung sebelumnya, tidak dibukanya mekanisme *constitutional question* ke MK – dan memang mekanisme tersebut tidak perlu karena dapat berimplikasi menimbulkan supremasi MK dalam interpretasi konstitusi yang tidak elok jika ditinjau dari aspek konstitusionalisme.¹⁰ *Kedua*, asas praduga konstitusional (bahwa undang-undang harus dianggap konstitusional sampai dinyatakan sebaliknya oleh MK¹¹) hanya berlaku *prima facie*, sehingga tidak seyogyanya berlaku untuk badan yudisial seperti MA.¹² Pada badan yudisial seperti MA, asas *ius curia novit* adalah pengecualian untuk asas praduga konstitusional. Hakim, terutama Hakim Agung, “secara hukum” harus dianggap tahu hukum. Oleh karena itu, tahu hukum di sini termasuk “tahu konstitusi (tahu apa yang seyogyanya menurut konstitusi)”.

Untuk dapat menjalankan peranan seperti MK terkait dengan keberlakuan asas supremasi konstitusi, MA memiliki diskresi yudisial dalam penerapan undang-undang. Walau tanpa kewenangan spesifik seperti MK, MA harus dalam posisi meyakinkan dirinya terlebih dahulu bahwa undang-undang yang diterapkannya adalah undang-undang yang konstitusional bukan hanya karena undang-undang harus dianggap konstitusional selama belum dinyatakan sebaliknya oleh MK. Sebagai implikasinya, dengan peranan tersebut, MA tidak boleh bersikap legalistik dengan menelan bulat-bulat undang-undang. Rasionalisasi untuk peranan tersebut adalah komitmen supremasi konstitusi yang lebih luas – dan substantif – bahwa semua badan pemerintahan harus

9 Titon Slamet Kurnia, “Peradilan Konstitusional,” 77-78.

10 Titon Slamet Kurnia, “Sebuah Kerangka Teoretis Hubungan Institusional Berbasis Konstitusionalisme” *Jurnal Hukum dan Pembangunan* 50, no. 2 (2020): 481-484.

11 Vide Pasal 58 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK).

12 Titon Slamet Kurnia, “Peradilan Konstitusional,” 66-67.

menjunjung tinggi konstitusi. Dikarenakan kedudukan undang-undang di bawah konstitusi maka penerapan undang-undang sebaiknya didahului dengan penilaian konstiusionalitasnya terlebih dahulu oleh siapapun yang berwenang menerapkannya. Diskresi yudisial menjadi basis untuk MA menguji konstiusionalitas undang-undang sebelum menerapkannya karena MA tidak diberikan kewenangan konstiusional spesifik untuk itu.¹³

Sesuai pokok pikiran di atas maka pendekatan yang digunakan dalam penulisan artikel ini adalah studi Teori Konstitusi dengan fokus diskresi yudisial sebagai justifikasi untuk peranan MA dalam berpartisipasi mempertahankan asas supremasi konstitusi dengan melakukan *weak-form judicial review*. Studi tersebut diperkuat dengan pendekatan perbandingan pada tataran teoretis-konseptual dengan menggunakan referensi utama berupa pendapat-pendapat sarjana asing di ranah Teori Konstitusi yang relevan dengan isu tersebut. Adapun sistematika pembahasan artikel ini adalah sebagai berikut. *Pertama*, akan dibahas tentang konsepsi supremasi konstitusi sebagai dasar berpikir mengapa MA perlu didorong untuk menggunakan diskresi yudisial dalam penerapan undang-undang. Konsepsi yang dibangun di sini adalah supremasi konstitusi merupakan asas dalam hubungan antara konstitusi dan undang-undang. *Kedua*, terkait dengan konsepsi demikian, akan dibahas, sebagai implikasinya, konsep kewajiban badan-badan pemerintahan atas keberlakuan asas supremasi konstitusi dalam penerapan undang-undang. Atas dasar itu, dijelaskan di sini, bahwa asas praduga konstiusional dalam kaitan dengan Pasal 58 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) tidak absolut. *Ketiga*, terakhir, mendukung posisi MA dalam mempertahankan supremasi konstitusi sebagai suatu kewajiban konstiusional, akan dibahas tentang diskresi yudisial sebagai justifikasi bahwa MA dapat melakukan peranan *weak-form judicial review* meski konstitusi tidak memberikan kewenangan tersebut.

13 Artikel ini membatasi keberlakuan diskresi yudisial dalam menilai konstiusionalitas undang-undang hanya pada tingkat MA karena MA adalah penyelenggara peradilan tertinggi di lingkungan peradilan biasa sebagai *judex juris* yang putusannya bersifat final dan mengikat. Vide Pasal 20 ayat (2) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

B. Supremasi Konstitusi dan Undang-Undang

Supremasi konstitusi adalah titik anjak dalam mendiskusikan kapasitas ajudikasi MA untuk melakukan *weak-form judicial review* melalui penerapan undang-undang. Konsepsi supremasi konstitusi tersebut akan dijelaskan dengan pokok pikiran utama sebagai asas yang mendasari hubungan antara konstitusi dan undang-undang. Terkait dengan itu, diskusi tentang konsepsi supremasi konstitusi tersebut akan dibagi dalam tiga sub-judul. *Pertama*, hakikat konseptualnya sebagai asas yang mendasari hubungan antara konstitusi dengan undang-undang dimana pengertiannya yang inheren adalah konstitusi memiliki kedudukan yang *supreme* terhadap undang-undang. *Kedua*, mempertajam konsepsi tersebut, pendapat yudisial *Chief Justice John Marshall* dalam kasus *Marbury v. Madison* (1803) akan dijadikan sebagai rujukan. Pendapat yudisial tersebut merupakan penerapan konsepsi supremasi konstitusi yang demikian dimana Marshall menjadikannya sebagai justifikasi untuk peranan MA Amerika Serikat dalam menguji konstitusionalitas undang-undang (sebelum menerapkannya). *Ketiga*, pendapat doktrinal Bruce Ackerman tentang supremasi konstitusi, dengan pra-pemahamannya yang disebut *dualist democracy*, akan dibahas dalam konteks pendapat tersebut yang membela institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang, seperti kasus *Marbury v. Madison*, dari tuduhan praktik yang tidak demokratis, walaupun tujuannya untuk mempertahankan supremasi konstitusi itu sendiri.

1. Konsepsi Supremasi Konstitusi

Supremasi konstitusi adalah asas inheren menyangkut kedudukan konstitusi dalam sistem hukum secara umum, dan hubungan antara konstitusi dengan undang-undang secara khusus. Untuk hubungan antara konstitusi dengan sistem hukum, Andras Sajo menggambarkan konstitusi sebagai: “*the starting point and the closing argument of a legal system.*”¹⁴ Sementara khusus tentang hubungan antara konstitusi dan undang-undang, Jutta Limbach mendeskripsikan makna supremasi konstitusi sebagai berikut:

¹⁴ Andras Sajo, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism* (Budapest: Central European University Press, 1999), 39.

The concept of the supremacy of the constitution confers the highest authority in a legal system on the constitution. Stating this principle does not mean just giving a rank order of legal norms. The point is not solely a conflict of norms of differing dignity. The principle of the supremacy of the constitution also concerns the institutional structure of the organs of State. The scope of the principle becomes clear if we reformulate it: the supremacy of the constitution means the lower ranking of statute; and that at the same time implies the lower ranking of the legislator.¹⁵

Konsepsi supremasi konstitusi yang dikemukakan Limbach menggariskan secara tegas posisi undang-undang dan pembentuk undang-undang, dalam hubungan dengan konstitusi: Undang-undang dan pembentuk undang-undang, tingkatannya lebih rendah dari konstitusi. Pendapat doktrinal tersebut adalah inti pengertian atau konsepsi dari supremasi konstitusi sebagai asas yang mendasari hubungan antara konstitusi dengan undang-undang. Konsepsi tersebut yang diterapkan oleh *Chief Justice* Marshall dalam kasus *Marbury*. Atas dasar itu, sub-judul selanjutnya akan membahas pendapat yudisial *Chief Justice* Marshall tentang supremasi konstitusi.

2. Pendapat Yudisial *Chief Justice* Marshall

Konsepsi supremasi konstitusi lebih spesifik dikemukakan oleh *Chief Justice* John Marshall, MA Amerika Serikat, dalam pendapat yudisial kasus *Marbury v. Madison* (1803). Doktrin atau ajaran tentang supremasi konstitusi yang dikemukakan Marshall adalah “sifat tertulis dari konstitusi” (*the written nature of the Constitution*)¹⁶ – atau konsep yang lebih tepat sebenarnya adalah ajaran tentang konstitusi formal (jika mengacu pendapat Hans Kelsen).¹⁷ Akan tetapi Marshall bukanlah yang pertama. Pendapat Alexander Hamilton dalam *The Federalists No. 78* mendahului Marshall, terutama untuk isu tentang peranan badan yudisial ketika berhadapan dengan situasi pertentangan antara undang-undang dengan konstitusi (undang-undang dasar). Pendapat Hamilton tersebut menyatakan:

The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts.

15 Jutta Limbach, “The Concept of the Supremacy of the Constitution” *Modern Law Review* 64, no. 1 (2001): 1.

16 Steven G. Calabresi, “The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke” *Alabama Law Review* 57, no. 3 (2006): 638.

17 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (New York: Russell & Russell, 1961), 124-125.

A constitution is in fact and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It, therefore, belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.¹⁸

Poin pendapat Hamilton adalah justifikasi untuk pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang secara umum, dan posisi badan yudisial ketika harus berhadapan dengan undang-undang yang inkonstitusional secara khusus. Mengingat posisi konstitusi yang lebih tinggi dari undang-undang maka implikasinya, mengikuti konsepsi tersebut, “*the constitution ought to be preferred to the statute*”. Badan yudisial menanggapi undang-undang yang inkonstitusional dengan memperlakukan konstitusi sebagai *fundamental law* terhadap undang-undang sehingga kesimpulan logis sebagai implikasinya “harus lebih mengedepankan konstitusi sebagai *the intention of the people* ketimbang undang-undang sebagai *the intention of their agents*”. Dengan begitu, inilah konsepsi supremasi konstitusi yang mendefinisikan peran inheren badan yudisial untuk memiliki kapasitas menguji konstitusionalitas undang-undang. Atas dasar itu, poin penting untuk dielaborasi adalah makna spesifik yang menjadikan konstitusi mampu memiliki supremasi, sebagai hukum, terhadap undang-undang; atau, dengan pengertian berbeda, “sumber” dari supremasi konstitusi itu sendiri.

Konsepsi Marshall tentang supremasi konstitusi dalam kasus *Marbury* lebih spesifik dibandingkan dengan Hamilton – walau ketika menggunakan konsepsi tersebut sebagai dasar justifikasinya untuk pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang posisi Marshall tampak mengikuti Hamilton. Pendapat yudisial Marshall dalam kasus *Marbury* dapat dipilah dalam beberapa katagori. Pertama, konsepsi “konstitusi yang tertulis” (konstitusi formal atau undang-undang dasar) sebagai pra-pemahaman teoretis untuk konsep pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah (pembentuk undang-undang). Marshall menyatakan:

18 Alexander Hamilton, James Madison dan John Jay, *The Federalist with Letters of “Brutus”* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 379-380.

To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between a government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the Constitution controls any legislative act repugnant to it; or that the legislature may alter the Constitution by an ordinary act.¹⁹

Pendapat di atas secara tersirat mengandung makna pentingnya supremasi konstitusi dalam bentuknya yang tertulis sebagai instrumen pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah di mana pembatasan akan tidak berguna jika yang dikenakan pembatasan dapat menghindari bentuk pembatasan tersebut karena kedudukannya setara. Makna demikian menjadi lebih jelas dalam poin pendapat selanjutnya, pendapat kedua, yang membicarakan dua kemungkinan kedudukan konstitusi dalam hubungan dengan undang-undang yaitu apakah konstitusi lebih tinggi atau sejajar dengan undang-undang. Marshall menyatakan:

The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law: if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable.²⁰

Marshall menggariskan, sebagai upaya pembatasan kekuasaan, konstitusi tertulis (undang-undang dasar) menjadi sia-sia belaka jika kekuasaan yang hendak dibatasinya – kekuasaan legislatif – tidak dapat dibatasi sebab posisinya sejajar dengan konstitusi. Marshall sangat menekankan bentuk tertulis dari konstitusi dan makna intrinsik dari bentuk tertulis tersebut sebagai dasar dari supremasi konstitusi sehingga Marshall memberikan justifikasi untuk kesimpulannya tentang kedudukan konstitusi yang lebih tinggi dari undang-

¹⁹ Seperti dikutip dalam Craig R. Ducat, *Constitutional Interpretation* (Boston: Wadsworth, 2009) 10.

²⁰ Ibid.

undang sebagai berikut:

“Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the Constitution, is void.”²¹

Pendapat Marshall mengandung teori khusus tentang supremasi konstitusi, dalam hal ini sumbernya, yaitu sifat tertulis konstitusi. Teori tersebut, dalam pemahaman teoretis lebih umum, adalah teori tentang konstitusi formal, di mana formalisasi konstitusi yang berbeda dengan undang-undang biasa menjadi inti ajarannya. Artikel ini selanjutnya akan mendiskusikan teori tentang formalisasi konstitusi sebagai basis untuk kedudukannya yang lebih tinggi dari undang-undang dengan beranjak dari teori *law-making* secara umum. Sebagai catatan, teori ini hanya berlaku pada negara yang secara spesifik menganut tradisi konstitusi formal (undang-undang dasar) karena tidak semua negara demikian. Untuk itu, supaya menarik, artikel ini akan secara khusus mengacu pendapat Bruce Ackerman yang melakukan teoresasi atas formalisasi konstitusi dengan latar proses *constitution-making* Amerika Serikat.

3. Pendapat Doktrinal Bruce Ackerman

Hierarki tata hukum, dalam hal ini kedudukan konstitusi yang lebih tinggi dari undang-undang, merupakan implikasi logis dari pembedaan dua ranah kekuasaan *law-making* formal yaitu *constituent power* (kekuasaan membentuk konstitusi) dan *legislative power* (kekuasaan membentuk undang-undang). Sebagai hukum yang dihasilkan oleh *constituent power*, konstitusi diposisikan secara hierarkis lebih tinggi dari undang-undang, atau legislasi, produk *legislative power*.²² Inggris tidak mengenal dikotomi semacam itu karena tidak menganut tradisi konstitusi formal. Inggris hanya mengenal *legislative power*, sehingga sebagai implikasinya, undang-undang, produk kekuasaan legislatif, berkedudukan sebagai produk hukum paling tinggi (*supremacy of the law*) dengan basisnya asas *parliamentary sovereignty*.²³

21 Ibid.

22 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, 125.

23 A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: The Macmillan

Kelsen melukiskan kondisi hukum di Inggris yang tanpa konstitusi formal atau undang-undang dasar: “*there exists no difference between constitutional law and ordinary laws.*”²⁴ Tidak adanya perbedaan secara hierarkis antara hukum konstitusi dan hukum biasa di Inggris karena kedua jenis “hukum” sama-sama dalam bentuk undang-undang (produk *legislative power*, bukan *constituent power*). Dengan demikian dapat disimpulkan, mengacu pada Marshall kembali, doktrin konstitusi formal bertujuan supaya konstitusi sebagai hukum jelas kedudukannya secara hierarkis *vis-à-vis* undang-undang. Berbeda dengan Inggris, negara penganut tradisi konstitusi formal tidak akan kesulitan membedakan konstitusi dan undang-undang secara hierarkis karena produsennya berbeda: konstitusi formal produk dari *constituent power* dan undang-undang produk dari *legislative power*.

Dengan demikian fokus diskusi selanjutnya adalah penjelasan teoretis konsep *constituent power*. Konsep *constituent power* memiliki makna substantif lebih luas dari makna formalnya sebagai kekuasaan membentuk konstitusi (undang-undang dasar). Tanpa makna substantifnya, konsep *constituent power* tidak akan memiliki makna khusus. Martin Loughlin mendeskripsikan makna substantif konsep *constituent power* sebagai berikut:

*Its meaning derives from two elementary assumptions of Enlightenment thinking: that the ultimate source of all political authority is located in an entity known as ‘the people’, and that a ‘constitution’ is a thing – specifically, a document – that is made. Consequently, the concept of constituent power comes into its own only when the constitution is understood as a juridical instrument that derives its authority from some principle of popular self-determination. The constitution is, in short, an expression of the constituent power of the people to make and re-make the institutional arrangements through which they are governed.*²⁵

Press Ltd., 1979), 39-40.

24 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, 125. Untuk tepatnya, produk-produk hukum yang sering ditunjuk sebagai “konstitusi” Inggris tersebut, yang bentuknya undang-undang biasa, adalah: the Magna Carta, the Bill of Rights of 1689, the Parliament Acts of 1911 and 1949, the European Communities Act of 1972, the Human Rights Act of 1998. Ernest A. Young, “The Constitution Outside the Constitution” *Yale Law Journal* 117, no. 3 (2007): 411.

25 Martin Loughlin, “On Constituent Power” dalam *Constitutionalism Beyond Liberalism*, eds. Michael W. Dowdle dan Michael A. Wilkinson (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 151.

Konsep *constituent power*, seperti deskripsi di atas, bersinggungan erat dengan asas demokrasi – *popular self-determination* – yang mana tindakan membentuk pemerintah secara hukum diidealkan sebagai tindakan rakyat yang dituangkan ke dalam konstitusi.²⁶ Pengertian tersebut menjadi populer karena didengungkan oleh Thomas Paine yang menyatakan: “*A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government, and a government without a constitution is power without right.*”²⁷ Pernyataan Paine pada satu sisi merupakan pembelaan terhadap konstitusi Amerika Serikat, dan pada sisi lain merupakan kritik terhadap Inggris yang dianggapnya “tidak memiliki konstitusi” sesuai standar Amerika Serikat. Hal itu terbukti dalam pernyataan selanjutnya tentang Inggris, Paine berkomentar tendensius: “*The continual use of the word ‘constitution’ in the English parliament shows there is none; and that the whole is merely a form of government without a constitution, and constituting itself with what power it pleases.*”²⁸ Pendapat di atas pada hakikatnya netral jika ditanggapinya tidak secara politis. Inggris memang tidak memiliki *constituent power*, sehingga tidak mungkin Inggris memiliki konstitusi (formal).

Seperti dijanjikan, supaya penjelasan tentang konsepsi supremasi konstitusi ini menarik, akan didiskusikan pandangan Ackerman. Fokus pendapat doktrinal Ackerman adalah konsep *law-making* di Amerika Serikat yang didasarkan asas demokrasi. Ackerman menggunakan konsep *dualist democracy* sebagai *background* untuk menggambarkan aktivitas *law-making* sebagai keputusan demokratis dalam dua ranah. *Pertama*, pembentukan konstitusi yang diberinya metafora *higher lawmaking* sebagai *decisions by the People*. *Kedua*, pembentukan undang-undang yang diberinya metafora *normal lawmaking* sebagai *decisions made by the government*. Tentang *higher lawmaking* Ackerman menjelaskan:

26 Lihat secara umum: Luigi Corrias, “Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity” *European Constitutional Law Review* 12, no. 1 (2016): 6-26; Ludvig Beckman, “Democratic Legitimacy Does Not Require Constitutional Referendum: On ‘the Constitution’ in Theories of Constituent Power” *European Constitutional Law Review* 14, no. 3 (2018): 567-583.

27 Seperti dikutip dalam Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Ithaca-New York: Cornell University Press, 1947), 2.

28 *Ibid.*

Decisions by the People occur rarely, and under special constitutional conditions. Before gaining the authority to make supreme law in the name of the People, a movement's political partisans must, first, convince an extraordinary number of their fellow citizens to take their proposed initiative with a seriousness that they do not normally accord to politics; second, they must allow their opponents a fair opportunity to organize their own forces; third, they must convince a majority of their fellow Americans to support their initiative as its merits are discussed, time and again, in the deliberative for a provided for "higher lawmaking".²⁹

Kutipan di atas pada hakikatnya merupakan deskripsi filosofis atas proses *constitution-making* sesuai Artikel V Konstitusi Amerika Serikat.³⁰ Poin penting yang relevan di sini adalah pengertian teoretis dari tindakan *higher lawmaking* yang prosesnya sangat khas – dalam hal ini jika dibandingkan dengan proses legislatif biasa yang tidak sesulit itu. Kebalikan dari *higher lawmaking* adalah keputusan demokratis yang disebut *normal lawmaking*. Ackerman menjelaskan:

Decisions made by the government occur daily, and also under special conditions. Most importantly, key officials must be held accountable regularly at the ballot box. In addition, they must be given incentives to take a broad view of the public interest without undue influence of narrow interest groups. Even when this system of "normal lawmaking" is operating well, however, the dualist Constitution prevents elected politicians from exaggerating their authority. They are not to assert that a normal electoral victory has given them a mandate to enact an ordinary statute that overturns the considered judgments previously reached by the People.³¹

Jika penjelasan Ackerman tentang *higher lawmaking* dan *normal lawmaking* dipahami sebagai satu kesatuan proses demokratis dalam pembentukan hukum maka pandangan tersebut pada hakikatnya berbicara

29 Bruce Ackerman, *We the People 1: Foundations* (Cambridge-Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993), 6.

30 Ketentuannya berbunyi: "The Congress, whenever two-thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution, or, on the application of the legislatures of two-thirds of the several States, shall call a convention for proposing amendments, which in either case shall be valid to all intents and purposes as part of this Constitution, when ratified by the legislatures of three-fourths of the several States, or by conventions in three-fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress, provided that no amendment which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight shall in any manner affect the first and fourth clauses in the ninth section of the first article; and that no State, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate."

31 Bruce Ackerman, *the People 1: Foundations*, 6.

tentang hubungan antara konstitusi formal dengan undang-undang – dan sekaligus menjustifikasi mengapa konstitusi berkedudukan lebih tinggi daripada undang-undang. Walau mendeskripsikan sistem konstitusional Amerika Serikat, pendapat tersebut masih dapat digeneralisasi dengan tetap mengingat satu pra-pemahaman bahwa ketentuan Konstitusi Amerika Serikat sangat *rigid* terkait dengan *constitution-making*.³² Pandangan Ackerman menunjukkan bahwa supremasi dalam kekuasaan *law-making* ada pada tingkat *higher lawmaking* di mana tindakan tersebut diilustrasikan sebagai *decisions by the People*. Itu artinya, sesuai kerangka berpikir Ackerman tentang *higher lawmaking*, *constituent power*, konsep yang lebih teknis, adalah kekuasaan yang dimetaforakan sebagai kekuasaan (yang dipegang) rakyat sendiri, dan karena itu, kekuasaan tersebut mengandung supremasi (dalam konteks demokrasi) dibandingkan dengan kekuasaan *law-making* yang dijalankan oleh pemerintah sehari-hari (pembentuk undang-undang) yang disebut *normal lawmaking* karena produk dari *higher lawmaking* tersebut meletakkan batasan-batasan yang tidak boleh dilampaui oleh *normal lawmaking*.

Dalam pengertian demikian maka jelas, sebagai implikasi dari supremasi konstitusi terhadap undang-undang, undang-undang (produk *normal lawmaking*) tidak boleh mengabaikan konstitusi (produk *higher lawmaking*) karena “pemenang pemilu tidak memiliki kekuasaan *to enact an ordinary statute that overturns the considered judgments previously reached by the People* (dalam hal ini konstitusi).” Dalam rumusan lebih konkret: pembentuk undang-undang tidak boleh membentuk undang-undang yang isinya bertentangan dengan konstitusi. Demikian konsepsi supremasi konstitusi *ala* Ackerman, yang tentunya, sama seperti Marshall, poinnya tetap sama: formalisasi konstitusi yang khas. Namun, yang khas dari pendapat Ackerman tentang supremasi konstitusi adalah prinsip tersebut berlandaskan

32 Perbedaan ini yang membedakan Konstitusi Amerika Serikat sebagai konstitusi formal dengan, misalnya Konstitusi Indonesia, UUD 1945. Konstitusi Indonesia, jika dibandingkan dengan Konstitusi Amerika Serikat, jauh kurang rigid, tetapi tidak berarti bahwa Konstitusi Indonesia fleksibel. Konstitusi Indonesia, karena konstitusi formal, adalah konstitusi yang rigid tetapi rigiditasnya tidak se-rigid Konstitusi Amerika Serikat. Dasar untuk rigiditas konstitusi formal adalah entrenchment, dan UUD 1945 sebagai konstitusi formal, juga memberlakukan entrenchment dalam formalisasinya (*constitution-making*).

demokrasi di mana pembentuk konstitusi adalah *the People* sendiri sehingga mengekspresikan berlakunya kedaulatan “penuh” rakyat dalam proses *constitution-making*.

C. Kewajiban Semua Badan Pemerintahan untuk Menegakkan Supremasi Konstitusi

Secara presumtif, karena adanya MK, konstitusionalitas undang-undang di Indonesia digaransi dengan asas praduga konstitusional yang memiliki pengertian undang-undang harus dianggap konstitusional sampai MK menyatakan sebaliknya. Asas tersebut tersirat dalam Pasal 58 UU MK: “Undang-undang yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi tetap berlaku, sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.” Isunya adalah: Apakah ketentuan tersebut menjamin bahwa semua undang-undang pasti konstitusional sebelum dinyatakan sebaliknya oleh MK dan sebagai implikasinya semua badan pemerintahan yang bertanggung jawab menerapkan undang-undang tidak perlu meragukan konstitusionalitasnya sebelum menerapkan – dan tindakan demikian, menerapkan undang-undang tanpa perlu menilai konstitusionalitasnya lebih dulu, sudah pasti mendukung supremasi konstitusi? Atau yang lebih tepat semua badan pemerintahan yang memiliki kewenangan menerapkan undang-undang tetap boleh meragukan konstitusionalitas undang-undang dan boleh menilai konstitusionalitasnya sebelum menerapkannya sebagai kewajiban konstitusional semua badan pemerintahan untuk menegakkan supremasi konstitusi yang tidak cukup dijamin oleh asas praduga konstitusional?

Pertanyaan di atas sangat menarik jika dikaitkan desain institusional keberadaan MK sebagai badan peradilan konstitusional khusus dengan kewenangan menguji konstitusionalitas undang-undang. Jika pertanyaan tersebut dielaborasi lebih lanjut maka akan timbul pertanyaan susulan: Apakah sistem konstitusional yang saat ini berlaku memosisikan MK sebagai *interpreter* konstitusi satu-satunya sehingga semua pertanyaan interpretif tentang konstitusi secara umum – dan konstitusionalitas undang-undang secara khusus – harus diselesaikan sendiri oleh MK? Pertanyaan tersebut, dan

pertanyaan-pertanyaan sebelumnya, akan menjadi fokus diskusi dalam sub-judul ini dengan posisi jawaban negatif.

Pertama-tama adalah tentang keberlakuan asas praduga konstitusional itu sendiri kepada badan-badan pemerintahan secara umum dan kepada MA secara khusus. Asas praduga konstitusional hanya menjamin konstitusionalitas “semu” undang-undang jika penilaian konstitusionalitas undang-undang hanya boleh datang dari MK. Kondisi hukum demikian tidak kompatibel dengan kewajiban konstitusional semua badan pemerintahan untuk menegakkan supremasi konstitusi. Pada level individu warga negara, keberlakuan asas praduga konstitusional tentu niscaya karena jika individu warga negara meragukan konstitusionalitas undang-undang jalan satu-satunya adalah mengajukan permohonan pengujian undang-undang ke MK. Tetapi pada badan pemerintahan sebaliknya: Menjalankan atau menerapkan undang-undang adalah kewenangan, tetapi di samping itu mereka sekaligus memiliki kewajiban konstitusional untuk menegakkan supremasi konstitusi dalam kapasitas tersebut. Untuk memperoleh pemahaman lebih memadai atas isu ini, diskusi teoretis menarik yang dikemukakan oleh Saikrishna Prakash tentang kewajiban eksekutif untuk mengabaikan undang-undang yang inkonstitusional (*executive disregard*) perlu disimak karena sangat relevan dengan isu tentang kewajiban konstitusional semua badan pemerintahan untuk menegakkan supremasi konstitusi. Prakash memulai diskusinya dengan pertanyaan retorik: “*Imagine a law that peremptorily directs the President to imprison young Muslim males in contravention of the prohibition against bills of attainder. Must the President jail them, thereby faithfully executing the bill of attainder?*”³³

Jawaban Prakash atas pertanyaan retorik tersebut tentu negatif.³⁴ Untuk itu yang perlu diperhatikan adalah premis dari justifikasinya. Sebagai

33 Saikrishna Bangalore Prakash, “The Executive’s Duty to Disregard Unconstitutional Laws” *Georgetown Law Journal* 96, no. 5 (2008): 1615.

34 Isu senada dengan Prakash juga didiskusikan oleh Dawn E. Johnsen, “Presidential Non-Enforcement of Constitutionally Objectioanable Statutes” *Law and Contemporary Problems* 63, no. 1-2 (2000): 8-60 dan David Barron, “Constitutionalism in the Shadow of Doctrine: The President’s Non-Enforcement Power” *Law and Contemporary Problems* 63, no. 1-2 (2000): 63-106.

peringat, penjelasan teoretis Prakash tidak sepenuhnya dapat berlaku pada kasus Indonesia karena orientasinya adalah Teori Konstitusi spesifik untuk Konstitusi Amerika Serikat. Supaya pendapat Prakash dapat berlaku maka perlu ditemukan titik-titik persamaannya dengan dasar-dasar dari sistem konstitusional Indonesia. Adapun premis-premis Prakash adalah:

First, the Constitution does not authorize the President to enforce unconstitutional laws. At the founding, such laws were seen as null and void, ab initio. Because unconstitutional laws were nullities, they supplied no law for the President to enforce. Necessarily, he could have no power or duty to enforce them. Under the original Constitution, the President had no more power or duty to execute unconstitutional laws than he had to execute the laws of the states or other nations. Second, the President's duty to disregard unconstitutional laws arises from his unique constitutionally prescribed oath: he must "preserve, protect and defend" the Constitution. He does none of those things when he executes an unconstitutional statute. To the contrary, he violates his constitutional oath when he enforces a law he regards as unconstitutional. Because the Constitution effectively obliges the President to do no constitutional harm, he cannot execute unconstitutional laws. Third, per the Faithful Execution Clause, the President must take care to faithfully execute the laws. The Supremacy Clause famously makes clear that the Constitution is "the supreme Law of the Land." Taken together, these two Clauses prohibit the President from taking actions that violate the Supreme Law that he is obliged to faithfully execute.³⁵

Premis pertama jelas tidak dapat berlaku karena sistem konstitusional Indonesia tidak mengenal kebatalan *null and void* untuk undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi. Namun demikian premis pertama tersebut dapat diperluas cakupannya sehingga dapat terlaksana untuk Indonesia jika yang menjadi proposisi adalah undang-undang yang inkonstitusional tidak boleh dilaksanakan (bukan karena dianggap tidak pernah ada). Premis kedua dan premis ketiga sangat jelas dapat berlaku untuk Indonesia. Premis kedua menekankan pada sumpah/janji dari pejabat yang berwenang (dalam hal ini Presiden sebagai kepala eksekutif) untuk mempertahankan konstitusi. Sedang premis ketiga menekankan pada supremasi konstitusi itu sendiri, dalam hal ini supremasi dari konstitusi terhadap undang-undang.

35 Saikrishna Bangalore Prakash, , "The Executive's Duty to Disregard Unconstitutional Laws" ,1616-1617.

Prakash juga menjelaskan bahwa secara hakikat konsep *executive disregard* menyerupai *judicial review* karena bertolak dari pemahaman hukum bahwa eksekutif maupun badan yudisial sama-sama harus menghindari “*doing constitutional harm*”. Prakash menyatakan:

*“both the Judiciary and the Executive must avoid doing constitutional harm. Neither can participate in the implementation of unconstitutional schemes, including the execution of unconstitutional laws. Any such participation in a constitutional violation would be a breach of their respective constitutional oaths.”*³⁶

Lebih lanjut, *executive disregard* juga bukan kekuasaan absolut yang perlu dikhawatirkan karena pada akhirnya berlaku prinsip bahwa tindakan melakukan *executive disregard* itu sendiri harus dipertanggungjawabkan – setidaknya secara politik:

*“Whether justified or not, such criticism is fitting, for although the Constitution requires the Executive to defend the Constitution against unconstitutional laws, it also assumes that the people and Congress will hold him accountable for his decisions to disregard statutes he believes are unconstitutional.”*³⁷

Pengertian tersirat dari pendapat Prakash adalah melaksanakan undang-undang yang inkonstitusional berimplikasi menimbulkan *constitutional harm*. Atas dasar itu, konstitusionalitas undang-undang dari undang-undang yang harus dilaksanakan adalah isu sentral dalam kewajiban semua badan pemerintahan untuk mempertahankan supremasi konstitusi. Sebagai suatu kewajiban, supremasi konstitusi tidak menghendaki tetap dilaksanakannya undang-undang yang inkonstitusional karena jika itu terjadi maka pejabat yang melaksanakannya melanggar konstitusi, dalam hal ini tidak melaksanakan sumpah/janjinya untuk mempertahankan supremasi konstitusi. Sejalan dengan pengertian tersebut, asas praduga konstitusional sama sekali tidak memadai untuk memastikan dipatuhinya kewajiban semua badan pemerintahan

36 Ibid., 1645-1646.

37 Ibid., 1683. Pendapat Prakash tentang executive disregard ini juga sangat informatif karena termasuk menjelaskan aspek historis dari doktrin tersebut dan disertai dengan preseden dari praktik executive disregard itu sendiri sehingga sebagai teori, pendapat Prakash tersebut tidak abstrak, tetapi juga faktual. Ibid., 1648-1672.

dalam mempertahankan supremasi konstitusi karena seperti dinyatakan sebelumnya, asas praduga konstitusional hanya sebatas memberikan jaminan konstitusionalitas undang-undang secara semu karena undang-undang “harus dianggap konstitusional” dan untuk konstitusionalitasnya secara final masih harus menunggu pendapat MK. Padahal, andai kata MK berpendapat bahwa undang-undang sudah konstitusional, tidak berarti bahwa pendapat sebaliknya menjadi tertutup.³⁸ Sebagai implikasinya, jika diikuti dengan konsisten, asas praduga konstitusional justru mendorong praktik penerapan undang-undang secara sangat legalistik karena penerapan undang-undang cenderung menjadi bebas nilai.

Kendati fokus pendapat teoretis Prakash hanya tertuju pada presiden dalam fungsinya sebagai (kepala) eksekutif yang bertanggung jawab melaksanakan undang-undang, tetapi pendapat tersebut, dengan memperhatikan premis-premis yang mendasarinya, dapat berlaku secara *mutatis mutandis* untuk badan-badan pemerintahan lain karena memiliki tanggung jawab sama untuk menegakkan supremasi konstitusi, terutama kewajiban menghindari *constitutional harm* yang dapat terjadi dengan melaksanakan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi. Jika pendapat ini yang berlaku, maka yang akan terjadi sebaliknya: Praktik penerapan undang-undang justru menjadi tidak legalistik lagi. Jika penerapan undang-undang secara legalistik cenderung tidak dikehendaki, maka pendekatan non-legalistik dalam penerapan undang-undang dapat dimulai dengan mempertanyakan terlebih dulu konstitusionalitas undang-undang yang akan diterapkan. Cara demikian justru lebih terukur, ketimbang penerapan pendekatan non-legalistik tersebut diserahkan pada pendapat subjektif pejabat yang berwenang.

Beranjak dari kesimpulan tersebut maka implikasinya adalah apa yang seyogianya dilakukan oleh badan-badan pemerintahan dalam kewajibannya mempertahankan supremasi konstitusi ketika melaksanakan undang-undang? Alternatif dari menerima begitu saja asas praduga konstitusional adalah semua badan pemerintahan yang memiliki kewenangan menerapkan undang-undang

38 Titon Slamet Kurnia, “‘Peradilan Konstitusional’ oleh Mahkamah Agung melalui Mekanisme Pengujian Konkret”, 77-79.

patut meragukan konstitusionalitas undang-undang, sehingga mereka boleh memiliki pandangan atau penilaian sendiri atas konstitusionalitas undang-undang sebelum menerapkannya. Dengan demikian, pandangan ini tentu saja menegaskan peranan MK sebagai penerjemah konstitusi satu-satunya karena UUD 1945 sendiri memang tidak pernah mendesain MK demikian (kecuali asas praduga konstitusional dimaknai berlaku absolut). Dengan tidak diakomodirnya mekanisme *constitutional question* maka implikasi yuridisnya sangat jelas: Setiap badan pemerintahan yang diberikan kewenangan untuk menjalankan undang-undang dapat menilai sendiri konstitusionalitas undang-undang dari undang-undang yang harus diterapkannya tersebut.

Dengan latar belakang tersebut maka isu lebih spesifik adalah peranan MA dalam mempertahankan supremasi konstitusi sesuai peran yudisialnya sebagai *judex juris*. Menguji konstitusionalitas undang-undang sebelum menerapkannya, sebagaimana disinggung di atas, adalah kewenangan yang dianggap harus ada pada MA. Dalam kaitan dengan kewajiban untuk mempertahankan supremasi konstitusi, keharusan untuk adanya kewenangan tersebut pada MA didukung oleh pendapat teoretis Keith E. Whittington tentang *judicial review* yang menyatakan:

The doctrine of judicial review refers to the authority of a court, in the context of deciding a particular case, to refuse to give force to an act of another governmental institution on the grounds that such an act is contrary to the requirements of the Constitution. Judges, in this reading, are the agents of the people, not merely of the legislature. As such, they have an independent responsibility to adhere to the mandates of the Constitution, even when they contradict the instructions of the legislature.³⁹

Pendapat Whittington di atas pada hakikatnya merupakan *restatement* atas pendapat *Chief Justice* Marshall dalam kasus *Marbury* di mana MA Amerika Serikat “mengklaim” memiliki kewenangan menguji konstitusionalitas undang-undang meskipun tidak diberikan kewenangan konstitusional eksplisit dengan dalih keberlakuan konstitusi yang didasari oleh asas supremasi

³⁹ Keith E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The President, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History* (New Jersey: Princeton University Press, 2007), 6.

konstitusi dalam hubungan dengan undang-undang.

Jika pengertian tersebut dielaborasi maka berdasarkan asas supremasi konstitusi, tidak ada badan pemerintahan yang berada di atas konstitusi, tetapi semua badan pemerintahan tunduk dan terikat oleh konstitusi. Keterikatan pada konstitusi tidak hanya sebatas keterikatan pada “bunyi” materi muatannya, tetapi juga keterikatan pada posisi atau kedudukan konstitusi sebagai hukum yang ditahbiskan menjadi “hukum tertinggi dalam sebuah negara” (*the supreme law of the land*). Keterikatan pada materi muatan konstitusi adalah untuk status atau predikat supaya tindakan badan-badan pemerintahan tersebut konstitusional. Sementara keterikatan pada asas supremasi konstitusi, terkait dengan kedudukan konstitusi sebagai hukum tertinggi dalam sebuah negara, adalah supaya konstitusi sebagai hukum terjaga integritasnya sebagai hukum tertinggi dibandingkan dengan “hukum-hukum” yang lain. Jika sebaliknya maka konstitusi dengan hukum-hukum yang lain tidak berbeda kedudukannya, sehingga tidak ada supremasi konstitusi di sini. Oleh karena itu, keterikatan pada asas supremasi konstitusi pada hakikatnya menentukan kualitas dari konstitusionalitas tindakan badan-badan pemerintahan yang mempercayai bahwa konstitusi sebagai hukum berada di atas undang-undang. Ujian sebenarnya terkait dengan kewajiban dari badan-badan pemerintahan dalam mempertahankan supremasi konstitusi adalah tindakan badan-badan pemerintahan (terutama MA) tersebut dalam menerapkan undang-undang: Apakah melakukannya secara bebas nilai atau sebaliknya, didahului dengan mempertanyakan konstitusionalitasnya.

Sebagai salah satu badan pemerintahan dalam konstitusi yang didasarkan asas supremasi konstitusi maka MA otomatis memiliki kewajiban untuk mempertahankan supremasi konstitusi tersebut dalam menjalankan fungsi yudisialnya. Pendapat *Chief Justice* Marshall (paralel dengan pemikiran Hamilton) dan Whittington sudah memadai untuk dijadikan sebagai justifikasi walau dalam menilai konstitusionalitas undang-undang MA tidak memiliki kewenangan konstitusional eksplisit seperti MK. Namun, agar peranan MA sebagai koordinat MK maupun pembentuk undang-undang tidak bertentangan secara ekstrem dengan asas atau prinsip demokrasi, faktor defisit kewenangan

konstitusional pada MA (karena tidak diberikan kewenangan konstitusional eksplisit seperti MK) perlu diatasi dengan mengacu pendapat Ackerman.

Ackerman adalah yuris konstitusional yang “mengacuhkan” pandangan bahwa institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang mengandung cacat inheren dari perspektif asas demokrasi yang biasa disebut *countermajoritarian difficulty*. Isu ini dipopulerkan oleh Alexander Bickel:

The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system ... Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational – an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act ..., it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.⁴⁰

Jika para ahli konstitusional pembela institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang cenderung berusaha menanggapi tuduhan *countermajoritarian*, maka Ackerman sebaliknya. Berdasarkan pemahaman *dualist democracy* – yang membedakan antara *higher lawmaking* dan *normal lawmaking* – Ackerman berpendapat bahwa pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang justru demokratis. Sebagai implikasinya, tidak ada isu *countermajoritarian difficulty* yang perlu diselesaikan.⁴¹ Ackerman mengemukakan poin dari pendapat teoretisnya tentang pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang yudisial sebagai berikut:

Dualists cannot dismiss a good-faith effort by the Court to interpret the Constitution as “antidemocratic” simply because it leads to the invalidation of normal statutes; this ongoing judicial effort to look backward and interpret the meaning of the great achievements of the past is an indispensable part of the larger project of distinguishing the will of We the People from the acts of We the Politicians.⁴²

Lewat penjelasan di atas, *dualist democracy* sesungguhnya tidak masalah dengan interpretasi konstitusi yang dilakukan oleh badan yudisial yang dapat

40 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven-Connecticut: Yale University Press, 1986), 16-17.

41 Bruce Ackerman, “Discovering the Constitution” *Yale Law Journal* 93, no. 6 (1984): 1014.

42 Bruce Ackerman, *We the People 1: Foundations*, 10.

berakibat dibatalkannya suatu undang-undang ketika undang-undang tersebut dinilai inkonstitusional.

Teori Ackerman berlatar belakang proses *constitution-making* yang sangat sulit di Amerika Serikat. Itu artinya, *constituent power* tidak leluasa dalam menggunakan kekuasaannya. Dikarenakan sangat sulit maka proses tersebut “*occur rarely*” jika dibandingkan dengan proses pembentukan undang-undang biasa. Badan yudisial mengambil peranan substitutif untuk melakukan interpretasi konstitusi selama *the People* sebagai *constituent power* tidak melakukan proses *constitution-making*. Dengan logika demikian, interpretasi konstitusi oleh badan yudisial, khususnya dalam proses peradilan konstitusional, adalah substitusi peranan dari *constituent power* dalam implementasi konstitusi. Peranan badan yudisial di sini seolah “menggantikan” peranan *the People*, yang setelah melakukan aktivitas *constitution-making* dianggap “mati” sampai dia dipanggil kembali untuk melakukan aktivitas itu yang tentu saja harus dengan alasan yang sangat kuat. Pengertian atas pendapat Ackerman tersebut sejalan dengan interpretasi Andrew Altman:

In Ackerman's view, then, American democracy is to be understood as combining two key ideas. The first is that the people are sovereign and thus have the sole authority to make the ultimate decision about what the Constitution is and means. The second idea is that, for much of the time, the sovereign people are inactive and so need some branch of government to ensure that their previous decisions are respected and enforced. In light of these two ideas and the fact that special interests tend to dominate when the sovereign people are politically inactive, judicial review becomes the best way to enforce the decisions of the sovereign people. To that extent, it is not antidemocratic; rather, judicial review reinforces a fundamental element of American democracy: the sovereignty of the people.⁴³

Dalam praktik ketatanegaraan dijumpai fenomena bahwa hubungan antara konstitusi yang *rigid* berbanding lurus dengan keberadaan institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang. Tentu saja hal ini mengkonfirmasi pendapat Ackerman di atas, bertolak dari sistem ketatanegaraan Amerika Serikat, yang berusaha merasionalisasi institusi pengujian yudisial

43 Andrew Altman, *Arguing About Law: An Introduction to Legal Philosophy* (Belmont-California: Wadsworth Publishing Company, 2001), 93.

konstitusionalitas undang-undang serta interpretasi konstitusi oleh badan yudisial yang dikaitkan dengan kesulitan proses *constitution-making*, tetapi di sisi lain konstitusi tetap harus dapat dilindungi “integritas”-nya sebagai *the supreme law* dari undang-undang walau *the People* sendiri, sang *constituent power*, tidak aktif. Oleh sebab itu, karena bertolak dari premis demokrasi, institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang ini justru demokratis, sehingga tidak bermasalah secara konstitusional *vis-à-vis* asas demokrasi.

D. Diskresi Yudisial dalam Penerapan Undang-Undang pada Perkara Konkret oleh Mahkamah Agung

Menggambarkan institusionalisasi praktik pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang di Amerika Serikat, Bickel menyatakan:

*Curiously enough, this power of judicial review, as it is called, does not derive from any explicit constitutional command. The authority to determine the meaning and application of a written constitution is nowhere defined or even mentioned in the document itself. This is not to say that the power of judicial review cannot be placed in the Constitution; merely that it cannot be found there.*⁴⁴

Seperti pendapat Bickel, praktik pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh MA Amerika Serikat dilakukan tanpa didasari kewenangan konstitusional eksplisit. Namun hal itu tidak mencegah MA Amerika Serikat untuk melakukan pengujian konstitusionalitas undang-undang. MA Amerika Serikat memilih “mengklaim” kewenangannya secara inferensial dikaitkan dengan kewajiban mempertahankan supremasi konstitusi.⁴⁵

Kondisi hukum Indonesia berbeda dengan Amerika Serikat. Kewenangan konstitusional khusus untuk menguji konstitusionalitas undang-undang telah diberikan kepada MK. Sejalan dengan itu, untuk mendukung keberlangsungan mekanisme pengujian undang-undang oleh MK, isu konstitusionalitas undang-undang didukung dengan asas praduga konstitusional. Namun hal tersebut tidak cukup. Isu konstitusionalitas undang-undang terbuka untuk dihadapi oleh MA, padahal undang-undangnya tidak sedang diuji ke MK. Di

44 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1.

45 Lihat kembali pendapat yudisial Chief Justice Marshall dalam kasus *Marbury*.

sisi lain, untuk isu konstusionalitas undang-undang seperti ini, tidak dibuka mekanisme *constitutional question* ke MK. Atas dasar itu, MA Indonesia berada dalam kondisi yang sama dengan MA Amerika Serikat terkait dengan isu konstusionalitas undang-undang: Tidak diberikan kewenangan konstusional untuk menguji konstusionalitas undang-undang – tetapi dapat memiliki keraguan atas konstusionalitas dari undang-undang yang harus diterapkannya karena kewajiban untuk mempertahankan supremasi konstitusi.

Ketiadaan kewenangan eksplisit bukan halangan untuk MA sepanjang apa yang sudah dijelaskan sebelumnya berlaku: MA memiliki kewajiban untuk menegakkan supremasi konstitusi dalam bentuk hanya menerapkan undang-undang yang konstusional ketika melaksanakan fungsi yudisialnya sebagai *judex juris*. Sub-judul ini akan mengelaborasi lebih spesifik diskresi yudisial sebagai dasar kewenangan MA dalam menegakkan supremasi konstitusi. Seperti dijelaskan di awal, ada perbedaan fundamental antara MK dan MA dalam menanggapi isu konstusionalitas undang-undang. MK memutuskan perkara pengujian-undang undang secara spesifik melalui mekanisme pengujian abstrak. Sementara MA bertanggung jawab sebagai *judex juris* dalam penerapan undang-undang untuk perkara konkret yang harus diputuskan, sehingga pengujian tersebut bukan suatu mekanisme khusus, tetapi dalam konteks memutuskan perkara konkret sebagai *judex juris*. Lebih lanjut, pengujian oleh MK adalah *strong-form judicial review* dengan implikasi dibatalkannya undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi. Sementara pengujian oleh MA adalah *weak-form judicial review* karena MA tidak berwenang menyatakan undang-undang tidak memiliki kekuatan mengikat, tetapi sebatas menyatakannya inkonstitusional dengan menghindari penerapannya, atau menerapkannya dengan melakukan interpretasi supaya sesuai dengan konstitusi.⁴⁶

Secara teoretis, ada banyak pandangan tentang pengertian diskresi yudisial.⁴⁷ Atas dasar itu, dalam menjustifikasi diskresi yudisial sebagai basis

46 Praktik demikian seperti yang berjalan di Inggris sebagai implikasi dari berlakunya the Human Rights Act (1998). Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review” Yale Law Journal 115, no. 6 (2006): 1355.

47 Lihat secara umum Maria Iglesias Vila, Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Rights Answer Revisited (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001).

kewenangan MA, konsep spesifik yang digunakan adalah diskresi yudisial menurut Aharon Barak. Batasan pengertian dari Barak adalah: “*Judicial discretion means choosing between two legitimate opinions.*”⁴⁸ Supaya pengertian tersebut dapat dipahami, Barak menambahkan ilustrasi: “*In each legal system there are cases in which a judge faces a situation in which, on the one hand, the system requires him to interpret the legal text according to which the dispute will be decided, but on the other hand, the system does not force on him to choose a particular option from the spectrum of possibilities.*”⁴⁹ Kondisi demikian dalam Teori Hukum disebut *hard cases*.⁵⁰

Pada kesempatan lain Barak menjelaskan bahwa diskresi yudisial timbul dalam konteks interpretasi: “*Discretion exists because there are laws with more than one possible interpretation.*”⁵¹ Makna ganda hasil proses interpretatif terhadap hukum inilah yang menjadi kekuatan pendorong untuk diskresi yudisial, sehingga diskresi pada hakikatnya adalah tindakan memilih dari alternatif-alternatif itu.⁵² Dengan demikian, secara ruang lingkup, “*Judicial discretion operates within the framework of interpretive rules, not outside it.*”⁵³ Memberikan interpretasi atas pengertian diskresi yudisial Barak, dan mempertegas pengertiannya, Ariel Bendor dan Zeef Segal menyatakan bahwa diskresi yudisial merupakan “*the power granted to judges to choose between one or more alternatives, all of them lawful ... judges have discretion only when a number of alternatives exist, all of them within the law.*”⁵⁴

Konsep diskresi yudisial Barak berbeda dengan Ronald Dworkin yang berpandangan bahwa diskresi yudisial adalah aktivitas “*extra-legal*”.⁵⁵

48 Aharon Barak, “On Society, Law and Judging” *Tulsa Law Review* 47, no. 2 (2011): 300.

49 Ibid.

50 Ibid.

51 Aharon Barak, “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy” *Harvard Law Review* 116, no. 1 (2002) 81. Aharon Barak, *A Judge in a Democracy* (New Jersey: Princeton University Press, 2006) 146.

52 Aharon Barak, “A Judge on Judging ...,” Ibid. Aharon Barak, *A Judge ...*, Ibid.

53 Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law* (New Jersey: Princeton University Press, 2005) 38.

54 Ariel L. Bendor dan Zeev Segal, “The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak” *Tulsa Law Review* 47, no. 2 (2011): 465-466.

55 Kent Greenawalt, “Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters of That Binds Judges” *Columbia Law Review* 75, no. 2 (1975): 360-361. Posisi Dworkin digambarkan Greenawalt: “when judges are making determinations about the content of legal norms, they are always constrained by the law, never free to go outside the law to make a creative legislative

Pandangan tersebut timbul sebagai bentuk kritik Dworkin terhadap pandangan *legal positivism* yang dikemukakan H.L.A. Hart dalam menyikapi situasi *unregulated cases*.⁵⁶ Posisi Barak tentang diskresi yudisial:

*“Discretion is the freedom to choose between multiple legal solutions. Each alternative before the judge must be legal. The legality, not the effectiveness, of the choice is what creates discretion. Again, an alternative is not legal because the judge chooses it; the judge may choose it only because it is legal.”*⁵⁷

Pendapat ini sekaligus berbeda dengan konsep diskresi yudisial Hart yang tanpa ragu mengotorisasi hakim untuk “membuat hukum” seperti pembentuk undang-undang dalam situasi *unregulated cases*:

*in any legal system there will always be certain legally unregulated cases in which on some point no decision either way is dictated by the law and the law is accordingly partly indeterminate or incomplete. If in such cases the judge is to reach a decision and is not, as Bentham once advocated, to disclaim jurisdiction or to refer the points not regulated by the existing law to the legislature to decide, he must exercise his discretion and make law for the case instead of merely applying already pre-existing settled law.*⁵⁸

Konsep tersebut dielaborasi Hart dalam polemiknya dengan Dworkin. Dworkin mengkritik konsep diskresi yudisial Hart dengan poin keberatan bahwa situasi *unregulated cases*, pendorong diskresi yudisial, tidak ada karena situasi tersebut hanya dihadapi oleh konsep hukum dari *legal positivism*. Hart mendeskripsikan kritik Dworkin kepadanya: *“what is incomplete is not the law but the positivist’s picture of it.”*⁵⁹ Untuk membedakan dengan konsep diskresi yudisial menurut *legal positivism*, pandangan Dworkin tentang aktivitas yudisial disebut *interpretive view*. Hart memaparkan pandangan Dworkin:

“On this interpretive view, the law is never incomplete or indeterminate, so the judge never has occasion to step outside the law and exercise a law-creating power in order to reach a decision. It is therefore to such implicit prin-

choice.”

56 Ronald Dworkin, “The Model of Rules” *University of Chicago Law Review* 35, no. 1 (1967): 32-40. Lihat juga Ronald Dworkin, “Hard Cases” *Harvard Law Review* 88, no. 6 (1975): 1058-1060.

57 Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 208.

58 H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1994), 272.

59 *Ibid.*

ciples, with their moral dimensions, that courts should turn in those 'hard cases' where the social sources of the law fail to determine a decision on some point of law."⁶⁰

Berdasarkan latar belakang demikian maka konsep diskresi yudisial Barak dipilih karena secara kontekstual lebih tepat dengan isu artikel ini di mana hakim, dalam hal ini MA, berhadapan dengan dua "hukum" dalam menanggapi undang-undang yang diragukan konstitusionalitasnya sebelum diterapkan.⁶¹ *Pertama*, asas praduga konstitusional yang menghendaknya menerapkan undang-undang secara legalistik. *Kedua*, asas supremasi konstitusi yang menghendaknya untuk hanya menerapkan undang-undang yang konstitusional sebagai kewajiban konstitusional dalam menegakkan supremasi konstitusi dan sekaligus mencegahnya dari tindakan menerapkan undang-undang secara legalistik.

Diskresi yudisial diposisikan sebagai dasar untuk kewenangan yang bersifat inheren dalam memutuskan dua pilihan tersebut karena MA tidak memiliki dasar kewenangan konstitusional eksplisit untuk dapat menilai konstitusionalitas undang-undang sebelum menerapkannya. Hal ini implikasi dari keberadaan MK di mana seharusnya undang-undang tidak dipertanyakan lagi konstitusionalitasnya karena berlaku asas praduga konstitusional. Atas dasar itu, seperti diteoresasikan Barak, diskresi yudisial harus dianggap sebagai hal yang wajar atau lazim untuk dimiliki oleh badan yudisial *qua* hakim yang sifatnya universal, sehingga hanya dalam situasi khusus seperti dijelaskan di

60 Ibid., 272-273.

61 Konsep diskresi yudisial Barak juga dapat berimplikasi pada praktik judicial lawmaking. Bedanya dengan Hart adalah judicial lawmaking di sini berkenaan dengan aktivitas interpretif, tidak seperti Hart di mana hakim bertindak seolah-olah seperti pembentuk undang-undang. Barak menyatakan: "Interpretation in law fulfills two roles: declaring existing law and creating new law that articulates the rights and responsibilities of members of society. We cannot recognize a system of interpretation that ignores existing rights. Legal interpretation operates within an existing normative world, and it must be integrated into that world. Of course, interpreters face "hard cases" in which they must use judicial discretion. Interpretation, in those cases, creates law. While this type of judicial lawmaking is legitimate for hard cases, as a whole, judicial acts of interpretation do not create. Interpretive activity mostly declares existing law and only rarely deals with creating new law." Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 60. Lihat juga Aharon Barak, *The Judge A Judge in a Democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, 13-14; Aharon Barak, "On Society Law and Judging, 299-300. Tetapi implikasi demikian di luar jangkauan diskusi artikel ini.

atas hal itu dapat digunakan.⁶² Diskresi yudisial diposisikan sebagai dasar kewenangan karena diskresi yudisial memungkinkan untuk dapat “diambilnya tindakan memilih dari alternatif-alternatif yang sah”.

Seperti dijelaskan sebelumnya, asas praduga konstitusional hanya mampu memberikan jaminan semu untuk konstitusionalitas undang-undang, sehingga poin utama keberatannya ialah: Apakah yang diberikan oleh asas praduga konstitusional sudah mencukupi? Ataukah konstitusionalitas undang-undang yang sebenarnya seyogianya lebih dari itu – bahkan termasuk ruang untuk berbeda pendapat, atau interpretasi, tentang konstitusionalitas undang-undang dengan MK? Makna konstitusionalitas undang-undang pada hakikatnya lebih luas dari yang ditentukan oleh asas praduga konstitusional. Kesimpulan konstitusionalitas undang-undang juga bukan ranah eksklusif MK, kecuali ditempuh mekanisme yang sudah ditentukan untuk secara khusus menguji undang-undang ke MK. Pada badan pemerintahan yang lain, termasuk MA, tindakan demikian tidak perlu dilakukan. Sepanjang tidak ada pihak yang mengajukan permohonan pengujian undang-undang ke MK maka tidak ada yang dapat mencegah MA untuk menilai sendiri konstitusionalitas dari undang-undang yang hendak diterapkannya (termasuk meskipun MK sendiri sebelumnya sudah pernah menyatakan undang-undang tersebut konstitusional). Dengan diskresi yudisial MA dapat berpartisipasi dalam menegakkan asas supremasi konstitusi yang sebenarnya ketimbang menegakkan asas supremasi konstitusi dalam pengertian asas praduga konstitusional dengan jalan menerapkan undang-undang secara legalistik tanpa menilai konstitusionalitasnya terlebih dahulu.

Dengan konstitusi tidak mengadakan mekanisme *constitutional question* ke MK maka itu artinya MK dan MA sama-sama berbagi peranan, dalam ranah kewenangan yang berbeda, dalam proses menegakkan asas supremasi konstitusi. MK menguji konstitusionalitas undang-undang dengan implikasi dapat menyatakan undang-undang tidak memiliki kekuatan mengikat dan MA menguji konstitusionalitas undang-undang sebelum menerapkannya dalam lingkup fungsi yudisial sebagai *judex juris* tanpa kewenangan untuk

62 Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 207-209.

menyatakan undang-undang tidak memiliki kekuatan mengikat dengan diskresi yudisialnya. Dengan demikian, kewajiban konstitusional bahwa semua badan pemerintahan memiliki kewajiban untuk menegakkan supremasi konstitusi dapat terlaksana ketika MA dengan diskresi yudisialnya hanya akan menerapkan undang-undang yang konstitusional tanpa perlu bergantung pada penilaian yang diberikan oleh MK. Oleh sebab itu, konstitusionalitas undang-undang sebagai implikasi dari asas supremasi konstitusi tidak seyogianya hanya didasarkan pada asas praduga konstitusional. Keberlakuan asas ini, kepada badan-badan pemerintahan – terutama MA – hanya bersifat *prima facie*, tidak absolut.

Supremasi konstitusi tidak dapat dipertahankan oleh semua badan pemerintahan jika konstitusionalitas undang-undang hanya didasarkan pada asas praduga konstitusional karena itu berarti MK memonopoli penilaian konstitusionalitas undang-undang. Padahal, penilaian konstitusionalitas undang-undang hanya berjalan manakala secara spesifik undang-undang yang diragukan konstitusionalitasnya dilakukan pengujian melalui MK. Apakah dengan demikian supaya isu konstitusionalitas undang-undang dapat tuntas maka harus mekanisme tersebut yang ditempuh? Ada cara lain yaitu mekanisme *constitutional question* ke MK. Tetapi itu berarti sistem konstitusional Indonesia akan bertransformasi secara fundamental: Supremasi konstitusi belum tentu diraih, tetapi supremasi MK pasti didapat. Oleh sebab itu cara tersebut tidak perlu. Sistem monopolistik dalam interpretasi konstitusi sangat tidak ideal karena tidak mungkin MK sempurna.

Mengacu pada pendapat Barak, tanggung jawab MA dalam menerapkan undang-undang untuk memutuskan perkara konkret dapat dimaknai dalam kerangka diskresi yudisial manakala terbersit keragu-raguan oleh MA tentang konstitusionalitas undang-undang tersebut karena menerapkannya secara legalistik tidak salah sebab hal itu sesuai asas praduga konstitusional. Tetapi sebaliknya, menerapkannya secara non-legalistik, dengan menilai konstitusionalitasnya terlebih dulu, juga dapat dibenarkan karena hal itu sejalan dengan asas supremasi konstitusi. Diskresi yudisial, seperti dikemukakan Barak, dapat diperlakukan sebagai dasar kewenangan MA untuk berpartisipasi

dengan badan-badan pemerintahan yang lain dalam rangka mempertahankan supremasi konstitusi. Walau tidak dinyatakan secara eksplisit sebagai kewenangan yudisial, diskresi yudisial adalah kewenangan inheren badan yudisial *qua* hakim. Ketika MA memutuskan untuk menilai terlebih dahulu konstitusionalitas undang-undang yang diterapkannya, hal itu merupakan pilihan yang masuk ranahnya diskresi yudisial karena ada alternatif lain yang sama sahnya, tetapi dia lebih memilih alternatif tersebut.

Poin terpentingnya dengan demikian adalah memberikan justifikasi yang memadai untuk tindakan diskresi yudisial tersebut. Barak memberikan preskripsi atas isu ini sebagai berikut:

*In using judicial discretion regarding reasonableness, just as in using any judicial discretion, the judge is not free to do as he wishes. The judge must locate the relevant values for the resolution of the issue before him. The judge must grant them the very weight that reflects their relative importance in society at the time the decision is made. The judge must balance the values on the basis of that weight. The judge must refrain from resorting to his personal views.*⁶³

Lebih lanjut Barak menyatakan:

*Even when the judge has the freedom to choose between one interpretation and another, he cannot choose between them however he pleases. He cannot toss a coin. He must employ his discretion within the boundaries set out by the law. He must act in the framework of the (substantive and procedural) considerations, considered to be legitimate by the law. Within the legal framework itself, he has discretion regarding the choice between the various options available. Indeed, judicial discretion – like any governmental discretion in a democratic State – is always limited.*⁶⁴

Berdasarkan penjelasan di atas, penerapan diskresi yudisial haruslah terjustifikasi secara objektif. Itu artinya, diskresi yudisial bukan kewenangan tanpa pembatasan.⁶⁵ Pembatasan tersebut yang membuat diskresi yudisial yang diambil sah karena sifat kehadirannya sendiri sudah merupakan suatu

63 Aharon Barak, *The Judge A Judge in a Democracy*, 71. Pendapat ini sejalan dengan pendapat Phillip Hamburger: “they should not exercise their own discretion – in the sense of their will, power, or choice.” Philip Hamburger, *Law and Judicial Duty* (Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2008), 133.

64 Aharon Barak, “On Society Law and Judging, 301.

65 Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 210-213.

keniscayaan. Oleh karena itu isu yang tersisa dari dari diskresi yudisial adalah akuntabilitas dalam menjalankan diskresi yudisial sehingga pembatasan yang berlaku dapat efektif sebagai kewajiban korelatif dari badan yudisial yang dipercaya memiliki diskresi yudisial. Barak mengingatkan supaya legitimasi badan yudisial yang melakukan diskresi yudisial tetap terjaga dengan mendapatkan kepercayaan publik maka antara alasan dan putusan tidak boleh ada kesenjangan: “*The public confidence in the judicial branch would be damaged if the public becomes aware that judges say one thing, yet do another. The legitimacy of the judiciary can be maintained only if the public knows how to assess – and when necessary, criticize – the way its discretion is employed.*”⁶⁶ Itu artinya, pada pendapat yudisial yang berfungsi menjustifikasi putusan (biasa disebut *ratio decidendi*) dapat dinilai benar atau tidaknya diskresi yudisial yang dijalankan. Inilah yang harus menjadi objek kritisisme dalam melakukan kontrol terhadap aktivitas yudisial secara umum, dan diskresi yudisial secara khusus.

E. Penutup

Dalam sistem konstitusional Indonesia, MA tidak diberikan kewenangan konstitusional eksplisit untuk menguji konstitusionalitas undang-undang. Akan tetapi, karena komitmen mempertahankan asas supremasi konstitusi, kewenangan tersebut harus dianggap inheren dalam fungsi yudisial MA dan atas dasar itu, supaya undang-undang yang diterapkan dalam melaksanakan fungsi yudisialnya benar-benar konstitusional, MA perlu menguji terlebih dahulu konstitusionalitasnya. Itu berarti, jika MA meragukan konstitusionalitas dari undang-undang yang akan diterapkannya, MA dapat melakukan penilaian sendiri sehingga isu demikian tidak perlu ditanyakan kepada MK karena sistem konstitusional Indonesia juga tidak melembagakan mekanisme *constitutional question*.

Pendapat di atas dapat operasional dengan bersandar pada asas bahwa badan yudisial seperti MA memiliki diskresi yudisial dalam menjalankan fungsi yudisial. Konsep diskresi yudisial yang digunakan di sini mengacu pada pendapat Aharon Barak. Dalam mengaplikasikan pendapat tersebut,

66 Aharon Barak, “On Society Law and Judging, 302.

diskresi yudisial di sini adalah kebebasan untuk memilih di antara dua alternatif *legitimate* berikut ini. Pertama, asas praduga konstitusional yang menghendaki penerapan undang-undang secara legalistik. Kedua, asas supremasi konstitusi yang menghendaki untuk hanya menerapkan undang-undang yang konstitusional sebagai kewajiban konstitusional dalam menegakkan supremasi konstitusi dan sekaligus mencegah penerapan undang-undang secara legalistik. Jika MA memilih alternatif kedua, menilai terlebih dahulu konstitusionalitas undang-undang sebelum menerapkannya, walau tanpa didasari kewenangan konstitusional eksplisit untuk itu, tindakan tersebut masuk dalam ranah diskresi yudisial seperti dimaksudkan Barak – di mana normalnya yang harus berlaku (tanpa melakukan diskresi yudisial) adalah asas praduga konstitusional yang ditujukan untuk menggaransi konstitusionalitas undang-undang karena adanya MK.

DAFTAR PUSTAKA

- Ackerman, Bruce. "Discovering the Constitution." *Yale Law Journal* 93, no. 6 (1984): 1013-1072.
- Ackerman, Bruce. *We the People 1: Foundations*. Cambridge-Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.
- Altman, Andrew. *Arguing About Law: An Introduction to Legal Philosophy*. Belmont-California: Wadsworth Publishing Company, 2001.
- Barak, Aharon. "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy." *Harvard Law Review* 116, no. 1 (2002): 16-162.
- Barak, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.
- Barak, Aharon. *A Judge in a Democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- Barak, Aharon. "On Society, Law, and Judging." *Tulsa Law Review* 47, no. 2 (2011): 297-318.
- Barron, David. "Constitutionalism in the Shadow of Doctrine: The President's Non-Enforcement Power." *Law and Contemporary Problems* 63, no. 1-2 (2000): 61-106.
- Beckman, Ludvig. "Democratic Legitimacy Does Not Require Constitutional Referendum: On 'the Constitution' in Theories of Constituent Power." *European Constitutional Law Review* 14, no. 3 (2018): 567-583.
- Bendor, Ariel L., dan Zeev Segal. "The Judicial Discretion of Justice Aharon

- Barak.” *Tulsa Law Review* 47, no. 2 (2011): 465-476.
- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven-Connecticut: Yale University Press, 1986.
- Calabresi, Steven G. “The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent, and Burke.” *Alabama Law Review* 57, no. 3 (2006): 635-687.
- Collins, Josua Satria, dan Pan Muhammad Faiz. “Penambahan Kewenangan *Constitutional Question* di Mahkamah Konstitusi sebagai Upaya untuk Melindungi Hak-Hak Konstitusional Warga Negara.” *Jurnal Konstitusi* 15, no. 4 (2018): 688-709.
- Corrias, Luigi. “Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity.” *European Constitutional Law Review* 12, no. 1 (2016): 6-26.
- Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: The Macmillan Press Ltd., 1979.
- Dorf, Michael C., “Abstract and Concrete Review.” Dalam *Global Perspectives on Constitutional Law*, diedit oleh Vikram David Amar dan Mark V. Tushnet, 3-14. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Ducat, Craig R. *Constitutional Interpretation*. Boston: Wadsworth, 2009.
- Dworkin, Ronald. “The Model of Rules.” *University of Chicago Law Review* 35, no. 1 (1967): 14-46.
- Dworkin, Ronald. “Hard Cases,” *Harvard Law Review* 88, no. 6 (1975): 1057-1109.
- Greenawalt, Kent. “Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters of That Binds Judges.” *Columbia Law Review* 75, no. 2 (1975): 359-399.
- Hamburger, Philip. *Law and Judicial Duty*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2008.
- Hamilton, Alexander, James Madison dan John Jay. *The Federalist with Letters of “Brutus”*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Johnsen, Dawn E. “Presidential Non-Enforcement of Constitutionally Objectionable Statutes.” *Law and Contemporary Problems* 63, no. 1-2 (2000): 7-60.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell, 1961.
- Kurnia, Titon Slamet. “‘Peradilan Konstitusional’ oleh Mahkamah Agung melalui Mekanisme Pengujian Konkret.” *Jurnal Konstitusi* 16, no. 1 (2019): 61-82.
- Kurnia, Titon Slamet. “Sebuah Kerangka Teoretis Hubungan Institusional Berbasis Konstitusionalisme.” *Jurnal Hukum dan Pembangunan* 50, no. 2 (2020): 476-491.

- Limbach, Jutta. "The Concept of the Supremacy of the Constitution." *Modern Law Review* 64, no. 1 (2001): 1-10.
- Loughlin, Martin. "On Constituent Power." Dalam *Constitutionalism Beyond Liberalism*, diedit oleh Michael W. Dowdle dan Michael A. Wilkinson, 151-175. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- McIlwain, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca-New York: Cornell University Press, 1947.
- Michelman, Frank I. "Justice as Fairness, Legitimacy and the Question of Judicial Review: A Comment." *Fordham Law Review* 72, no. 5 (2004): 1407-1420.
- Prakash, Saikrishna Bangalore. "The Executive's Duty to Disregard Unconstitutional Laws." *Georgetown Law Journal* 96, no. 5 (2008): 1613-1683.
- Sajo, Andras. *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*. Budapest: Central European University Press, 1999.
- Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.
- Vila, Maria Iglesias. *Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Rights Answer Revisited*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001.
- Waldron, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review." *Yale Law Journal* 115, no. 6 (2006): 1346-1406.
- Whittington, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The President, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.
- Young, Ernest A. "The Constitution Outside the Constitution." *Yale Law Journal* 117, no. 3 (2007): 408-473.