

Kekacauan Teoretis dalam Ketentuan Judicial Review

Oleh : Moh. Mahfud MD.



Dr. Moh. Mahfud MD, SH., SU. adalah dosen Kopertis Wilayah V yang dipekerjakan sebagai dosen tetap pada Fakultas Hukum UII Yogyakarta. Dilahirkan di Madura, 13 Mei 1957, Mahfud menyelesaikan pendidikannya dari Program S.1 Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta tahun 1983, Magister (S.2) dalam Ilmu Politik dan doktor (S.3) dalam Ilmu Hukum diperoleh dari Pasca Sarjana UGM masing-masing tahun 1989 dan tahun 1993. Saat ini adalah Pembantu Rektor I dan Direktur Program Pasca Sarjana di UII Yogyakarta.

Tulisan Fajrul Falaakh di dalam majalah UNISIA edisi yang lalu (Unisia No. 28/1995) tentang "Dinamika Judicial Review di Indonesia" memberikan banyak informasi ilmiah tentang segi-segi historik dan normatif mengenai judicial review di Indonesia. Sebagian kesimpulan yang dapat saya ambil dari tulisan tersebut adalah : pertama, untuk melakukan anticipatory judicial review (dalam bentuk pemberian legal opinion) Mahkamah Agung memiliki peluang yang luas, tinggal penggunaannya yang perlu diefektifkan; kedua, secara praktis Mahkamah Agung telah berkali-kali melakukan pengabaian terhadap ketentuan UU baik melalui Surat Edaran maupun melalui putusan-putusan atas perkara yang ditangani yang dapat diartikan bahwa lembaga yudikatif ini atas inisiatifnya sendiri telah melakukan judicial review bukan hanya terhadap peraturan perundang-undangan yang derajatnya di bawah UU. Menurut catatan saya pembahasan atas judicial review oleh MA berdasarkan permohonan/gugatan yang khusus ditujukan agar MA melakukan pengujian atas suatu produk peraturan perundang-undangan (regeling) belum mendapat bahasan yang cukup di dalam tulisan Fajrul Falaakh tersebut.

Tulisan ini merupakan produk dari upaya untuk mencoba menganalisis (secara normatif) tentang judicial review terhadap suatu peraturan perundangan yang dimintalakukan kepada MA oleh masyarakat yang merasa dirugikan oleh peraturan perundangan tersebut. Dengan mengikuti pengertian bahwa judicial review adalah kewenangan yang dimiliki oleh MA. untuk menguji kesahihan isi dan daya laku peraturan perundangan-undangan, tulisan ini berusaha juga untuk

menunjukkan bahwa ketentuan-ketentuan tentang judicial review yang ada sekarang ini mengandung kekacauan teoretis yang menyebabkannya tidak dapat dioperasionalkan secara normal dan karenanya perlu dirombak total.

Mengapa judicial review ?

John Henry Merryman di dalam bukunya "The Civil Law Tradition" mengemukakan adanya dua strategi pembangunan hukum yaitu strategi pembangunan hukum yang responsif dan strategi pembangunan hukum yang ortodoks. Strategi pembangunan hukum yang responsif adalah strategi pembangunan hukum yang mengundang secara terbuka partisipasi masyarakat dan lembaga peradilan; sedangkan strategi pembangunan hukum yang ortodoks adalah strategi pembangunan hukum yang menganut pola sebaliknya. Karena kesamaan beberapa elemen substansinya maka strategi pembangunan hukum yang responsif dapat disamakan dengan strategi dan watak populistik atau hukum yang otonom, sedangkan pembangunan hukum yang ortodoks dapat disamakan dengan strategi dan watak konservatif atau hukum yang menindas¹.

Tulisan ini memfokuskan pembahasannya pada peranan lembaga yudikatif (Mahkamah Agung) dalam proses pembangunan hukum di Indonesia dengan fokus utama masalah judicial review atau hak menguji secara material terhadap peraturan perundang-undangan di Indonesia.

Pelembagaan judicial review atau efektifikasi pengaturannya dalam kehidupan bernegara merupakan hal yang sangat penting-dalam upaya pembangunan

hukum yang berwatak responsif.

Ada minimal tiga alasan yang mendasari pernyataan pentingnya judicial review ini :

Pertama, hukum sebagai produk politik senantiasa memiliki watak yang sangat ditentukan oleh konstelasi politik yang melahirkannya. Hal ini memberi kemungkinan bahwa setiap produk hukum akan mencerminkan visi dan kekuatan politik pemegang kekuasaan dominan (pemerintah) sehingga dapat tidak sesuai dengan hukum-hukum dasarnya atau bertentangan dengan peraturan yang secara hierarkis lebih tinggi.

Kedua, karena kemungkinan, dan sering terjadinya, tidak sesuainya suatu produk peraturan perundangan dengan peraturan-peraturan hukum yang lebih tinggi maka muncul berbagai alternatif untuk mengantisipasi dan mengatasi hal tersebut melalui pembentukan atau pelembagaan Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Perundang-undangan, Judicial Review, uji materi oleh MPR, dan sebagainya.

Ketiga, dari berbagai alternatif yang pernah ditawarkan maka pelembagaan judicial review adalah lebih konkret bahkan telah dikristalkan di dalam berbagai peraturan perundang-undangan kendati cakupannya masih terbatas sehingga sering disebut sebagai judicial review terbatas. Namun tidak sedikit orang yang mengira bahwa dari penerimaan terbatas itu judicial review akan benar-benar dapat dilaksanakan dan telah mendapat akomodasi pengaturan yang cukup. Padahal ketentuan-ketentuan tentang judicial review yang ada di berbagai peraturan perundang-undangan itu memuat kekacauan teoretis yang sangat mendasar sehingga tidak akan dapat dioperasionalkan secara normal.

Uraian berikut ini akan mencoba menunjukkan betapa pentingnya pelembagaan judicial review serta betapa ketentuan-ketentuan yang ada sekarang memuat kekacauan teoretis sehingga tidak akan dapat dioperasionalkan dan karenanya perlu diadakan perombakan total terhadap peraturan-peraturan mengenai judicial review, termasuk produk terbaru tentang itu yaitu PERMA No. 1 Tahun 1993.

Urgensi Hak Menguji Material

Penelusuran sejarah dan analisis terhadap produk hukum yang pernah saya lakukan menunjukkan dengan jelas bahwa watak produk hukum sangat ditentukan oleh konfigurasi politik yang melahirkannya. Hal ini harus pula diartikan bahwa kelompok dominan (penguasa) dapat membuat UU atau peraturan perundang-undangan menurut visi dan sikap politiknya sendiri yang belum tentu sesuai dengan jiwa konstitusi yang berlaku. Selain itu, dari studi yang pernah saya lakukan, ternyata ada kecenderungan bahwa pemerintah mendapatkan peluang yang sangat besar untuk membuat

berbagai peraturan perundang-undangan sebagai peraturan pelaksanaan lebih lanjut dari setiap UU. Hal ini juga membuka kemungkinan bagi diciptakannya peraturan perundang-undangan yang sebenarnya tidak sesuai, bahkan bertentangan, dengan UU yang diatur lebih lanjut atau yang lebih tinggi. Kepala Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), CFG. Sunaryati Hartono mengatakan bahwa di Indonesia banyak UU yang dikebiri oleh peraturan (pelaksanaan) di bawahnya. Menurut Sunaryati :

"... cukup banyak UU yang justru dikebiri oleh peraturan perundang-undangan di bawahnya. Itu terjadi karena pembuat peraturan tidak memperhatikan hirarki dan tatacara penyusunan peraturan perundang-undangan ..." ²

Oleh sebab itu, untuk menjamin tertib tata hukum, perlu dilembagakan atau diefektifkan pelaksanaan hak uji material (judicial review) oleh lembaga yang berkompeten. Hak uji material adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai apakah suatu peraturan perundangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu (*veroordeende macht*) berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu³. Dari definisi ini dapat disimpulkan bahwa suatu lembaga yang memiliki hak menguji secara material berwenang menilai keabsahan suatu peraturan perundang-undangan berdasarkan materinya.

Di Indonesia sampai saat ini belum ada institusionalisasi hak menguji material terhadap UU meskipun sudah pernah diusahakan melalui Panitia ad hoc di MPRS. Yang secara formal diberlakukan hanyalah hak menguji material terhadap peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih rendah daripada UU. Inipun, seperti akan diuraikan kemudian, tidak dapat dioperasionalkan karena memuat kekacauan-kekacauan teoretis.

Hak Menguji Material terhadap UU

Sebenarnya ketika rancangan UUD 1945 dibahas di dalam sidang-sidang BPUPKI masalah hak menguji material terhadap UU telah pernah diusulkan oleh Yamin. Yamin mengusulkan agar di dalam UUD 1945 dicantumkan ketentuan bahwa Mahkamah Agung berhak

1. John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford University, California, 1969, et. passim; lihat juga dalam Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society In Transition : Toward Responsive Law*, Harper and Row, New York, 1978.

2. "Banyak, Pengebirian UU oleh Peraturan di bawahnya", dalam harian *Kompas*, 8 Juli 1992, hal. 6

3. Ph. Kleintjes seperti dikutip dalam Sri Soemantri M., *Hak Menguji Material di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1986, hal. 9.

menetapkan suatu UU bertentangan dengan UUD. Tetapi usul Yamin ini ditolak oleh Soepomo karena secara prinsip UUD yang sedang dibahas saat ini dan akan diberlakukan di Indonesia tidak menganut Trias Politika, sementara hak uji material terhadap UU itu hanya dijumpai di negara-negara yang menganut teori Trias Politika. Alasan yang lain menurut Soepomo adalah karena kita belum memiliki tenaga-tenaga ahli dan berpengalaman yang diperlukan untuk itu.⁴ Ketika Indonesia menjadi negara federal berdasarkan Konstitusi RIS 1949, hak menguji material terhadap Undang-Undang Daerah Bagian dapat dilakukan oleh Mahkamah Agung jika berlawanan dengan konstitusi atau tidak menurut konstitusi. Ini dapat disimpulkan dari ketentuan-ketentuan yang dimuat pasal 156, pasal 157, dan pasal 158 Konstitusi RIS. Di bawah UUDS 1950 tidak ada lembaga hak uji material terhadap UU sebab UU adalah wujud dari pelaksanaan kedaulatan rakyat yang menurut UUDS 1950 dilakukan oleh pemerintah bersama DPR. Sri Soematri M. menulis tentang ini :

*"... menurut sistem yang dianut dalam Undang-Undang Dasar tahun 1950, Undang Undang itu tidak dapat diganggu gugat atau tidak dapat diuji apakah isinya bertentangan dengan Undang-Undang Dasar atau tidak."*⁵

Sebenarnya untuk keperluan tertib tata hukum, meskipun tidak ada ketentuan eksplisit di dalam UUD 1945, hak menguji material terhadap UU itu perlu dilembagakan di Indonesia. Tidak dicantumkannya secara eksplisit di dalam UUD bukan berarti dilarang untuk dilembagakan seperti halnya pelebagaan atas Pemilu atau hal-hal lainnya. Bahkan Sri Soemantri berpendapat bahwa UUD 1945 memberi peluang bagi pelaksanaan hak uji material terhadap UU karena UU bukanlah produk pelaksanaan kedaulatan rakyat.⁶ Urgensinya ialah agar UU yang sebenarnya merupakan produk politik itu dapat dikontrol konsistensi dan relevansinya dengan UUD atau dengan Tap MPR. Jadi kita memerlukan pelebagaan judicial review untuk kemanfaatan.

Pada awal Orde Baru, ketika sistem politik berjalan dengan langgam yang agak demokratis atau libertarian, sebenarnya masalah hak menguji material telah mulai diperdebatkan. Sebuah panitia ad hoc di MPRS pada tahun 1966-1967 telah merekomendasikan beberapa hal termasuk tentang diberikannya hak menguji material atas Undang Undang kepada Mahkamah Agung. Rekomendasi yang disampaikan oleh panitia ad hoc II (membidangi reorganisasi pemerintahan ini) ternyata ditolak oleh pemerintah seperti halnya yang dialami oleh apa yang diusulkan oleh panitia ad hoc IV (yang membidangi dan menyusun rancangan UU tentang Hak

Azasi). Melalui Menteri Kehakiman Oemar Seno Adji pemerintah menolak hampir setiap premis dan kesimpulan panitia ad hoc II itu dengan menyatakan bahwa hanya MPR lah yang dapat bertindak sebagai pengawal Konstitusi dan MPR telah melakukan fungsi itu ketika memerintahkan kepada Presiden dan parlemen untuk mencabut beberapa produk peraturan perundang-undangan yang diwariskan pada kurun Demokrasi Terpimpin.⁷ Masalah hak menguji secara material ini sering muncul dan mencuat lagi pada pertengahan tahun 1992 ketika Ketua Mahkamah Agung Ali Said akan memasuki masa pensiun. Banyak kalangan menganggap bahwa Mahkamah Agung perlu diberi hak menguji material terhadap UU. Bahkan Ali Said sendiri, seperti banyak dikutip media massa, menganggap pemberian hak uji material terhadap UU itu bagi MA merupakan hal yang proporsional karena MA merupakan salah satu pilar demokrasi. Jika dua pilar yang lain yaitu Presiden dan DPR bertugas membuat dan menetapkan UU maka Mahkamah Agung, menurut Ali Said, bertugas untuk menguji. Gagasan yang demikian ini sebenarnya merupakan gagasan yang didasarkan pada checks and balances.

Untuk menjamin konsistensi dan relevansi sebuah UU dengan Konstitusi dan dalam rangka checks and balances yang merupakan dimensi penting dari sebuah negara demokrasi kiranya pelebagaan hak uji material terhadap UU diperlukan dan tidak ada halangan konstitusionalnya. Soalnya adalah siapa yang akan diberi kewenangan melakukan hak uji itu.

Oemar Seno Adji berpendapat bahwa hak uji material terhadap UU ada di tangan MPR karena MPR lah satu-satunya pengawal konstitusi. Ridwan Saidi sependapat dengan jalan pikiran tersebut. Menurutnya hak menguji material terhadap UU itu tidak dapat dibebankan kepada MA sebab yang proporsional melakukan itu adalah MPR. Tetapi mengingat bahwa MPR itu hanya bersidang rata-rata sekali dalam 5 tahun (kecuali untuk Sidang Istimewa) maka pelaksanaan kewenangan menguji itu sebaiknya dilakukan oleh Badan Pekerja MPR yang produk-produk pengujiannya dapat berbentuk memorandum.⁸

4. Lihat dalam Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-undang Dasar 1945*, Jilid I, Yayasan Prapantja, 1959, hal. 341-342

5. Sri Soemantri M., *op.cit.*, hal 25

6. Wawancara dengan Sri Soemantri M. tanggal 21 Juli 1992 seperti dimuat dalam Moh. Mahfud MD, *Perkembangan Politik Hukum, Studi tentang Pengaruh Konfigurasi Politik tentang Karakter Produk Hukum*, disertasi doktor UGM, Yogyakarta, 1993 hal 613

7 Daniel S. Lev., *Hukum dan Politik di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1990, hal. 402-403

8. Wawancara dengan Ridwan Saidi, tanggal 4 Juli 1992, dalam Moh. Mahfud MD, *loc.cit.*

Sri Soemantri melihat pemberian kewenangan kepada MPR untuk menguji UU secara material sebagai salah satu alternatif saja. Tetapi Guru Besar hukum tata negara ini meragukan obyektifitasnya sebab di dalam prakteknya masalah yang sebenarnya menyangkut prinsip hukum dapat menjadi masalah politik karena ada kemungkinan bahwa para anggota MPR itu, meskipun mungkin ahli hukum, tidak dapat melepaskan diri dari visi politik fraksinya.⁹ Meskipun diakui bahwa jika hak uji tersebut dimiliki MPR ada keunggulannya karena dilakukan oleh Lembaga Tertinggi Negara, tetapi Sri Soemantri menunjuk dua alternatif lain yang dapat dipertimbangkan sebagai pemegang hak menguji secara material terhadap UU yaitu Mahkamah Agung dan semacam Majelis Konstitusi yang dapat dibentuk oleh MPR. Bagi Sri Soemantri tidaklah menjadi soal apakah hak itu akan diberikan kepada Majelis Konstitusi ataukah kepada MA. Jika hak itu diberikan kepada MA maka Guru Besar hukum tata negara ini melihat adanya kelemahan maupun sisi positifnya. Kelemahannya adalah bahwa jika hak itu diberikan kepada MA maka berarti hak uji itu dilakukan oleh lembaga yang sederajat dengan pembuat UU dan itu dapat memberi kesan bahwa kita meniru sistem yang berlaku di Amerika Serikat. Sisi positifnya adalah adanya azas keseimbangan (*checks and balances*) antara aparatur-aparatur demokrasi yang sekaligus dapat membantah anggapan bahwa UUD 1945 adalah *executive heavy*.¹⁰

Diskusi di atas dapat memberi kesimpulan bahwa secara prinsip diperlukan pelembagaan hak menguji material terhadap UU untuk keperluan tertib tata hukum dan mengawasi konsistensi dan relevansi setiap UU dengan konstitusi. Persoalan tentang lembaga apa yang dapat melakukannya dapat dibicarakan lebih lanjut sesuai dengan alternatif-alternatif yang pernah dikemukakan para ahli, yang penting prinsipnya diterima dulu.

Dapat juga ditambahkan bahwa jika perkembangan judicial review terhadap UU ditolak dengan alasan karena hal tersebut tidak dikenal di dalam konstitusi maka hal itu secara argumentatif juga tidak dapat diterima *sebab* dengan alasan itu akan sekaligus berarti bahwa kita menerima azas bahwa "UU tidak dapat diganggu gugat", padahal azas "UU tak dapat diganggu gugat" itu tidak dikenal juga di dalam UUD 1945. Dengan penolakan pada judicial review karena tidak dikenal di dalam UUD 1945 dan penerimaan terhadap azas "UU tidak dapat diganggu gugat" padahal azas tersebut juga tidak dikenal di dalam konstitusi tersebut maka berarti kita telah bersikap sangat tidak konsekuen.¹¹

Hak Menguji Material terhadap Peraturan Perundang-undangan di Bawah UU

Upaya-upaya untuk melembagakan hak uji material

terhadap produk peraturan perundang-undangan 'sedikit' mendapatkan hasil ketika pada tahun 1970 pemerintah mengundang UU No. 14 Tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman. Di dalam pasal 26 UU tersebut disebutkan bahwa "hak menguji secara material" dimiliki oleh Mahkamah Agung terhadap peraturan perundang-undangan yang derajatnya di bawah UU atau terhadap Peraturan pemerintah (PP) dan seterusnya ke bawah. Artinya sejak saat itu ada judicial review terbatas yang dimiliki oleh MA. Ketentuan pasal 26 UU No. 14 Tahun 1970 ini kemudian dikuatkan atau dituangkan lagi di dalam berbagai peraturan perundang-undangan lain seperti Tap MPR No. VI/MPR/1973 (pasal 11), Tap MPR No. III/MPR/1978 (pasal 11) dan UU No. 14 Tahun 1985 (pasal 31). Pasal 26 UU No. 14 Tahun 1970 berbunyi sebagai berikut :

(1) *Mahkamah Agung berwenang untuk menyatakan tidak sah semua peraturan perundang-undangan dari tingkat yang lebih rendah dari Undang Undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.*

(2) *Putusan tentang pernyataan tidak sahnya peraturan perundang-undangan tersebut dapat diambil berhubung dengan pemeriksaan dalam tingkat kasasi.*

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

Dengan demikian sejak tahun 1970 tata hukum Indonesia telah melakukan pelembagaan atas hak uji material ini di dalam kerangka pembatasan (judicial review terbatas) dan prinsip sebagai berikut :

Pertama, yang dapat diuji adalah peraturan perundang-undangan yang derajatnya di bawah UU.

Kedua, pengujian dilakukan pada pemeriksaan di tingkat kasasi.

Sebenarnya jika akan didekati secara optimistik, di samping adanya lembaga judicial review, upaya untuk menjaga konstitusi peraturan perundang-undangan dengan peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih tinggi telah dikembangkan secara lebih maju sejak keluarnya UU No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung¹². Di dalam pasal 37 UU No. 14 Tahun 1985

9. Wawancara dengan Sri Soemantri M., dalam Moh. Mahfud MD, *loc.cit.*

10. Wawancara, *ibid.*

11. Sudikno Mertokusumo, *Bunga Rampai Ilmu Hukum, Liberty*, Yogyakarta, 1984, hal 15; juga dalam Sudikno Mertokusumo, *Mengenai Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, cet. I, 1986, hal. 24-25.

12. Wawancara dengan Prof. Dr. Sri Soemantri, dalam Moh. Mahfud MD, *Loc.cit.*

disebutkan bahwa :

"Mahkamah Agung dapat memberikan pertimbangan-pertimbangan dalam bidang hukum baik diminta maupun tidak kepada Lembaga Tinggi Negara yang lain"

Ketentuan pasal 37 tersebut dapat dipergunakan oleh Mahkamah Agung untuk memberikan semacam legal opinion bagi setiap rencana peraturan perundang-undangan yang akan dikeluarkan oleh pemerintah. Sebaliknya jika ingin berhati-hati pemerintah dapat juga memanfaatkan peluang tersebut untuk meminta pendapat hukum kepada Mahkamah Agung lebih dulu bagi setiap rencana peraturan perundang-undangan yang akan dikeluarkannya. Pemberian legal opinion seperti ini dapat dipandang sebagai anticipatory judicial review. Tentu saja secara teknis permintaan dan pemberian legal opinion harus dilakukan antara Mahkamah Agung dan Presiden, sebab di pihak pemerintah yang berkedudukan sebagai Lembaga Tinggi Negara hanyalah Presiden. Dan Presiden dapat meneruskan legal opinion tersebut kepada aparat-aparat di bawahnya menurut relevansinya masing-masing¹³. Jika peluang meminta dan memberi legal opinion ini dapat dimanfaatkan secara efektif maka kemungkinan adanya inkonsistensi peraturan perundang-undangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dapat ditekan sekecil mungkin. Tetapi adanya peluang memberi dan meminta legal opinion ini tidak dapat menimbulkan konsekuensi hilangnya perhatian akan pentingnya judicial review sebab secara yuridis legal opinion ini tidak mengikat dalam arti bahwa pemerintah tidak harus minta dan tidak harus mengikuti legal opinion dari Mahkamah Agung.

Meskipun sejak tahun 1970 telah ada ketentuan yang memungkinkan pelaksanaan judicial review ternyata belum pernah ada produk hak uji material terhadap peraturan perundang-undangan tersebut. Hal itu disebabkan oleh ketentuan pasal 26 UU No. 14 Tahun 1970 itu sendiri yang memang tidak memungkinkan dilaksanakannya hak uji material. Menurut ketentuan tersebut hak menguji secara material hanya dapat dilakukan pada pemeriksaan di tingkat kasasi, artinya harus ada perkara atau gugatan lebih dulu ke pengadilan. Dari sudut teknis peradilan pemeriksaan pada tingkat kasasi baru dapat dilakukan jika sudah ditempuh peradilan pada tingkat pertama dan/atau kedua. Jadi dari sudut ini perkara untuk permohonan hak uji material harus disampaikan kepada Pengadilan di bawah Mahkamah Agung dulu, sebab Mahkamah Agung baru dapat memeriksa pada tingkat kasasi jika sudah selesai diperiksa dan diputus oleh pengadilan tingkat pertama dan/atau tingkat banding. Pengertian kasasi itu sendiri memang menyangkut teknis prosedural yang seperti itu. UU No. 1 Tahun 1950 tentang Mahkamah Agung In-

donesia menyebutkan bahwa kasasi adalah "pembatalan atas putusan-putusan pengadilan-pengadilan lain dan para hakim yang bertentangan dengan hukum" (pasal 61), sedangkan UU No. 13 Tahun 1965 mengartikan kasasi sebagai kekuasaan Mahkamah Agung untuk membatalkan putusan dan penetapan pengadilan-pengadilan yang lebih rendah (pasal 51) dari semua lingkungan peradilan dalam tingkatan terakhir (pasal 49)¹⁴. Sejalan dengan ini pasal 29 UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung menyebutkan bahwa Mahkamah Agung memutus permohonan kasasi terhadap putusan Pengadilan Tingkat Banding atau tingkat terakhir dari semua lingkungan peradilan; sedangkan pasal 43 UU tersebut menegaskan bahwa permohonan kasasi dapat diajukan jika pemohon terhadap perkaranya telah menggunakan upaya hukum banding kecuali ditentukan lain oleh UU. Ketentuan-ketentuan tersebut memang tidak secara eksplisit menyebutkan bahwa "hak menguji secara material" harus melalui prosedur tersebut, tetapi bagaimanapun rumusan kedua pasal tersebut memperkuat pengertian prosedural dan teknis-judicial dari lembaga kasasi yakni pemeriksaan pada tingkat Mahkamah Agung setelah ditempuh peradilan-peradilan pada tingkat di bawahnya. Masalahnya akan menjadi buntu untuk operasionalisasi hak uji material ini karena dua alasan: pertama, Mahkamah Agung baru akan melakukan pemeriksaan terhadap perkara hak uji material jika sudah ditempuh secara tuntas peradilan pada tingkat pertama dan/atau banding berdasarkan adanya gugatan terhadap sebuah undang-undangan; kedua, Peradilan tingkat pertama dan atau banding tidak akan memeriksa dan memutus perkara hak uji material itu karena menurut UU pemeriksaan dan pemutusan tentang hak uji material hanya menjadi wewenang (kompetensi absolut) Mahkamah Agung. Oleh karena terjebak dalam vicious circle seperti itu maka hak uji material atas peraturan perundang-undangan di bawah UU menurut ketentuan-ketentuan yang berlaku sekarang ini tidak akan dapat dilaksanakan.

Tentang tidak adanya jalan bagi operasionalisasi judicial review ini maka kontroversi tentang permohonan judicial review atas Permenpen tentang SIUPP oleh Surya Paloh dapat diambil sebagai contoh. Seperti diketahui Surya Paloh sebagai pemilik harian Prioritas yang dibredel (dicabut SIUPP-nya) mengajukan permohonan kepada Mahkamah Agung agar Permenpen No. 1 Tahun 1984 (tentang SIUPP) diuji secara material, sebab Permenpen tersebut dipandang sebagai

13. Wawancara dengan Prof.Dr.Sri Soemantri, dalam Moh. Mahfud MD, *loc.cit*

14. Dikutip dari Sri Soemantri M, *Hak....., op.cit*, hal.69-70

peraturan perundang-undangan yang materinya bertentangan dengan UU Pokok Pers. Pada pihak lain Menteri Penerangan mengklaim bahwa Permenpen tentang SIUPP justru dibuat sesuai dengan ketentuan yang ada di dalam UU Pokok Pers (UU No. 21 Tahun 1982) yakni pasal 13 (5) yang mengharuskan agar setiap penerbitan pers memiliki SIUPP yang dikeluarkan oleh pemerintah. Ternyata prosedur pengajuan permohonan Judicial Review itu ke Mahkamah Agung menimbulkan kontroversi baru. Mantan Ketua Mahkamah Agung Ali Said mengatakan bahwa judicial review tidak dapat ditempuh melalui permohonan melainkan harus melalui gugatan di pengadilan. Hal itu dikemukakan ketika Ali Said menyampaikan pandangannya dalam acara dengar pendapat dengan Panitia Ad Hoc II Badan Pekerja MPR pada tanggal 8 Desember 1992¹⁵. Ini berarti bahwa Judicial Review dapat dilakukan jika ada gugatan (untuk perkara) lebih dulu di Pengadilan Negeri. Tetapi Surya Paloh dan Tim Pengacaranya menyatakan bahwa Judicial Review dapat dilakukan melalui prosedur permohonan, tidak harus dengan gugatan di pengadilan sebab hukum acara tentang itu belum ada sehingga pihak pemohon berpedoman langsung pada ketentuan UU No. 14 Tahun 1970 dan UU No. 14 Tahun 1985¹⁶.

Dari persilangan pendapat di mana pihak-pihak yang berpendapat merasa berpedoman pada UU yang sama tersebut, maka menjadi semakin jelas bahwa ketentuan-ketentuan tentang Judicial Review tidak dapat dioperasionalkan secara normal. Baik Ali Said maupun Surya Paloh sama-sama menggunakan logika yuridis yang benar. Ali Said benar ketika mengatakan bahwa Judicial Review hanya dapat dilakukan melalui gugatan di pengadilan sebab istilah *kasasi* memang mempunyai arti teknis-judicial, yakni pemeriksaan pengadilan tingkat terakhir setelah pemeriksaan dan putusan perkara pada tingkat-tingkat di bawah MA. Tetapi Surya Paloh dan Timnya juga benar ketika mengatakan bahwa prosedur permohonan adalah sesuai dengan UU; sebab tidak akan ada gunanya mengajukan perkara melalui Pengadilan Negeri misalnya, dengan alasan bahwa Pengadilan Negeri maupun Pengadilan Tinggi tentu dapat menolak gugatan itu karena secara yuridis pemeriksaan Judicial Review hanya menjadi wewenang Mahkamah Agung. Jadi dari kasus ini dapat dilihat dengan jelas bahwa Judicial Review tidak mendapat jalan untuk dioperasionalkan *sebab* jika akan langsung ke Mahkamah Agung secara teknis-judicial tidak mungkin tapi jika akan dimulai dari pengadilan tingkat bawah juga tidak mungkin karena dari sudut kompetensi absolut masalahnya mutlak menjadi wewenang Mahkamah Agung. Disini terlihat adanya kekacauan teoretis.

Kepelikan tersebut menurut Sri Soemantri M timbul

justeru karena ada keharusan atau persyaratan "pemeriksaan pada tingkat kasasi" bagi setiap upaya judicial review; sebab istilah "kasasi" tersebut secara yuridis telah memiliki pengertiannya yang sudah baku sebagai salah satu mata rantai teknis-prosedural di dalam proses peradilan¹⁷. Sri Soemantri juga menunjuk masih adanya kelemahan lain di dalam ketentuan-ketentuan tentang hak uji material terhadap peraturan perundang-undangan yang derajatnya di bawah UU tersebut yakni tentang "pencabutan" terhadap peraturan perundang-undangan yang terkena judicial review. Pasal 26 ayat (2) UU No. 14 Tahun 1970 dan peraturan perundang-undangan lain yang menguatkan menentukan bahwa pencabutan atas perundangan yang dinyatakan tidak sah (karena judicial review) dilakukan oleh instansi yang bersangkutan. Ketentuan yang demikian menurut guru besar Hukum Tata Negara ini merupakan persoalan juga sebab tidak ada ketentuan yuridis yang dapat menjamin bahwa instansi yang bersangkutan akan benar-benar mencabut peraturan yang terkena judicial review oleh Mahkamah Agung. Artinya bisa saja di dalam praktek bahwa instansi yang membuat peraturan perundangan yang terkena judicial review tidak melaksanakan keputusan Mahkamah Agung tentang judicial review¹⁸.

Selain soal teknis prosedural yang seperti itu masih ada pertanyaan lain yang menyangkut subyek yang berhak melakukan penuntutan dalam proses pemeriksaan hak uji material. Menurut ketentuan yang tersirat di dalam pasal 26 hak uji material baru dapat dilakukan jika ada perkara dalam arti jika ada tuntutan terhadap suatu peraturan perundang-undangan di bawah UU. Persoalannya adalah siapakah yang berhak melakukan penuntutan itu. Karena yang dituntut adalah peraturan yang abstrak-umum (*regeling*) dan bukan keputusan yang konkret individual (*beschikking*) maka jika yang menuntut adalah orang perorangan atau badan hukum privat ada kemungkinan akan dianggap tidak dapat mewakili kepentingan publik yang terkena peraturan perundang-undangan yang digugat sehingga dapat ditolak sebelum pemeriksaan dilakukan. Dalam kasus permohonan Judicial Review atas Peraturan tentang SIUPP misalnya maka Surya Paloh dan Timnya dapat dipertanyakan legalitasnya untuk mewakili dunia pers di Indonesia; sebab secara teoretis boleh jadi ada institusi-institusi pers yang merasa tidak perlu menggugat bahkan mungkin mendukung peraturan tentang SIUPP tersebut. Jika hal yang demikian terjadi, (pertanyaannya

15. "Judicial Review Bukan Cari-cari Perkara", harian *Jawa Pos*, 9 Desember 1992, hal.1

16. "Kami Pegang Ucapan Ketua MA", harian *Jawa Pos*, 10 Desember 1992, hal.1

17. Wawancara, *loc.cit.*

18. *Ibid.*

adalah) apakah ukuran yang dapat dipakai untuk menentukan bahwa sekelompok orang atau satu badan hukum perdata, dapat dianggap mewakili publik? Sebenarnya menurut UU No. 5 Tahun 1986 (tentang Peradilan Tata Usaha Negara), orang perorangan atau badan hukum privat secara proporsional hanya dapat menggugat suatu keputusan Tata Usaha Negara yang konkret, individual, dan final; artinya tidak ada proporsionalitasnya untuk menggugat sebuah peraturan (*regeling*) yang sifatnya abstrak-umum sebab untuk menggugat peraturan yang umum tersebut memerlukan legalitas untuk bertindak atas nama masyarakat umum. Inilah persoalan lain dari ketentuan-ketentuan tentang judicial review yang secara khusus dilihat dari subjek hukumnya. Dalam pada itu jika dikatakan bahwa yang dapat melakukan gugatan itu adalah sebuah badan hukum publik, maka pertanyaannya adalah lembaga hukum publik yang mana. Jika badan hukum publik itu berasal dari lingkungan eksekutif, seperti kejaksaan, masalahnya akan sangat tidak proporsional karena hal itu akan berarti bahwa pemerintah menggugat peraturan yang dibuatnya sendiri. Tetapi jika badan hukum publik itu harus merupakan organ di luar eksekutif maka pertanyaannya adalah organ yang mana. Dengan demikian jika dilihat dari sudut penggugat sebagai subyek hukum maka ketentuan-ketentuan tentang judicial review yang ada sekarang ini mengandung kekacauan teoretis yang mendasar. Ketentuan-ketentuan yang ada sekarang belum memuat penegasan tentang subyek yang dapat melakukan pemahaman judicial review itu seperti lembaga hukum publik di luar eksekutif dan organisasi profesi yang dapat mewakili semua elemen dari subyek-subyek yang terkena peraturan yang akan dimintakan judicial review itu.

Dengan demikian dipandang dari sudut teknis judicial maupun dari sudut subyek yang berhak mengajukan gugatan ketentuan-ketentuan tentang hak uji material terhadap peraturan perundang-undangan di bawah UU itu tidak dapat dioperasionalkan di dalam praktek karena mengandung kekacauan-kekacauan teoretis. Karena kekacauan teoretis yang menimbulkan kontroversi itu pada tahun 1993 Mahkamah Agung mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) No.1 Tahun 1993. Di dalam PERMA tersebut dibuka jalan bahwa MA bisa melakukan judicial review baik karena ada permohonan maupun karena ada gugatan. Dengan permohonan berarti judicial review dapat langsung dimintalakukan ke Mahkamah Agung sedangkan dengan gugatan berarti ditempuh melalui perkara di Pengadilan Negeri untuk kemudian diperiksa dan diputus sampai pada tingkat kasasi. PERMA No. 1 Tahun 1993 secara sepintas menunjukkan adanya jalan bagi upaya operasionalisasi judicial review yang senantiasa terjebak

dalam vicious circle; tetapi kajian mendalam atau PERMA ini akan mengantarkan pada kesimpulan bahwa judicial review belum juga bisa dilaksanakan, sebab selain belum menghilangkan kekacauan teoretis yang telah ada justru PERMA ini menimbulkan masalah baru.

Masalah yang pertama dapat dilihat dari keluarnya PERMA ini ialah telah terjadinya judicial review secara riil oleh MA terhadap peraturan perundang-undangan tentang judicial review itu sendiri. Dengan memberi jalan bahwa judicial review dapat dilakukan atas dasar permohonan maka berarti PERMA tersebut telah mengubah prosedur (atau minimal pengertian) tentang kasasi yang telah baku di dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Paling tidak telah ditabrak oleh PERMA tersebut ketentuan TAP MPR No. III/MPR/1978, UU No. 14 Tahun 1970, dan UU No. 14 Tahun 1985. Arti istilah kasasi yang sudah baku memuat teknis prosedural yang dimuat di dalam peraturan perundang-undangan ternyata diubah (paling tidak untuk kasus ini) oleh MA dengan membuka PERMA yang memungkinkan judicial review tanpa kasasi seperti yang dimuat di dalam ketiga peraturan perundang-undangan tersebut. Pertanyaan bisa muncul : Bisakah dalam tata hukum kita MA itu menyimpangi secara sepihak isi sebuah Tap MPR atau UU ? Pertanyaan yang demikian wajar karena di dalam tata urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur di dalam Tap MPRS No. XX/MPRS/1966 posisi hierarkis produk MA dalam bentuk PERMA itu tidak tercantum secara eksplisit. Boleh jadi apa yang disebut PERMA hanya menempati derajat keenam (dalam kelompok Peraturan Pelaksanaan lainnya). Jika ini benar maka keberanian MA mengeluarkan PERMA No. 1 Tahun 1993 berarti keberanian melakukan pelanggaran atas prinsip dan konsekuensi penentuan tata urutan (hierarki) peraturan perundang-undangan yang dengan tegas melarang adanya peraturan yang lebih rendah memuat materi yang bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya. Yang diperlukan sebenarnya perombakan total dan komprehensif atas ketentuan-ketentuan mengenai judicial review dan bukan sekedar tindakan tambal sulam yang berimplikasi bagi terjadinya tabrakan dengan peraturan perundang-undangan yang lain.

Selain itu, jika misalnya, kita akan bersikap progresif membenarkan peran MA yang seperti itu maka PERMA No. 1 Tahun 1993 itu tidak dengan sendirinya dapat mengoperasionalkan judicial review. Mengapa ? PERMA tersebut masih membenarkan orang perorangan atau badan hukum privat mengajukan permohonan judicial review, padahal yang dimintakan judicial review itu adalah peraturan umum (yang mengikat publik) dan bukan hanya mengikat perorangan (privat). Jika

perorangan atau badan hukum privat diberi hak minta judicial review atas peraturan yang bersifat umum (bukan hanya mengikat dirinya sendiri) maka akibatnya bisa runyam. Disini akan selalu timbul pertanyaan tentang dari mana perseorangan atau badan hukum privat memperoleh legalitas untuk menuntut peraturan yang berlaku atas orang banyak. Bagaimana jika ada orang atau badan privat lain yang tidak setuju dengan permohonan judicial review itu? Siapa diantara keduanya yang dianggap berhak mewakili publik yang terkena peraturan itu? Disinilah kekacauan teoretis menjadi tampak jelas. Seharusnya hanya badan hukum publiklah yang dapat mewakili publik untuk minta judicial review. Dan yang terpenting dari semuanya itu diperlukan adanya perombakan total terhadap semua ketentuan mengenai judicial review yang berlaku sampai saat ini, termasuk PERMA No. 1 Tahun 1993 itu.

Oleh sebab itu, mengingat pentingnya hak uji material ini, hendaknya ketentuan tentang keharusan adanya gugatan lebih dulu dan keharusan pemeriksaan pada tingkat kasasi ditiadakan. Artinya prosedur yang meletakkan MA pada posisi pasif itu harus diganti dengan prosedur aktif dengan cara melakukan kontrol dan melakukan pengujian secara material dengan langsung, tanpa harus menunggu adanya gugatan lebih dulu. Penggantian prosedur ini memang menuntut penataan kembali organisasi Mahkamah Agung dan memperbarui beberapa peraturan perundang-undangan agar dapat mengkomodasi fungsi aktif yang diusulkan tersebut. Penataan organisasi dan perubahan suatu UU, dapat saja dilakukan jika memang diperlukan untuk mengefektifkan bekerjanya sebuah lembaga. Setiap UU yang sekedar bernilai "asesoris" atau tidak dapat dioperasionalkan memang seharusnya dicabut dan diganti dengan yang baru.

Kesimpulan-kesimpulan.

Dalam rangka pembangunan hukum yang berwatak responsif diperlukan peningkatan fungsi dan peran Mahkamah Agung dalam proses pembuatan dan pemberlakuan hukum, sebab strategi pembangunan hukum yang responsif senantiasa memberi peluang yang besar kepada lembaga yudikatif untuk turut menentukan corak dan berlakunya hukum.

Salah satu hal yang sangat strategis dalam rangka peningkatan fungsi dan peran Mahkamah Agung itu adalah pemberian hak secara proporsional kepada MA untuk melakukan uji materi (judicial review) terhadap peraturan perundang-undangan. Pemberian hak uji materi atau judicial review kepada MA ini sangat diperlukan untuk menjamin tertib tata hukum agar setiap produk peraturan perundang-undangan sesuai atau konsisten dengan peraturan lain yang menjadi dasarnya.

Meskipun di dalam UUD 1945 tidak ada perintah eksplisit tentang judicial review, tetapi UUD inipun tidak melarangnya sehingga pelembagaannya sangat diperlukan untuk kemanfaatan. Pentingnya pelembagaan judicial review ini semakin tampak berhubung adanya fakta bahwa hukum merupakan produk politik sehingga materinya lebih merupakan pencerminan visi dan kekuatan politik di belakangnya. Di dalam negara yang berlanggam otoritarian akan sangat mungkin produk hukum itu lahir untuk kepentingan pemegang kekuasaan politik dominan tanpa memperdulikan konsistensinya dengan peraturan-perundangan lain yang secara hierarkis lebih tinggi. Jadi lembaga judicial review diperlukan untuk meminimalisasikan pengaruh politik yang kurang fair terhadap produk hukum.

Kenyataannya di Indonesia sampai saat ini belum ada pembolehan dilakukannya judicial review terhadap UU, padahal itu sangat penting untuk menjemihkan hukum dari warna-warna kepentingan politik yang tidak fair. Yang ada di Indonesia pada saat ini adalah ketentuan-ketentuan judicial review yang diberikan kepada Mahkamah Agung khusus untuk peraturan perundang-undangan yang derajatnya di bawah UU yaitu ketentuan-ketentuan yang, antara lain dimuat di dalam UU No. 14 Tahun 1970, UU No. 14 Tahun 1985, dan Tap No. III/MPR.1978, dan terakhir PERMA No. 1 Tahun 1993. Tetapi ketentuan-ketentuan tentang judicial review terhadap peraturan perundang-undangan di bawah UU yang ada di dalam peraturan perundang-undangan tersebut tidak dapat dioperasionalisasikan karena mengandung kekacauan teoretis baik dalam hal prosedurnya maupun dalam hal subyek hukum penggugat (justisiabel)-nya. Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) No. 1 Tahun 1993 yang semula dikira merupakan terobosan yang memungkinkan dioperasionalisasinya judicial review itu ternyata tidak membawa perubahan yang dapat membawa keluar dari masalah vicious circle dan penentuan justisiabel. Artinya ketentuan-ketentuan yang ada tentang judicial review tetap tidak memberi jalan bagi operasionalisasi judicial review itu; bahkan disamping tidak mampu memberi jalan PERMA No. 1 Tahun 1993 telah menimbulkan masalah baru berkenaan dengan isinya yang secara riil telah mengubah (melakukan judicial review terhadap) peraturan perundang-undangan lain yang secara hierarkis lebih tinggi.

Oleh sebab itu yang sangat diperlukan sekarang ini adalah adanya perombakan total terhadap semua ketentuan tentang judicial review agar judicial review dapat betul-betul dilembagakan dalam rangka mengontrol tertib tata hukum di Indonesia. Perombakan total itu perlu memperhatikan, minimal, hal-hal berikut ini :

1. Adanya kemungkinan judicial review terhadap UU, bukan hanya terhadap peraturan perundang-undangan di bawah UU.
2. Jika keputusan politik hukumnya untuk tahap ini masih hanya akan memberlakukan judicial review secara terbatas yakni hanya untuk level Peraturan Pemerintah (PP) ke bawah maka hendaknya ditegaskan adanya badan hukum publik yang bisa mengajukan judicial review tanpa harus menunggu pengajuan dari pihak lain. Meskipun ini harus berarti penambahan beban atau pemecaran organisasi MA, tetapi itu lebih baik daripada ketentuan-ketentuan tentang judicial review itu hanya menjadi asesorial yang tidak operasional.

DAFTAR PUSTAKA

- Freidrick, C.J., Constitutional Government and Democracy, Ginn & Co., Boston, 1950.
- Harjito Notopuro, Ikhtisar Pola Pembinaan Hukum Nasional Menyongsong Pelita III, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1978.
- Himpunan Peraturan Perundang-undangan Republik Indonesia (menurut Sistem Engelbrecht), Ichhtisar Baru - Van Hoeve, Jakarta, 1989.
- Joeniarto, Sejarah Ketatanegaraan Republik Indonesia, Bumi Aksara, Jakarta, cet.iii, 1990.
- Kelsen, Hans, General Theory of Law and States, Russell & Russell, New York, 1973.
- Ketetapan MPR RI No. III/MPR/1978.
- Lev, Daniel S., Hukum dan Politik di Indonesia, LP3ES, Jakarta, 1990.
- M. Fajrul Falaakh, Dinamika Judicial Review di Indonesia, majalah Unisia, No. 28 Tahun 1995.
- Marrymann, John Henry, The Civil Law Tradition, Stanford University, California, 1969.
- Moh. Mahfud MD, Perkembangan Politik Hukum, Studi tentang Pengaruh Konfirmasi Politik terhadap Karakter Produk Hukum, disertasi doktor, UGM, Yogyakarta, 1993.
- , "Konfigurasi Politik dan Karakter Produk Hukum Otoriter dan Konservatif", dalam majalah Prisma, No. 7 / Juli/1995.
- , "Mengefektifkan Kontrol Hukum atas Kekuasaan", makalah untuk seminar Hukum dan Kekuasaan, 30 tahun Super Semar, Pusat Studi Hukum Fak. Hukum UII, 27 Maret 1996.
- Nonet, Philippe dan Philip Selznick, Law and Society in Transition : Toward Responsive Law, Harper and Row, New York, 1978.
- Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 1 Tahun 1993.
- Sri Soemantri M, Hak Menguji Material di Indonesia, Alumni, Bandung, 1986.
- Sudikno Mertokusumo, Bunga Rampai Ilmu Hukum, Liberty, Yogyakarta, 1984.
- , Mengenal Hukum, suatu Pengantar, Liberty, Yogyakarta, cet.1, 1986.
- Undang Undang Republik Indonesia No. 14 Tahun 1970.
- Undang Undang Republik Indonesia No. 14 Tahun 1985.