

## **EX ANTE REVIEW** dalam Mewujudkan Konstitusionalitas Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia

**Desy Wulandari**

Fakultas Hukum, Universitas Negeri Semarang

### **ABSTRAK**

*This study aimed to describe the constitutional test models in France and in Indonesia and the prospect of application of the ex ante review in realizing the constitutionality of laws and regulations in Indonesia. The method used by the author is using a normative juridical approach of comparative law. The results showed that the ratio of the most influential position is on the object and the subject of testers. Indonesia's Constitutional Court is subject testers incorporated as a judicial body with the test object in the form of legislation that has been passed and enacted. Whereas in France the Constitutional Council is the subject of testers incorporated as a quasi-judicial body with the test object in the form of draft legislation which has not been enacted. prospects for application of the ex ante review with a name elaborates the basic models of constitutional previews should be considered for implementation in Indonesia, with two alternatives, namely the preview is done by the Constitutional Court or preview conducted by the Legislative Board. This concept is done by a process when a bill has been discussed is obliged to do a preview for the legislation and are non obliged organic law for the non-organic statute law. but the weakness that really stands out is that there is an overlap principle of checks and balances adopted by Indonesia when it is done by the Constitutional Court, and if done by the Legislative Body the authority or the task is still within the scope of the legislature so that they made possible many there is a discrepancy between the bill with Tests of the 1945 Constitution of the draft legislation before it was passed and enacted, consideration of alternative solutions to minimize the unconstitutionality of a law that has been in effect. To accommodate it necessary to do some changes to the 1945 Constitution and the Act governing the MPR, DPR, DPD and DPRD*

### **RIWAYAT ARTIEL**

#### *Article History*

Diterima 27 Agustus 2018

Dipublikasi 08 Oktober 2018

### **KATA KUNCI**

#### *Keywords*

*ex ante review, constitutional review, statutory regulations*

## Pendahuluan

Indonesia sebagai negara hukum demokratis (*democratische rechtsstaat*) undang-undang dianggap sumber yang paling penting, karena undang-undang merupakan pengejawantahan dari aspirasi rakyat yang diformalkan, juga berdasarkan undang-undang pemerintah memperoleh wewenang utama (wewenang atributif) untuk melakukan perbuatan hukum (sesuai dengan asas *legaliteitsbeginsel* yang dikenal dalam hukum administrasi negara). Aspek konstitusionalitas pembentukan peraturan perundang-undangan salah satunya, harus berdasar pada sistem peraturan perundang-undangan atau hierarki peraturan perundang-undangan.<sup>1</sup> Namun kualitas peraturan perundang-undangan di Indonesia menjadi diragukan karena banyaknya undang-undang yang dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah konstitusi. Indonesia telah mengakomodir adanya pengujian konstitusional atau yang biasa disebut *constitutional review* maupun *judicial review* untuk menguji suatu undang-undang terhadap UUD NRI 1945 yang dilakukan di Mahkamah Konstitusi (MK). Namun kelemahannya, ketika kerugian mungkin telah terjadi akibat dilaksanakannya suatu undang-undang yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Berbeda dengan Indonesia, di Perancis mekanisme pengujian konstitusional dilakukan sebelum undang-undang yang bersangkutan resmi menjadi *legislative act* yang mengikat umum dan masih berbentuk rancangan undang-undang (*preventive constitutional review* atau *a priori constitutional review*). penulis tertarik untuk mengkaji lebih dalam mengenai model pengujian konstitusional di Perancis (*Constitutional Council*) dengan memperhatikan permasalahan kualitas dan substansi peraturan perundang-undangan di Indonesia.

Pada penelitian ini penulis menggunakan teori yaitu, *grand theory* terdiri atas sistem hukum dan negara hukum (ditulis pula negara hukum Indonesia dan Trias Politika), *middle theory* meliputi: perbandingan hukum, konstitusi dan konstitusionalisme, perundang-undangan (teori *Stufenbau* dari Hans Kelsen), *applied theory* meliputi teori pengujian undang-undang (*teoetsingrecht*) dan teori keadilan. *Ex Ante Review* merupakan menempatkan posisi pengujian undang-undang pada posisi sebelum disahkannya undang-undang. Pengujian yang dilakukan bersifat priori dan preventif sebelum rancangan undang-undang yang bersangkutan resmi menjadi undang-undang (*legislative act*) yang mengikat umum.

Bicara mengenai konstitusionalitas dalam hal ini dapat diukur dengan apa yang dikemukakan oleh William G. Andrews mengenai tiga konsensus yang menjamin prinsip dasar tegaknya konstitusionalisme pada zaman modern ialah: i) *the general goals of society or general acceptance of the same philosophy of government* (kesepakatan tentang tujuan atau cita-cita bersama), ii) *the basis of government* (kesepakatan tentang *the rule of law* sebagai landasan pemerintahan atau penyelenggaraan negara),

iii) *the form of institutions and procedures* (kesepakatan tentang bentuk institusi-institusi dan prosedur-prosedur ketatanegaraan.

Dalam teori ini menurut kelsen pembentukan peraturan perundang-undangan yang berjenjang atau membentuk paramida artinya peraturan yang

---

<sup>1</sup> I Dewa Gede Atmadja, dkk. *Teori Konstitusi dan Konsep Negara Hukum*, Setara Press: Malang, 2015, hlm. 176.

dibawah atau peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan di atasnya. Menurut kelsen *grund norm* atau norma dasar adalah konstitusi.<sup>2</sup> Pada konteks negara Indonesia *staatsfundamentalnorn* ditempati oleh Pancasila, dan UUD 1945 sebagai *staatsgrundgesetz*.

Menurut Gerhards van der Schyff, *judicial review* berkaitan dengan legalitas dan legitimasi norma.<sup>3</sup> Secara teoritis maupun dalam prakteknya dikenal adanya dua macam hak menguji, yaitu hak menguji formal dan hak menguji materiil. Hak menguji formal merupakan wewenang untuk menilai apakah proses terjadinya satu produk legislatif atau undang-undang sesuai atau tidak dengan cara atau prosedur yang telah ditetapkan.<sup>4</sup> Hak uji materiil adalah wewenang untuk menilai apakah produk legislatif dari segi substansinya bertentangan atau tidak dengan peraturan hukum yang lebih tinggi (*lex superior derogate lex inferiori*).

## Pembahasan

Sistem pengujian konstitusional yang dilaksanakan di Indonesia maupun di Perancis memiliki beberapa kekhasan masing-masing. Setelah mengetahui bagaimana pelaksanaan pengujian konstitusional yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi maupun pengujian konstitusional yang dilakukan oleh Dewan Konstitusi (*Counseil Constitutionnel*). Perbandingan model pengujian konstitusional di Indonesia dan di Perancis dapat dilihat sebagai berikut:

Tabel 1. Perbandingan pengujian konstitusional di Indonesia dan di Perancis

No.	Indikator	Indonesia	Perancis
1.	Dasar Hukum	Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945(UUD 1945) Pasal 24C ayat (1), Undang-Undang Nomor 8 tahun 2011 tentang Mahkamah Konstitusi Jo. Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dan Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK)No.06/PMK/2005 tentang Pedoman	<i>Constitution of 4 October 1958 (Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur/ la Constitution de la 5e Republique)</i> , yang mengatur tentang Dewan Konstitusi ( <i>Constitutional Council</i> ) terdapat dalam Title VII/BAB VII

<sup>2</sup> Jimly asshidiqie dan M. Ali Syafaat, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, hlm. 59.

<sup>3</sup> Gerhad van der Schyff, *Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of The United Kingdom, The Netherlands and South Africa*, London: Springer, 2010, p.135.

<sup>4</sup> Jazim Hamidi, dkk, *Teori Hukum Tata Negara: A Turning Point of the State*, Salemba Humanika: Jakarta, 2012, hlm. 148.

		Beracara Perkara Pengujian Undang- Undang	
2.	Lembaga yang melakukan pengujian	Mahkamah Konstitusi ( <i>Constitutional Court</i> )	Dewan Konstitusi ( <i>Counsel Constitutionnel</i> ) dalam sistem konstitusi Perancis, lembaga ini lebih bersifat kuasi- yudisial
3.	Kedudukan lembaga	Merupakan salah satu Lembaga Negara yang melakukan kekuasaan (fungsi) kehakiman/yudisial	Merupakan Lembaga politik yang menjalankan kekuasaan (fungsi) yudisial (diluar dari lembaga yudikatif).
4.	Objek pengujian ( <i>objectum litis</i> )	Undang-undang yang telah disahkan diundangkan ( <i>posteriori review/ ex parte review</i> )	Rancangan undang-undang yang telah diterima atau disetujui oleh parlemen namun belum diundangkan ( <i>beforetheir promulgation</i> ). Pengujian ini sering disebut <i>apriori abstract review/ ex ante review</i> . Selain itu Dewan Konstitusi juga melakukan pengujian terhadap peraturan tata tertib <i>National Assembly</i> dan <i>Senate</i>
5.	<i>Legal standing</i> yang dapat mengajukan permohonan pengujian	Perorangan warga Negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat, badan hukum publik atau privat, dan lembaga negara	Presiden Republik, Perdana Menteri atau salah satu Ketua dari dua kamar parlemen (Majelis Nasional / <i>National Assembly</i> dan Senat)
6.	Jangka waktu pelaksanaan pengujian konstitusional	Baik undang-undang Mahkamah Konstitusi maupun PMK (Peraturan Mahkamah Konstitusi) tidak mengatur secara jelas berapa lama proses uji materiil undang- undang hingga adanya putusan MK. Dapat diartikan bahwa jangka waktu penyelesaiannya non limitative (tidak terbatas)	Setelah permohonandijadikan Dewan Konstitusi harus dapat melahirkan putusan dalam jangka waktu 1 (satu) bulan, namun apabila atas permintaan pemerintah dengan alasan yang sangat mendesak, batas waktu dapat dipercepat menjadi 8 (delapan) hari.
7.	Prosedur Pengambilan putusan	Pengambilan putusan dilakukan dengan Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH). Putusan diambil secara musyawarah untuk mufakat,apabila tidak	Putusan diambil secara mufakat bulat dan tidak mengenal adanya <i>dissenting opinion</i> (karena tidak dibenarkan menurut undang-undang). Apabila hasil dari voting ialah seri,

		mencapai mufakat maka rapat ditunda sampai rapat permusyawaratan berikutnya. Akan tetapi apabila setelah diusahakan sungguh-sungguh namun tetap tidak menghasilkan kesepakatan bulat maka putusan diambil dari suara terbanyak ( <i>voting</i> )	maka suara presiden selanjutnya akan menentukan. Ketua / Presiden Dewan Konstitusi ditentukan memegang suara kunci yang menentukan apabila keputusan diambil melalui pemungutan suara dan berakhir dengan seri ( <i>the deciding vote in case of a tie</i> ).
8.	Sifat putusan	Final dan mengikat ( <i>final and binding</i> )	Final dan Mengikat, serta tidak ada upaya hukum lain untuk mengubahnya
9.	Implikasi Putusan	Tidak ada upaya hukum setelah putusan dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi Undang-undang yang dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi harus dilakukan perubahan atau dihapuskan Pasal yang bersangkutan dari undang-undang tersebut.	Rancangan undang-undang yang dinyatakan inkonstitusional oleh Dewan Konstitusi, tidak dapat diberlakukan maupun diimplementasikan. Putusan tersebut memiliki kekuatan hukum mengikat terhadap seluruh kewenangan administrative dan organ peradilan umum.

Perbandingan yang paling berpengaruh ialah terdapat pada kedudukan subjek penguji dan objek pengujian. Subjek penguji di Indonesia dipegang oleh Mahkamah Konstitusi yang berkedudukan sebagai salah satu lembaga kekuasaan kehakiman (lembaga yudisial) disamping Mahkamah Agung yang mana kedudukannya sama tinggi atau sederajat, dimaksudkan sebagai penjaga konstitusi (*the guardian of constitution*). Kedudukan yang demikian sebagai konsekuensi Indonesia menganut sistem *separation of powers* (pemisahan kekuasaan) setelah menggantikan sistem *division of power* (pembagian kekuasaan) yang telah mengakibatkan perubahan mendasar pada format kelembagaan negara pasca perubahan UUD 1945. Sedangkan objek pengujian berupa undang-undang yang telah disahkan dan diundangkan. Apabila seseorang yang mempunyai legal standing merasa dirugikan hak konstitusionalnya setelah berlakunya undang-undang, maka dapat mengajukan permohonan pengujian konstitusional di Mahkamah Konstitusi.

Wewenang Mahkamah Konstitusi sebagaimana dapat dilihat dalam Pasal 24C ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran

partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum serta wajib memberi putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.<sup>5</sup>

Proses pengajuan permohonan pengujian undang-undang telah diatur dalam Undang-Undang No.24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi dan Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) No. 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Perkara Pengujian Undang-Undang, meliputi:

1. pengajuan permohonan (identitas, posita dan petitum);
2. pemeriksaan kelengkapan permohonan;
3. pencatatan permohonan di BRPK;
4. pembentukan panel hakim, penjadwalan sidang;
5. sidang pemeriksaan pendahuluan;
6. sidang pemeriksaan pokok-pokok perkara dan bukti-bukti;
7. Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH), dan;
8. putusan.

Subjek pengujian konstitusional di Perancis dipegang oleh Dewan Konstitusi (*Conseil Constitutionnel*) yang berkedudukan sebagai lembaga kuasi-yudisial. *Conseil Constitutionnel* Perancis didirikan pada tahun 1958, yaitu setelah disahkannya Republik kelima Perancis Tahun 1958 (4 oktober 1958). John Bell mengemukakan juga bahwa ada dua alasan utama mengapa dibentuk Dewan Konstitusi bukan Mahkamah Konstitusi, yaitu:<sup>6</sup>

1. undang-undang merupakan cerminan kehendak umum (*volonte generale*) sehingga tidak mungkin diadakan pengujian konstitusionalitas atas undang-undang,
2. adanya prinsip pemisahan kekuasaan yang tidak memungkinkan lembaga peradilan menguji produk legislatif.

Mauro Cappelletti menyatakan bahwa:<sup>7</sup> “*The exercise of judicial review, however, I quite different from usual judication function of applying the law .... Therefore the task of fullfiling a constitution often demands a higher sense of discretion than the task of interpreting ordinary statutes.*” Ada tiga alasan utama mengapa Dewan Konstitusi tersebut lebih tepat disebut sebagai lembaga politis (kuasi yudisial), yaitu<sup>8</sup> (1) Pengaturan mengenai Dewan Konstitusi secara konstitusional berdasarkan Konstitusi Perancis diletakkan dalam bab tersendiri diluar bab yang mengatur tentang Kekuasaan Kehakiman, yaitu diletakkan ada Bab VII. Sedangkan perihal kekuasaan kehakiman diatur secara tersendiri dalam Bab VIII, (2) anggota Dewan Konstitusi bukanlah hakim dan tidak pula dipersyaratkan harus berpendidikan hukum.

---

<sup>5</sup> Pasal 24C UUD 1945

<sup>6</sup> John Bell, *French Constitutional Law*, Clarendon Press, Oxford-New York, 1992, hlm. 29.

<sup>7</sup> Mauro Cappelletti, *The Judicial Process Comparative Prespective*, Oxford, Clarencon Press, 1989, hlm.143-144.

<sup>8</sup> Arif ainul Yaqin, *pengujian konstitusional (constitutional review) di Perancis*, artikel hukum, dalam <http://equityjusticia.blogspot.co.id/2015/02/normal-o-false-false-in-x-none-x.html>. Diakses pada hari Kamis, tanggal 9 Februari 2017, pukul 11.54 WIB

Sebagaimana dapat dilihat dalam Konstitusi Perancis dan undang-undang yang mengatur tentang Dewan Konstitusi Perancis tidak ada satupun penyebutan yang menunjukkan bahwa anggota Dewan Konstitusi adalah hakim. Demikian juga untuk menjadi anggota Dewan Konstitusi, tidak dipersyaratkan keharusan berpendidikan hukum sebagaimana hal tersebut telah menjadi keharusan untuk seseorang dapat menjadi hakim di mana pun, dan (3) secara historis dibentuknya Dewan Konstitusi justru merupakan hasil kompromi antara dua arus pemikiran yang saling kontradiktif, prinsip supremasi parlemen sebagai cermin kedaulatan rakyat serta ketidakpercayaan (*untrust*) pada lembaga peradilan di satu sisi dengan kebutuhan akan penegakan hukum dasar yang tertuang dalam konstitusi dan prinsip *check and balances* terhadap parlemen yang sangat berkuasa di disisi yang lain. Oleh karena itu sejak awal pembentukannya, Dewan Konstitusi memang tidak dimaksudkan untuk menjadi lembaga peradilan atau kekuasaan kehakiman. Sedangkan objek pengujian berupa rancangan undang-undang.

Sistem pengujian konstitusionalitas di Perancis ini membedakan rancangan undang-undang yang diujikan, yaitu antara undang-undang yang bersifat organik (*organic law*) atau non organik (*non organic law*). Rancangan undang-undang organik merupakan suatu rancangan undang-undang yang dibentuk atas perintah atau amanat langsung dari konstitusi (sumber kewenangan pembentukannya berasal langsung dari konstitusi dan biasanya menyangkut hal-hal yang pokok atau mendasar). Sedangkan rancangan undang-undang biasa merupakan suatu rancangan undang-undang yang dibentuk tanpa adanya perintah langsung dari konstitusi (selain dari undang-undang organik).<sup>9</sup>

Dewan Konstitusi juga diberikan tanggung jawab untuk melakukan pemeriksaan dan verifikasi atas konstitusionalitas atau kesesuaian naskah-naskah hukum atau peraturan dibawah konstitusi, diantaranya ialah:<sup>10</sup>

1. undang-undang (*organic laws*), yang umumnya menyangkut legislasi, yang membentuk, memperbarui kedudukan, atau memfungsikan institusi atau badan-badan publik;
2. Peraturan Tata Tertib Majelis Nasional, Senat;
3. Perjanjian internasional (*international treaties*);
4. undang-undang biasa (*ordinary legislation*) yang bukan termasuk kategori undang-undang (*organic laws*).

Proses pengujian rancangan undang-undang terdiri atas tiga tahapan, yaitu pertama dalam ketentuan yang berlaku, setelah permohonan diregister kepada Dewan Konstitusi, proses formal diawali dengan penunjukkan presiden terhadap salah satu anggota untuk bertindak sebagai *rapporteur*. Seorang *rapporteur* juga memiliki tiga tanggung jawab utama, yaitu:

1. Mengumpulkan sejumlah data yang terkait dengan perkara tersebut dengan dibantu oleh sekretariat. data-data tersebut terdiri atas: *Travaux preparatoires*, yakni risalah persidangan komisi-komisi dalam parlemen, Tanggapan masyarakat atas

<sup>9</sup> Jimly Asshidiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm.136.

<sup>10</sup> Ibid.

rancangan undang-undang yang tengah dipersiapkan oleh parlemen, Surat permohonan yang diperoleh dari lembaga-lembaga negara dan melakukan komunikasi dengan para pihak terkait dengan masalah hukum yang dihadapi, Mengumpulkan aneka data relevan dan putusan dewan terdahulu, Mengumpulkan berbagai pandangan doktrinal, Laporan administratif apabila hal ini dipandang perlu,

2. Mempersiapkan draft putusan, Pada tahapan ini *rapporteur* biasanya dibantu oleh staf dan sekretaris Jenderal. ketika Dewan konstitusi mendengarkan kata Pemerintah yang diwakilkan oleh staff Sekretariat Jenderal pemerintah (dalam hal ini ialah parlemen), hasil dari pertemuan inilah yang kemudian direkam dan dipublikasikan. Sekretaris Jenderal memikul tugas untuk memastikan bahwa *rapporteur* benar-benar mengetahui pengaruh potensial hukum dan yurisprudensi yang diterapkan kepada perkara tersebut. Tugas seperti yang diemban oleh sekretaris jenderal dilakukan karena mayoritas anggota Dewan Konstitusi bukan terdiri atas ahli-ahli hukum.

3. Tugas ketiga ini adalah akan berlangsung dalam sidang pleno. Pada tahapan akhir ini, para anggota akan menyelenggarakan diskusi dan melakukan voting atas putusan. Secara prinsipal, sidang pleno yang dihadiri oleh tujuh anggota dianggap kuorum, kecuali karena keterbatasan waktu membuat penundaan bacaan putusan menjadi suatu hal yang tidak mungkin untuk dilakukan. Tahapan ini akan diawali dengan presentasi laporan dari *rapporteur*. Selanjutnya, anggota dewan secara intensif akan mendiskusikan laporan tersebut dan menentukan sikap terhadap kesimpulan dari laporan yang telah disampaikan. Bagi Perancis putusan diambil melalui mufakat bulat dan *dissenting opinion* tidak dibenarkan berdasarkan undang-undang. Jika hasil voting seri atau seimbang, maka suara Presiden selanjutnya akan menentukan. Setelah meletakkan hakikat konstitusional maka argumen-argumen yang terdapat dalam draft naskah putusan itu, pada tahap berikutnya akan diperdebatkan satu persatu (*point-by-point*).

Dalam praktek di Indonesia judicial review maupun constitutional review oleh lembaga yudisial ialah bertujuan untuk menilai sesuai atau tidaknya suatu peraturan perundang-undangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi secara hierarkis. Pengujian konstitusionalitas undang-undang ialah pengujian mengenai nilai konstitusionalitas undang-undang tersebut baik dari segi formil maupun materil (*formele of materielle toetsing*). Produk legislasi yang menjadi objek pengujian, secara garis besar dikarenakan:

1. Substansi, sangat rentan terjadinya penyelundupan norma yang inkonstitusional.
2. Proses, pembuatan rancangan undang-undang yang tidak terbuka dan tidak menyerap aspirasi masyarakat, akan sulit untuk mencapai suatu ketepatan (*enforceability*), keseimbangan (*adequacy*), dan keterlaksanaan (*implementability*).

Sebagai contoh rancangan undang-undang Pemilihan Kepala Daerah (RUU Pilkada). RUU Pilkada yang telah dibahas oleh DPR ditolak oleh sebagian besar masyarakat karena elit politik DPR yang mau mengembalikan sistem pemilihan kepala daerah oleh rakyat menjadi pemilihan oleh DPRD. Secara konstitusional debat sentral terkait tidak setujunya RUU Pilkada ialah merujuk pada frasa “dipilih secara secara demokratis” dalam konstitusi. Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 menyatakan bahwa: Gubernur, Bupati dan Walikota sebagai kepala daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis. Frasa tersebutlah

yang menjadi perdebatan konstitusional tidaknya apabila sistem pemilihan kepada daerah dikembalikan pemilihannya oleh DPRD.

Namun pembentuk undang-undang telah mengkonkritkan menjadi dipilih secara langsung melalui Pasal 56 Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (sebelum diubah menjadi Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah), secara eksplisit telah ditegaskan bahwa kepala daerah dipilih secara demokratis berdasarkan asas langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil (luber jurdil). Walaupun seringkali dimaknai sebagai open legal policy dari pembentuk undang-undang, Presiden dan DPR tidak bisa semena-mena mengubah mekanisme pemilihan kepala daerah menjadi pemilihan dengan sistem perwakilan. Selain itu, pemilihan kepala daerah berkaitan dengan hubungan pusat dan daerah, dalam hal ini seharusnya DPD juga harus dilibatkan dalam pembahasan RUU Pilkada. Cacat formal tersebut semakin nyata melihat adanya putusan Mahkamah Konstitusi No. 92/PUU-XI/2012 yang menghendaki adanya pembahasan tripartid DPR-Presiden-DPD dalam setiap rancangan undang-undang yang terkait dengan Pasal 22D UUD 1945

Adanya kuantitas pengujian yang semakin meningkat, membuat masyarakat menjadi ragu akan kualitas peraturan perundang-undang/legislasi yang dibuat oleh parlemen. Sebagai bahan pertimbangan, penulis menyinggung terkait pengawasan peraturan daerah (*executive review*). Pengawasan terhadap produk hukum daerah menurut sifatnya ialah sebagai berikut:<sup>11</sup>

1. Pengawasan umum, merupakan pengawasan yang dilakukan pemerintah pusat terhadap keseluruhan pelaksanaan tugas dan wewenang yang telah diberikan oleh pemerintah pusat kepada daerah.
2. Pengawasan preventif, merupakan pengawasan yang berbentuk memberi pengesahan atau menolak pengesahan. Pengawasan preventif dilakukan sebelum keputusan (produk hukum) mulai berlaku.
3. Pengawasan represif, merupakan pengawasan yang dilakukan setelah produk hukum tersebut diberlakukan dan dapat dilakukan terhadap semua peraturan daerah dan/atau keputusan kepala daerah.

Dasar dalam melaksanakan pengawasan produk hukum daerah Kabupaten/Kota di Provinsi berdasarkan Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah. Pengawasan produk hukum daerah terdapat 3 (tiga) jenis yang meliputi: evaluasi, klarifikasi dan fasilitasi.

Evaluasi merupakan pengkajian dan penilaian terhadap rancangan peraturan daerah untuk mengetahui apakah sesuai atau bertentangan dengan kepentingan umum atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, dan peraturan perundang-undangan lainnya. Gubernur mempunyai kewenangan melakukan pengawasan terhadap produk hukum daerah. Pengawasan preventif dapat terlihat ketika suatu peraturan daerah kabupaten/kota telah disetujui oleh DPRD kabupaten/kota bersama kepala daerah tetapi belum ditetapkan dan diberlakukan atau masih dalam bentuk rancangan peraturan daerah kabupaten/kota.

---

<sup>11</sup> Irawan Soejito, *Membuat Undang-Undang*, (Liberty, Yogyakarta, 1988), hal. 123

Apabila telah mendapat persetujuan dari Gubernur melalui evaluasi dan ditetapkan oleh Bupati/Walikota maka suatu peraturan daerah kabupaten/kota tersebut mulai dilaksanakan dan berlaku. Mekanisme klarifikasi (pengawasan represif) dilaksanakan ketika peraturan daerah kabupaten/kota dan peraturan Bupati/Walikota sudah ditetapkan dan diundangkan. Mekanisme klarifikasi tersebut telah diatur dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 80 Tahun 2015 tentang Pembentukan Produk Hukum Daerah.

Hasil dari klarifikasi berupa pernyataan sesuai dengan kepentingan umum dan/atau peraturan yang lebih tinggi, atau bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Sekretaris Daerah Provinsi atas nama Gubernur menerbitkan surat kepada Bupati/Walikota yang berisi pernyataan telah sesuai atau berisi rekomendasi agar pemerintah daerah melakukan penyempurnaan Peraturan daerah dan/atau melakukan pencabutan Peraturan daerah.

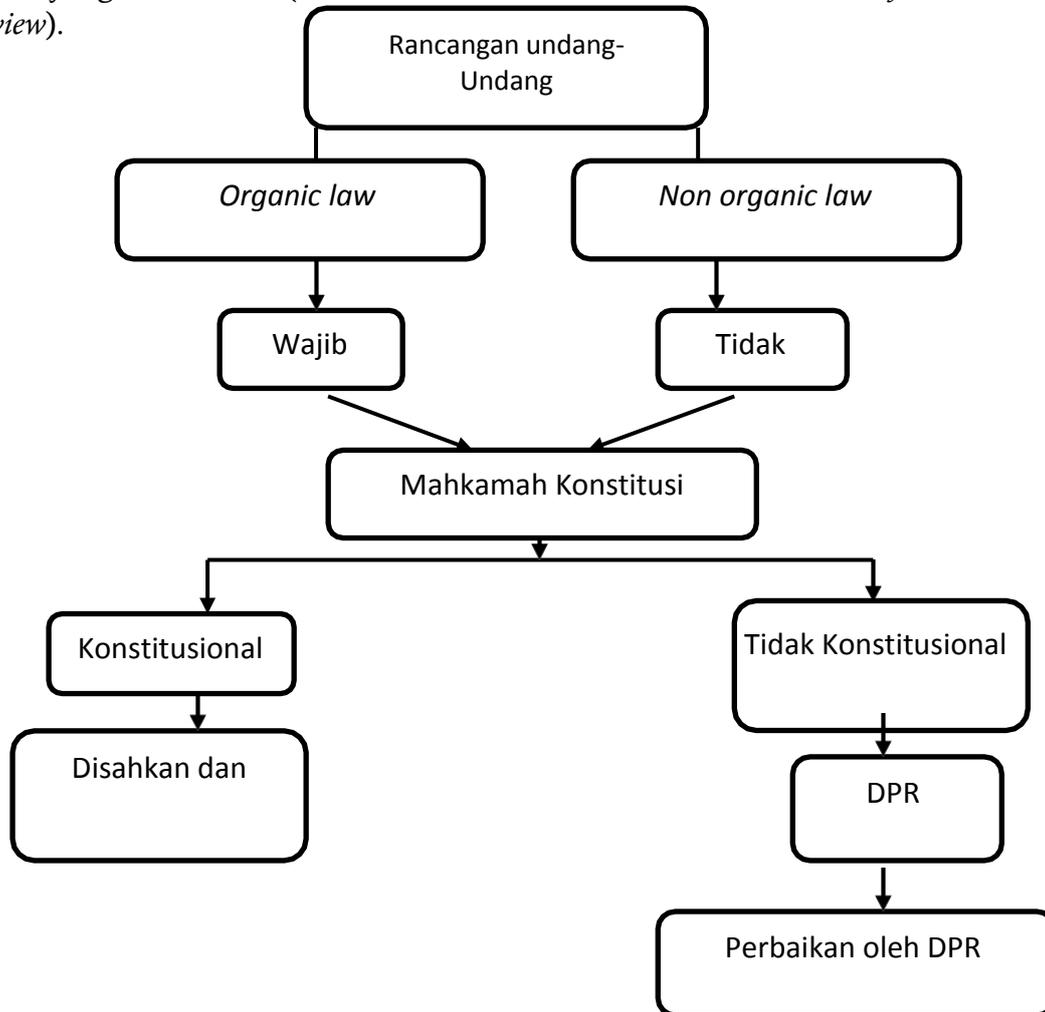
Tahap yang terakhir adalah fasilitasi. Tahap fasilitasi Pembentukan Produk Hukum Daerah merupakan tindakan pembinaan berupa pemberian pedoman dan petunjuk teknis, arahan, bimbingan teknis, supervisi, asistensi dan kerja sama serta monitoring dan evaluasi yang dilakukan oleh Menteri Dalam Negeri kepada provinsi serta Menteri Dalam Negeri dan/atau Gubernur kepada Kabupaten/Kota terhadap materi muatan rancangan produk hukum daerah berbentuk peraturan sebelum ditetapkan guna menghindari dilakukannya pembatalan.

Proses *executive review* diatas, menunjukkan bahwa peraturan daerah sebelum disahkan, diundangkan, dan diberlakukan (masih dalam bentuk rancangan peraturan daerah) harus dilakukan evaluasi terhadap rancangan peraturan daerah yang dilakukan oleh Gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat yang ada di daerah (untuk peraturan daerah Kabupaten/Kota). Hal ini dilakukan untuk mengantisipasi terhadap rancangan peraturan daerah sebelum ditetapkan dan diundangkan dalam lembaran daerah tidak bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

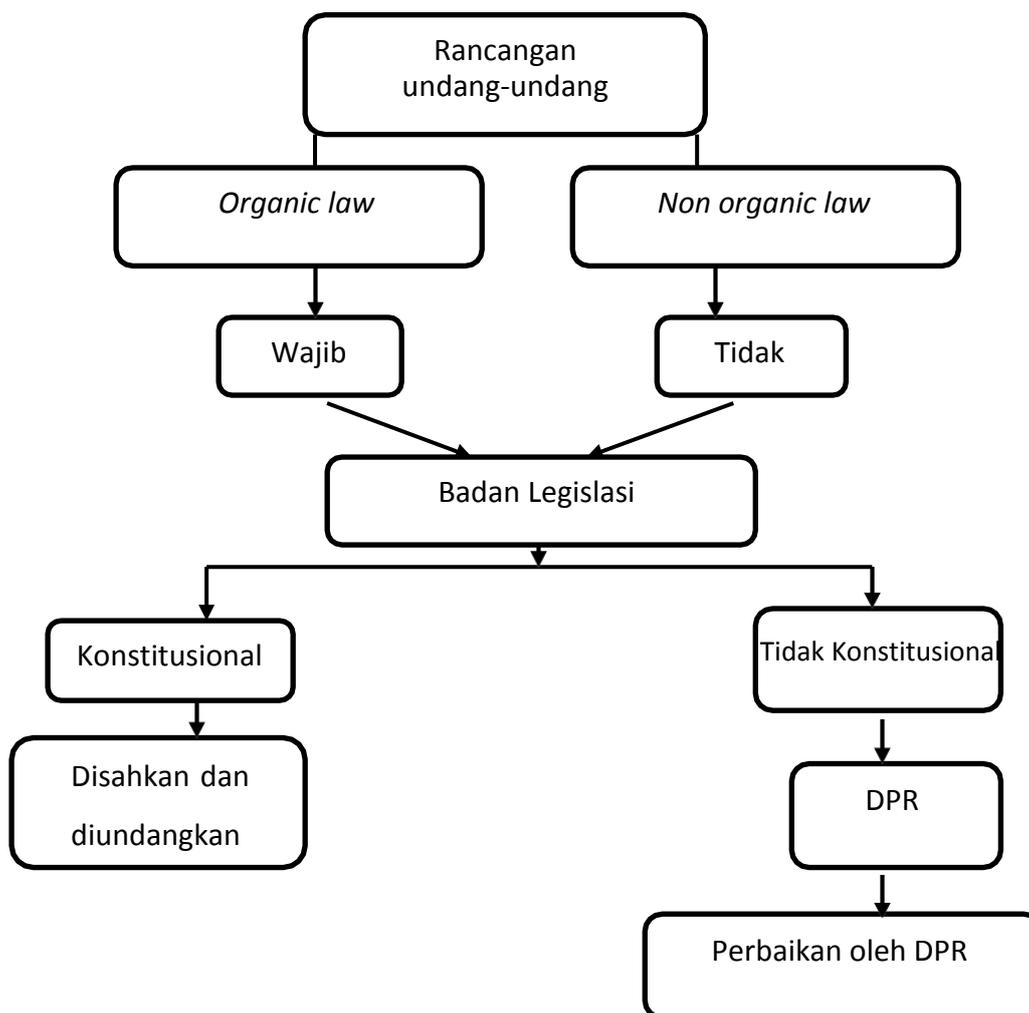
Proses ini memberikan pertimbangan bahwasannya undang-undang yang merupakan produk hukum dalam ruang lingkup nasional juga harus mendapat perhatian khusus dalam rangka menjaga kualitas peraturan perundang-undangan, tidak hanya pada taraf peraturan yang lebih rendah (dalam hal ini ialah peraturan daerah provinsi, kabupaten/kota) namun juga undang-undang sebagai wujud *volonte general* yang turut memperhatikan dan menjaga nilai-nilai konstitusional dalam perwujudannya. Oleh karena itu diperlukan solusi alternatif model pengujian konstitusional.

### Bagan 1. Model Alternatif Pertama

Model yang ditawarkan (*Ex Ante Review/Elaborates The Basic Model Of Constitutional Preview*).



Bagan 2. Model Alternatif Kedua



Proses pembentukan undang-undang di Indonesia terdiri dari lima tahap, yang diawali dengan tahap perencanaan atau yang biasa disebut dengan program legislasi nasional. Yang kemudian dilanjutkan dengan penyusunan, pembahasan materi oleh Presiden, DPR dan DPD (khusus topik-topik tertentu), pengesahan dan pengundangan. Penyusunan program legislasi nasional dapat dilakukan atas dasar kebutuhan hukum (*legal need*) dalam rangka penyelenggaraan kegiatan bernegara atau dasar perintah undang-undang dasar. Setelah tahapan yang ketiga yaitu pembahasan dan telah selesai melakukan pembahasan pada undang-undang, masyarakat yang merasa akan dirugikan hak konstitusionalnya ketika undang-undang tersebut diundangkan dan diberlakukan dapat mengajukan *ex ante review/elaborates the basic model of constitutional preview* ke Mahkamah Konstitusi. Namun dalam hal tersebut tidak semua undang-undang wajib dilakukan pengujian sebelum diundangkan, hanya undang-undang yang bersifat *organic law* yang harus dan wajib dilakukan pengujian. Untuk undang-undang yang bersifat non organik, ketentuannya ialah tidak harus diujikan terlebih dahulu, namun apabila masyarakat merasa dalam rancangan undang-undang non organik merugikan hak konstitusionalnya maka dapat mengujikan ke Mahkamah Konstitusi terlebih dahulu sebelum diundangkan maupun disahkan. Apabila putusannya ialah

undang-undang tersebut bersifat konstitusional maka undang-undang tersebut dapat disahkan dan diundangkan, namun apabila sebaliknya undang-undang tersebut dinyatakan tidak konstitusional maka dikembalikan pada DPR untuk diperbaiki.

Pada penawaran yang kedua subjek penguji ialah dari unsur legislatif yaitu badan legislasi. Badan legislatif sendiri merupakan alat kelengkapan DPR yang bersifat tetap, berdasarkan Undang-Undang No. 17 tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (MD3). Melihat tugas badan legislasi tersebut, diperlukan penguatan terhadap tugas dan kewenangan badan legislasi untuk memeriksa tiap peraturan perundang-undang dalam bentuk rancangan undang-undang dengan tolok ukur UUD 1945 terutama undang-undang yang didelegasikan langsung oleh UUD 1945. . Namun perbedaan yang ditawarkan pada alternatif kedua ini ialah pada subjek yang mengajukan pengujian, apabila *elaborates the basic model of constitutional preview* dilakukan oleh Badan Legislasi maka Badan Legislatilah yang melakukan *preview* terhadap materi rancangan undang-undang yang termasuk *organic law*, dan rancangan undang-undang yang bersifat non organik tidak harus untuk dilakukan *preview*. Walaupun tugas pemantauan dan peninjauan terhadap Undang-Undang merupakan tugas yang sangat berat dan juga besar, namun mengingat tugas utama dari Badan Legislasi adalah menyelesaikan target legislasi sebagai output dari DPR RI, kiranya tugas baru tersebut dapat dilaksanakan dengan melakukan pembagian tugas bersama dengan Pemerintah.

Keuntungan penerapan model *ex ante review* dengan konsep *elaborates the basic model of constitutional review* di Indonesia: (1) dengan mekanisme preventif, *ex ante review* akan mengakomodir produk hukum berupa undang-undang yang melindungi hak-hak konstitusional, (2) meminimalisir terjadinya penyimpangan nilai-nilai maupun hak-hak konstitusional yang telah diatur dalam Undang-Undang Dasar 1945, (3) apabila terdapat perselisihan tentang apakah suatu undang-undang bertentangan atau tidak yang pada umumnya bukan persoalan yuridis namun persoalan politis, dengan konsep ini secara tidak langsung akan tercipta norma-norma hukum yang jauh dari kepentingan-kepentingan sepihak, (4) Mencegah pembaharuan hukum yang sia-sia sehingga aturan hukum yang diciptakan atau dibentuk dapat bertahan lama dan bersifat futuristik, (5) Kekuasaan dalam membentuk undang-undang dan pengundangannya tidak terganggu oleh pengaduan di Mahkamah Konstitusi, karena rancangan undang-undang tersebut telah diujikan sebelumnya di Mahkamah Konstitusi, dan (6) Dapat memperkuat legislasi yang baru dibentuk apabila yang melakukan *preview* ialah badan legislasi.

Kerugian atau kelemahan penerapan *ex ante review* di Indonesia ialah: (1) Ketidakjelasan prinsip *check and balance*, karena konsep trias politika yaitu lembaga yudikatif (kekuasaan kehakiman) yang dalam hal ini dipegang oleh Mahkamah Konstitusi berbeda kewenangannya dengan lembaga legislatif sebagai pembentuk undang-undang (legislator) sehingga rentan menimbulkan keterlibatan (ikut campur) antara wewenang Mahkamah Konstitusi nantinya yang menangani pengujian rancangan undang-undang dengan wewenang legislatif sebagai lembaga pembentuk undang-undang, (2) Mahkamah Konstitusi seakan turut serta menjalankan kewenangan legislasi dalam hal pembentukan undang-undang. Hal ini beda halnya apabila *preview* dilakukan oleh Badan Legislasi yang masih merupakan kewenangan untuk terlibat dalam proses sebelum undang-undang tersebut disahkan maupun diundangkan. Namun terdapat kelemahan yaitu yang melakukan *preview* merupakan salah satu dari lembaga legislatif (badan legislasi) sehingga besar kemungkinan rancangan undang-undang yang dibentuk walaupun telah dilakukan *preview*, tidak dilakukan pengujian terhadap materi rancangan undang-undang dengan tolok ukur UUD 1945, (3) Apabila rancangan undang-undang yang telah diujikan di Mahkamah Konstitusi, dikemudian hari setelah menjadi undang-undang (yang sudah disahkan dan diundangkan) diajukan kembali oleh masyarakat dengan alasan dilanggarnya hak konstitusional maka akan mengakibatkan pemborosan pengujian di Mahkamah Konstitusi dan meragukan Mahkamah Konstitusi sebagai *the last interpreter of constitution or the guardian of the constitution*.

## Penutup

Perbandingan yang paling berpengaruh ialah terdapat pada kedudukan subjek penguji dan objek pengujian. Subjek penguji di Indonesia dipegang oleh Mahkamah Konstitusi yang berkedudukan sebagai salah satu lembaga kekuasaan kehakiman (lembaga yudisial), sedangkan objek pengujian berupa undang-undang yang telah disahkan dan diundangkan. Subjek penguji di Perancis dipegang oleh Dewan Konstitusi (*Conseil Constitutionnel*) yang berkedudukan sebagai lembaga kuasi-yudisial, sedangkan objek pengujian berupa rancangan undang-undang. Objek pengujian diantara kedua negara, yaitu Indonesia dan Perancis menjadi tolok ukur penting dalam mengukur prospek penerapan *ex ante review* di Indonesia. Prospek penerapan *Ex Ante Review* dalam mewujudkan konstitusionalitas Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia ialah perlu dipertimbangkan untuk solusi kedepannya. Penerapan model *ex ante review* dengan nama *elaborates the basic model of constitutional preview* dengan proses sebagai berikut setelah pembahasan rancangan undang-undang oleh Presiden dan DPR (sebelum pengesahan dan pengundangan), masyarakat yang merasa ketika undang-undang tersebut diundangkan dan diberlakukan dapat mengajukan pengujian ke Mahkamah Konstitusi. Namun dalam hal tersebut tidak semua undang-undang wajib dilakukan pengujian sebelum diundangkan, hanya undang-undang yang bersifat *organic law* yang harus dan wajib dilakukan pengujian. Sedangkan untuk undang-undang yang bersifat *non organic law* pengujiannya bersifat tidak wajib. Namun apabila masyarakat merasa dalam rancangan undang-undang non organik merugikan hak konstitusionalnya maka dapat mengajukan ke Mahkamah Konstitusi terlebih dahulu sebelum diundangkan

maupun disahkan. Apabila putusannya ialah undang-undang tersebut bersifat konstitusional maka undang-undang tersebut dapat disahkan dan diundangkan, namun apabila sebaliknya undang-undang tersebut dinyatakan tidak konstitusional maka dikembalikan pada DPR untuk diperbaiki. Tujuan utama adanya model *ex ante review* ini ialah untuk menciptakan iklim proses legislasi yang konstitusional sesuai dengan nilai-nilai dalam Undang-Undang Dasar 1945, sehingga masyarakat akan merasa aman dengan hak-hak konstitusional yang juga dijamin dalam pembentukan undang-undang. Apabila dalam perjalanan atau jangka waktu setelah undang-undang disahkan dan diundangkan ternyata terdapat masyarakat yang merasa hak konstitusionalnya dilanggar didalam undang-undang tersebut, maka dapat diajukan pengujian undang-undang tersebut ke Mahkamah Konstitusi. Penerapan konsep ini melihat juga pada perluasan ukuran kerugian konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi yaitu dengan memperluas kemungkinan kerugian konstitusional, bukan hanya pada kerugian yang aktual tetapi juga kerugian bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi. Apabila melihat parameter kerugian yang ditentukan oleh Mahkamah Konstitusi tersebut mengisyaratkan bahwa kerugian yang dialami belum terjadi atau baru akan terjadi (masih bersifat abstrak dan prediksi). Pada penawaran yang kedua subjek penguji ialah dari unsur legislatif yaitu badan legislasi. apabila *elaborates the basic model of constitutional preview* dilakukan oleh Badan Legislasi maka Badan Legislatilah yang melakukan *preview* terhadap materi rancangan undang-undang yang termasuk *organic law*, dan rancangan undang-undang yang bersifat non organik tidak harus untuk dilakukan *preview*.

## Referensi

- Atmadja I Dewa Gede dkk. 2015. *Teori Konstitusi dan Konsep Negara Hukum*. Malang: Setara Press.
- Asshidiqie, Jimly. 2010. *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Bell, John, *French Constitutional Law*, Clarendon Press, Oxford-New York, 1992.
- Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- Gerhad van der Schyff, *Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of The United Kingdom, The Netherlands and South Africa*, (London: Springer, 2010), p.135.
- Hamidi, Jazim dkk, 2012. *Teori Hukum Tata Negara: A Turning Point of the State*. Jakarta: Salemba Humanika.
- Soejito, Irawan. 1988. *Membuat Undang-Undang*. Yogyakarta: Liberty.
- Syafaat, M. Ali dan Jimly Asshidiqie, 2006. *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945
- Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

Undang-Undang No. 8 tahun 2011 tentang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia *Jo.* Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Yaqin, Arif ainul, *pengujian konstitusional (constitutional review) di Perancis*, artikel hukum, dalam <http://equityjusticia.blogspot.co.id/2015/02/normal-o-false-false-in-x-none-x.html>. Diakses pada hari Kamis, tanggal 9 Februari 2017, pukul 11.54 WIB