

# KONSTITUSI DAN PEMBATASAN KEKUASAAN NEGARA

Oleh

Maruarar Siahaan.

## Pendahuluan

Saat ini di dunia, semua organisasi baik social maupun organisasi politik terutama Negara, dibentuk dengan satu landasan yang merupakan consensus diantara pendirinya, yang secara umum dinamakan konstitusi. Organisasi social maupun politik mengenal anggaran dasar. Demikian juga organisasi bisnis, mengenal pula anggaran dasar. Dalam ketentuan anggaran dasar, ditentukan apa yang menjadi tujuan dibentuknya organisasi, serta siapa yang menjalankan roda organisasi untuk mencapai tujuan, serta organ-organ apa yang diperlukan untuk itu. Semua ini ditetapkan dalam anggaran dasar tersebut, dengan membentuk organ-organ atau lembaga yang dibutuhkan seraya member kekuasaan atau mandate pada organ tersebut, serta bagaimana hubungan organ tersebut satu sama lain. Tentu merupakan hal yang penting juga diatur adalah hubungan organisasi dengan badan-badan kelengkkannya dengan anggota, yang menyangkut hak-hak dan kewajiban yang tegas didalamnya. Konstitusi negarapun pada dasarnya memuat ketentuan yang demikian.

Setiap organisasi memerlukan konstitusinya masing-masing, untuk mengatur hubungan diantara organ-organnya, dan hak serta kewajiban orang yang menjalankan organisasi serta hubungan organisasi dengan anggota. Organisasi-organisasi politik, kemasyarakatan, organisasi internasional ataupun keperdataan, dibentuk dengan satu anggaran dasar atau dokumen dasar, yang dapat disebut sebagai konstitusinya.

## Pengertian Konstitusi.

Konstitusi ini dapat dirumuskan sebagai dokumen yang memuat ketentuan-ketentuan tentang bekerjanya satu organisasi. Negara umumnya selalu di dasarkan pada satu konstitusi atau Undang-Undang Dasar, meski beberapa Negara seperti Inggeris, Israel dan New Zealand(?) secara formal dan tertulis tidak memilikinya. Meskipun demikian kita dapat merujuk kepada Inggeris yang memiliki tradisi konstitusi yang kuat meskipun tidak memiliki secara khusus dan tertulis konstitusi tersebut, yang melihat konstitusi tersebut sebagai : "*satu bentuk aturan, adat istiadat, kebiasaan-kebiasaan yang menentukan susunan dan kekuasaan organ-organ Negara, dan mengatur hubungan satu sama lain dan organ Negara dengan warganegara.*"<sup>1</sup>

Dalam sejarah klasik, dikenal beberapa perkataan yang merujuk kepada pemahaman kita tentang konstitusi sekarang, yaitu *politea* dari bahasa Yunani kuno dan *constitution* dalam bahasa Latin, yang terkait dengan perkataan *jus*. *Politea* merupakan yang tertua.<sup>2</sup> Orang Yunani memandang ada pengertian analogis antara organisasi Negara dengan susunan organism manusia secara individual. Mereka mengira bahwa hubungan antara dua elemen yaitu tubuh dan pikiran mempunyai kesamaan dengan dua unsure Negara yaitu yang memerintah dan yang diperintah. Bahasa Yunani kuno tidak menggunakan istilah yang mencerminkan pengertian *jus* atau *constitution* dalam tradisi Romawi. *Constitutio*, dalam bentuk *Latin* tersebut mula-mula digunakan sebagai istilah teknis untuk merujuk pada tindakan legislative dari Kaisar. Dalam gereja istilah tersebut juga digunakan untuk menunjuk kepada

---

<sup>1</sup> Philips Hood and Jackson, sebagaimana dikutip Jimly Asshidiqie, op.cit hal 115.

<sup>2</sup> Charles Howard McIlwain, sebagaimana dikutip Jimly Asshidiqie, op.cit hal 89.

peraturan gereja. Dalam sejarah dari hukum kanonik tersebutlah kemudian yang menjadi sumber awal kata *constitution*. Tapi kosa kata konstitusi seperti yang digunakan sekarang, lebih melihat secara etimologis pada kosa kata Perancis *constituer*, yang artinya membentuk, yaitu membentuk Negara. Karenanya secara teoritis dianggap bahwa konstitusi lebih dahulu ada dari Negara, meskipun dalam kenyataan tidak selalu demikian.

Aristoteles sudah melakukan pembedaan antara pengertian *politea* dan *nomoi* dimana *politea* mengandung kekuasaan yang lebih tinggi karena memiliki kekuasaan membentuk dan karenanya disejajarkan dengan pengertian konstitusi sedang *nomoi* sejajar dengan pengertian undang-undang biasa sekarang ini, karena dia merupakan materi yang harus dibentuk. Di Inggris, penggunaan kata *constitution* mengandung pengertian peraturan yang masih digunakan dalam pengertian gerejani, yang dalam perkembangan kemudian Magna Charta disebut merupakan *constitution* yang membebaskan. Para pemikir Yunani, belum memisahkan sama sekali antara konsep Negara (*state*) dan masyarakat (*society*), dan antara *civil* dan *social*. Hukum menjadi salah satu aspek dalam pembicaraan tentang Negara (*polity*), dan sama sekali belum membayangkan hukum sebagai satu pengertian yang berada diluar Negara (*polity*), atau sesuatu yang terpisah dari Negara, di mana Negara harus tunduk pada peraturan yang dibentuknya sendiri.

### **Perubahan dari Cicero.**

Cicero memperkenalkan pengertian Negara sebagai suatu ikatan hukum (*a bond of law*), di mana hukum dilihat sebagai bukan hanya sebagai elemen Negara, melainkan juga mendahului Negara, bahkan Negara oleh Cicero dianggap sebagai ciptaan hukum. Hukum itu telah ada jauh sebelum Negara ada. Pandangan Cicero ini, oleh seorang sarjana dipandang sebagai awal tumbuhnya teori politik modern tentang Negara dan hukum. Cicero menguraikan bahwa kehendak yang memerintah sesungguhnya adalah hukum, dan perintah kaisar dalam bentuk yang tepat adalah *lex*, satu konstitusi kekaisaran. *Lex* menjadi kata kunci yang lebih dipandang lebih luas dari *leges*, yang mempunyai arti yang lebih sempit. *Lex* yang merupakan konsep yang lebih luas tersebut dipahami sebagai konstitusi saat ini, yang merupakan hukum yang diperintahkan rakyat. Sejak saat itulah konstitusi dipahami berada di luar dan di atas Negara, terhadap mana Negara sendiri harus tunduk.

## **2. Pengertian Konstitusi.**

Konstitusi dalam pembicaraan kita tentu saja terbatas pada konstitusi Negara, yang merupakan kesatuan politik dari penduduk. Konstitusi dapat dipandang memuat sebagai segala ketentuan dan aturan tentang ketatanegaraan (Undang-Undang Dasar dan lain-lainnya). Dalam arti demikian dikatakan bahwa konstitusi merupakan satu sistem norma yang tertutup (*a closed system of norms*), yang merujuk pada **kondisi menyeluruh pada kesatuan dan tertib politik** (*complete condition of political unity and order*). Definisi teksbook biasanya mengartikan konstitusi sebagai norma fundamental atau hukum dasar.<sup>33</sup> Namun memandang konstitusi hanya sebatas aturan hukum yang memuat ketentuan tentang organisasi dan kekuasaan Negara, secara empiris dan historis tidak benar. Pada dasarnya pembentukan konstitusi melalui proses kesepakatan (*consensus*) yang tidak mudah.

---

<sup>33</sup> Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Translated and edited by Jeffrey Seitzer, Duke University Press, Durham and London, 2008, h. 59.

Kesepakatan yang mengikat tersebut dibentuk melalui tukar menukar pendapat yang memperhitungkan seluruh kepentingan yang terlibat yang dapat tertampung sebagai dasar dan tujuan yang hendak dituju. Oleh karena kesepakatan menjadi dasar dan hasilnya mengikat semua pihak, sering juga dikatakan bahwa konstitusi tersebut merupakan satu kontrak, yang mengikat semua pihak.

Menjawab pertanyaan tentang apa yang harus dimuat oleh sebuah konstitusi, K.C. Wheare menyatakan bahwa sebuah konstitusi, pertama-tama merupakan dokumen hukum dan dimaksudkan untuk menyatakan hukum yang paling tinggi (*supreme*). Konstitusi harus membatasi diri hanya menyatakan aturan hukum, dan bukan pendapat, aspirasi, petunjuk dan kebijakan. Sebaliknya konstitusi modern memuat deklarasi hak-hak warga atau tujuan-tujuan politik atau tujuan pemerintah, yang tidak direduksi menjadi aturan-aturan hukum.<sup>4</sup>

Keberadaan sebuah konstitusi secara luas dilihat sebagai sebuah syarat yang perlu bagi demokrasi dan *rule of law*. Negara-negara yang bergerak dari kolonialisme menjadi merdeka atau dari negara dengan pemerintahan absolut menjadi pemerintahan demokrasi, selalu disertai dengan satu upacara peresmian sebuah konstitusi tertulis secara formal. Konstitusi karenanya merupakan pernyataan dasar dari sekelompok penduduk bersama-sama sebagai warga dari satu bangsa tertentu dan dipandang sebagai aturan dasar tentang norma dan nilai yang dimiliki bersama serta mereka setuju mengikatkan diri.<sup>5</sup> Undang-Undang Dasar merupakan konstitusi sebagai satu naskah yang tertulis. Karena sifatnya yang tertulis, maka peran hukum yang tidak tertulis menjadi sangat penting dalam memberi makna dan arti terhadap teks tertentu dalam UUD tersebut yang kemungkinan membutuhkan pemahaman karena perjalanan waktu yang panjang saat UUD tersebut dirumuskan dan dituliskan dengan konteks saat norma dalam UUD tersebut diterapkan dalam kasus-kasus yang dihadapi. Penafsiran dengan bantuan nilai, prinsip dan pandangan hidup yang ada dalam dasar Negara sebagai *staatsfundamentalnorm* akan memungkinkan UUD tertulis demikian mampu beradaptasi dengan perubahan zaman yang terjadi dalam kehidupan masyarakat yang kadang-kadang amat radikal.

Sifatnya konstitusi yang bukan hanya menjadi dokumen juridis, terlihat karena dia juga memuat cita-cita, tujuan dan pernyataan lahirnya satu bangsa dan Negara, dengan pemikiran atau landasan filosofis, yang menjadi dasar pikiran dibentuknya Negara yang disepakati tersebut tampak dengan jelas dalam UUD 1945. UUD 1945 yang terdiri dari Pembukaan, Batang Tubuh dan di masa lalu terdapat satu Penjelasan, memuat bukan hanya norma-norma yang menjadi landasan pembentukan norma dibawahnya sebagai satu dokumen juridis, tetapi juga memuat landasan kebijakan dibidang ekonomi, social dan politik sebagai satu cita-cita dan arah perjuangan kedepan yang membentuk satu tertib konstitusi. Kesemuanya itu dirangkum pula dalam satu sistem nilai yang tergambar pada dasar Negara yang membentuk *rechtsidee*, dengan mana ukuran semua kebijakan yang diambil tidak saja dinilai dari segi keadilan, tetapi juga dari segi kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, KeTuhanan Yang Maha Esa, Persatuan Indonesia, Kerakyatan, sebagaimana termuat dalam Pancasila. Pembukaan yang meletakkan tujuan bernegara dan dasar Negara, sesungguhnya membentuk satu sistem nilai dasar, yang harus tergambar dalam seluruh kebijakan yang dijabarkan, perilaku dan tindakan penyelenggara Negara. Dengan perkataan lain, konstitusi juga membentuk moralitas konstitusi dalam penyelenggaraan kekuasaan Negara yang membentuk nurani bangsa.

---

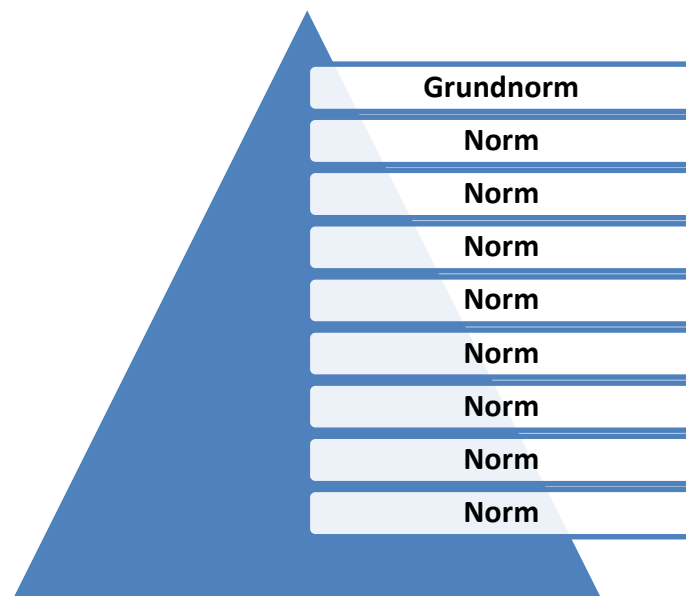
<sup>4</sup> *Ibid.*, hal. 33-34.

<sup>5</sup> Barry M. Hager, *The Rule of Law, A Lexicon for Policy Makers*, The Mansfield Center for Pacific Affair, 2000, hal. 19.

Perubahan Kedua UUD 1945, yang mengadopsi hak-hak asasi manusia menjadi bagian dari konstitusi membawa pula konsekwensi yang sangat luas dilihat dari keluasan dan kedalaman ukuran-ukuran yang mengikat dalam tindakan dan kebijakan Negara. Dalam UUD 1945 termuat komitmen Negara bukan hanya untuk menghormati dan melindungi (*to respect and to protect*) hak asasi tersebut melainkan terutama juga untuk mewujudkan (*to fulfill*)<sup>6</sup>. Hak asasi manusia yang menjadi muatan bab XA, sesungguhnya merupakan upaya untuk meletakkan harkat dan martabat manusia Indonesia sebagai nilai dasar tertinggi tujuan terbentuknya Negara Indonesia, sehingga kita dapat menyatakan bahwa dia menjadi landasan tertib konstitusi itu sendiri. Oleh karenanya, dilihat dari tujuan Negara itu sendiri, menghormati dan menjunjung tinggi harkat martabat manusia Indonesia menjadi ukuran utama keberhasilan atau kegagalan satu Negara dalam menjalankan tugas dan fungsinya.

Dengan ukuran yang luas dan mendalam demikian secara sederhana kita mengatakan bahwa segala sesuatu berupa tindakan dan/atau kebijakan dari individu dan penguasa yang tidak berdasarkan atau menyimpang dari konstitusi, disebut tidak konstitusional. Dengan kata lain dapat disebut bahwa konstitusi dibentuk bukan hanya untuk membentuk satu sistem pemerintahan, tetapi juga berfungsi untuk mengarahkan, mengintegrasikan dan memberi legitimasi pada kebijakan dan tindakan Negara<sup>7</sup>, baik dari sisi teks konstitusi maupun dari sistem nilai yang diletakkan sebagai moralitas konstitusi.

#### Stufenbau Theorie (Kelsen)



<sup>6</sup> Pasal 28I ayat (4) UUD 1945.

<sup>7</sup> Donald P. Kommers, op.cit hal 39.

## Theorie Vom Stufenaufbau Der Rechtsordnung



## Tata Susunan Norma Hukum Indonesia



## KONSTITUSIONALISME.

Meskipun konstitusi memiliki hubungan yang melekat dengan gagasan konstitusionalisme, masih perlu dibedakan dengan pengertian konstitusionalisme, yaitu sebagai paham yang meletakkan pembatasan terhadap kekuasaan atau penyelenggara kekuasaan, yang dilakukan baik dengan pemisahan atau pembagian cabang-cabang kekuasaan maupun dengan pengakuan dan jaminan hak-hak rakyat melalui konstitusi.

Prinsip konstitusionalisme modern sesungguhnya menyangkut pengaturan dan pembatasan kekuasaan negara, sehingga dinamika kekuasaan dalam proses pemerintahan dapat dibatasi dan dikendalikan sebagaimana mestinya.<sup>8</sup> Peran negara yang menjadi besar dalam penyelenggaraan pemerintahan dan pengelolaan kehidupan masyarakat untuk mencapai tujuan bernegara sesuai dengan konsensus bersama, yang dirumuskan dalam konstitusi, menyebabkan perkembangan kekuasaan umum dalam kehidupan warganegara semakin besar dan menuntut juga pengaturan serta pembatasan terhadapnya. Walaupun Pemerintah diperlukan bagi kehidupan umat manusia, tetapi setiap pelaksanaan kekuasaan pemerintah harus tunduk pada pembatasan kekuasaan substantif penting dan kewajiban-kewajiban tertentu.

Terdapat beberapa hal yang tidak bisa dilakukan pemerintah, meskipun tindakan itu dilakukan sesuai dengan prosedur yang ditetapkan. Konstitusionalisme berkait erat dengan demokrasi yang menghormati persamaan martabat manusia dengan kebebasan dan hak-hak dasar yang dimiliki warga negara, yang telah menjadi nilai dasar setiap masyarakat yang adil.

Terkait dengan beberapa teori demokrasi, juga ada beberapa versi konstitusionalisme. Untuk tujuan ini, yang paling penting adalah *konstitusionalisme negatif* yang erat dengan konsep atau gagasan liberal klasik bahwa fungsi pemerintah terbatas hanya pada peran penjaga malam; di lain pihak ada *konstitusionalisme positif*, yang berpendapat bahwa dalam dunia modern yang saling berhubungan erat dan menghormati martabat manusia, timbul kewajiban pada Pemerintah untuk membantu warga negara mencapai kehidupan yang baik dan adil. Dengan demikian Pemerintah memiliki kewajiban positif untuk memajukan kesejahteraan warganya.<sup>9</sup> Ruang lingkup konstitusionalisme tersebut dalam literatur diuraikan sangat luas, namun pada hakekatnya meliputi unsur-unsur berikut ini :

1. Kekuasaan (politik) tunduk pada hukum.
2. Diakuinya jaminan dan perlindungan hak-hak asasi manusia.
3. Adanya peradilan yang bebas dan mandiri.
4. Pertanggungjawaban publik dari penyelenggara Negara (akuntabilitas publik) yang merupakan sendi utama kedaulatan rakyat.

Pengertian konstitusi sebagai kosa kata yang dikenal juga dalam bahasa Perancis *constituer*, yang artinya membentuk, sehingga kemudian konstitusi dipahami sebagai pembentukan satu Negara atau menyusun satu Negara.<sup>10</sup> Konstitusi itu mendahului pemerintahan, karena dibuat oleh rakyat untuk membentuk pemerintahan. Kurang lebih sama dengan yang disebut Cicero, Thomas Paine mengatakan

---

<sup>8</sup> Jimly Asshidiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi R.I., 2006, hal 23-24. Jimly mengutip Walton H. Hamilton yang menyebutkan bahwa "*Constitutionalism is the name given to the trust which men repose in the power of words engrossed on parchment to keep a government in order*".

<sup>9</sup> Walter F. Murphy, *Creating and Maintaining a Just Political Order*, The John Hopkins University Press, Baltimore 2007, hal 6-7.

<sup>10</sup> Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Tata Negara*, Dian Rakyat, Jakarta 1989, hal 10.

bahwa “A constitution is antecedent to a government and a government is only the creature of a constitution”.<sup>11</sup> Dalam kenyataan kita menemukan bahwa sesungguhnya UUD 1945 baru disahkan tanggal 18 Agustus 1945, dan Konstitusi Amerika di sahkan 11 tahun setelah kemerdekaannya. Namun dalam perdebatan tentang pembentukan konstitusi, ide-ide dan konsepsi yang sedang dirumuskan dioerasikan dalam membentuk Negara melalui proklamasi kemerdekaan.

Pengertian dan konsep konstitusi mencakup peraturan-peraturan tertulis, kebiasaan dan konvensi tata Negara yang menentukan susunan dan kedudukan organ-organ Negara, hubungan diantara satu organ dengan yang lain dan hubungan organ Negara dengan warganegara. Kekuasaan menjadi pusat pengaturan dan perhatian setiap konstitusi, yang harus dikenali sumber, tujuan dan penggunaannya, dalam rangka membatasi penggunaannya. Oleh karena itulah dikatakan bahwa **konstitusionalisme dikatakan sebagai satu system kelembagaan tentang pembatasan yang efektif dan teratur terhadap kekuasaan pemerintahan.**<sup>12</sup>

Konstitusi sebagai hukum dasar yang mengikat semua pihak, berlaku berdasarkan kedaulatan yang dianut, apakah kedaulatan Negara atau kedaulatan rakyat. Dalam hal dianut kedaulatan rakyat sebagaimana diatur dalam UUD 1945, maka sumber legitimasi UUD atau konstitusi adalah rakyat.<sup>13</sup> Dalam hal ini, maka yang menentukan bahwa satu konstitusi berlaku ditentukan oleh rakyat, baik secara langsung maupun tidak langsung melalui lembaga perwakilan. Konstitusi bukan merupakan peraturan legislative biasa, yang dibentuk badan legislative biasa melainkan ditetapkan oleh badan yang khusus dan lebih tinggi. Jika norma dalam konstitusi bertentangan dengan norma dalam undang-undang, ketentuan UUD yang berlaku dan undang-undang yang lebih rendah harus memberi jalan.<sup>14</sup> Dari pengertian itu dikembangkan hierarki perundang-undangan, dimana konstitusi merupakan hukum yang paling tinggi. Sesuai dengan prinsip hukum yang berlaku dan di terima secara universal, konstitusi sebagai hukum yang paling tinggi serta paling fundamental sifatnya karena menjadi sumber legitimasi atau landasan pembentukan peraturan perundang-undangan lain dibawahnya. Agar peraturan perundang-undangan yang berada dibawahnya dapat berlaku dan mengikat, peraturan perundang-undangan tersebut tidak boleh bertentangan dengan peraturan hukum yang lebih tinggi yaitu konstitusi.

### **Konstitusi Yang Tidak Tertulis.**

Konstitusi yang tidak tertulis dikatakan sebagai prinsip dasar dan nilai-nilai moral yang merupakan norma-norma yang tidak tertulis yang boleh dipandang abstrak tetapi merupakan hal yang ideal dalam kehidupan bernegara. Nilai-nilai tersebut menjadi pandangan hidup masyarakat tertentu dan sebagai sumber norma sebagai dasar berlakunya norma yang lebih kongkrit dan tertulis. Nilai dan pandangan hidup suatu bangsa ini oleh Hans Kelsen disebut *Grundnorm*, tetapi oleh mudridnya bernama Hans Nawiasky disebut sebagai *Staatsfundamentalnorm*.<sup>15</sup> Semua norma dalam konstitusi yang

---

<sup>11</sup> Thomas Paine, *Righst of Man in The Complete Works of Thomas Paine*, sebagaimana dikutip oleh Jimly Asshidiqie, op.cit hal 19.

<sup>12</sup> C.J. Friedrich, *Man and His Government*, sebagaimana dikutip Jimly Asshidiqie, op. cit hal 116.

<sup>13</sup> Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 : “Kedaulatan berada ditangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang Undang Dasar”.

<sup>14</sup> Alexander Hamilton, *The Federalist Paper*, Mentor Book 1961, hal...

<sup>15</sup> Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der Rechtslichen Grundbegriffe*, Verlagsanstalt Benziger & Co.A.G. Eintsiedel, Zurich, Koln, hal 33.

tertulis yang menjadi hukum dasar, harus dapat diuji – keabsahan, konsistensi atau kesesuaiannya - dengan norma dasar atau *Grundnorm* yang juga disebut sebagai *Ursprungnorm*.<sup>16</sup>

Bagi Indonesia, Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa dan falsafah dan Dasar Negara, merupakan nilai-nilai dan moralitas yang harus dipedomani dan menjiwai seluruh peraturan hukum dibawahnya. Sebagai Dasar Negara, Pancasila tidak dirumuskan dalam bentuk norma, akan tetapi sebagai prinsip yang masih harus digali dan dielaborasi dari nilai dan prinsip tersebut menjadi sesuatu yang kongkrit dan operasional kedalam norma yang tertulis dan mengikat. Dia menjadi *Grundnorm* atau *Staatsfundamentalnorm* yang memiliki fungsi kritik terhadap setiap peraturan hukum yang berlaku apakah sesuai atau bertentangan dengannya. Kalau bertentangan harus tidak boleh diperlakukan.

### **Undang-Undang Dasar sebagai Konstitusi Tertulis.**

Undang-Undang Dasar merupakan konstitusi sebagai satu naskah yang tertulis. Karena sifatnya yang tertulis, maka peran hukum yang tidak tertulis menjadi sangat penting dalam member makna dan arti terhadap teks tertentu dalam UUD tersebut yang kemungkinan membutuhkan pemahaman karena perjalanan waktu yang panjang saat UUD tersebut dirumuskan dan dituliskan dengan konteks saat norma dalam UUD tersebut diterapkan dalam kasus-kasus yang dihadapi. Penafsiran dengan bantuan nilai, prinsip dan pandangan hidup yang ada dalam dasar Negara sebagai *staatsfundamentalnorm* akan memungkinkan UUD tertulis demikian mampu beradaptasi dengan perubahan zaman yang terjadi dalam kehidupan masyarakat yang kadang-kadang amat radikal.

Indonesia pernah mengalami berlakunya Undang-Undang Dasar yang berbeda dalam kurun waktu sejak kemerdekaan tahun 1945 sampai saat ini, yang diselingi dengan dua Undang-Undang Dasar atau Konstitusi yang berlaku dalam kurun waktu yang tidak begitu lama tetapi dengan paham kenegaraan yang berbeda. Undang-undang Dasar 1945 sendiri dalam masa berlaku setelah **reformasi** tahun 1998, mengalami perubahan atau amandemen 4 kali (tahap) sejak tahun 1999 sampai dengan tahun 2002.

### **Undang-Undang Dasar yang pernah berlaku di Indonesia: Konstitusionalisme Dalam Judicial Review dan Checks and Balances**

UUD 1945 dengan 4 perubahan yang dilakukan, diantaranya membentuk Mahkamah Konstitusi dengan kewenangan secara khusus untuk melakukan *cheks and balances* melalui apa yang disebut pengujian undang-undang sebagai satu legal policy terhadap Undang-Undang Dasar yang merupakan tertib konstitusi yang menjadi norma hukum tertinggi yang sarat dengan sistem nilai yang dianut. Oleh karena itu, *judicial review* dengan kewenangan MK untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945, karenanya telah menjadi unsur utama dari implementasi konstitusi, konstitusionalisme dan *rule of law*. Sebagai pernyataan kelembagaan tertinggi dalam Negara hukum MK memiliki tugas khusus yang dirumuskan dalam konstitusi, khususnya ketika cabang kekuasaan Negara diduga melanggar konstitusi, harus di dengar keterangannya di depan Mahkamah Konstitusi. Instrumen ini menjadikan UUD 1945 dapat ditegakkan, karena konflik yang timbul antara teks konstitusi dengan kebijakan yang dijabarkan, dapat dipermasalahkan dan diberi sanksi inkonstitusional oleh MK.

---

<sup>16</sup> Ibid.



Dengan pengalaman sejarah tentang ancaman bahaya karena diletakkannya kekuasaan negara di dalam satu tangan dan untuk mencegah hal yang sama, maka prinsip pemisahan kekuasaan negara tidak diterapkan secara kaku dan komplit. Untuk tujuan demikian, dalam teori konstitusi berkembang kemudian ide *checks and balances* yang menyertai teori *separation of powers* tersebut.

Doktrin atau prinsip pemisahan kekuasaan secara ketat dan kaku akan menimbulkan konsekwensi-konsekwensi sebagaimana diuraikan oleh Carl Scmitt, yang menyebabkan cabang-cabang kekuasaan yang ada tidak terhubungkan satu dengan yang lain dalam koordinasi untuk melaksanakan tujuan bernegara secara bersama-sama dan terorganisasi. Tanpa koordinasi dalam melaksanakan tujuan bersama, dapat timbul aktivitas-aktivitas negara yang campur aduk secara berdiri sendiri dan tidak berhubungan satu sama lain. Untuk menghindari hal demikian, kekuasaan tersebut harus diselenggarakan dalam keadaan terhubungkan satu sama lain dan perlu diberikan kewenangan secara fungsional pada masing-masing cabang untuk melakukan kontrol terhadap cabang kekuasaan lainnya, agar penyelenggaraan kekuasaan negara menjadi efektif.<sup>17</sup>

Hal itu bertujuan untuk menciptakan satu keseimbangan atau equilibrium di antara cabang-cabang kekuasaan tersebut. *Balance* atau keseimbangan di antara kekuatan yang berlawanan telah menjadi pemikiran di Eropa sejak abad keenam belas, termasuk di antaranya bertitik tolak dari teori gravitasi Newton.<sup>18</sup> Perintis sesungguhnya teori konstitusi "*balance of powers*" adalah Bolingbroke yang menyebarkan gagasan tentang satu pengawasan dan penyeimbangan timbal balik (*a reciprocal control and balancing*).<sup>19</sup>

Sumber lainnya menyatakan bahwa frasa *checks and balances* sendiri, dalam sejarah pertama sekali digunakan oleh John Adams, Presiden Amerika Serikat kedua (tahun 1735-1826), ketika mengucapkan pidatonya "*Defense of the constitution of the United States*" pada tahun 1787, meskipun sejarahnya dapat ditelusuri lebih jauh sebelumnya.<sup>20</sup>

*Checks and balances* merupakan elemen mendasar kedua dalam konstitusi di samping *separation of powers*. Teori konstitusi memberi argumen bahwa kekuasaan negara haruslah sedemikian rupa dibagi-bagi dan diseimbangkan di antara beberapa badan, sehingga tidak satu badan pun yang melampaui batas kewenangannya tanpa pengawasan dan pembatasan dari badan-badan lainnya. Atas dasar konsepsi yang demikian, badan legislatif, eksekutif, dan yudikatif harus terpisah dan berbeda, dan tidak satu cabangpun yang melaksanakan kekuasaan lebih dari satu pada saat yang sama.

Dalam keadaan terpisah dan berbeda tersebut, tidak terdapat batas yang tegas antara kekuasaan yang satu dari yang lainnya. Hanya dengan satu garis demarkasi tentang batas konstitusi yang kaku, bukan merupakan jaminan yang cukup terhadap kemungkinan perampasan kekuasaan yang

---

<sup>17</sup> James Madison, dalam "The Federalist Papers", *op.cit.*, hal. 308.

<sup>18</sup> Carl Scmitt, *ibid.*, hal. 221.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> David Wooton, *Liberty, Metaphor and Mechanism : Checks and Balances and The Origins of Modern Constitutionalism*, [davidwooton@britishlibrary.net](mailto:davidwooton@britishlibrary.net). Dikatakan bahwa istilah tersebut sesungguhnya adalah satu istilah, yang sebelumnya juga telah digunakan oleh Whig John Toland pada tahun 1701. Istilah "balanced and check" dipakai oleh Marcham Nedham tahun 1654. Menurut Wooton, gagasannya adalah bahwa sistem politik secara bermanfaat dapat dibandingkan dengan mesin. Gagasan tentang *checks and balances* mengandung pikiran bahwa satu konstitusi sebagai satu sistem mekanis, dan hal itu diartikan sebagai satu interest dalam satu mekanisme. Rujukan tentang mesin politik ini, diambil dari edisi John Dryden tentang Plutarch lives, denggang mengatakan "... the Maker of the world had when he had finished and set this great machine moving, and found everything very good and exactly to answer to his great idea".

mengarah kepada kekuasaan tiranis. Suatu kepantasan yang dapat dipedomani untuk mempertahankan pemisahan kekuasaan sebagaimana ditentukan oleh konstitusi, hanyalah dengan suatu rancangan struktur interior pemerintahan, dengan menyusun hubungan timbal balik di antara bagian-bagian utama kekuasaan negara sebagai sarana untuk menjaga satu cabang kekuasaan berada di tempat yang seharusnya.<sup>21</sup>

*Checks and Balances* sekarang telah menjadi frasa yang dipergunakan secara luas untuk menguraikan proses yang wajar dalam penyelenggaraan kekuasaan negara, dimana kekuasaan digunakan untuk mengawasi kekuasaan. *Le pouvoir arrete le pouvoir. So that one can not abuse power, power must check power by the arrangement of things.*<sup>22</sup> Kata *balance* yang kita pahami sebagai keseimbangan, tidak selalu diartikan bahwa kekuasaan negara harus dibagi secara sama atau seimbang diantara ketiga kekuasaan negara. Justru hal itu merupakan soal tersendiri, bagaimana menyeimbangkan tiga kekuasaan yang tidak sama. Pada pertengahan abad 18, terdapat dua pemikiran tentang *balance of powers* tersebut. Satu pemikiran menekankan pembentukan aliansi diantara dua kekuasaan untuk mengimbangi kekuasaan ketiga, sedang pemikiran yang lain lebih menekankan kemandirian (*independence*) kekuasaan-kekuasaan itu.<sup>23</sup>

Kata *checks* seringkali dipadankan dengan kata pengawasan (*control*), yang diartikan sebagai pencegahan satu perbuatan atau penggunaan veto. Arti lain yang diberikan kepada kosakata "*to check*" adalah menguji. Sementara itu makna berbeda yang juga pernah diberikan kepada "*to check*" itu adalah menunda, menghambat dan mengerem. Adagium bahwa *power tends to corrupt* yang diartikan bahwa untuk kekuasaan yang cenderung dapat menyebabkan orang baik menjadi buruk atau jahat, memerlukan "rem" untuk menghambat terjadinya keputusan-keputusan yang melanggar hak-hak asasi warganegara dan kebebasan-kebebasan yang dilindungi konstitusi.<sup>24</sup>

Dalam kerangka *checks and balances* tersebut, perkembangan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar (*constitutional review*) yang dilakukan badan yudikatif yang dikatakan oleh Kelsen sebagai *negative legislation*<sup>25</sup>, justru sekarang dikatakan oleh Christopher Wolfe telah menjadi *positive legislation*, melalui apa yang disebut *judge-made law* di bidang konstitusi yang menurutnya telah diterima di Amerika Serikat. Christopher Wolfe menulis :

*"Post-1937 constitutional interpretation and judicial review were very different in an important regard, however. They reflected the victory of a distinctly modern understanding of judicial power as fundamentally legislative in character". ...The result was nearly total victory within the legal profession of the view that judges—including the Supreme Court justices exercising the power of judicial review—are inevitably legislators.*<sup>26</sup>

Pandangan dan pengamatan Christopher Wolfe yang demikian tidak selalui disetujui. Pendapat tersebut lahir dari sikap aktivisme hakim dalam penafsiran konstitusi (*judicial activism*) yang berhadapan dengan sikap yang lebih mengharapkan hakim membatasi diri dalam sikap atau tafsiran (*judicial*

---

<sup>21</sup> James Madison, *op.cit.*, hal. 320-321.

<sup>22</sup> Montesquieu, *The Spirit of Laws*, translated by Anne M. Kohler *et.al*, Cambridge University Press, 1997, hal 155.

<sup>23</sup> David Wootton, *op.cit.*, hal. 14.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Lihat catatan kaki nomor 11 supra.

<sup>26</sup> Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review, From Constitutional Interpretation to Judge-made law*, Basic Books, Inc., Publishers/New York, hal 6-7.

*restraint*).<sup>27</sup> Ada yang secara tegas menyatakan tidak menyetujui pandangan Wolfe tersebut, karena kecenderungan penganut pendapat demikian merupakan sikap yang secara terang-terangan menentang mayoritas (*anti-majoritarian*), padahal pemerintahan demokrasi Amerika Serikat didasarkan pada pemerintahan mayoritas.<sup>28</sup>

Implikasi perlindungan hak-hak asasi manusia dalam konstitusi sebagai kesepakatan bersama dan menjadi hukum tertinggi, akan membuka kemungkinan sikap *anti-majoritarian* tersebut dalam arti konstitusi yang dipertahankan oleh Mahkamah Konstitusi tidak akan memperkenankan kebijakan atau undang-undang yang dihasilkan oleh mayoritas justru akan menindas hak-hak kelompok minoritas yang dijamin konstitusi.

Doktrin *checks and balances* klasik yang merupakan pertumbuhan awal ketatanegaraan modern, yang dalam perkembangannya kemudian mengalami tahap yang lebih kompleks. Model pemisahan kekuasaan negara yang klasik atau konvensional dengan tiga cabang kekuasaan negara -eksekutif, legislatif, dan yudikatif- seperti yang dianut oleh John Locke dan Montesquieu, tidak lagi memadai, berkenaan dengan pertumbuhan tugas negara dalam konsepsi negara kesejahteraan yang menyebabkan kelembagaan negara yang timbul semakin beragam dan kompleks. Teori klasik pemerintahan yang ditandai oleh pemikiran liberalisme, menganut pendirian bahwa pemerintahan itu harus terbatas dan ramping, karena tujuannya adalah untuk melindungi hak-hak individu. Teori klasik tentang pemisahan yang membagi kekuasaan dalam tiga cabang kekuasaan negara, dimaksudkan untuk mencegah adanya cabang kekuasaan negara yang memiliki kewenangan atau kekuasaan yang terlalu besar.

### **Kesimpulan dan Penutup.**

- A. Dalam kurun waktu 11 (sebelas) tahun keberadaannya, MK menjalankan fungsi *checks and balances* sebagaimana diamanatkan oleh UUD 1945. Meski relatif baru dan masih berada dalam tahap meletakkan pembangunan dasar kelembagaan dan kapasitasnya, MK berperan kuat dalam sistem ketatanegaraan Indonesia yang lebih demokratis, memperkokoh prinsip negara hukum konstitusi dan konstitusionalisme, serta perlindungan hak asasi manusia;
- B. *Judicial review* merupakan instrumen *checks and balances* yang telah diterima dengan baik sebagai mekanisme untuk menjaga kehidupan bernegara berdasarkan konsep konstitusionalisme dan *rule of law* Indonesia. Diberikannya *legal standing* kepada perorangan dan kesatuan masyarakat hukum adat untuk menggerakkan kewenangan MK untuk menguji undang-undang kepada UUD 1945, disamping lembaga negara dan badan hukum privat serta badan hukum publik, menunjukkan cirinya yang sangat demokratis.

---

<sup>27</sup> Mauro Capeletti menyebut adanya pertumbuhan hukum hakim ini (*judiciary law*), merupakan perkembangan yang disebabkan oleh dua hal, pertama karena pesatnya pertumbuhan undang-undang yang dihasilkan parlemen, yang mengintervensi hidup orang perorang. Secara paradoksal pertumbuhan legislasi tersebut menyebabkan pula pertumbuhan secara paralel hukum buatan hakim (*judge-made law*). Hal ini disebabkan kenyataan bahwa bagaimanapun baiknya kemampuan untuk merancang undang-undang, akan selalu terdapat kesenjangan (*gap*) yang harus diisi oleh Hakim. Demikian juga keaburan dan ketidakpastian yang harus dipecahkan oleh hakim. Perkembangan undang-undang secara tidak terelakkan meningkatkan wilayah dimana Pengadilan harus bergerak. (*The Judicial Process in Comparative Perspective, op.cit.*, hal. 4)

<sup>28</sup> John Attanasio, Dekan Fakultas Hukum Southern Methodist University (SMU) Dallas Texas, Amerika Serikat, dalam ceramah di Mahkamah Konstitusi R.I. tanggal 2007.

- C. Tidak semua pihak sependapat dengan MK. Beberapa putusannya yang penting tidak disetujui pihak yang memiliki peran dalam proses implementasi putusan. Namun, ketidaksetujuan tersebut tidak selalu dijadikan dasar untuk menghambat implementasi putusan yang bermuatan kebijakan hukum baru.
- D. Kemajuan besar dalam kehidupan kenegaraan Indonesia dengan Konstitusi dan Konstitusionalisme yang dipertahankan melalui mekanisme di Mahkamah Konstitusi, tergambar dari peran yang sangat aktif dari MK, terutama dengan paradigma keadilan substantive yang dianut dalam kerangka hukum yang progresif. Namun, *judicial activism* yang menjadi ciri MK sebagai mana tergambar dari putusan-putusannya, hemat kami memerlukan satu kearifan untuk diseimbangkan dengan *judicial restraint* untuk mencegah secara dini MK melampaui batas prinsip konstitusional dalam kerangka *separation of powers*, sehingga tidak terjadi apa yang disebut *government of judges*.

Jakarta, 28 April 2015.