

Konstruksi Model Pengujian *Ex Ante* terhadap Rancangan Undang-Undang di Indonesia

Victor Imanuel W. Nalle

Fakultas Hukum Universitas Katolik Darma Cendika
Jl. Dr. Ir. H. Soekarno 201 Surabaya
E-mail: vicnalle@yahoo.com

Naskah diterima: 15/8/2013 revisi: 30/8/2013 disetujui: 10/9/2013

Abstrak

Kualitas legislasi di Indonesia sering dipertanyakan ketika Mahkamah Konstitusi (MK) membatalkan beberapa pasal atau bahkan seluruh batang tubuh suatu undang-undang. Buruknya kualitas legislasi tersebut dipengaruhi oleh kuatnya faktor politis dalam proses legislasi. Faktor tersebut berdampak pada ketidaksinkronan undang-undang dengan konstitusi atau ketidakharmonisan undang-undang dengan undang-undang lain. Pengujian *ex ante* dalam konteks ini menjadi sebuah alternatif pencegahan legislasi yang buruk karena setiap rancangan undang-undang harus diuji terlebih dahulu. Dalam konteks Indonesia, model pengujian *ex ante* yang ideal bukan hanya dengan menguji konstusionalitas tetapi juga keselarasan dengan undang-undang lain dan juga parameter lain yang diperlukan untuk menghasilkan undang-undang yang baik.

Kata kunci: *ex ante*, legislasi, legisprudensi

Abstract

The quality of legislation in Indonesia is often questioned when the Constitutional Court cancels several chapters of a law or even the entire law. The poor quality of legislation is influenced by powerful political factor in the legislation process. These factors have an impact on unsynchronization of laws with the constitution or disharmony with other legislation. Ex ante review in this context becomes an alternative way to prevent bad legislation because every bill should be reviewed first. In Indonesian context, the ideal model of ex ante review is not only concerning with the constitutionality, but also harmony with other laws as well as other parameters necessary to produce good legislation.

Keywords: *ex ante*, legislation, legisprudence

PENDAHULUAN

Mahkamah Konstitusi (MK) telah resmi berdiri hampir 10 tahun. Selama 10 tahun berdiri MK telah melakukan pengujian ratusan undang-undang. Wewenang MK tersebut merupakan perubahan besar dalam ketatanegaraan Indonesia. Sebenarnya Muhammad Yamin sejak awal berdirinya Republik sudah mengusulkan adanya lembaga yang berwenang untuk menguji Undang-Undang. Kenyatannya, pada masa itu arus utama bukan menginginkan suatu negara demokratis dengan *check and balances*, melainkan lebih pada negara yang kuat.

Selama masa berdirinya, MK telah membuktikan bahwa legislatif dan eksekutif merupakan cabang kekuasaan yang seharusnya berhati-hati dalam membahas dan mengesahkan sebuah undang-undang. Legislatif maupun eksekutif seharusnya bukan hanya sekedar mempertimbangkan aspek kemanfaatan dalam pembentukan undang-undang, tetapi juga aspek konstitusionalitasnya. Dalam konteks inilah MK kemudian mengambil peran sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*).

Wewenang MK tersebut bukannya tidak menyisakan kelemahan bagi kualitas legislasi di Indonesia. Pengujian pascapengundangan undang-undang (*judicial review*) yang dilakukan MK memiliki kelemahan yang tak dapat dihindari. *Judicial review* dilakukan ketika kerugian mungkin telah terjadi akibat dilaksanakannya suatu undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Oleh karena itu, *judicial review* tidak selalu dapat mencegah kerugian yang mungkin timbul tersebut.

Selain itu *judicial review* bukanlah untuk menguji sinkronisasi antar undang-undang maupun ketepatan konsep-konsep hukum yang digunakan oleh undang-undang. Oleh karena itu, perlu dikonstruksikan suatu mekanisme alternatif yang dapat meningkatkan kualitas legislasi dengan menguji indikator-indikator kualitas legislasi selain aspek konstitusionalitasnya.

Mekanisme lain yang dapat menjadi alternatif adalah dengan menempatkan pengujian undang-undang pada posisi sebelum disahkannya undang-undang. Mekanisme ini merupakan skema preventif sehingga dapat mencegah kerugian yang mungkin terjadi ketika undang-undang tersebut telah diundangkan. Skema preventif ini lebih dikenal dengan istilah *ex ante review*.

Selain itu mekanisme *ex ante review* bukan hanya sebagai upaya sinkronisasi rancangan undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, tetapi juga sebagai

upaya harmonisasi rancangan undang-undang dengan undang-undang lain yang terkait. Harmonisasi tersebut penting untuk mencegah adanya beberapa undang-undang yang tumpang tindih. Peningkatan kuantitas legislasi hanya akan memunculkan masalah dalam implementasinya ketika berbenturan dengan undang-undang yang lain.

Gagasan ini kemudian memunculkan pertanyaan lanjutan: lembaga apa yang dapat diberikan wewenang untuk melakukan pengujian tersebut? Jika wewenang tersebut diberikan kepada sebuah lembaga baru dan wewenang MK dipertahankan, maka terdapat kemungkinan perbedaan pendapat lembaga tinggi negara terhadap konstitusionalitas suatu undang-undang. Ada kemungkinan lembaga yang berwenang melakukan *ex ante review* menyatakan sebuah rancangan undang-undang konstitusional tetapi setelah disahkan justru dinyatakan inkonstitusional oleh MK. Oleh karena itu, tulisan ini akan mengkonstruksi kemungkinan memberikan wewenang *ex ante review* kepada sebuah lembaga negara. Lembaga negara tersebut bisa saja merupakan sebuah lembaga yang baru atau lembaga yang telah ada sebelumnya.

Tulisan ini akan menganalisis kemungkinan tersebut berdasarkan 2 (dua) pendekatan. Pendekatan pertama adalah pendekatan konseptual. Konsep yang dikaji adalah konsep legislasi dan konsep *ex ante review*. Isu hukum yang ingin dijawab melalui pendekatan ini adalah apakah undang-undang akan kehilangan hakikatnya sebagai produk legislatif jika ditentukan “nasibnya” oleh lembaga di luar legislatif. Pendekatan kedua adalah pendekatan perbandingan yang mengkonstruksikan model *ex ante review* dengan belajar dari pengalaman negara-negara lainnya. Pendekatan-pendekatan tersebut dalam analisis akan digunakan dengan perspektif teori legisprudensi.¹

PEMBAHASAN

Mengapa (Rancangan) Undang-Undang Diuji?

Mengapa sebuah undang-undang diuji oleh lembaga peradilan? Jawaban atas pertanyaan ini tidak dapat lepas dari sejarah awalnya sejak perkara *Marbury v. Madison* di Amerika Serikat. Saat itu, tahun 1803, Mahkamah Agung (*Supreme*

¹ Menurut Wintgens, legisprudensi adalah: “...the name for the branch of legal theory that deals with legislation from a theoretical and a practical perspective.” Teori yang khusus membahas legislasi menjadi sebuah kebutuhan karena sebelumnya teori hukum cenderung memberikan perhatian pada aspek adjudikasi. Lihat Luc J. Wintgens, “Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence”, dalam *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Ed. Luc J. Wintgens, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2002, h. 9 – 10.

Court) Amerika Serikat membatalkan Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman 1789 walaupun wewenang membatalkan tersebut tidak diatur dalam konstitusi. Hakim John Marshall berpendapat bahwa posisi konstitusi sebagai *supreme law of the land* berimplikasi pada harus dibatalkannya setiap undang-undang yang bertentangan dengannya.² Putusan tersebut merupakan putusan yang menarik bagi ilmu hukum karena kecenderungan di Eropa pada saat itu mengafirmasi pemisahan kekuasaan yang tegas sehingga undang-undang sebagai produk legislatif tidak dapat dibatalkan oleh lembaga peradilan. Bahkan konstitusi Amerika Serikat sebenarnya sama sekali tidak menyinggung pengujian undang-undang.³

Argumentasi John Marshall secara *implisit* menunjukkan paradigma *hierarki* dalam hubungan antara konstitusi, undang-undang, dan aturan hukum di bawahnya. Hal tersebut menunjukkan embrio pemikiran struktur piramida dalam perundang-undangan telah ada sebelum Hans Kelsen mengemukakan teorinya. Jika mengacu pada teori perundang-undangan dengan paradigma *hierarki*, yang kemudian disistematisasikan oleh Kelsen, maka jawaban terhadap pertanyaan mengapa undang-undang diuji bukanlah hal yang sukar untuk dijawab. Pengujian tersebut menjadi keharusan sebagai upaya pencapaian kebenaran *koherensi* terhadap konstitusi dalam struktur peraturan perundang-undangan. Kebenaran *koherensi* tersebut terkait dengan konsistensi logis dalam hubungan antarproposisi sehingga tidak ada kontradiksi antarproposisi.⁴ Dalam pencapaian kebenaran *koherensi* tersebut, proposisi yang dinyatakan dalam undang-undang harus sesuai dengan proposisi dalam konstitusi. Walaupun, pada praktiknya, *koherensi* antara proposisi dalam undang-undang dan konstitusi tidak menjamin sebuah undang-undang menjadi ideal jika dihadapkan pada tesis bahwa konstitusi dari suatu negara belum tentu mengandung nilai konstitusionalisme.⁵

Dalam perkembangannya, pengujian undang-undang sebagai upaya pencapaian kebenaran *koherensi* dalam struktur peraturan perundang-undangan juga berdampingan dengan pencapaian kebenaran korespondensi. Dalam konteks Indonesia, yang dibutuhkan bukan hanya kecocokan proposisi antara konstitusi dan undang-undang, tetapi juga harus ditunjukkan adanya kerugian konstitusional yang

² Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan PuSaKO, *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berpikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif)*, Padang: Pusat Studi Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Andalas, 2010, h. 53.

³ Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of The United Kingdom, The Netherlands and South Africa*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2010, h. 77.

⁴ Dalam sistem hukum yang kompleks, ketiadaan koherensi dapat berakibat pada sistem hukum yang saling tumpang tindih. Lihat Luc J. Wintgens, "Legisprudence as a New Theory of Legislation", *Ratio Juris* Volume 19, Number 1, March 2006, h. 15.

⁵ Lihat Robert Barros, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

ditimbulkan oleh suatu undang-undang. MK kemudian memperluas kemungkinan dengan memperluas kerugian konstitusional, bukan hanya pada kerugian yang aktual tetapi juga kerugian bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi.⁶

Model pengujian ini menunjukkan bahwa MK membuka kemungkinan mekanisme pengujian undang-undang sebagai langkah preventif dalam mencegah kerugian konstitusional karena tidak hanya terbatas pada kerugian yang aktual. Di sisi lain, mekanisme tersebut tetap saja tidak dapat menutup kemungkinan adanya undang-undang yang langsung mengakibatkan kerugian konstitusional saat diundangkan. Hal ini menunjukkan bahwa legislasi yang tepat sasaran tidak seharusnya menyandingkan antara *koherensi* norma dengan korespondensi norma dan fakta. Korespondensi norma dan fakta cenderung bersifat *post facto* dan menutup pintu bagi upaya pencegahan kerugian konstitusional.

Contoh pengujian bersifat *post facto* membuka celah waktu kerugian konstitusional dapat dilihat dalam pembatalan Pasal 53 ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional (UU No. 20 Tahun 2003). Amar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11-14-21-126-136/PUU-VII/2009 menyatakan bahwa ketentuan Pasal 53 ayat (1) yang menyatakan bahwa "*badan hukum pendidikan dimaksudkan sebagai landasan hukum bagi penyelenggara dan/atau satuan pendidikan, antara lain, berbentuk Badan Hukum Milik Negara (BHMN)*", tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Putusan tersebut memiliki rentang waktu 6 tahun sejak diberlakukannya UU No. 20 Tahun 2003. Artinya, mekanisme *judicial review post facto* yang dipraktikkan selama ini membuka peluang bagi berlakunya legislasi dengan kualitas yang buruk dan dapat merugikan pihak-pihak yang terkena dampaknya secara langsung dalam rentang waktu yang lama.

Sebagai antitesisnya, konsep *ex ante review* tidak membutuhkan korespondensi antara norma dan fakta. *Ex ante review* justru bersifat preventif karena ditujukan pada rancangan undang-undang, bukan pada undang-undang yang telah diundangkan. Penguji cukup melihat apakah norma dalam suatu rancangan undang-undang telah sinkron dengan norma dalam Undang-Undang Dasar. Dengan demikian kemungkinan kerugian konstitusional pascapengundangan dapat diminimalkan.

⁶ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 006/PUU-III/2005.

Selain menjaga konstitusionalitas undang-undang, aspek peningkatan kualitas juga dapat dicapai melalui mekanisme *ex ante review*. Kualitas legislasi yang buruk bukan hanya karena inkonstitusionalitas undang-undang, tetapi juga disharmoni dengan undang-undang lainnya serta buruknya metodologi dalam proses legislasi. Disharmoni antar undang-undang dapat berakibat pada legislasi yang berlebihan secara kuantitas (*over legislation*), bahkan ketidakpastian hukum karena perbedaan pengaturan.⁷

Oleh karena itu, *ex ante review* sebagai mekanisme yang memiliki tujuan keluaran (*output*) legislasi yang baik seharusnya juga melakukan pengujian dengan mengacu pada kategori-kategori lain yang berkaitan secara langsung atau tidak langsung dengan kualitas legislasi. Kategori tersebut antara lain:⁸

1. Metodologi legislasi (*legislative methodology*), yaitu berkaitan dengan substansi legislasi, metodologi yang dapat digunakan untuk mengelaborasi substansi normatif.
2. Teknik legislasi (*legislative technique*), berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dari aspek formalnya – misalnya struktur dalam substansi undang-undang.
3. Perancangan legislasi (*Legislative drafting*), berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dari perumusan norma dalam undang-undang.
4. Komunikasi legislasi (*Legislative communication*), berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dari bagaimana cara mengkomunikasikan substansi normatif suatu peraturan.
5. Prosedur legislasi (*Legislative procedure*), berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dengan melihat proses pembahasan, pengundangan, dan implementasi suatu peraturan.
6. Manajemen legislasi (*The management of legislation*), berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dengan melihatnya sebagai bagian dari suatu perencanaan peraturan perundang-undangan. Dalam konteks Indonesia, kategori ini melihat kualitas suatu undang-undang dengan mengukurnya dari Program Legislasi Nasional (*Prolegnas*) yang telah ditetapkan.

⁷ Salah satu contoh disharmoni antar undang-undang – sehingga menimbulkan kerancuan – adalah pengaturan ruang lingkup keuangan negara dalam Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (UU No.17 Tahun 2003) dan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (UU No.19 Tahun 2003). Pasal 2 huruf g UU No.17 Tahun 2003 mengatur bahwa keuangan negara mencakup kekayaan negara yang dipisahkan pada perusahaan negara/perusahaan daerah. Pasal 11 UU No.19 Tahun 2003 mengatur bahwa terhadap BUMN Persero berlaku prinsip-prinsip perseroan terbatas dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (UU No.1 Tahun 1995).

⁸ Luzius Mader, "Evaluating the Effect: A Contribution to the Quality of Legislation," *Statute Law Review* Volume 22, July 2001, h. 119 – 131.

7. Aspek sosiologis dalam legislasi (*The sociology of legislation*), yaitu mengukur kualitas legislasi dengan melihat proses politik dalam pembahasan, pengundangan, proses implementasi, dan juga efek dari legislasi dari perspektif sosiologis.
8. Teori legislasi (*The theory of legislation*), yaitu mengukur kualitas legislasi dengan melihat fungsi legislasi sebagai instrumen panduan sosial dan kontrol dari negara.

Selain 8 (delapan) acuan tersebut, *ex ante review* juga dapat menggunakan beberapa acuan dari sisi rasionalitas rancangan undang-undang tersebut. Menurut Atienza, sebagaimana dikutip Flores, terdapat 5 (lima) aspek rasionalitas yang perlu terintegrasi di setiap undang-undang. 5 aspek tersebut antara lain:⁹

1. Rasionalitas bahasa (*linguistic rationality*), bahwa setiap undang-undang harus jelas dan memiliki presisi untuk menghindari masalah ambiguitas dan ketidakjelasan.
2. Rasionalitas legal formal (*legal-formal rationality*), bahwa undang-undang bukan hanya harus valid (berlaku umum, abstrak, impersonal, dan permanen) tetapi juga koheren, tidak berlebih-lebihan, tidak saling bertentangan, tidak berlaku surut, dan diumumkan untuk menghindari problem antinomi, berlebih-lebihan dan kesenjangan dalam rangka menciptakan sistem perundang-undangan yang sempurna.
3. Rasionalitas teleologis (*teleological rationality*), bahwa undang-undang bermanfaat dalam mencapai tujuan akhir. Artinya, yang ingin dihasilkan melalui undang-undang bukanlah hal yang tidak mungkin atau simbolis belaka.
4. Rasionalitas pragmatis (*pragmatic rationality*), bahwa undang-undang bukan hanya bermanfaat tetapi juga efektif secara sosial dan efisien secara ekonomi dalam setiap peristiwa hukum konkrit.
5. Rasionalitas etis (*ethical rationality*), bahwa substansi undang-undang harus adil dan benar.

Melalui pengujian berdasarkan sinkronisasi dengan Undang-Undang Dasar, harmonisasi dengan undang-undang lain, dan mengacu pada kategori-kategori atau acuan-acuan tersebut, maka keluaran legislasi dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan kajian keilmuan. Keluaran legislasi tidak lagi dibiaskan sekedar

⁹ Imer B. Flores, "Legisprudence: the Role and Rationality of Legislators – Vis a Vis Judges – Towards the Realization of Justice", *Mexican Law Review* Volume 1, Number 2, January – June 2009, h. 108.

menjadi produk kepentingan politik di parlemen, karena undang-undang sebagai produk politik telah identik sebagai produk hukum dengan kualitas yang buruk. Kualitas yang buruk tersebut dapat disebabkan karena minimnya perhatian pada aspek teknis yuridis, tetapi besarnya perhatian pada kepentingan-kepentingan yang dapat dibawa pada substansi rancangan undang-undang.

Jika demikian, apakah pengujian *ex ante* baru dilakukan setelah pengesahan undang-undang untuk “memotong” pengaruh politisasi pada rancangan undang-undang? Pengujian *ex ante* sebelum pembahasan oleh parlemen tidak dapat melepaskan niatan legislator kepada sebuah rancangan undang-undang. Konstruksi pemikiran yang sama dapat dilihat pada pendapat Wim Voermans:

Strictly speaking, ex ante evaluations are not true legislative evaluations in terms of the definition presented above, since it is impossible to assess in advance the practical effects of a regulation with reference to the legislator’s intentions. Usually, the legislator’s intentions are still incubating, while the ex ante evaluation is carried out and any practical experience has not yet been gained. Nevertheless, ex ante evaluations are worth mentioning here for the role they can play in the deliberate preparation of statutory regulations. Assessment of the possible pros and cons of an intended statutory regulation will have to be thorough to ensure that a regulation does not suffer from quality defects that may impede its practical implementation.¹⁰

Jika pengujian *ex ante* dilakukan setelah pengesahan rancangan undang-undang, maka mekanisme pengujian *ex ante* secara tidak langsung telah menghilangkan fungsi legislasi yang ada pada parlemen. Tidak menutup kemungkinan sebuah rancangan undang-undang yang telah disahkan oleh parlemen justru dibatalkan oleh lembaga yang berwenang melakukan pengujian *ex ante*. Oleh karena itu, sebuah lembaga yang berwenang melakukan pengujian *ex ante* idealnya menjalankan wewenangnya sebelum parlemen melakukan pengesahan rancangan undang-undang menjadi undang-undang. Mekanisme ini mungkin terlihat tidak ideal karena tidak tertutup kemungkinan rancangan undang-undang yang telah dievaluasi baik justru diubah oleh legislator atau bahkan sebaliknya.

Peranan legislator dalam proses legislasi tetap harus menjadi yang utama. Walaupun legislator memegang peranan, bukan berarti pemberian pandangan-pandangan teknis yuridis bagi rancangan undang-undang tidak diberikan

¹⁰ Wim Voermans, “Evaluation of Legislation in the Netherlands”, *Legislação* No. 33/34, January – June 2003, h. 36.

kesempatan. Akomodasi terhadap dua aspek, politis dan teknis yuridis, didasarkan pada dua alasan. Alasan tersebut mengacu pada dua tujuan proses legislasi, menurut Heinrich B. Winter, yaitu sebagai proses atau pencapaian demokrasi dan pencapaian keputusan yang baik. Winter menyatakan:

...the legislative process is a democratic, open process. The rules of the process are set up with this intention. For example, the rules according to which selection of participants takes place, are set up so as to ensure that legislation will be the embodiment of commonly shared values. Furthermore, democratic legislative procedure is intended to grant legitimacy for the laws of the land. Secondly, the legislative process aims at establishing good decisions. The rules of the legislative process are designed to provide for careful deliberations... Through the intermediate substitution of parliamentary participants, a certain degree of reflection is acquired. The open civic nature of the legislative process is an essential prior condition. It enhances outside influence in the process—also through an active public opinion and free press—and promotes the quality of the arguments that provide the foundation for it.¹¹

Oleh karena itu, dibutuhkan pula pengujian *post facto* yang menjadi pintu terakhir pengujian setelah pengesahan oleh legislator. Bukan berarti pengujian *ex ante* yang telah dilakukan kemudian menjadi sia-sia. Pandangan-pandangan yang muncul dari pengujian tersebut dapat menjadi masukan atau pertimbangan jika undang-undang yang telah diundangkan kemudian dimohonkan untuk pengujian *post facto*. Pertimbangan-pertimbangan dalam pengujian *ex ante* juga dapat menjadi informasi yang berguna bagi pihak-pihak terkait untuk kemudian menjadi bahan pemikiran bagi kemungkinan-kemungkinan pengaruhnya terhadap kerugian konstitusional.

Konsep pengujian *ex ante* pada tahapan legislasi bukan berarti tidak memiliki peluang untuk dikritik. Jika konsep ini semata ditujukan bagi peningkatan kualitas legislasi maka dapat muncul pandangan untuk memperkuat kapasitas parlemen dan anggota-anggotanya. Penguatan kapasitas parlemen tersebut dapat dilakukan, menurut H.A.S. Natabaya, dengan meningkatkan kualitas anggota parlemen. Peningkatan tersebut dapat dilakukan dengan menetapkan standar minimal pendidikan anggota parlemen, pendidikan keahlian/keterampilan, maupun

¹¹ Heinrich B. Winter, "The Forum Model in Evaluation of Legislation", dalam *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Ed. Luc J. Wintgens, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2002, h. 146.

penambahan pengetahuan dan wawasan dengan mengadakan studi banding ke beberapa negara.¹² Metode tersebut akan menambah pengetahuan teoretis tentang legislasi secara umum tetapi tidak dapat meningkatkan pengetahuan dalam aspek teknis yuridis pembentukan undang-undang. Tidak semua legislator juga merupakan sarjana yang memiliki latar belakang ilmu hukum. Oleh karena itu pandangan lembaga lain tidak dapat dihindarkan untuk mendapatkan pandangan yang komprehensif.

Perluakah Lembaga Khusus?

Walaupun dapat dirumuskan acuan atau kategori yang jelas dalam *ex ante review*, tetapi akan menjadi pertanyaan: lembaga mana yang diberikan wewenang untuk melakukan pengujian tersebut? Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) dan undang-undang yang ada tidak memberikan celah bagi setiap lembaga kekuasaan kehakiman (Mahkamah Agung dan MK) untuk melakukan pengujian *ex ante*. MK berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945, dalam konteks *judicial review*, “hanya” berwenang untuk melakukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. MK tidak berwenang untuk melakukan pengujian terhadap rancangan undang-undang. Mahkamah Agung (MA) juga “hanya” berwenang untuk melakukan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.

Jika mekanisme *ex ante review* merupakan sebuah kebutuhan maka terdapat 2 (dua) alternatif yang dapat diambil. Pertama, memberikan wewenang untuk melakukan pengujian *ex ante* terhadap salah satu lembaga kekuasaan kehakiman yang sudah ada. Kedua, membentuk lembaga baru yang wewenangnya khusus untuk melakukan pengujian *ex ante*. Oleh karena itu diperlukan perbandingan dengan negara-negara lain yang telah lebih dulu menerapkan *ex ante review*. Berdasarkan perbandingan tersebut dapat dikonstruksikan model yang ideal bagi *ex ante review* di Indonesia.

a. Komite Konstitusi di Finlandia

Pengujian *ex ante* di Finlandia tidak dijalankan oleh MK tetapi oleh lembaga yang khusus diberikan wewenang, yaitu *The Constitutional Law Committee of Parliament* (selanjutnya disebut Komite Konstitusi). Komite ini adalah lembaga kuasi-yudisial yang terdiri atas anggota-anggota parlemen dan

¹² H.A.S. Natabaya, “Peningkatan Kualitas Peraturan Perundang-undangan (Suatu Pendekatan *Input dan Output*)”, *Jurnal Legislasi Indonesia* Volume 4, Nomor 2, Juni 2007, h. 13.

sejauh ini menampilkan karakter politis. Walaupun demikian, pembahasannya didasarkan pada pendapat yang diberikan oleh para ahli konstitusi – sebagian besar profesor universitas – dan Komite Konstitusi pada umumnya mematuhi pandangan mereka.¹³

Meskipun Komite Konstitusi merupakan bagian dari organisasi kelembagaan parlemen, pembahasan-pembahasan di dalamnya tidak termasuk prosedur rutin di parlemen. Pembahasan dalam Komite hanya ditempuh ketika terdapat keraguan atas konstitusionalitas suatu rancangan undang-undang. Walaupun merupakan lembaga kuasi-yudisial yang menjadi bagian dari parlemen, tetapi Komite Konstitusi tidak selalu menjadi lembaga yang berseberangan dengan pemerintah. Sebaliknya dalam beberapa perkara Pemerintah, yang menyerahkan suatu rancangan undang-undang kepada parlemen justru menyarankan untuk berkonsultasi dengan Komite. Inisiasi peninjauan konstitusional sangat jarang menyebabkan kontroversi politik. Penilaian Komite mengikat parlemen. Namun, sejak abad ke-19, ciri-ciri khas dari model Finlandia telah mencakup dalam kekuasaan parlemen untuk mengesampingkan putusan Komite melalui undang-undang pengecualian, yaitu rancangan undang-undang yang oleh Komite dinyatakan tidak konstitusional masih dapat diberlakukan berdasarkan syarat prosedur tertentu.¹⁴

Pemberlakuan rancangan undang-undang berdasarkan syarat prosedur tertentu tersebut didahului dengan memeriksa apakah rancangan undang-undang telah sesuai dengan Konstitusi dan apakah rancangan undang-undang tersebut dapat diteruskan mengikuti prosedur legislasi yang normal. Jika tidak, maka ada dua pilihan. Pertama – dan umumnya terjadi – adalah bahwa rancangan undang-undang direkonstruksi sehingga sesuai dengan penafsiran Komite Konstitusi. Pilihan kedua adalah tetap mempertahankan substansi rancangan undang-undang untuk kemudian menjadi undang-undang yang konstitusional. Pilihan kedua ini memerlukan prosedur konstitusional, yang berarti bahwa rancangan undang-undang disetujui terlebih dahulu oleh parlemen dengan mayoritas suara, kemudian ditunda sampai setelah pemilihan umum berikutnya, dan kemudian disetujui oleh mayoritas 2/3 (dua per tiga) suara. Jika rancangan undang-undang tersebut dinyatakan mendesak maka

¹³ Kaarlo Tuori, "Combining Abstract *Ex Ante* and Concrete *Ex Post* Review: The Finnish Model", *Paper presented at Conference on Judicial Activism and Restraint Theory and Practice of Constitutional Rights*, Batumi, 13th – 14th July 2010, h. 4.

¹⁴ *Ibid.*, h. 5.

dapat disetujui pada satu sesi Parlemen oleh mayoritas 5/6 (lima per enam) suara.¹⁵

Tidak semua rancangan undang-undang diperiksa oleh Komite Konstitusi meskipun substansinya terkait dengan konstitusi dan hak konstitusional. Dalam hal pembahasan rancangan undang-undang dianggap perlu melibatkan Komite Konstitusi maka ada mekanisme yang perlu dilalui. Ketika sidang pleno Parlemen merujuk rancangan undang-undang pada suatu panitia khusus untuk menangani, dan panitia khusus tersebut dapat memutuskan bahwa panitia khusus harus meminta pendapat dari Komite. Keputusan untuk meminta pendapat dari Komite Konstitusi didasarkan pada usul yang diajukan oleh parlemen, bahwa pendapat Komite Konstitusi memang dibutuhkan. Jika keputusan tersebut tidak dibuat oleh sidang pleno, panitia khusus – dengan inisiatifnya sendiri – dapat meminta Komite Konstitusi untuk memberikan pendapat, jika ada ketidakpastian tentang konstitusionalitas atau tentang bagaimana substansi rancangan tersebut berhubungan dengan hak asasi manusia. Selain itu, panitia dapat berkonsultasi dengan ahli tentang aspek konstitusional atau hak-hak dasar dalam rancangan undang-undang tersebut.¹⁶

Dalam pendapatnya kepada panitia khusus, Komite Konstitusi – di masa lalu – biasanya memusatkan pengujiannya pada aspek prosedur legislasi. Pendapat yang diberikan tidak terkait dengan isi atau kesesuaian rancangan undang-undang yang diusulkan. Seringkali pula Komite Konstitusi menyimpulkan bahwa rancangan undang-undang yang diusulkan tidak secara langsung bertentangan dengan Konstitusi dan mendesak panitia khusus untuk merumuskan ketentuan baru sehingga rancangan tersebut dapat menjamin hak konstitusional. Komite Konstitusi juga dapat memberikan usulan konkrit untuk rumusan ketentuan yang baru. Dalam hal ini panitia khusus tidak terikat pada pendapat Komite Konstitusi, tetapi jika usulan tersebut tidak diadopsi, panitia khusus harus menyajikan alasan mengapa pendapat tersebut tidak tepat.¹⁷

Komite Konstitusi merupakan otoritas tertinggi dalam hal pengujian konstitusionalitas. Landasan dari peran otoritatif lembaga ini adalah prinsip

¹⁵ Paulina Tallroth, *Who Safeguards Our Rights? The Finnish Institutions and the Discussion About a Constitutional Court*, Helsinki: Unigrafia, 2012, h. 29.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, h. 30.

demokrasi, bahwa pengujian konstiusionalitas tersebut dilakukan oleh wakil-wakil yang dipilih oleh rakyat. Model pengujian yang dilakukan oleh komite adalah *ex ante review*. Pengujian tersebut bersifat abstrak, yang berarti Komite dalam perspektif melihat bagaimana rancangan tersebut setelah disahkan dapat diterapkan di masa depan. Pengujian abstrak tersebut meliputi prosedur legislasi, tataran normatif rancangan undang-undang tersebut, dan kompatibilitas rancangan undang-undang tersebut dengan undang-undang lain yang sudah ada. Pengujian abstrak juga selalu umum, yang berarti tidak terkait dengan kasus tertentu. Namun dalam prakteknya Komite berusaha – dalam konteks tertentu – untuk memprediksi berbagai situasi dalam aplikasi rancangan undang-undang itu di kemudian hari. Dalam hal ini dapat dikatakan bahwa pengujian oleh Komite juga mencakup elemen-elemen yang bersifat konkret.¹⁸

Model Finlandia, sebagaimana dipaparkan di atas, memberikan wewenang *ex ante review* kepada lembaga kuasi-yudisial yang merupakan bagian dari organisasi kelembagaan parlemen. Karena kedudukannya itulah maka pengujian *ex ante* yang dilakukannya tidak tepat jika disebut sebagai *ex ante judicial review*. Istilah *ex ante review* atau pengujian *ex ante* lebih tepat digunakan untuk wewenang yang dimiliki oleh Komite Konstitusi di Finlandia. Model seperti ini tentu saja memiliki kelebihan dan kekurangan jika dipertimbangkan sebagai model alternatif dalam meningkatkan kualitas legislasi.

Kelebihan model ini, tentu saja, adalah keterlibatan yang besar dari akademisi dalam meninjau kualitas legislasi. Keterlibatan akademisi dalam kedudukannya di lembaga tersebut tentu saja berbeda dengan keterlibatan akademisi pada Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) yang biasa dilakukan dalam proses pembahasan rancangan undang-undang di Indonesia. Pendapat para akademisi, dari perspektif teoritis terhadap suatu rancangan undang-undang, mengikat bagi Komite ketika dilakukan pengujian. Mekanisme ini, dari pendekatan legisprudensi, dapat mengurangi bobot suatu undang-undang sekedar sebagai produk politik dan bergeser menjadi produk hukum yang memiliki basis teoritis.

¹⁸ *Ibid*, h. 31.

Mekanisme yang menempatkan peran ahli sama seimbangannya dengan legislator dalam proses legislasi dapat mengubah paradigma aktivitas legislasi. Aktivitas legislasi bukan lagi dimaknai sebagai praktik politik, tetapi juga sebagai praktik hukum (*legal practices*). Menurut Kaarlo Tuori, proses legislasi melalui beberapa tahapan yang menempatkan ahli hukum dan argumentasi hukum di panggung utama.¹⁹ Dengan demikian, perancangan undang-undang melibatkan fase perumusan norma yang menempatkan keahlian hukum sebagai aspek dominan dan yang menjadi perhatian utama adalah pemeliharaan konsistensi internal dan koherensi dari tatanan hukum. Di beberapa negara prosedur parlementer mengandung unsur-unsur yang menempatkan argumentasi hukum sebagai aspek terdepan. Hal ini terjadi, misalnya, di negara-negara yang prosedurnya mencakup mekanisme untuk mengontrol konstusionalitas rancangan undang-undang dengan musyawarah. Komite Konstitusi di Finlandia menjadi contoh parlemen yang dibantu oleh para ahli konstitusi dan memikul tanggung jawab utama dalam pengujian konstusionalitas tersebut.

Oleh karena itu, kegiatan legislasi dapat dicirikan sebagai kombinasi dari praktik-praktik politik dan hukum, dan dengan demikian, aspek politik menjadi penentu terakhir. Sejak Max Weber, kita terbiasa melihat salah satu ciri-ciri utama hukum modern dalam otonominya. Ciri tersebut adalah adanya undang-undang yang memainkan peran dalam produksi tatanan hukum. Sifat yang khas sebagai kombinasi dari praktik politik dan hukum menunjukkan bahwa kita memiliki saluran utama yang mana – dalam masyarakat modern kita – hukum mempertahankan keterbukaan terhadap politik. Otonomi hukum modern tidaklah *autarki*, setidaknya tidak dalam kaitannya dengan politik.²⁰

Model *ex ante review* di Finlandia juga tidak dapat lepas dari kelemahan. Kelemahan tersebut adalah adanya peluang untuk tetap mengesahkan rancangan undang-undang yang dinyatakan tidak konstusional oleh Komite Konstitusi walaupun peluang tersebut diberikan dengan syarat prosedur yang ketat. Peluang tersebut tentu membuat keseimbangan antara aspek praktik politik dan praktik hukum dalam legislasi menjadi lebih berat pada

¹⁹ Kaarlo Tuori, "Legislation Between Politics and Law", dalam *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Ed. Luc J. Wintgens, Oxford dan Portland: Hart Publishing, 2002, h. 100.

²⁰ *Ibid.*, h. 101.

praktik politik. Walaupun aspek praktik politik masih nampak, pada akhirnya Komite Konstitusi merepresentasikan elemen kuasi-yudisial dalam parlemen, dan memberikan dampak yang signifikan terhadap yuridifikasi²¹ tertentu dalam politik legislasi. Dalam beberapa rancangan undang-undang dari pemerintah yang diajukan ke Parlemen, dapat dilihat pembobotan dalam aspek konstitusionalitas rancangan undang-undang tersebut. Perkembangan tersebut mencerminkan kesadaran hak-hak dasar dalam budaya hukum dan budaya politik dan, karenanya, secara prinsip dapat dianggap sebagai fenomena yang positif. Namun demikian, bahaya yang melekat dalam perkembangan yuridifikasi ini tidak boleh diabaikan.²²

b. Dewan Konstitusi di Perancis

Perancis sejak tahun 1958, berdasarkan Konstitusi Republik Kelima (*La Constitution du 4 octobre 1958*), membentuk *Conseil Constitutionnel* (selanjutnya disebut Dewan Konstitusi) untuk melengkapi lembaga peradilan tertinggi di bidang hukum administrasi (*Conseil d'Etat*). *Dewan Konstitusi* sering dikaitkan sebagai mahkamah konstitusi walaupun *Dewan Konstitusi memiliki perbedaan dengan model mahkamah konstitusi yang lazim di banyak negara*. Perbedaan tersebut disebabkan *Dewan Konstitusi* bukanlah suatu lembaga yudisial, tetapi lebih tepat disebut sebagai lembaga kuasi-yudisial sebagaimana model *The Constitutional Law Committee of Parliament* di Finlandia. Pemilihan model kuasi-yudisial disebabkan penolakan gagasan pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh hakim. Ketika kemudian gagasan tersebut diterima, Perancis mencoba merumuskan bentuknya sendiri. Oleh karena itu model yang dipakai berupa dewan, bukan lembaga yudisial seperti mahkamah konstitusi pada umumnya.²³

Berdasarkan konstitusi Perancis, *Cour de Cassation* terpisah keberadaannya dari *Dewan Konstitusi*. *Cour de Cassation* adalah Mahkamah Agung, lembaga peradilan; sedangkan *Dewan Konstitusi* bukan lembaga peradilan, melainkan lembaga politik. Karena itu sebutannya bukan '*cour*' (pengadilan) tetapi

²¹ Yuridifikasi dapat dimaknai sebagai perkembangan dalam suatu sistem yang mengandalkan proses hukum dan argumen hukum – dengan menggunakan bahasa hukum – menggantikan praktik politik pada umumnya dengan keputusan pengadilan dan formalitas hukum. Makna yuridifikasi tersebut dapat dibandingkan dalam Gordon Silverstein, *Law's Allure: How Law Shapes, Constrains, Saves, and Kill Politics*, New York: Cambridge University Press, 2009.

²² Kaarlo Tuori, "Combining Abstract Ex Ante and Concrete Ex Post Review: The Finnish Model", *Op.cit.*, h. 6.

²³ Munculnya konsep Dewan Konstitusi tersebut tidak dapat dilepaskan dari keinginan untuk membatasi supremasi parlemen agar eksekutif lebih leluasa dalam menjalankan pemerintahan sehari-hari (*day-to-day administration*). Lihat Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi (Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif)*, Jakarta: Pradnya Paramita, 2006, h. 228 – 237.

'*conseil*' (dewan). Perbedaan karakter politik atau hukum dari kedua lembaga ini jelas terlihat pula dalam pola susunan keanggotaan keduanya. Jika di Mahkamah Agung, seluruh anggotanya adalah ahli hukum dan berprofesi sebagai hakim, maka dalam susunan keanggotaan *Dewan Konstitusi* tidak demikian. Anggotanya dapat berasal dari partai politik atau birokrat dan sebagainya, meskipun sebagian terbesar di antaranya selalu para ahli hukum.²⁴ Memang pada hakikatnya fungsi-fungsi yang dijalankan oleh lembaga pengawal konstitusi ini bukanlah fungsi-fungsi peradilan dalam arti yang lazim. Dalam sistem konstitusi Perancis, lembaga ini lebih bersifat kuasi-yudisial.

Keanggotaan Dewan Konstitusi, berdasarkan konstitusi Perancis, terdiri atas 9 (sembilan) anggota. 3 (tiga) orang diangkat oleh Presiden, 3 (tiga) orang diangkat oleh Ketua Majelis Nasional, 3 (tiga) orang diangkat oleh Ketua Senat.²⁵ Selain 9 (sembilan) anggota tersebut terdapat pula posisi keanggotaan *ex officio* bagi mantan Presiden, sebagaimana diatur dalam *Article 56 La Constitution du 4 octobre 1958*: "...*En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République...*". Mantan Presiden yang saat ini menjadi anggota Dewan Konstitusi antara lain Valéry Giscard d'Estaing, Jacques Chirac, dan Nicolas Sarkozy.²⁶ Dengan demikian jumlah keseluruhan dari anggota Dewan Konstitusi adalah 12 (dua belas) orang.

Sistem pengujian yang berlaku di Perancis adalah *ex ante review*, tetapi tahapan pengujiannya bukanlah rancangan undang-undang yang belum disahkan oleh parlemen. Objek pengujian justru adalah rancangan undang-undang yang sudah disahkan oleh parlemen tetapi belum disahkan dan diundangkannya oleh Presiden. Jika, misalnya, parlemen memutuskan dan mengesahkan suatu rancangan undang-undang untuk menjadi undang-undang tetapi kelompok tertentu menganggap rancangan yang telah disahkan itu sebenarnya bertentangan dengan konstitusi, maka kelompok tersebut dapat mengajukan rancangan undang-undang itu untuk diuji konstitusionalitasnya di Dewan Konstitusi. Dewan Konstitusi kemudian memutuskan apakah rancangan undang-undang tersebut bertentangan atau tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.²⁷

²⁴ Pada praktiknya di era kepemimpinan Charles de Gaulle komposisi Dewan Konstitusi didominasi politisi dari kelompok *Gaullist* (loyalis Charles de Gaulle). Walaupun banyak yang merupakan ahli hukum, tetapi pendidikan hukum formal bukan suatu keharusan. *Ibid*, h. 239.

²⁵ *Article 56 La Constitution du 4 octobre 1958*.

²⁶ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/the-members/the-members.25737.html>, diakses 20 April 2013.

²⁷ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konpress, 2006, h. 5.

Wewenang Dewan Konstitusi untuk melakukan pengujian *ex ante* tersebut diatur dalam *Article 61 La Constitution du 4 octobre 1958*:

...Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

*Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.*²⁸

Jika rancangan undang-undang oleh Dewan Konstitusi dinyatakan sah dan konstitusional maka rancangan undang-undang tersebut dapat disahkan dan diundangkan oleh Presiden. Sebaliknya, jika rancangan undang-undang tersebut dinyatakan bertentangan dengan undang-undang dasar, maka rancangan undang-undang itu tidak dapat disahkan, sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sebagai undang-undang.²⁹ Putusan Dewan Konstitusi dalam hal ini memiliki kekuatan yang final dan mengikat. Sifat final dan mengikat dari putusan Dewan Konstitusi tersebut dapat dilihat dalam *Article 62 La Constitution du 4 octobre 1958*: *"...Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application... Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles."*³⁰

Wewenang yang dimiliki Dewan Konstitusi tersebut tidak dapat lepas dari kritik. Kritik terhadap model Dewan Konstitusi terkait wewenang menguji dan menolak rancangan undang-undang oleh orang-orang yang tidak dipilih secara langsung. Menurut Dominique Rousseau, Dewan Konstitusi adalah lembaga yang tidak demokratis jika berdasarkan definisi demokrasi pada umumnya. Dalam demokrasi, keputusan-keputusan dibuat oleh mayoritas rakyat atau perwakilan rakyat, sedangkan pengujian di Dewan Konstitusi dilakukan oleh anggota yang

²⁸ Terjemahan bebas: ...Undang-undang tentang kelembagaan sebelum diundangkan, rancangan undang-undang inisiatif dari anggota Parlemen sebelum diserahkan ke referendum sebagaimana diatur dalam Pasal 11, dan aturan prosedural Parlemen harus – sebelum diberlakukan – dirujuk ke Dewan Konstitusi untuk diuji konstitusionalitasnya.

Untuk tujuan yang sama, undang-undang tentang Parlemen dapat dirujuk pada Dewan Konstitusi, sebelum diundangkan oleh Presiden Republik, Perdana Menteri, Ketua Majelis Nasional, Ketua Senat, enam puluh Anggota Majelis Nasional atau enam puluh Senator.

²⁹ Jimly Asshiddiqie, *Loc.cit.*

³⁰ Terjemahan bebas: ...Ketentuan yang dinyatakan inkonstitusional berdasarkan Pasal 61 tidak dapat diundangkan dan diimplementasikan... Tidak ada banding terhadap putusan Dewan Konstitusi. Putusan tersebut mengikat lembaga negara, seluruh lembaga administratif, dan seluruh lembaga peradilan.

tidak dipilih secara langsung namun dapat membatalkan keputusan pejabat yang dipilih langsung.³¹

Dengan demikian, Dominique Rousseau mengusulkan untuk pendefinisian ulang demokrasi dan konstitusi. Konstitusi pertama kali dirancang sebagai sebuah piagam hak-hak dasar. Konstitusi, sebagai organisasi kekuasaan dan alat pemerintah, bukan untuk menjadi pemikiran belaka. Yang penting adalah adanya jaminan hak-hak dasar. Demokrasi didefinisikan ulang sebagai negara yang dibatasi oleh hukum, dan, lebih tepatnya, sebagai sistem yang menjamin hak asasi manusia melalui mekanisme peninjauan kembali. Dalam sistem ini, rakyat tidak benar-benar melaksanakan kedaulatan mereka tetapi kedaulatan rakyat dilaksanakan melalui kuasa konstituen. Dengan demikian, uji materi undang-undang didasarkan pada kemungkinan divergensi antara kehendak rakyat sebagai kekuatan konstituen dan kehendak wakil sebagai kekuatan mayoritas. Perbedaan terakhir ini penting karena merupakan dasar dari alasan berikut ini: Dewan Konstitusi tidak lagi ditampilkan untuk meniadakan kehendak rakyat, tetapi menjamin kehendak kedaulatan rakyat - sebagaimana dinyatakan dalam teks - kendati mungkin bertentangan dengan kehendak mayoritas politik di parlemen.³²

KESIMPULAN

Pengujian *Ex Ante* di Indonesia (Belajar dari Finlandia dan Perancis)

Jika membandingkan Komite Konstitusi dan *Dewan Konstitusi* maka dapat dijumpai bahwa model yang digunakan memiliki banyak perbedaan. Dewan Konstitusi bukanlah bagian dari kelembagaan parlemen. Selain itu wewenang untuk menguji bukan ditujukan terhadap rancangan undang-undangan - sebagaimana di Finlandia - tetapi terhadap undang-undang yang telah disahkan dan belum diundangkan. Walaupun demikian, sifat preventif kedua model merupakan persamaan yang utama.

Jika model Komite Konstitusi dan Dewan Konstitusi dilihat dari perspektif legisprudensi maka besar kemungkinan kualitas legislasi dapat ditingkatkan karena sifat pengujiannya yang preventif, tetapi perlu diperhatikan bahwa Komite Konstitusi dan Dewan Konstitusi tidak memeriksa kategori-kategori dalam

³¹ Marie-Claire Ponthoreau, "What are the Justifications for French Judicial Review? A Cultural Approach for a Deep Understanding of National Justifications", *Paper presented at Conference on Judicial Review: Why, Where and for Whom?*, Mount Scopus, 31st May - 1st June 2009, h. 4.

³² *Ibid.*

legislasi yang pada umumnya tidak terjangkau oleh pengujian *ex ante*. Aspek teknik legislasi dan manajemen legislasi mungkin tidak diperhatikan, karena fokus lembaga ini adalah memeriksa konstitusionalitas suatu undang-undang yang belum diundangkan. Dalam hal inilah model Komite Konstitusi dan Dewan Konstitusi memiliki kekurangan sebagai instrumen peningkatan kualitas legislasi melalui pendekatan legisprudensi.

Aspek rekrutmen anggota Komite Konstitusi dan Dewan Konstitusi juga memiliki kelemahan. Kedua lembaga tersebut tidak dapat lepas dari aspek politik karena Komite Konstitusi merupakan bagian dari parlemen sedangkan praktik di Dewan Konstitusi menunjukkan anggota-anggotanya tidak dapat lepas dari afiliasi politik. Hal ini diperkuat oleh adanya mekanisme untuk memasukkan mantan Presiden sebagai anggota Dewan Konstitusi. Jika pengujian *ex ante* ingin dilepaskan dari faktor politis dan murni didasarkan pada analisis hukum maka keanggotaan lembaga yang berwenang untuk menguji seharusnya bebas dari afiliasi politik.

Belajar dari pengalaman Finlandia dan Perancis tersebut, jika Indonesia ingin mengkonstruksikan model pengujian *ex ante* haruslah dengan menutupi kelemahan-kelemahan yang ada dari kedua model pembanding tersebut. Parameter pengujian *ex ante* bukan hanya terbatas pada sisi konstitusionalitas rancangan undang-undang tetapi juga pada sisi teknis yuridis dan harmonisasinya dengan undang-undang yang telah lebih dulu ada. Pengujian tersebut sebaiknya dilakukan sebelum pengesahan rancangan undang-undang menjadi undang-undang oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), dan bukan sebelum pengundangan. Pengujian sebelum pengesahan ditujukan untuk menjaga peran DPR sebagai legislator. Karena pengujian tersebut dilakukan sebelum pengesahan, maka putusan dalam pengujian sebaiknya bersifat rekomendasi. Jika rekomendasi dalam putusan tersebut kemudian tidak dilaksanakan, dan setelah diundangkan menimbulkan kerugian konstitusional – yang bukan hanya aktual tetapi juga bersifat potensial dan menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi – maka setiap pihak yang memiliki *legal standing* dapat mengajukan pengujian *post facto* melalui MK.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konpress.
- Barros, Robert, 2002, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan PuSaKO, 2010, *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berpikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif)*, Padang: Pusat Studi Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Andalas.
- Schyff, Gerhard van der, 2010, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of The United Kingdom, The Netherlands and South Africa*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer.
- Silverstein, Gordon, 2009, *Law's Allure: How Law Shapes, Constrains, Saves, and Kill Politics*, New York: Cambridge University Press.
- Syahrizal, Ahmad, 2006, *Peradilan Konstitusi (Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif)*, Jakarta: Pradnya Paramita.
- Tallroth, Paulina, 2012, *Who Safeguards Our Rights? The Finnish Institutions and the Discussion About a Constitutional Court*, Helsinki: Unigrafia.
- Tuori, Kaarlo, 2002, "Legislation Between Politics and Law", dalam *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Ed. Luc J. Wintgens, Oxford dan Portland: Hart Publishing.
- Winter, Heinrich B., 2002, "The Forum Model in Evaluation of Legislation", dalam *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Ed. Luc J. Wintgens, Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Wintgens, Luc J., 2002, "Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence", dalam *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Ed. Luc J. Wintgens, Oxford and Portland: Hart Publishing.

Makalah/Jurnal:

Flores, Imer B., 2009, "Legisprudence: the Role and Rationality of Legislators – Vis a Vis Judges – Towards the Realization of Justice", *Mexican Law Review* Volume 1, Number 2, January – June, h. 91 – 110.

Mader, Luzius, 2001, "Evaluating the Effect: A Contribution to the Quality of Legislation," *Statute Law Review* Volume 22, July, h. 119 – 131.

Natabaya, H.A.S. 2007, "Peningkatan Kualitas Peraturan Perundang-undangan (Suatu Pendekatan *Input* dan *Output*)", *Jurnal Legislasi Indonesia* Volume 4, Nomor 2, Juni, h. 9 – 17.

Ponthoreau, Marie-Claire, 2009, "What are the Justifications for French Judicial Review? A Cultural Approach for a Deep Understanding of National Justifications", *Paper presented at Conference on Judicial Review: Why, Where and for Whom?*, Mount Scopus, 31st May – 1st June.

Tuori, Kaarlo, 2010, "Combining Abstract *Ex Ante* and Concrete *Ex Post* Review: The Finnish Model", *Paper presented at Conference on Judicial Activism and Restraint Theory and Practice of Constitutional Rights*, Batumi, 13th – 14th July.

Voermans, Wim, 2003, "Evaluation of Legislation in the Netherlands", *Legislação* No. 33/34 January – June, h. 33 – 46.

Wintgens, Luc J., 2006, "Legisprudence as a New Theory of Legislation", *Ratio Juris* Volume 19, Number 1, March, h. 1 – 25.