

Yudisialisasi Politik dan Sikap Menahan Diri: Peran Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang

Judicialization of Politics and Judicial Restraint: The Role of the Constitutional Court on the Review of Laws

Bisariyadi

Peneliti pada Pusat Penelitian, Pengkajian Perkara dan
Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi
Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta Pusat
e-mail : bee.sars@gmail.com

Naskah diterima: 21/05/2015 revisi: 2/09/2015 disetujui: 5/09/2015

Abstrak

Dalam menguji konstiusionalitas suatu UU atau kebijakan, Mahkamah Konstitusi dapat mengambil sikap secara aktif atau memilih untuk menahan-diri. Pembeneran teoritis ketika Mahkamah Konstitusi ikut mengubah suatu kebijakan diperoleh dari konsep yudisialisasi politik. Fenomena global menunjukkan adanya peralihan kewenangan mengubah kebijakan ke lembaga peradilan. Konsekuensinya, pembentuk UU menunjukkan adanya perlawanan atas peralihan kewenangan pengambilan kebijakan. Kondisi demikian memaksa mahkamah konstitusi untuk menggunakan strategi lain untuk mengurangi ketegangan politik antar lembaga negara sekaligus tetap melindungi hak-hak warga negara. Mahkamah Konstitusi menggunakan pendekatan menahan-diri untuk memeriksa kebijakan yang masuk dalam ranah kewenangan diskresi dari pembentuk UU. Pendekatan ini disebut oleh Mahkamah Konstitusi sebagai pilihan “kebijakan hukum terbuka”. Kajian ini mengelaborasi tindakan-tindakan yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi

Indonesia dalam menguji konstiusionalitas suatu kebijakan, baik dengan pendekatan konsep yudisialisasi politik maupun menerapkan pendekatan sikap menahan diri. Pada kenyataannya, Mahkamah Konstitusi menggunakan kedua pendekatan ini dalam menguji perkara pengujian konstiusional.

Kata kunci : Yudisialisasi Politik, Sikap Menahan-Diri, Kebijakan Hukum Terbuka, Pengujian Konstiusional

Abstract

In a review of the constitutionality of law or policy, the Constitutional Court can take an aggressive approach or choose to take self-restraint. Theoretical justification on the Court to change or made policy derived from the judicialization of politics. Global phenomenon indicates the shift of policy-making authority towards the judiciary. Consequently, policy makers shows resistance. Such conditions forced the Court to use a number of strategies to reduce political tensions between state institutions while at the same time the Court still protect the rights of citizens. The Court uses self-restraint approach to examine policies which in realm of legislative or executive discretion. This approach is referred to by the Court as an "open(ed) legal policy". This study elaborates on the actions carried out by the Indonesian Constitutional Court to test the constitutionality of law or policy, both in the application of the judicialization of politics nor in the judicial restraint approach. In reality, the Court uses both of these approaches on review the constitutionality of law and policy.

Keywords : *Judicialization of Politics, Judicial Restraint, Open(Eed) Legal Policy, Constitutional Review*

I. PENDAHULUAN

Cabang kekuasaan kehakiman yang diwakili oleh lembaga peradilan, saat ini, memegang peran penting dalam menentukan kebijakan yang diambil oleh penyelenggara negara. Lembaga-lembaga peradilan diseluruh dunia, baik dalam bentuk Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Dewan Konstiusional maupun dalam penyebutan lainnya berperan sangat penting dalam mengubah dan menentukan arah kebijakan nasional yang harus diterapkan. Lembaga peradilan dipersenjatai dengan kewenangan untuk menilai konstiusionalitas suatu kebijakan. Kebijakan yang diambil oleh lembaga perwakilan dalam suatu proses politik menjadi obyek pengujian oleh lembaga peradilan untuk mengukur kesesuaiannya dengan nilai-nilai yang terkandung dalam konstitusi. Lingkup kebijakan yang menjadi obyek pengujian pun bukan persoalan yang ringan. Misalnya, Mahkamah

Konstitusi Indonesia yang menilai konstusionalitas hukuman mati [Putusan Nomor 2-3/PUU-V/2007], Mahkamah Agung Amerika Serikat yang menentukan hasil pemilu Presiden tahun 2000 [*Bush v. Gore*], Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan yang menangani perkara mengenai pengesahan konstitusi dan perubahan konstitusi [Putusan nomor 1996 (4) SA 744 (CC) dan nomor 1997 (2) SA 97 (CC)], Mahkamah Konstitusi Jerman yang menilai kebijakan pemerintah Jerman mengeluarkan paket bantuan penyelamatan (*bailout*) mata uang Euro dan dana penyelamatan untuk Yunani pada tahun 2010 [putusan nomor 1 BVR 987/10, Sept. 7, 2011, 129 BVERFGE 124 (Ger.)], Putusan Mahkamah Konstitusi Korea Selatan yang menolak pemakzulan Presiden Roh Moo-hyun oleh Majelis Nasional di tahun 2004, putusan Mahkamah Agung Kanada yang menangani persoalan keinginan Quebec untuk memisahkan diri dari Kanada [*Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217], kemudian putusan Mahkamah Konstitusi Turki yang mengelaborasi kebijakan negara mengenai sekularisme [perkara nomor: 1970/53, Putusan nomor: 1971/76, tanggal 21 Oktober 1971]. Fenomena ini menunjukkan telah terjadi peralihan kekuasaan dalam hal pengambilan kebijakan dari lembaga-lembaga perwakilan kepada lembaga peradilan.

Meningkatnya kepercayaan terhadap lembaga peradilan untuk menangani persoalan-persoalan yang terkait dengan kebijakan publik dan urusan politik telah menjadi perhatian oleh banyak ilmuwan politik dan ahli hukum. Istilah yang disematkan atas fenomena ini adalah yudisialisasi politik (*judicialization of politics*).¹ Dari sekian banyak literatur yang membahas mengenai konsep *judicialization of politics*,² sebagian besar merujuk pada permasalahan yang berkaitan dengan isu konstusional. Alec Stone Sweet menggambarkan fenomena global mengenai *judicialization of politics* ini secara bernas, dengan mengatakan

"The work of governments and parliaments is today structured by an everexpanding web of constitutional constraints. In a word, European policy-making has been judicialized. Constitutional judges routinely intervene in legislative processes, establishing limits on law-making behavior;

¹ Istilah "yudisialisasi politik" merupakan penerjemahan bebas penulis dari "judicialization of politics". Penggunaan kata "yudisial" dengan akhiran "-sasi" terkesan tidak lazim. Namun, kata dasar "yudisial" telah menjadi kosa kata baku dalam bahasa Indonesia sebagai kata serapan dari "judicial" sebagaimana tercantum pula dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia. Bahkan, kata ini telah menjadi kata yang digunakan dalam UUD untuk menyebut nama sebuah lembaga negara "Komisi Yudisial". Dengan demikian tidak ada keraguan bagi penulis untuk menerjemahkan istilah "judicialisation of politics" secara bebas menjadi "yudisialisasi politik".

² Kajian atas konsep ini antara lain dapat dibaca dalam C. Neal Tate & Torbjorn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London: New York University Press, 1995; Martin Shapiro & Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, 2002; John Ferejohn, "Judicializing Politics, Politicizing Law", 65 *Law & Contemporary Problems*, Volume 65 Issue 41, 2002; Ran Hirschl, "Resituating the Judicialization of Politics: Bush v. Gore as a Global Trend", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 15, Issue 2, 2002, hal 191; Richard H. Pildes, "The Supreme Court, 2003 Term: Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics", *Harvard Law Review* Vol. 118, Issue 29, 2004.

reconfiguring policy-making environments, even drafting the precise terms of legislation.”³

Fenomena ini tidak lepas dari apa yang terjadi di Indonesia. Mahkamah Konstitusi yang diberikan mandat konstitusional untuk menilai konstitusionalitas norma juga menjadi aktor penentu, terutama dalam memainkan peranannya untuk menguji suatu Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar. Telah banyak putusan MK yang membatalkan keberlakuan materi muatan dalam ayat, pasal dan/atau bagian dalam UU yang bertentangan dengan UUD. Dalam beberapa putusan, MK mengubah kebijakan yang telah ditetapkan dalam UU, Misalnya, MK mengubah kebijakan dengan memperbolehkan warga negara untuk menggunakan kartu identitas bagi warga negara yang tidak terdaftar dalam daftar pemilih tetap (DPT) untuk menggunakan hak pilihnya dalam pemilu [Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009]. Selain itu, dalam hal kebijakan mengenai obyek kewenangan yang dapat ditangani oleh praperadilan tidak hanya terbatas yang disebutkan dalam UU Hukum Acara Pidana (UU Nomor 8 Tahun 1981). MK menambahkan “penetapan tersangka, penggeledahan dan penyitaan” menjadi obyek kewenangan yang dapat diperiksa dalam praperadilan [Putusan Nomor 21/PUU-XII/2014]. Tidak hanya terbatas pada materi muatan yang terkandung dalam UU, MK pun pernah memutus untuk membatalkan satu UU secara keseluruhan. Setidaknya, MK telah membatalkan UU Ketenagalistrikan (UU Nomor 20 Tahun 2002),⁴ UU Badan Hukum Pendidikan (UU Nomor 9 Tahun 2009),⁵ UU Perkoperasian (UU Nomor 17 Tahun 2012),⁶ dan UU Sumber Daya Air (UU Nomor 7 Tahun 2004).⁷

Disisi lain, MK tidak selamanya bertindak aktif dalam ikut terlibat untuk mengubah kebijakan. Dalam beberapa putusan, terdapat kesan MK menahan diri (*self-restraint*) untuk menguji suatu kebijakan yang diatur dalam UU. MK mempertimbangkan bahwa pada beberapa permasalahan kebijakan yang diuji bukan merupakan ranah wilayah kewenangan MK untuk mengadilinya. Kebijakan tersebut merupakan pilihan dari pembentuk UU. Apapun pilihan yang diambil oleh pembentuk UU maka dapat dipastikan bahwa pilihan-pilihan tersebut tidak bertentangan dengan konstitusi. MK menyebutnya dengan konsep *open(ed) legal policy*. Misalnya, dalam kebijakan penentuan dan pembentukan daerah pemilihan untuk penyelenggaraan pemilu [Putusan Nomor 6/PUU-XI/2013]. Contoh lain

³ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford: Oxford University Press, 2000, hal. 1.

⁴ Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004

⁵ Putusan Nomor 11-14-21-126-136/PUU-XI/2013, bertanggal 31 Maret 2010

⁶ Putusan Nomor 28/PUU-XI/2013, bertanggal 28 Mei 2014

⁷ Putusan Nomor 85/PUU-XI/2013, bertanggal 18 Februari 2015

adalah dalam kebijakan mengenai mekanisme pemilihan pimpinan Dewan Perwakilan Rakyat [Putusan 73/PUU-XII/2014]. Tidak sedikit putusan-putusan MK yang merupakan bentuk “menahan-diri” (*judicial restraint*) untuk menguji suatu kebijakan dengan mendalilkan bahwa kebijakan tersebut adalah dalam ranah kewenangan pembentuk UU. Hanya saja, hingga kini konsep *open(ed) legal policy* yang dimaksudkan oleh MK masih belum jelas. Kapan suatu kebijakan termasuk dalam kategori yang disebut sebagai *open(ed) legal policy* dan kapan suatu kebijakan memiliki kandungan nilai konstitusional sehingga MK perlu untuk menguji kebijakan tersebut adalah pertanyaan yang perlu dijawab oleh MK. Dengan kata lain, MK perlu merumuskan serangkaian alat ukur untuk mempertimbangkan suatu kebijakan yang masuk dalam kategori konstitusional atau termasuk dalam kelompok *open(ed) legal policy*.

Fenomena yang terjadi di MK dapat dikatakan sebagai suatu paradoks. Kadang MK bersikap sangat aktif, tidak jarang pula MK menahan diri untuk menguji suatu kebijakan yang diambil oleh pembentuk UU. Tulisan ini tidak dimaksudkan untuk mengukur konsistensi MK dalam menguji suatu kebijakan yang diambil oleh pembentuk UU. Tulisan ini hanyalah untuk memberi deskripsi atas peran konstitusional yang dijalankan MK dalam pengujian kebijakan. Bagian pertama dari tulisan ini adalah memberikan deskripsi mengenai MK Indonesia yang juga termasuk dalam fenomena global akan keterlibatan aktif lembaga peradilan dalam perubahan kebijakan. Pada bagian ini akan diulas mengenai konsep “judicialization of politics” yang seringkali disalahartikan dengan *judicial activism* dengan mempersama-padankan. Padahal, dua konsep ini memiliki makna yang berbeda. Di bagian ini juga sekaligus membahas mengenai putusan-putusan MK yang mengubah arah kebijakan yang telah diambil oleh pembentuk UU. Hal ini merupakan penanda bahwa fenomena global mengenai yudisialisasi politik juga terjadi di Indonesia. Sedangkan pada bagian kedua akan dibahas mengenai kondisi yang berbanding terbalik dari fenomena yudisialisasi politik. Kerap kali, MK mengambil sikap menahan-diri untuk menguji suatu kebijakan dengan mengembangkan konsep yang disebut *open(ed) legal policy*. Pada bagian ini akan diulas mengenai konsep *open(ed) legal policy* tersebut sekaligus mengajukan kritisi atas masih samarnya konsep tersebut. MK perlu memperjelas makna *open(ed) legal policy* dengan membuat alat ukur untuk menguji apakah suatu kebijakan masuk dalam kelompok *open(ed) legal policy*. Salah satu hal yang dapat dipertimbangkan adalah dengan menengok pada *political question doctrine* untuk

mengukur nilai suatu kebijakan. Secara garis besar bagian akhir tulisan ini adalah untuk menegaskan mengenai perlu adanya garis batas yang jelas mengenai suatu “kebijakan” perlu diuji kandungan konstitusionalitasnya atau diserahkan kepada pembentuk UU untuk mengambil pilihan kebijakan. Penentuan garis batas itu didasarkan pada serangkaian alat uji yang perlu dirumuskan oleh MK. Serangkaian tes tersebut dapat menjadi penyempurna dari konsep *open(ed) legal policy* yang sering menjadi dalil MK untuk menahan-diri.

II. PEMBAHASAN

A. Yudisialisasi Politik

1. Legitimasi Yudisialisasi Politik

Yudisialisasi politik telah menjadi suatu konsep yang mapan, dimana banyak ditemukan artikel ilmiah yang mengulas mengenai peran lembaga peradilan yang ikut aktif mengubah atau mempengaruhi kebijakan. Kajian yudisialisasi politik banyak dilakukan dengan menganalisa keterlibatan lembaga peradilan dalam pengambilan kebijakan di sebuah negara maupun dengan pendekatan komparatif dalam suatu kawasan. Misalnya, kajian yudisialisasi politik di kawasan Amerika Latin,⁸ di kawasan Asia,⁹ dan di kawasan Asia Tenggara terutama menyoroti Filipina.¹⁰ Banyak juga kajian yudisialisasi politik yang terjadi di sebuah negara seperti di Brazil,¹¹ Mesir,¹² Jerman,¹³ Israel,¹⁴ Belanda,¹⁵ dan Korea Selatan.¹⁶

Pada awalnya, keterlibatan lembaga peradilan dalam pengambilan kebijakan tidaklah diperhitungkan. Pengambilan kebijakan semata menjadi persoalan politik yang berada diluar dari jangkauan urusan hukum yang ditangani oleh lembaga peradilan. Namun, urusan pengambilan kebijakan mengalami pergeseran dari urusan politik menjadi masalah hukum yang menjadi bagian kewenangan pengadilan. Dalam kesimpulan Ran Hirschl,

⁸ Rachel Sieder (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York: Palgrave Macmillan, 2005.

⁹ Bjoern Dressel (ed.), *The Judicialization of Politics in Asia*, Routledge Law in Asia, 2012

¹⁰ C. Neal Tate, “The Judicialization of Politics in the Philippines and Southeast Asia,” *International Political Science Review*, vol. 15, no. 2, April 1994, hal. 187-197

¹¹ Estefânia Maria De Queiroz Barboza dan Katya Kozicki, “Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court”, *Revista Direito GV*, Vol. 8, no. 1, 2012, hal 59-85

¹² Tamir Moustafa, “Law versus the State: The Judicialization of Politics in Egypt”, *Law & Social Inquiry*, Vol. 28, Issue 4, 2003, hal 883-930.

¹³ Christine Landfried, “The Judicialization of Politics in Germany,” *International Political Science Review*, Vol. 15, Issue 2, 1994, hal. 113-124.

¹⁴ Martin Edelman, “The Judicialization of Politics in Israel.” *International Political Science Review*, Vol. 15, Issue 2, 1994, hal. 177-186.

¹⁵ Jan Ten Kate, dan Peter J. Van Koppen, “Judicialization of Politics in the Netherlands: Towards a Form of Judicial Review.” *International Political Science Review*, Vol. 15, Issue 2, 1994, hal 143-151.

¹⁶ Jonghyun Park, “The Judicialization of Politics in Korea,” *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, Vol. 10, Number 1, 2008, hal 62.

yudisialisasi politik adalah “... *the ever-accelerating reliance on courts and judicial means for addressing core moral predicaments, public policy questions, and political controversies.*”¹⁷ Lembaga peradilan tidak hanya menangani perkara penyelesaian pihak yang bersengketa. Dengan dibekali kewenangan untuk menguji suatu kebijakan, lembaga peradilan terlibat dalam perubahan kebijakan yang selama ini menjadi urusan pemerintahan dan lembaga perwakilan. Pengadilan terlibat dalam penyelesaian persoalan perlindungan hak konstitusional warga negara mengenai kebebasan berserikat, kebebasan warga negara dalam menyatakan pendapat dan berekspresi, hak dan kedudukan warga negara yang sama dalam hukum dan pemerintahan, kebebasan memeluk agama dan kepercayaan, hingga penyelesaian perkara mengenai kebijakan publik yang menyangkut prosedur dalam hukum acara pidana, perdagangan, sistem pendidikan, ketenagakerjaan, kehutanan sampai dengan persoalan kebijakan mengenai lingkungan hidup.

Konsep yudisialisasi politik banyak dirujuk untuk isu-isu yang bersifat konstitusional. Akan tetapi, kata “yudisialisasi” juga dapat disematkan pada persoalan dalam ranah yang lebih implementatif seperti dalam urusan administrasi pemerintahan.¹⁸ Makna konsep “yudisialisasi” sendiri dijabarkan secara gamblang oleh Alec Stone Sweet.¹⁹ Dalam analisisnya, “yudisialisasi” diawali dari hubungan sosial antara dua pihak (*dyadic*) yang bergeser dengan melibatkan adanya pihak ketiga. Hubungan antara dua pihak bertahan atas dasar adanya timbal balik. Hubungan timbal balik ini tidak selamanya dapat bertahan bilamana terdapat ketidaksepakatan para pihak mengenai hak dan kewajiban masing-masing. Ketika terjadi konflik, salah satu pihak dapat memaksakan kepentingannya kepada yang lain sehingga konflik dapat diredam. Pilihan lainnya, kedua-belah pihak dapat bersepakat untuk menyelesaikan permasalahan dengan melibatkan pihak ketiga sebagai penengah. Pada saat masuknya pihak ketiga sebagai wasit dalam menangani konflik menciptakan struktur hubungan tiga pihak (*triadic*), ketika itulah sebuah pemerintahan dimulai. Dalam hubungan tiga pihak, secara tidak langsung, pihak ketiga yang bertindak sebagai penengah menciptakan serangkaian aturan sebagai panduan untuk bertindak pada masa yang akan datang. Penengah kini berubah status

¹⁷ Ran Hirschl, “The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, Issue 2, 2006, hal. 721-754.

¹⁸ Tom Ginsburg, “The Judicialization of Administrative Governance Causes, Consequences and Limits”, *National Taiwan University Law Review*, Vol 3, Issue 2, 2008, hal 1.

¹⁹ Alec Stone Sweet, “Judicialization and the Construction of Governance” dalam Martin Shapiro dan Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, New York: Oxford 2002. hal. 55-90

menjadi “pemerintah”. Dalam pola hubungan ini, persoalan baru akan muncul dalam proses penerapan aturan. “Pemerintah” berpotensi untuk konflik dengan pihak yang menjadi obyek berlakunya peraturan. Pola penyelesaian konflik dapat dilakukan dengan pendekatan kekuasaan atau dapat menarik pihak ketiga dalam rangkaian upaya penyelesaian konflik. Ketika pihak ketiga masuk dalam pola penyelesaian konflik antara “pemerintah” dengan obyek berlakunya aturan maka disaat inilah terjadi “yudisialisasi”.

Yudisialisasi, pada dasarnya, adalah lembaga peradilan yang memainkan peran untuk membuat kebijakan (*judicial policy making*). Peranan ini sah dimainkan oleh pengadilan dan sejatinya termasuk dalam kewenangan sebuah peradilan modern. Kesimpulan ini diperoleh Feeley dan Rubin berdasarkan analisisnya atas putusan-putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat yang memeriksa perkara mengenai reformasi kondisi penjara di Amerika antara tahun 1965 hingga 1990.²⁰ Kesimpulan yang sama juga disampaikan oleh Owen Fiss. Lebih tegas, Fiss berpendapat bahwa sebagai cabang kekuasaan, lembaga peradilan, memiliki peran dan fungsi yang sama dengan cabang kekuasaan lainnya dalam menentukan nilai-nilai yang berlaku di masyarakat.

“The legislative and executive branches of government, as well as private institutions, have a voice; so should the courts. Judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent.”²¹

Sebuah masyarakat modern menuntut peran negara dalam setiap bidang kehidupan. Peranan negara diatur dalam konstitusi. Konstitusi juga menetapkan sekaligus membatasi kekuasaan negara atas dasar jaminan perlindungan bagi hak dan kebebasan warga negara. Kekuasaan negara tidak boleh mendominasi kebebasan warga negara. Nilai-nilai inilah yang dikandung dalam konstitusi. Namun demikian, nilai-nilai konstitusional itu sering kali bersifat ambigu dan mengandung banyak arti yang dapat ditafsirkan berbeda-beda. Oleh karenanya, konstitusi perlu diterjemahkan ke dalam bahasa yang “membumi” dan dapat dioperasionalkan, serta bilamana terdapat konflik maka perlu ditetapkan prioritas untuk mendahulukan hal-hal yang lebih utama. Salah satu proses penerjemahan konstitusi adalah yang dilakukan dalam forum peradilan, atau yang disebut dengan ajudikasi yaitu

²⁰ Malcolm M. Feeley dan Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State: How The Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

²¹ Owen M. Fiss, “Foreword: The Forms of Justice,” *Harvard Law Review*, Vol 93, 1979, hal. 1.

*“... the social process by which judges give meaning to our public values.
... the judge tries to give meaning to our constitutional values ...”²²*

2. Penerapan Konsep Yudisialisasi Politik

Ketika lembaga peradilan menafsirkan nilai-nilai konstitusional, pada saat yang sama, lembaga peradilan juga sedang menguji suatu kebijakan melalui ukuran konstitusional. Dalam kondisi ini terjadi persinggungan antara hukum dan politik. Suatu kebijakan merupakan lembaga politik sedangkan lembaga peradilan adalah lembaga hukum. Terdapat wacana dalam membangun teori konstitusi yang memisahkan hukum dari politik. Namun, wacana tersebut jauh dari kenyataan karena sejarah membuktikan bahwa memisahkan hukum dari politik, terlebih dalam hal yang berkaitan dengan konstitusi, adalah tidak mungkin dilakukan.

“There clearly is a longstanding and central societal belief that law and politics are not the same and should not be considered as such. At the same time, however, history suggests that a strict separation of law and politics is—and always has been—implausible.”²³

Hukum adalah politik, tetapi politik belum tentu hukum.²⁴ Dalam pandangan Kelsen, hukum adalah politik. Yang dimaksud dengan politik *“... is the process through which competing choices over public policy are made and the exercise of state power to enforce these choices is legitimated”*.²⁵ Politik diformulasikan melalui serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh lembaga yang berwenang untuk membuat dan menegakkan norma hukum, termasuk lembaga peradilan. Ketika lembaga peradilan menguji konstitusionalitas dari peraturan perundang-undangan, maka peradilan terlibat dalam proses legislasi. Dalam kerangka ini, lembaga peradilan melakukan fungsi politik dan proses legislasi.²⁶ John E. Ferejohn memformulasikan gagasan Kelsen secara bernas, dengan mengatakan bahwa

*“... constitutional adjudication involves legislating as well as judging.
The processes by which constitutional adjudicators make or declare*

²² *Ibid.*, hal 2

²³ Barry Friedman, “The Politics of Judicial Review,” *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 2, December 2005, hal 264

²⁴ Alec Stone Sweet, “The Politics of Constitutional Review in France and Europe,” *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 1, January 2007. Hal 72

²⁵ Richard Hodder-Williams, “Six Notions of ‘Political’ and the United States Supreme Court,” *British Journal Political Science*, Vol. 22, No. 1, 1992, hal. 1-20.

²⁶ Hans Kelsen, *The Jurisdictional Protection of the Constitution*, sebagaimana dikutip dalam Alec Stone Sweet, “The Politics of Constitutional Review in France and Europe,”. Hal 72

general rules are different from those employed in ordinary legislatures, and the considerations and arguments taken into account are different, but constitutional adjudicators are still legislating."²⁷

Namun, Kelsen membedakan peranan parlemen dan mahkamah konstitusi dalam membuat hukum. Parlemen adalah *positive legislators*. Parlemen memiliki kewenangan untuk membuat aturan hukum secara bebas berdasarkan rujukan kebijakan pilihannya yang hanya dibatasi oleh konstitusi. Sedangkan mahkamah konstitusi adalah *negative legislators* dimana kewenangannya terbatas pada pembatalan keberlakuan UU yang bertentangan dengan konstitusi. Kelsen membedakan peran parlemen dan mahkamah konstitusi dengan didasarkan pada tiadanya ketentuan hak konstitusional yang dapat ditegakkan. Berdasarkan asumsi Kelsen bahwa terdapat potensi yang berbahaya bila hak menjadi dasar pengujian suatu peraturan. Dalam upayanya menelaah lingkup dari hak-hak tersebut, mahkamah konstitusi akan menjadi *omnipotent superlegislators*.²⁸ Akan tetapi, peringatan Kelsen ini diabaikan oleh pengikutnya sendiri. Akibatnya, sebagaimana pengamatan Stone Sweet "... *constitutional judges have become positive legislators to the extent that they, in fact, protect rights.*"²⁹

Dalam mengambil peran tersebut, keberadaan mahkamah konstitusi menjadi sangat diperhitungkan dalam pengambilan kebijakan. George Tsebelis menyebut konsep ini dengan istilah *veto-player* yaitu seseorang atau lembaga yang keputusannya sangat menentukan dalam pengambilan kebijakan.³⁰ Gambaran keaktifan mahkamah konstitusi ikut andil dalam mengambil peran pengambilan kebijakan banyak dilihat di negara-negara bekas Komunis di Eropa Timur disebabkan faktor transisi sebuah rezim.³¹ Contoh kasus yang banyak dikutip mengenai keterlibatan mahkamah konstitusi dalam perubahan kebijakan, terutama dibidang kesejahteraan sosial, adalah di Hongaria dan Polandia.³²

Namun, keterlibatan mahkamah konstitusi dalam mengambil peran pengambil kebijakan tidak selalu berakhir pada adanya perubahan sosial

²⁷ John E. Ferejohn, "Constitutional Review in Global Context," *Legislation and Public Policy*, Vol. 6 No. 49, 2002, hal 52-53

²⁸ *Op. Cit.*, Alec Stone Sweet, "The Politics of Constitutional Review in France and Europe," Hal. 83

²⁹ *Ibid.*, Hal 84

³⁰ George Tsebelis, "Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism," *British Journal of Political Science*, Vol. 25, No. 3, July 1995, hal. 289

³¹ Herman Schwartz, "Eastern Europe's Constitutional Courts," *Journal of Democracy*, Vol. 9 Number 4, October 1998, hal 100-114

³² Bojan Bugarcic, "Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition," *Harvard International Law Journal*, Vol. 42, 2001, hal. 247-288; Andras Sajó, "How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform," *East European Constitutional Review*, Vol. 5, 1996, hal. 31-41.

dimasyarakatkan secara drastis. Ada pandangan, berdasarkan pada hasil riset, yang menyimpulkan bahwa putusan mahkamah konstitusi tidak berhasil mengubah apapun. Contohnya, putusan mahkamah agung Israel yang melarang bentuk diskriminasi terhadap warga Arab dalam hal distribusi hak memperoleh rumah yang tidak dipatuhi dan tidak mengubah apapun dalam kenyataannya. Diskriminasi terhadap warga Arab untuk memperoleh rumah di Israel tetap terjadi.³³ Dalam pandangan yang lebih moderat, keberadaan mahkamah konstitusi adalah pertanda dari bentuk “demokrasi kesepakatan” (*consensus democracy*).³⁴ Yang dimaksud dengan demokrasi kesepakatan adalah kebalikan dari demokrasi mayoritas yaitu pencarian kompromi antara pelbagai institusi politik dan melibatkan kelompok-kelompok kepentingan dalam pengambilan keputusan.³⁵ Dalam kerangka ini, mahkamah konstitusi digolongkan dalam lembaga politik, tetapi lembaga politik khusus.³⁶ Mahkamah konstitusi bukanlah parlemen (lembaga perwakilan) dan hakim konstitusi bukanlah wakil rakyat. Oleh karenanya, ketika mahkamah konstitusi membuat kebijakan maka legitimasi putusan harus didasarkan pada pertimbangan hukum yang kokoh dan meyakinkan.³⁷

Fenomena ini terjadi di Indonesia. Mahkamah Konstitusi juga mengubah kebijakan dengan bertindak selaku *positive legislator*. Putusan-putusan MK merumuskan kebijakan baru dalam rangka melindungi hak-hak warga negara yang terlanggar maupun hilang. Untuk melindungi hak memilih warga negara yang tidak tercatat dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT), MK merumuskan kebijakan baru dalam amar putusannya.³⁸ Adanya ketentuan yang mengharuskan seorang warga negara terdaftar sebagai pemilih dalam Daftar Pemilih Tetap merupakan prosedur administratif dan tidak boleh menegasikan hal-hal yang bersifat substansial yaitu hak warga negara untuk memilih (*right to vote*) dalam pemilihan umum. MK memandang perlu adanya solusi untuk melengkapi DPT yang sudah ada sehingga penggunaan hak pilih warga negara tidak terhalangi. MK merumuskan kebijakan bahwa dalam hal

³³ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press 2004, hal. 206–207

³⁴ Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, London & New Haven, CT: Yale University Press 1999, hal. 216.

³⁵ Margit Tavits, “The Size of Government in Majoritarian and Consensus Democracies,” *Comparative Political Studies*, Vol. 37, Issue 3, 2004, hal. 340–359; Klaus Armingeon, “The Effects of Negotiation Democracy: A Comparative Analysis,” *European Journal of Political Research*, Vol. 41, Issue 1, 2002, hal. 81–105.

³⁶ Taavi Annus, “Courts as Political Institutions”, *Notes*, Vol. 2, 1997, hal.30.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009 bertanggal 6 Juli 2009

warga negara yang tidak tercatat dalam DPT dapat: (1) menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) yang masih berlaku atau Paspor yang masih berlaku bagi Warga Negara Indonesia yang berada di luar negeri; (2) KTP harus dilengkapi dengan Kartu Keluarga (KK) atau nama sejenisnya; (3) hanya dapat digunakan di Tempat Pemungutan Suara (TPS) yang berada di RT/RW atau nama sejenisnya sesuai dengan alamat yang tertera di dalam KTP-nya; (4) Sebelum menggunakan hak pilihnya, warga negara bersangkutan mendaftarkan diri terlebih dahulu; (5) pendaftaran dilakukan pada 1 (satu) jam sebelum selesainya pemungutan suara di TPS atau TPS Luar Negeri setempat.

Dalam putusan Nomor 1 PUU-VII/2010, MK mengubah batasan pengertian anak yang bisa diadili dimuka pengadilan pidana khusus mengenai anak. UU Pengadilan Anak (UU nomor 3 tahun 1997) menentukan bahwa yang disebut anak adalah sekurang-kurangnya berusia 8 tahun. MK mengubah batas usia tersebut menjadi 12 tahun. Pertimbangan MK adalah batas usia 8 tahun mengurangi hak hidup (*rights to life*), hak kelangsungan hidup (*rights to survival*), dan hak tumbuh kembang anak (*rights to develop*) yang ditujukan sebagai bentuk *affirmative action* untuk seorang anak. Selain itu, penetapan usia minimal 12 sebagai ambang batas usia pertanggungjawaban hukum bagi anak merupakan praktik yang telah diterapkan disebagian negara-negara sebagaimana juga direkomendasikan oleh Komite Hak Anak PBB dalam *General Comment*, 10 Februari 2007. Pembentuk UU di Indonesia (DPR dan Presiden) mengakomodasi putusan ini. Dalam perubahan UU Pengadilan Anak menjadi UU Sistem Peradilan Pidana Anak (UU nomor 11 tahun 2012), batas usia anak ditetapkan sesuai dengan putusan MK yaitu 12 tahun.

Persyaratan calon kepala daerah untuk ikut serta dalam pemilihan yang ditetapkan dalam UU secara jelas melarang seorang narapidana, khususnya narapidana yang pernah melakukan tindak pidana dengan ancaman hukuman 5 tahun penjara atau lebih. Persyaratan ini diuji konstitusionalitas ke hadapan majelis hakim konstitusi oleh seorang warga negara yang merupakan mantan narapidana dan pernah menjalani hukuman penjara atas penganiayaan yang menyebabkan kematian. Pemohon hendak mencalonkan diri sebagai walikota Pagar Alam. Ketika akan mengajukan pencalonan diri, pemohon terhalang oleh adanya persyaratan tersebut. Atas permintaan pemohon, MK memutuskan untuk merumuskan kebijakan baru atas persyaratan pencalonan mantan narapidana.

MK berpendapat bahwa pemberlakuan syarat bagi mantan narapidana untuk ikut serta dalam pemilihan kepala daerah adalah bertentangan dengan asas persamaan dihadapan hukum (*equality before the law*) dan melanggar hak untuk memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan. Meskipun demikian, MK tetap membatasi seorang mantan narapidana untuk ikut serta dalam pemilihan kepala daerah dengan syarat sebagai berikut: (1) tidak berlaku untuk jabatan yang dipilih (*elected officials*); (2) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya; (3) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan narapidana; (4) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.³⁹ Khusus berkaitan dengan syarat kedua sebagaimana disebutkan diatas, MK mempertimbangkan kembali penerapan syarat tersebut ketika menguji Pasal 7 huruf g UU Nomor 8 Tahun 2015. Kemudian, MK berpendapat bahwa syarat tersebut tidak lagi diperlukan dengan alasan bahwa seorang mantan narapidana yang telah secara berani dan terbuka mengemukakan statusnya tersebut tidak sepatutnya diperikan hukuman tambahan dengan menunggu jeda hingga 5 tahun. Oleh karenanya, syarat batas jangka waktu 5 tahun sejak selesai menjalani hukuman tidak lagi berlaku.⁴⁰

3. Serangan Politik terhadap Mahkamah Konstitusi

Parlemen sebagai pemegang kuasa untuk membuat kebijakan, tidak selamanya berdiam diri atas pergeseran kekuasaan untuk membuat kebijakan ini. Ada kalanya, parlemen melakukan pergerakan politik untuk membatasi keaktifan mahkamah konstitusi. Perjalanan sejarah telah menunjukkan adanya upaya parlemen (DPR) untuk membatasi kewenangan MK dengan melakukan perubahan UU yang mengatur mengenai MK. Dalam salah satu ketentuan pada perubahan UU MK terdapat klausula yang menentukan bahwa putusan MK tidak boleh memuat: (1) amar putusan selain dari pernyataan bahwa suatu UU bertentangan dengan UUD dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, (2) perintah kepada pembuat Undang-Undang; (3) rumusan norma baru.⁴¹ Tak selang lama, keberadaan ketentuan pembatasan isi amar putusan

³⁹ Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009 bertanggal 24 Maret 2009

⁴⁰ Putusan Nomor 42/PUU-XIII/2015 bertanggal 9 Juli 2015

⁴¹ Pasal 57 ayat (2a) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

MK diajukan pengujian konstitusionalnya oleh seorang warga negara. Ketika menguji norma pembatasan tersebut, MK berpendapat bahwa ketentuan bertentangan dengan konstitusi karena menghalangi MK untuk

“... (i) menguji konstitusionalitas norma; (ii) mengisi kekosongan hukum sebagai akibat putusan Mahkamah yang menyatakan suatu norma bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Sementara itu, proses pembentukan Undang-Undang membutuhkan waktu yang cukup lama, sehingga tidak dapat segera mengisi kekosongan hukum tersebut; (iii) melaksanakan kewajiban hakim konstitusi untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat;”⁴²

Contoh kasus pertentangan politik antara MK dengan parlemen yang terjadi di Indonesia tidaklah seberapa dibandingkan yang terjadi di belahan dunia lain. Di Polandia pada tahun 2007, dewan konstitusi (*the Polish Constitutional Tribunal*) berbeda pendapat secara tajam dengan pemerintahan rezim Kaczynski. Pemerintah Kaczynski dalam rangka peralihan dari sistem komunis menghendaki untuk membersihkan unsur-unsur dan agen-agen komunis dari sektor publik dengan menyusun rancangan UU mengenai pemutihan (*lustration law*). Ketika rancangan UU ini diuji oleh Dewan Konstitusi, Ketua Dewan Konstitusi Jerzy Stepien mengingatkan “...a state based on the rule of law should not fulfill a craving for revenge instead of fulfilling justice”.⁴³ Sebelumnya, pemerintahan Kaczynski mengancam akan membuka semua arsip-arsip polisi rahasia jika dewan konstitusional membatalkan rancangan UU tersebut. Pada tahun yang sama (2007), di Ukraina juga terjadi krisis politik mengenai pembubaran parlemen Ukraina. Presiden Ukraina saat itu, Viktor Yushchenko, memerintahkan pembubaran parlemen dan menyusun jadwal pemilu dipercepat. Perintah pembubaran parlemen tersebut diajukan kepada mahkamah konstitusi untuk menilai konstitusionalitasnya. Mahkamah konstitusi berada di tengah pusaran persoalan politik yang besar. Tekanan politik demikian berat sehingga menyebabkan ketua mahkamah konstitusi mengundurkan diri. Salah satunya dari kepala kepolisian, yang berpihak pada presiden, menyatakan bahwa polisi tetap bersikap netral dan tidak sedang menekan mahkamah konstitusi tapi membenarkan bahwa salah satu

⁴² Putusan nomor 48/PUU-IX/2011, Paragraf [3.13] tanggal 18 oktober 2011

⁴³ “Poland’s Anti-Communist Law ‘Unconstitutional.’” *The Daily Telegraph* tertanggal 12 May 2007 sebagaimana dikutip dalam Renata Uitz, “Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What Makes a Question Too Political?”, *Juridica International*, Vol. 13, Issue 2, 2007, hal 47-59

hakim konstitusi sedang diperiksa atas tuduhan korupsi. Setelah itu, 3 hakim konstitusi dicopot dari jabatannya dan 4 mengajukan cuti sehingga Presiden menyatakan bahwa mahkamah konstitusi tidak dapat menyelenggarakan sidang hingga waktu yang belum ditentukan.⁴⁴ Mahkamah Konstitusi Hongaria juga mengalami hal yang sama pada tahun 2012. Serangan politik yang dilancarkan juga demikian hebat yaitu melalui perubahan konstitusi. Dalam aturan konstitusional baru, kewenangan mahkamah konstitusi dibatasi dan tatacara pemilihan hakim konstitusi pun diubah sehingga menguntungkan rezim yang berkuasa.⁴⁵

Beberapa kasus diatas merupakan bagian dari serangan-serangan para politisi terhadap independensi mahkamah konstitusi. Serangan tersebut merupakan hal yang lazim dijumpai ketika peradilan dianggap melampaui kewenangan yang diembannya. Dalam upayanya menyerang kemerdekaan peradilan, beragam hal yang dapat dilakukan oleh politisi, seperti membatasi kewenangan lembaga peradilan; menambah kewenangan lembaga peradilan tanpa memberi tambahan sumber daya; mempolitisasi perekrutan hakim; hingga menunda pencairan anggaran yang dibutuhkan lembaga peradilan.⁴⁶ Erwin Chemerinsky menelaah kondisi-kondisi dimana serangan politik yang dapat dilakukan melalui pembentukan dan perubahan peraturan perundang-undangan untuk mengancam kemerdekaan peradilan.⁴⁷ Menurutnya, ada 8 tindakan legislatif yang dapat mengancam independensi peradilan, yaitu:

*(1) Legislative actions that undermine the institutional functioning of the court; (2) Legislation that dictates the result in particular cases; (3) Legislation that dictates procedures in particular cases and particular classes of cases; (4) Legislation that restricts the jurisdiction of courts. (5) Legislation that restricts remedies that can be imposed by courts. (6) Legislation that limits the traditional discretion of courts; (7) Legislation that assigns nonjudicial functions to the courts; (8) Legislation that changes substantive law in response to judicial decisions.*⁴⁸

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Joakim Nergelius, "The Hungarian Constitution of 2012 and its Protection of Fundamental Rights," *European Policy Analysis*, Vol. 3, 2012, hal 2-3

⁴⁶ Philip A. Talmadge, "Understanding the Limits of Power: Judicial Restraint in General Jurisdiction Court Systems," *Seattle University Law Review*, vol, 22, 1999, hal. 696; lihat juga Stephen B. Bright, "Political Attacks on the Judiciary: Can Justice Be Done Amid Efforts to Intimidate and Remove Judges from Office for Unpopular Decisions?," *New York University Law Review*, Vol. 72, 1997, hal 310.

⁴⁷ Erwin Chemerinsky, "When Do Lawmakers Threaten Judicial Independence?," *Trial*, Vol. 34, Nov. 1998, hal. 62-71

⁴⁸ *Ibid.*

B. Sikap Menahan-diri (*Judicial Restraint*)

1. Batasan dan Bentuk Sikap Menahan diri

Serangan politik yang ditujukan kepada mahkamah konstitusi adalah konsekuensi dari sikap agresif yang diambil dengan mengubah kebijakan sebagai produk politik yang dihasilkan oleh lembaga perwakilan. Oleh karenanya, mahkamah konstitusi tidak selalu bertindak aktif. Beragam strategi yang dilakukan oleh lembaga peradilan untuk mengurangi tegangan politik dengan lembaga negara lain, terutama legislatif dan eksekutif.⁴⁹ Strategi yang dapat diambil oleh lembaga peradilan adalah dengan memilah kasus yang cenderung bersifat “aman” dan menghindari perkara yang bermuatan politik. Strategi ini digunakan oleh mahkamah konstitusi Rusia, sebagaimana penelitian yang dilakukan oleh Epstein, Knight dan Shvetsova yang menyimpulkan “...*the Court has not seriously challenged the President's power, even though it has had several opportunities to do so; rather, it has limited his authority only in cases in which the issues were less visible and less “highly charged”*”.⁵⁰ Strategi lainnya yang diterapkan oleh mahkamah konstitusi untuk mengurangi ketegangan politik dengan lembaga negara lain adalah dengan menunda keberlakuan putusan. Sifat putusan peradilan yang berlaku secara umum adalah bahwa putusan memiliki kekuatan hukum mengikat setelah dibacakan dalam sidang terbuka. Akan tetapi, mahkamah konstitusi melakukan penyimpangan atas asas umum ini dengan menunda berlakunya putusan demi memberi waktu bagi parlemen untuk mengubah kebijakannya. Misalnya, mahkamah konstitusi Afrika Selatan menunda keberlakuan putusan pembatalan UU perkawinan yang melarang adanya perkawinan sesama jenis, dalam kasus *Minister of Home Affairs v. Fourie*.⁵¹ Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan memberi waktu satu tahun sejak dibacakannya putusan kepada parlemen untuk mengubah UU perkawinan tersebut. Pada hari terakhir dari batas waktu yang ditentukan oleh MK Afrika Selatan, parlemen menerbitkan UU Perikatan Sipil (*Civil Union Act*). Hal yang sama juga diterapkan di pengadilan tinggi Hong Kong dalam *W v. Registrar of Marriages*.⁵² Pengadilan Tinggi Hong Kong menyatakan untuk menunda keberlakuan putusannya yang membatalkan ketentuan UU yang

⁴⁹ Stephen Gardbaum, “Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?” *Columbia Journal Of Transnational Law*, vol. 53, 2015, hal. 309-311.

⁵⁰ Lee Epstein, Jack Knight, dan Olga Shvetsova. “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government.” *Law and Society Review*, 2001, Hal. 149

⁵¹ 2006 (1) SA 524 (CC) (S. Afr.).

⁵² *W v. Registrar of Marriages* [2013] HKCFA 39 (13 May 2013)

mengatur mengenai larangan pernikahan bagi *transgender*. Di Indonesia, MK juga menerapkan hal yang sama. Dalam pengujian mengenai kewenangan pengadilan untuk memeriksa perkara-perkara korupsi, MK memberi jeda waktu 3 tahun sampai parlemen membentuk pengadilan khusus mengenai tindak pidana korupsi.⁵³

Strategi mengambil jarak dengan menahan diri dan memberi ruang gerak kepada pembentuk UU merupakan upaya untuk mengurangi ketegangan politik antar lembaga negara. Sikap menahan diri adalah terjemahan bebas dari (*judicial (self)-restraint*). Tidak ada padanan istilah dalam bahasa Indonesia yang menjelaskan konsep yang sama. Dalam kajian literatur, istilah *judicial restraint* bermula dari artikel ditulis oleh James Thayer di tahun 1893 yang mengungkapkan pentingnya *judicial restraint* demi tercapainya administrasi pemerintahan mandiri.⁵⁴ Setelah itu, konsep *judicial restraint* dipadankan dengan beragam istilah oleh beragam ilmuwan hukum dan politik yang memiliki makna yang tidak jauh berbeda. Alexander Bickel memperkenalkan istilah *passive virtues* ketika melihat lembaga peradilan menghindari untuk melampaui kewenangannya dalam menguji suatu kebijakan.⁵⁵ Kemudian ada Cass Sunstein yang menggunakan istilah *judicial minimalism* untuk makna yang kurang lebih sama dengan *judicial restraint*.⁵⁶ Selain itu, banyak kajian yang ditulis dengan maksud agar lembaga peradilan mengambil sikap menahan diri dan tidak mengambil sikap berhadapan-hadapan (*vis a vis*) dengan lembaga negara lain dalam melakukan pengujian suatu UU atau ketika menafsirkan arti dari konstitusi.⁵⁷ Secara umum, istilah *judicial restraint* sendiri sulit untuk diberikan batasan yang tegas karena mengandung makna yang luas. Richard A. Posner mengasosiasikannya dengan bunglon (*chameleon*).⁵⁸ Istilah ini dapat

⁵³ Putusan Nomor 016-PUU-IV/2006 bertanggal 19 Desember 2006.

⁵⁴ James B. Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law," *Harvard Law Review*, Vol.7, 1893, hal. 129-156

⁵⁵ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press, 1962

⁵⁶ Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press 1999.

⁵⁷ John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press 1980; Lihat juga Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Court*, Princeton University Press, 2000

⁵⁸ Richard A. Posner, "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint," *California Law Review*, Vol. 100, 2012, Hal 521

Dalam tulisan lainnya, Posner menyebutkan bahwa "The term "judicial self-restraint" could be used in at least five different senses: (1) A self-restrained judge does not allow his own views of policy to influence his decisions. (2) He is cautious, circumspect, hesitant about intruding those views. (3) He is mindful of the practical political constraints on the exercise of judicial power. (4) His decisions are influenced by a concern lest promiscuous judicial creation of rights result in so swamping the courts in litigation that they cannot function effectively. (5) He wants to reduce the power of his court system relative to that of other branches of government." Richard A. Posner, "The Meaning of Judicial Self-Restraint," *Indiana Law Journal* Vol. 59, Issue 1 (1983), hal. 10

Selain itu, terdapat "...three approaches may lie behind doctrines of restraint: deference, reticence, and prudence. The deferential approach consists in avoiding contrasts with the decisions of other branches of government, the reticent approach is founded on the assumption that judges should not be making policy decisions, and the prudential approach is suggested on the grounds that judges should avoid making decisions that may well impair their capacity to make other decisions" Richard A. Posner. *The Federal Courts*. Cambridge, MA: Harvard University Press 1996, hal. 314

digunakan pada konteks yang berbeda. Lebih lanjut, Posner mengkaji secara dalam istilah *judicial (self) restraint* dan melakukan pengelompokan atas kajian-kajian yang telah dilakukan dalam 3 kategori, yaitu (1) *legalism*, (2) *modesty*, dan (3) *constitutional restraint*.⁵⁹ Yang dimaksud dengan *legalism* adalah aliran yang secara tegas memisahkan bahwa kewenangan hakim adalah menerapkan hukum, hakim tidak membuat hukum (*judges apply law, they don't make it*). *Modesty* adalah aliran yang menandakan bahwa pada batas-batas tertentu, hakim harus menghormati keputusan yang diambil oleh lembaga negara lain. Sedangkan *constitutional restraint* adalah aliran yang mengharamkan lembaga peradilan untuk membatalkan keputusan dari pemerintah maupun parlemen.⁶⁰ Terlepas dari pengelompokan aliran dalam konsep *judicial restraint*, tujuan penerapan konsep ini adalah satu, yaitu agar lembaga peradilan berhati-hati dalam menggunakan kewenangannya untuk menguji suatu kebijakan.⁶¹

Dalam konteks pengujian konstitusionalitas suatu peraturan perundang-undangan, sikap menahan-diri “... governs the extent to which, or the intensity with which, the courts are willing to scrutinise a legislative decision and the justification advanced in support of that decision.”⁶² Oleh sebab itu, sikap menahan diri adalah persoalan sejauh apa lembaga peradilan harus menguji suatu kebijakan. Sikap menahan diri bukanlah berarti lembaga peradilan tidak boleh atau menolak untuk menguji suatu kebijakan, tetapi lebih kepada kapan dan untuk persoalan apa lembaga peradilan harus menahan diri. Lembaga peradilan harus memiliki ukuran derajat kewenangan yang dimilikinya sebagai parameter kapan harus bertindak dan kapan harus menahan diri.⁶³

Ketika menghadapi persoalan konstitusional, MK dihadapkan pada 2 permasalahan yang harus dijawab, yaitu persoalan substantif (*substantive reasons*) dan persoalan kelembagaan (*institutional reasons*).⁶⁴ Secara berurutan, persoalan yang harus dijawab peradilan itu adalah *first and second-order questions*.⁶⁵ Masalah substantif merupakan inti dari persoalan yang harus dijawab peradilan dimana majelis hakim harus menganalisa dan menjawab

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ John Daley, *Defining Judicial Restraint*, sebagaimana terdapat dalam Tom Campbell dan Jeffrey Goldsworthy (eds.) *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Aldershot: Ashgate, 2000; lihat juga Richard Posner, *The Federal Courts* Cambridge, MA: HUP, 1996, hal.314-334.

⁶² Aileen Kavanagh, “Judicial Restraint In The Pursuit of Justice,” *University of Toronto Law Journal*, Volume 60, Number 1, 2010, hal. 29

⁶³ *Ibid.*, hal 27

⁶⁴ *Ibid.*, hal 29

⁶⁵ Cass R. Sunstein, “Second-Order Perfectionism,” *Fordham Law Review*, Vol.75, issue 6, (2007)

atas hak-hak warga negara yang dilanggar dengan berlakunya sesuatu ketentuan. Sedangkan, persoalan kelembagaan adalah mengenai kelayakan (*appropriateness*) dari lembaga peradilan dan kelayakan pemohon untuk menguji suatu kebijakan. Persoalan kewenangan kelembagaanlah yang memicu perlu atau tidaknya menerapkan *judicial restraint*.⁶⁶ Kedua persoalan ini tidak dapat dipisahkan secara diametral dimana majelis hakim harus menjawab pertanyaan satu persatu. Terkadang, persoalan substantif berkelindan dengan masalah kewenangan yang perlu dijawab secara bersamaan.

Dalam praktek ketatanegaraan Amerika Serikat mengenal adanya *political question doctrine* untuk membedakan kapan lembaga peradilan harus bertindak untuk memulihkan hak warga negara dan kapan harus menahan diri untuk menghormati keputusan lembaga negara lain atas dasar *separation of power*.⁶⁷ Asal muasal doktrin ini berawal dari pertimbangan Ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat, John Marshall, dalam *Marbury v. Madison*. Dalam pertimbangannya, Marshall mengemukakan bahwa Presiden memiliki diskresi yang diberikan oleh Konstitusi. Dalam lingkup persoalan yang menyangkut kewenangan diskresi maka penyelesaiannya adalah secara politis dan bukan melalui jalur peradilan.

“By the constitution of the United States, the President is invested with certain important political powers, in the exercise of which he is to use his own discretion, and is accountable only to this country in his political character and to his own conscience The acts of such an officer, can never be examinable by the courts.”⁶⁸

Doktrin “*political questions*”, dalam perkembangannya, tidak hanya terikat pada persoalan kewenangan diskresi yang dimandatkan Konstitusi kepada Pemerintah (*executive*). Dalam *Baker v. Carr*, Mahkamah Agung merumuskan kondisi yang masuk dalam kategori doktrin *political questions* sehingga Mahkamah Agung perlu menahan-diri untuk tidak memutus perkara dimaksud, yaitu

“... [1] a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or [2] a lack of judicially

⁶⁶ *Op. Cit.*, Kavanagh, hal 30

⁶⁷ Rachel E. Barkow, “More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy”, *Columbia Law Review*, Vol.102, 2002, hal. 246; Robert J. Pushaw, Jr., “Justiciability and the Separation of Powers: A Neo-Federalist Approach,” *Cornell Law Review*, Vol.81, 1996, hal. 424. Lihat juga Jared P. Cole, “The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers,” *Congressional Research Service*, 23 December 2014

⁶⁸ *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803) hal. 166

*discoverable and manageable standards for resolving it; or [3] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or [4] the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or [5] an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or [6] the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.*⁶⁹

Ketika dihadapkan pada persoalan pengujian konstitusionalitas norma yang mengatur mengenai tata cara pemilihan pimpinan DPR,⁷⁰ MK dihadapkan pada kondisi yang serupa dengan Mahkamah Agung Amerika Serikat untuk memicu doktrin *political questions*. Dalam pertimbangannya, MK berpendapat bahwa "... mekanisme pemilihan pimpinan DPR dan alat kelengkapan DPR adalah kebijakan hukum terbuka."⁷¹ Alasan yang menjadi pertimbangan MK adalah

*"Masalah pimpinan DPR menjadi hak dan kewenangan anggota DPR terpilih untuk memilih pimpinannya yang akan memimpin lembaga DPR. Hal demikian adalah lazim dalam sistem presidensial dengan sistem multi partai, karena konfigurasi pengelompokan anggota DPR menjadi berubah ketika berada di DPR berdasarkan kesepakatan masing-masing, ...kesepakatan dan kompromi politik di DPR sangat menentukan ketua dan pimpinan DPR, karena tidak ada partai politik yang benar-benar memperoleh mayoritas mutlak kursi di DPR, sehingga kompromi dan kesepakatan berdasarkan kepentingan adalah sesuatu yang tidak bisa dihindari."*⁷²

MK memilih untuk tidak memutus persoalan pemilihan pimpinan DPR dengan menyerahkan mekanisme pemilihan itu kepada mekanisme internal di DPR. Secara implisit, MK menghormati kelembagaan DPR karena bagaimanapun mekanisme pemilihan pimpinan DPR, baik melalui pemilihan oleh dan dari anggota DPR sendiri dengan sistem paket atau pencalonan oleh fraksi yang memiliki jumlah anggota tertentu maupun ditentukan berdasarkan komposisi jumlah anggota fraksi, adalah wilayah kebijakan pembentuk UU (baca: DPR dan pemerintah).

⁶⁹ Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) hal. 217

⁷⁰ Putusan Nomor 73/PUU-XII/2014, bertanggal 29 September 2014

⁷¹ *Ibid*, Paragraf [3.28]

⁷² *Ibid*.

Pertimbangan atas dasar menghormati (*deference*) lembaga negara lain untuk mengambil suatu kebijakan juga acap kali berkelindan dengan pertimbangan bahwa lembaga negara lain itu lebih memiliki kompetensi untuk mengambil kebijakan tersebut. Misalnya, dalam putusan MK mengenai kebijakan besarnya ambang batas sebagai bagian dari politik penyederhanaan sistem kepartaian.⁷³ Besaran angka ambang batas adalah menjadi wilayah diskresi lembaga legislatif yang memiliki kompetensi untuk menentukannya. Dalam pertimbangan MK,

“...lembaga legislatif dapat menentukan ambang batas sebagai legal policy bagi eksistensi Partai Politik baik berbentuk ET [Electoral Threshold] maupun PT [Parliamentary Threshold]. Kebijakan seperti ini diperbolehkan oleh konstitusi sebagai politik penyederhanaan kepartaian... Mengenai berapa besarnya angka ambang batas adalah menjadi kewenangan pembentuk Undang-Undang untuk menentukannya tanpa boleh dicampuri oleh Mahkamah...”⁷⁴

MK Afrika Selatan pun menerapkan pendekatan yang sama ketika menangani kasus *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs*. Bahkan lebih spesifik, pertimbangan MK Afrika Selatan mendefinisikan perbedaan pendekatan dalam rangka menghormati lembaga negara lain dengan pendekatan bahwa lembaga tersebut memiliki kompetensi dibidangnya.

“... when a court decides that a decision is within the proper competence of the legislature or executive, it is not showing deference, it is simply deciding the law;... but deference is shown when a court treats administrative agencies with appropriate respect because these agencies have special experience and expertise in their field.”⁷⁵

2. Pendekatan Konsep “Kebijakan Hukum Terbuka” (*Open [ed] Legal Policy*)

MK dalam memutus perkara yang berkaitan dengan kebijakan yang diambil oleh pembentuk UU, acap kali menggunakan pendekatan bahwa kebijakan tersebut merupakan wilayah diskresi dari pembentuk UU. MK mengambil langkah untuk menahan-diri untuk memutus perkara tersebut. MK mengenalkan istilah “pilihan kebijakan hukum yang bersifat terbuka”. Dalam beberapa putusan, MK menyandingkan istilah “pilihan kebijakan hukum yang

⁷³ Putusan Nomor 3/PUU-VII/2009, bertanggal 13 Februari 2009.

⁷⁴ *Ibid.*, paragraf [3.19].

⁷⁵ 2004 7 BCLR 687 (CC), 2004 4 SA 490 (CC) paragraf 47-48

bersifat terbuka” dengan penggunaan istilah *legal policy*,⁷⁶*open legal policy*,⁷⁷ atau *opened legal policy*.⁷⁸ Sayangnya, persandingan istilah tersebut dapat berkibat fatal. Dalam konsep hukum berbahasa Inggris tidak dikenal istilah-istilah tersebut. Adapun *legal policy* merupakan persandingan untuk konsep “politik hukum” yang berbeda dengan maksud yang diinginkan oleh MK sebagai suatu “kebijakan hukum”. MK menerjemahkan istilah “pilihan kebijakan hukum yang bersifat terbuka” secara *letterlijk* ke bahasa Inggris, tanpa memperhatikan konsep perbandingan hukum. Padahal, dalam mempersandingkan istilah secara implisit juga terkandung maksud untuk membandingkan konsep hukum yang digunakan dalam penggunaan istilah tersebut. Penggunaan istilah *open(ed) legal policy* yang tidak dikenal dalam konsep hukum yang berbahasa Inggris bisa menimbulkan salah pengertian. Ditambah lagi faktor masih sedikitnya kajian literatur akademis oleh ahli hukum dan kebijakan yang mengkaji secara mendalam mengenai konsep tersebut.

Secara praktek, sikap menahan diri oleh MK dengan menggunakan pendekatan “pilihan kebijakan hukum yang bersifat terbuka” bagi pembentuk UU juga diterapkan oleh mahkamah konstitusi di negara lain. Paling tidak, terdapat putusan dari mahkamah konstitusi Hungaria dalam kebijakan mengenai aborsi yang secara eksplisit menyatakan bahwa kebijakan tersebut merupakan ranah kewenangan dari legislatif untuk memutuskannya. Mahkamah Konstitusi Hungaria berpendapat “... [w] here the law should draw the line between the unconstitutional extremes of total prohibition and unrestricted availability of abortions is for the legislature to decide.”⁷⁹ Lebih lanjut, dalam putusan yang berbeda mahkamah konstitusi menyatakan bahwa “...within the domain of legislative discretion, it is a political rather than constitutional responsibility which controls the legislator.”⁸⁰ Dari kutipan putusan tersebut dapat ditangkap maksud yang sama antara konsep “pilihan kebijakan hukum yang bersifat terbuka” bagi pembentuk UU yang digunakan oleh MK dengan maksud dari putusan mahkamah konstitusi Hungaria yang mengambil

⁷⁶ Putusan Nomor 10/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005; lihat juga Putusan Nomor 16/PUU-V/2007, bertanggal 23 Oktober 2007; lihat juga Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 Februari 2009; lihat juga Putusan Nomor 3/PUU-VII/2009, bertanggal 13 Februari 2009.

⁷⁷ Putusan Nomor 73/PUU-XII/2014, bertanggal 29 September 2014

⁷⁸ Putusan Nomor 86/PUU-X/2012, bertanggal 31 Oktober 2013; lihat juga Putusan Nomor 2/PUU-XI/2013, bertanggal 19 September 2013;

⁷⁹ Decision no. 64/1991 (XII 17) AB of 17 December 1991, East European Case Reporter of Constitutional Law 1 (1994) 27. Sebagaimana dikutip dalam Wojciech Sadurski. “Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy.” *East European Case Reporter of Constitutional Law*, Vol. 6, 1999, hal 105

⁸⁰ *Ibid.*, untuk lihat Decision of Polish Constitutional Tribunal no. K 22/95 in Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Rok 1996 [Case Law of the Constitutional Tribunal, 1996], vol. 1 (Warszawa: C.H. Beck, 1996): 106-21 at 120

sikap menahan diri karena kebijakan tersebut ada dalam wilayah kewenangan diskresi dari legislatif (*within the domain of legislative discretion*).⁸¹

Pertama kali MK menggunakan istilah pilihan kebijakan adalah dalam putusan nomor 010/PUU-III/2005. Hingga kini, MK belum merumuskan kapan harus menggunakan pendekatan pilihan kebijakan hukum yang bersifat terbuka dan untuk isu apa. Berbeda dengan doktrin *political question* yang didasari atas konsep *separation of power*. Mahkamah Agung Amerika Serikat pada saat memeriksa persoalan yang menyangkut kewenangan suatu lembaga negara mengambil sikap sangat hati-hati untuk memutus perkara tersebut dengan merumuskan serangkaian tes untuk mengujinya.⁸² Mahkamah Agung menganggap perlu untuk membuat batas antara kewenangan diskresi yang dimiliki oleh lembaga negara dengan implikasi dari kebijakan lembaga negara tersebut atas potensi terjadinya pelanggaran hak warga negara. Sedangkan, dalam pendekatan “pilihan kebijakan hukum terbuka” yang diambil oleh MK, terdapat beragam unsur yang disebutkan dimana pilihan kebijakan yang diambil pembentuk UU mengandung nilai konstusionalitas sehingga MK dapat mengujinya. Dalam pengujian mengenai ketentuan persyaratan batas minimal perolehan suara partai politik atau gabungan partai politik untuk pencalonan kepala daerah/wakil kepala daerah maka pilihan kebijakan ini tidak dalam ranah kewenangan pengujian oleh MK sepanjang “... (1) tidak merupakan hal yang melampaui kewenangan pembuat undang-undang dan (2) tidak merupakan penyalahgunaan kewenangan, serta (3) tidak nyata-nyata bertentangan dengan ketentuan dalam UUD 1945.”⁸³ Selain itu, pertimbangan MK juga menambahkan unsur-unsur dimana MK tidak dapat membatalkan suatu kebijakan kecuali bila kebijakan tersebut “...jelas-jelas (1) melanggar moralitas, (2) rasionalitas dan (3) ketidakadilan yang *intolerable*.”⁸⁴ Dalam hal kebijakan penentuan batas usia minimum untuk menduduki suatu jabatan atau aktivitas pemerintahan, MK semula berpendapat bahwa penentuan batas usia minimum merupakan pilihan kebijakan hukum yang dapat diubah sewaktu-waktu oleh pembentuk UU sesuai dengan perkembangan zaman.⁸⁵

⁸¹ Perlu dijelaskan bahwa kutipan ini sendiri merupakan terjemahan dari bahasa asli Hungaria yang digunakan oleh putusan mahkamah konstitusi Hungaria ke bahasa Inggris sebagaimana dikutip dalam artikel oleh Sadurski. Karena keterbatasan kemampuan bahasa, penulis tidak dapat mengakses bahasa asli Hungaria.

⁸² Lihat catatan kaki nomor 63

⁸³ Putusan nomor 010/PUU-III/2005 hal. 30, bertanggal 31 Mei 2005.

⁸⁴ Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, paragraf [3.17], bertanggal 18 Februari 2009.

⁸⁵ Putusan Nomor 15/PUU-V/2007, tanggal 27 November 2007 dan putusan Nomor 37-39/PUU-VIII/2010, tanggal 15 Oktober 2010.

Namun, ketika menguji aturan ketentuan batasan usia untuk menduduki jabatan sebagai hakim konstitusi, MK merumuskan syarat bahwa pilihan kebijakan mengenai batas usia tersebut bisa diuji konstiusionalitasnya bila "... menimbulkan problematika kelembagaan, yaitu (1) tidak dapat dilaksanakan, (2) aturannya menyebabkan kebuntuan hukum (*dead lock*) dan (3) menghambat pelaksanaan kinerja lembaga negara yang bersangkutan."⁸⁶Akan tetapi, dari beragam unsur yang telah disebutkan oleh MK untuk mengukur suatu kebijakan yang layak diuji konstiusionalitasnya, MK tidak menguraikan lebih lanjut ukuran tersebut dan tidak menjadikannya sebagai ukuran kelayakan atau pisau analisisnya. Sejauh ini, MK hanya sebatas menyebut unsur-unsur tersebut dalam pertimbangannya.

III. KESIMPULAN

Dalam menguji konstiusionalitas suatu UU atau kebijakan, MK seringkali dihadapkan pada pilihan dilematis. MK dapat bertindak agresif, dengan secara aktif mengubah kebijakan yang diambil oleh pembentuk UU. Legitimasi pengambilan tindakan aktif ini, secara teoritis, diperoleh dari konsep yudisialisasi politik. Konsep ini telah menjadi konsep yang matang dengan banyak diulas dalam artikel-artikel ilmiah yang ditulis oleh pakar-pakar hukum dan politik. Tidak hanya dalam perspektif teoritis, secara praktek, penerapan yudisialisasi politik juga lazim ditemukan dalam pengujian konstiusionalitas oleh lembaga peradilan di berbagai negara. Fenomena global menunjukkan telah terjadi pergeseran kewenangan pengambilan kebijakan dari pembentuk UU ke lembaga peradilan. Indonesia, tidak terlepas dalam salah satu negara yang menerapkan yudisialisasi politik dalam pengujian konstiusionalitas UU atau kebijakan. Beragam putusan yang dikeluarkan oleh majelis hakim MK sangat kental bercorak aktif dengan mengubah suatu kebijakan yang selama ini merupakan ranah pembentuk UU (eksekutif dan legislatif). Konsekuensi pilihan aktif yang diambil oleh mahkamah konstitusi adalah munculnya resistensi dan perlawanan dari pembentuk UU. Perlawanan itu menimbulkan ketegangan politik dan situasi yang tidak kondusif dalam koordinasi antar lembaga negara. Lembaga legislatif misalnya dapat dengan menghambat proses pemilihan hakim konstitusi atau mengurangi kewenangan yang

⁸⁶ Putusan Nomor 7/PUU-XI/2013, paragraf [3.11]

dimiliki mahkamah konstitusi atau menambah berat tugas dan fungsi mahkamah konstitusi tanpa memberi fasilitas atau sumber daya yang memadai.

Oleh karenanya, terdapat pilihan lain yang dapat dilakukan MK yaitu dengan mengambil sikap menahan-diri. Bentuk sikap menahan-diri ini sangat beragam dari mulai menunda keberlakuan putusan yang membatalkan suatu kebijakan sehingga memberi waktu yang cukup bagi parlemen untuk mengubahnya hingga menahan-diri untuk memutus suatu perkara karena perkara tersebut berada dalam wilayah kewenangan diskresi dari pembentuk UU. Pendekatan terakhir ini yang juga dilakukan oleh MK dengan menyebutnya sebagai “pilihan kebijakan hukum terbuka” (*open(ed) legal policy*). MK dalam beberapa putusan menyebut unsur-unsur yang dapat menyebabkan suatu kebijakan bisa diuji dalam rangka *constitutional review*. Namun demikian, unsur-unsur tersebut tidak dielaborasi secara lebih mendalam sebagai alat ukur atau pisau analisisnya. Akibatnya, konsep “pilihan kebijakan hukum terbuka” yang dikemukakan oleh MK masih terbuka berbagai kemungkinan untuk diterapkan pada putusan-putusan berikutnya. Salah satu hal yang perlu dipertimbangkan oleh MK adalah dengan melihat doktrin *political questions* yang digunakan oleh mahkamah agung Amerika Serikat sebagai perbandingan untuk menyempurnakan konsep “pilihan kebijakan hukum terbuka”. Hal ini penting dilakukan mengingat legitimasi mahkamah konstitusi mengubah suatu kebijakan terletak pada putusan berdasar pada pertimbangan yang rasional ditunjang oleh dalil-dalil argumentatif yang meyakinkan.

DAFTAR PUSTAKA

Aileen Kavanagh, “Judicial Restraint In The Pursuit of Justice,” *University of Toronto Law Journal*, Volume 60, Number 1, 2010.

Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

-----, “Judicialization and the Construction of Governance” dalam Martin Shapiro dan Alec Stone Sweet (eds.), *On Law, Politics, and Judicialization*, New York: Oxford 2002. hal. 55-90

-----, "The Politics of Constitutional Review in France and Europe,"
International Journal of Constitutional Law, Vol. 5, Issue 1, January 2007.

Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press, 1962

Andras Sajó, "How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform," *East European Constitutional Review*, Vol. 5, 1996, hal. 31–41.

Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, London & New Haven, CT: Yale University Press 1999..

Barry Friedman, "The Politics of Judicial Review," *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 2, December 2005.

Bjoern Dressel (ed.), *The Judicialization of Politics in Asia*, Routledge Law in Asia, 2012

Bojan Bugarić, "Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition," *Harvard International Law Journal*, Vol. 42, 2001, hal. 247–288;

C. Neal Tate & Torbjorn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London: New York University Press, 1995;

C. Neal Tate, "The Judicialization of Politics in the Philippines and Southeast Asia," *International Political Science Review*, vol. 15, no. 2, April 1994, hal. 187-197

Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press 1999.

-----, "Second-Order Perfectionism," *Fordham Law Review*, Vol.75, issue 6, 2007

Christine Landfried. "The udicialization of Politics in Germany," *International Political Science Review*, Vol. 15, Issue 2, 1994, hal. 113-124.

Erwin Chemerinsky, "When Do Lawmakers Threaten Judicial Independence?," *Trial*, Vol. 34, Nov. 1998, hal. 62-71

Estefânia Maria De Queiroz Barboza dan Katya Kozicki, "Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court", *Revista Direito GV*, Vol. 8, no. 1, 2012, hal 59-85

George Tsebelis, "Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism," *British Journal of Political Science*, Vol. 25, No. 3, July 1995.

Herman Schwartz, "Eastern Europe's Constitutional Courts," *Journal of Democracy*, Vol. 9 Number 4, October 1998, hal 100-114

James B. Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law," *Harvard Law Review*, Vol.7, 1893, hal. 129-156

Jan Ten Kate, dan Peter J. Van Koppen, "Judicialization of Politics in the Netherlands: Towards a Form of Judicial Review." *International Political Science Review*, Vol. 15, Issue 2, 1994, hal 143-151.

Joakim Nergelius, "The Hungarian Constitution of 2012 and its Protection of Fundamental Rights," *European Policy Analysis*, Vol. 3, 2012.

John Daley, *Defining Judicial Restraint*, sebagaimana terdapat dalam Tom Campbell dan Jeffrey Goldsworthy (eds.) *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Aldershot: Ashgate, 2000.

John E. Ferejohn, "Constitutional Review in Global Context," *Legislation and Public Policy*, Vol. 6 No. 49, 2002.

-----, "Judicializing Politics, Politicizing Law", *Law & Contemporary Problems*, Volume 65 Issue 41, 2002.

John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press 1980.

Jonghyun Park, "The Judicialization of Politics in Korea," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, Vol. 10, Number 1, 2008.

Klaus Armingeon, "The Effects of Negotiation Democracy: A Comparative Analysis," *European Journal of Political Research*, Vol. 41, Issue 1, 2002, hal. 81-105.

Lee Epstein, Jack Knight, dan Olga Shvetsova. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government." *Law and Society Review*, 2001.

Malcolm M. Feeley dan Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State: How The Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

Margit Tavits, "The Size of Government in Majoritarian and Consensus Democracies," *Comparative Political Studies*, Vol. 37, Issue 3, 2004, hal. 340-359;

Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Court*, Princeton University Press, 2000

Martin Edelman, "The Judicialization of Politics in Israel." *International Political Science Review*, Vol. 15, Issue 2, 1994, hal. 177-186.

Martin Shapiro & Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, 2002;

Owen M. Fiss, "Foreword: The Forms of Justice," *Harvard Law Review*, Vol 93, 1979.

Philip A. Talmadge, "Understanding the Limits of Power: Judicial Restraint in General Jurisdiction Court Systems," *Seattle University Law Review*, vol, 22, 1999.

Rachel E. Barkow, "More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy", *Columbia Law Review*, Vol.102, 2002.

Rachel Sieder (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York: Palgrave Macmillan, 2005.

Ran Hirschl, "Resituating the Judicialization of Politics: Bush v. Gore as a Global Trend", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 15, Issue 2, 2002.

-----, "The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide", *Fordham Law Review*, Vol. 75, Issue 2, 2006, hal. 721-754.

-----, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press 2004.

Renata Uitz, "Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What Makes a Question Too Political?", *Juridica International*, Vol. 13, Issue 2, 2007, hal 47-59

Richard A. Posner, "The Meaning of Judicial Self-Restraint," *Indiana Law Journal* Vol. 59, Issue 1, 1983.

-----, "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint," *California Law Review*, Vol. 100, 2012.

-----, *The Federal Courts*. Cambridge, MA: Harvard University Press 1996

Richard H. Pildes, "The Supreme Court, 2003 Term: Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics", *Harvard Law Review* Vol. 118, Issue 29, 2004.

Richard Hodder-Williams, "Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court," *British Journal Political Science*, Vol. 22, No. 1, 1992, hal. 1-20.

Robert J. Pushaw, Jr., "Justiciability and the Separation of Powers: A Neo-Federalist Approach," *Cornell Law Review*, Vol.81, 1996, hal. 424. Lihat juga Jared P. Cole, "The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers," *Congressional Research Service*, 23 December 2014

Stephen B. Bright, "Political Attacks on the Judiciary: Can Justice Be Done Amid Efforts to Intimidate and Remove Judges from Office for Unpopular Decisions?," *New York University Law Review*, Vol. 72, 1997.

Stephen Gardbaum, "Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?" *Columbia Journal Of Transnational Law*, vol. 53, 2015.

Taavi Annus, "Courts as Political Institutions", *Notes*, Vol. 2, 1997.

Tamir Moustafa, "Law versus the State: The Judicialization of Politics in Egypt", *Law & Social Inquiry*, Vol. 28, Issue 4, 2003, hal 883-930.

Tom Ginsburg, "The Judicialization of Administrative Governance Causes, Consequences and Limits", *National Taiwan University Law Review*, Vol 3, Issue 2, 2008.

Wojciech Sadurski. "Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy." *East European Case Reporter of Constitutional Law*, Vol. 6, 1999.