

BAB II

KONSEPTUALISASI *CONSTITUTIONAL QUESTION*

A. Pengertian *Constitutional Question*

Constitutional question dari tata bahasa merupakan istilah yang berasal dari bahasa Inggris, dalam bahasa Indonesia ditafsirkan oleh para ahli sebagai pertanyaan konstitusional.¹ Istilah *constitutional question* seringkali disebut dengan *preliminary question* maksudnya *constitutional question* diajukan oleh hakim pengadilan umum kepada Mahkamah Konstitusi², dimana hakim tersebut mempertanyakan norma hukum yang akan diterapkan dalam kasus konkret yang sedang ditanganinya.

Constitutional question terdapat dua pengertian baik secara umum dan khusus. Pengertian secara umum, *constitutional question* adalah persoalan atau pertanyaan yang

¹ Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, (Jakarta: Raja Wali Pers. 2009), h. 289-290

² Arief Ainul Yaqin, *Constitutional Question Kewenangan yang Terlupakan dan Gagasan untuk Melembagakannya di Mahkamah Konstitusi*, (Depok: Sinar Grafika, 2018), h. 17

berkaitan dengan konstitusi.³ Dalam pengertian ini memiliki makna yang sangat luas, yakni menyangkut setiap persoalan atau pertanyaan yang berhubungan tentang konstitusi.

Sedangkan pengertian khusus, *constitutional question* adalah pengujian konstitusional yang diajukan oleh hakim peradilan umum yang meragukan konstitusionalitas dari suatu undang-undang yang berlaku untuk kasus konkret yang ditangani untuk diuji di Mahkamah Konstitusi. Dalam pengertian ini, yakni sistem pengujian norma konkret dari hakim pengadilan umum memiliki tanggung jawab untuk mendeteksi adanya pelanggaran terhadap norma-norma konstitusi yang dilakukan oleh pembuat undang-undang dan pejabat administrasi (pemerintah), yaitu dengan mengajukan permasalahan tersebut kepada Mahkamah Konstitusi untuk diuji dan selanjutnya mengesampingkan peraturan-peraturan yang telah dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi.

³ I Dewa Gede Palguna, *Constitutional question: Latar Belakang dan Praktik di Negara Lain serta Kemungkinannya Penerapannya di Indonesia*, "Makalah Seminar Nasional, *Mekanisme Constitutional Question sebagai Sarana Menjamin Supremasi Konstitusi*, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya dan Setjen dan Kepaniteraan MK RI. (Malang. 2009), h. 2

Mahfud MD memberikan pandangannya terkait dengan pengertian *constitutional question* yaitu hakim yang sedang mengadili suatu perkara menanyakan kepada Mahkamah Konstitusi tentang konstitusionalitas sebuah undang-undang yang dijadikan dasar perkara yang sedang ditanganinya⁴. Hamdan zoelva juga berpendapat tentang *constitutional question* yaitu peluang bagi hakim pengadilan umum yang sedang memeriksa suatu perkara yang meragukan konstitusionalitas dari undang-undang yang dijadikan norma hukum dalam kasus konkret, dimana hakim dapat mengajukan pertanyaan konstitusional kepada Mahkamah Konstitusi.⁵

Hakim yang meragukan undang-undang atas kasus konkretnya, hakim boleh atau bahkan perlu mengajukan *constitutional question* ke Mahkamah Konstitusi, selanjutnya Mahkamah Konstitusi akan memeriksa undang-undang berdasarkan kasus yang dijadikan dasar pengaduan *constitutional*

⁴Moh. Mahfud MD, dkk. *Constitutional Question Alternatif Baru Pencarian Keadilan Konstitusional* (Malang : Universitas Brawijaya Press, 20110), h. 27

⁵Hamdan Zoelva. *Constitutional Complaint dan Constitutional Question dan Perlindungan Hak- hak Konstitusional Warga Negara*, Jurnal Media Hukum. Vol 10 (Juni 2012), h. 265

question dimaksud. Namun Mahkamah Konstitusi bukanlah lembaga yang akan memutuskan kasus itu sendiri melainkan hanya akan membatasi diri pada persoalan apakah undang-undang tersebut konstitusional atau tidak,⁶ dalam memutuskan gugatan itu sendiri tetap berada di tangan pengadilan yang mengajukan *constitutional question* sebagai upaya hukum yang ditempuh guna melindungi haknya melalui mekanisme peradilan.

Dalam ketentuan Pasal 24 C (1) UUD NRI Tahun 1945 dapat diketahui bahwa tidak adanya kewenangan pengaturan pertanyaan konstitusional atau *constitutional question* yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi. Kekosongan norma hukum ini juga diutarakan oleh hakim konstitusi. Sehingga upaya yang dapat dilakukan oleh warga negara yang hak konstitusionalnya dilanggar hanya dapat melalui pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar. Bagi Negara Indonesia yang hendak mewujudkan kehidupan demokratis dan negara hukum

⁶Asmaeny Azis Izlindawati. *Constitutional Complaint dan Constitutional Question dalam Negara Hukum*. (Makassar: Republik Institute, 2018), h. 99

maka perlu menerapkan kewenangan *constitutional question* sebagai kebutuhan di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Maka dapat disimpulkan bahwa *constitutional question* adalah mekanisme pengujian norma konkret dimana hakim dari pengadilan umum yang sedang menangani sebuah kasus merasa ragu atas undang-undang yang diterapkan dalam kasus tersebut, maka hakim harus mengajukan *constitutional question* kepada Mahkamah Konstitusi dan proses persidangan atas kasus konkret harus dihentikan sementara sampai adanya putusan Mahkamah Konstitusi

Pengujian konstusional yang dilakukan di Mahkamah Konstitusi, hanya memutus apakah undang-undang itu bertentangan atau tidak, sedangkan dalam memutus gugatan itu sendiri dilakukan oleh hakim pengadilan umum, Sebab Mahkamah Konstitusi tidak mempunyai yurisdiksi untuk memutus kasus konkret yang merupakan kompetensi absolut dari peradilan biasa.

B. Sejarah *Constitutional Question*

Sejarah *constitutional question* berawal dari sejarah kelahiran Mahkamah Konstitusi, ide membentuk Mahkamah Konstitusi di gagas setelah berakhirnya perang dunia I, runtuhnya kekaisaran Austro-Hungaria dan berdirinya Republik Austria.⁷ Di Republik Austria Hans Kelsen diangkat menjadi anggota *chancelery* pada tahun 1919-1920 yang bertugas untuk menyusun konstitusi sebagai pembaruan konstitusi Austria. Hans kelsen mengagas perlunya Republik Austria mempunyai lembaga Mahkamah Konstitusi yang berfungsi untuk menegakan konstitusi dengan kewenangan utamanya yaitu membatalkan undng-undang yang dinilai bertentangan dengan konstitusi. Jadi, gagasan membentuk Mahkamah Konstitusi Austria merupakan penegakan prinsip negara demokratis dan negara hukum sebagai perlindungan bagi warga negara.

Ketika Mahkamah Konstitusi yang pertama di dunia berhasil dibentuk pada tahun 1920 di Austria, pengujian norma

⁷ Arief Ainul Yaqin, *Constitutional Question Kewenangan yang Terlupakan dan Gagasan Untuk Melembagakannya di Mahkamah Konstitusi*,, h. 45

konkret ini diadopsi sebagai salah satu mekanisme pengujian konstitusional di MK Austria, disamping mekanisme pengujian norma abstrak. Hans Kelsen sudah membayangkan akan adanya mekanisme pengujian konstitusional yang dilaksanakan melalui *concrete review* atau *constitutional question* dengan perantaraan hakim pengadilan sebagai pihak yang akan mengajukan pengujian kepada Mahkamah Konstitusi (*judicial referral of constitutional question*). Hal ini dilihat dari pendapat Hans Kelsen yang diabadikan dalam bukunya yang berjudul “*General Theory of Law and State*” bahwa:

*“The power to examine the laws as to their constitutionality and to invalidate unconstitutional laws may be conferred, as a more or less exclusive function, on a special constitutional court, while the other courts have only the right to make applications to the constitutional court for examination and annulment of laws which they have to apply, but which they consider to be unconstitutional”*⁸

⁸ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russel & Russel, (New York, 1961), h. 268

Artinya: “Kekuasaan untuk menguji konstitusionalitas suatu undang-undang dan membatalkannya apabila undang-undang tersebut bertentangan dengan konstitusi dapat diberikan kepada Mahkamah Konstitusi sebagai fungsi yang eksklusif yang hanya dimiliki oleh organ tersebut, sementara pengadilan biasa (pengadilan di luar MK) hanya memiliki kewenangan untuk mengajukan permohonan pengujian dan pembatalan kepada Mahkamah Konstitusi atas suatu undang-undang yang akan mereka terapkan namun mereka merasa bahwa undang-undang tersebut inkonstitusional”.

Sistem yang dirintis dan dipelopori oleh Austria ini kemudian menyebar dan banyak diadopsi oleh berbagai negara yang membentuk Mahkamah Konstitusi. pengujian konstitusional yang berlaku di berbagai negara yang memiliki Mahkamah Konstitusi dalam praktiknya menerapkan pengujian *abstract review (constitutional review)* dan *concrete review (constitutional question)*.

C. Fungsi *Constitutional question*

Fungsi *constitutional question* diantaranya sebagai berikut :

1. Dapat menghindari adanya penerapan norma hukum yang bertentangan dengan konstitusi, menjamin tegaknya perlindungan bagi pihak yang sedang berperkara dipengadilan
2. Kerugian terhadap penerapan norma hukum dapat dihindari sebab hakim pengadilan tidak boleh menjatuhkan putusan selama undang-undang masih dalam proses pengujian di Mahkamah Konstitusi⁹
3. Ruang pengujian terhadap peraturan perundang-undangan semakin luas, hakim pengadilan mempunyai kapasitas lebih untuk mengetahui adanya kemungkinan pertentangan norma hukum yang dapat dihindari sebagai pelanggaran konstitusional yang tidak dapat diterapkan di pengadilan

⁹ Arief Ainul Yaqin, *Constitutional Question Kewenangan yang Terlupakan dan Gagasan untuk Melembagakannya di Mahkamah Konstitusi*,, h. 7

4. Undang-undang seringkali memiliki kelemahan tanpa disadari pada saat undang-undang disahkan dan diterapkan oleh hakim di pengadilan dalam suatu kasus konkret, hakim atau seseorang yang terlibat dalam kasus tersebut merasa ragu bahwa undang-undang tersebut konstitusionalitas dan seharusnya tidak boleh diterapkan dalam kasus konkret. Adanya mekanisme *constitutional question* sebagai perlindungan warga negara dari putusan pengadilan jika undang-undang tersebut dinyatakan bertentangan atau inkonstitusionalitas oleh Mahkamah Konstitusi.

D. Perkara yang Mendukung Konsep *Constitutional Question*

Kebutuhan akan konsep *constitutional question* sangat diperlukan dilihat dari beberapa permohonan yang diajukan dalam pengujian perundang-undangan atau *constitutional review* yang seharusnya dikategorikan sebagai pengujian constitutional question yang berhubungan dengan kasus konkret di pengadilan.

Beberapa pengujian undang-undang yang tercatat merupakan bagian dari mekanisme *constitutional question*, yaitu sebagai berikut:

1. Perkara PUU No.013/PUU-I/2003, diajukan oleh pemohon yang merupakan terdakwa kasus Bom Bali Tahun 2002. Objek yang di uji UU No.16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme. Pada pokok nya pemohon menolak pemberlakuan secara surut Perpu No 1 Tahun 2002 sebagaimana telah di tetapkan menjadi Undang-Undang No 15 Tahun 2003 dalam perkara pidana yang sedang di hadapi nya.¹⁰
2. Perkara PUU No. 003 /PUU-IV /2006, diajukan oleh pemohon Dawud Sudjatmiko untuk menguji pasal 2 ayat (1) dan penjelasannya, Pasal 3 dan penjelasannya ,serta pasal 15 UU No .31 tahun 1991 juncto UU No 20 Tahun

¹⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No.013/PUU-I/2003

2011 tentang Tindak Pidana Korupsi. Pemohon berstatus sebagai terdakwa dalam kasus dugaan korupsi¹¹

3. PUU No.013-022/PUU-IV/2006, diajukan oleh pemohon Eggi Sudjana dan Pandapotan Lubis untuk menguji pasal 134 dan pasal 136 bis KUHP mengenai penghinaan dengan sengaja terhadap Kepala Negara, dimana pemohon menjadi terdakwa dalam kasus tersebut.¹²
4. Perkara PUU No. 1/PUU-IX/2011, diajukan oleh pemohon Alias Wello untuk menguji Pasal 310 KUHP tentang Penghinaan/Pencemaran Nama Baik, dimana pemohon berstatus sebagai terdakwa dan sedang mengajukan upaya hukum kasasi atas kasus yang menyimpannya.¹³
5. Perkara PUU No.6/PUU-V/2007, diajukan oleh pemohon Panji Utomo untuk menguji Pasal 107, 154, 155, 160, 161 dan 208 KUHP mengenai hasutan permusuhan, kebencian, atau penghinaan di muka umum terhadap Pemerintah.

¹¹ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No.003/PUU-IV/2006

¹² Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No.013-022/PUU-IV/2006

¹³ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No.1/PUU-IX/2011

Dalam hal ini pemohon telah disangka, didakwa, diadili dan divonis bersalah berdasarkan pasal-pasal diatas (Pasal, 154, 166 dan 160 KUHP).¹⁴

6. Perkara PUU No.33/PUU-IV/2016, diajukan oleh pemohon Anna Boentaran yang merupakan istri dari terpidana kasus korupsi Joko Tcandra. Objek yang diuji adalah Pasal 263 UU No. Tahun 1981 tentang Kitab Hukum Acara Pidana (KUHAP) mengenai syarat dan ketentuan pengajuan upaya hukum peninjauan kembali (PK).¹⁵
7. Perkara PUU No.14/PUU-VI/2008, diajukan oleh pemohon Risang Bima Wijaya dan Bersihar Lubis. Objek yang diuji adalah pasal 310 ayat (1) dan ayat (2). Pasal 311 ayat (1), pasal 316 dan pasal 207 KUHP. Pemohon adalah wartawan dan telah dijatuhi hukuman penjara oleh Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi dan kemudian dikuatkan oleh Putusan Kasasi Mahkamah Agung dengan dakwaan pencemaran nama baik berdasarkan pasal-pasal tersebut. Selanjutnya

¹⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No.6/PUU-V/2007

¹⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No..033/PUU-IV/2016

pemohon mengajukan upaya hukum peninjauan kembali (PK) kepada Mahkamah Agung dan pada saat yang bersamaan pemohon juga mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang kepada Mahkamah Konstitusi. Tujuannya untuk meminta agar Mahkamah Konstitusi membatalkan pasal-pasal KUHP yang telah digunakan untuk menghukumnya karena dinilai bertentangan dengan UUD. Dengan begitu diharapkan Mahkamah Agung tidak lagi menggunakan pasal-pasal tersebut dalam proses peninjauan kembali (PK).¹⁶

Berdasarkan permohonan di atas dapat dikelompokkan ke dalam dua kategori/kelompok besar. Pertama permohonan pengujian yang diajukan pada saat kasus konkretnya sedang berjalan atau diperiksa oleh pengadilan (Nomor 1-5). Kedua permohonan pengujian undang-undang yang diajukan setelah kasus konkretnya diputus oleh Pengadilan (Nomor 6-7).

Kategori yang terakhir itu tidak lagi termasuk dalam konteks *constitutional question* karena kasus konkretnya sudah

¹⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No.014/PUU-VI/2008

diputus dan putusannya telah berkekuatan hukum tetap. Akan tetapi pembahasannya perlu untuk diangkat, mengingat permohonan itu tetap saja diajukan sehubungan dengan kasus konkret di pengadilan karena ketiadaan akses dan mekanisme *constitutional question* itulah pemohon kehilangan haknya untuk menguji pasal-pasal yang diduga inkonstitusional sebelum putusan pengadilan dijatuhkan, padahal setelah dilakukan pengujian oleh Mahkamah Konstitusi pasal-pasal yang telah digunakan untuk menghukum yang bersangkutan ternyata terbukti inskonstitusional sehingga tidak seharusnya diterapkan dan dijadikan dasar untuk menghukum seseorang. Dalam perkara PUU 6/PUU-V/2007 dengan pemohon Panji Utomo, tidak adanya mekanisme *constitutional question* pemohon tidak dapat mengajukan pengujian undang-undang terhadap pasal yang didakwakan kepadanya sampai akhirnya divonis bersalah dan menjalani masa pidananya. Padahal pasal tersebut kemudian bertentangan dengan UUD dan dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi, ketiadaan mekanisme *constitutional question* warga negara harus dihukum atas dasar undang-undang yang terdapat

cacat konstitusional yang semestinya tidak boleh diterapkan dalam proses litigasi di pengadilan.

Permohonan pengujian undang-undang yang berasal dari kasus konkret di pengadilan sebagaimana dikemukakan diatas, membuktikan secara faktual kebutuhan yang nyata untuk mengkonseptualisasi *constitutional question*. Sebab kewenangan pengujian undang-undang yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia saat ini tidak cukup dengan *constitutional review*, dimana suatu masalah konstitusionalitas telah menjelma dari kasus konkret di pengadilan, karena tidak ada mekanisme di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang mewadahi perkara tersebut dibutuhkannya *constitutional question* untuk memberikan perlindungan konstitusional bagi warga negara agar terhindar dari ancaman penerapan undang-undang yang bertentangan dengan UUD.