KERTAS KERJA

AKSELERASI PENYIKAPAN KONSTITUSIONAL ATAS KEBIJAKAN DISKRIMINATIF

Disusun dan dikembangkan oleh:
KOMISI NASIONAL ANTI KEKERASAN TERHADAP PEREMPUAN
2023

KERTAS KERJA

AKSELERASI PENYIKAPAN KONSTITUSIONAL ATAS KEBIJAKAN DISKRIMINATIF

KOMISI NASIONAL ANTI KEKERASAN TERHADAP PEREMPUAN

Jakarta, 2023

KERTAS KERJA
AKSELERASI PENYIKAPAN KONSTITUSIONAL ATAS KEBIJAKAN DISKRIMINATIF

Penanggung Jawab
Andy Yentriyani
Olivia Salampessy
Imam Nahei
Dewi Kanti
Veryanto Sitohang

Tim Ahli/ Penyusun
Dr Ismail Hasani

Penyelaras Akhir
Dahlia Madanih

Tim Penyelaras Bahasa
Triana Komalasari Rezki
Joseph Himawan V
Aulia Jonanda Harlis

KOMISI NASIONAL ANTI KEKERASAN TERHADAP PEREMPUAN

2023

KERTAS KERJA
AKSELERASI PENYIKAPAN KONSTITUSIONAL ATAS KEBIJAKAN DISKRIMINATIF

Penanggung Jawab
Andy Yentriyani
Olivia Salampessy
Imam Nahei
Dewi Kanti
Veryanto Sitohang

Tim Ahli/ Penyusun
Dr Ismail Hasani

Penyelaras Akhir
Dahlia Madanih

Tim Penyelaras Bahasa
Triana Komalasari Rezki
Joseph Himawan V
Aulia Jonanda Harlis

Design Layouter
Sugihantoro

Tahun Terbit 2023

Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Kertas Kerja Akselerasi Penyikapan Konstitusional Atas Kebijakan Diskriminatif/ penyusun, Tim Ahli dan Gugus Kerja Perempuan dan Kebhinnekaan. --Jakarta :
Komnas Perempuan 2023
vi + 26 hlm. ; 20 cm x 27 cm

Hak Cipta @
Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan
(Komnas Perempuan)
Jl Latuharhary No. 4B Menteng Jakarta 10310
Telepon : 021 3903963
Email : mail@komnasperempuan.go.id
Website : www.komnasperempuan.go.id

DAFTAR ISI

Kata Pengantar vi

BAB I. Pendahuluan 1

BAB II. Tentang Kertas Kerja 2

BAB III. Kerangkat Normatif yang Tersedia 2

BAB IV. Jalan Ketatanegaraan 5

1. Percepatan Penanganan Melalui Jalur Executive/Political Review Dalam Koordinasi Pemerintah Pusat 8
2. Percepatan Pencegahan Kebijakan Daerah Diskriminatif 9
3. Pengujian Konstitusionalitas Perda di MA 10
4. Pengujian Konstitusionalitas Perda di MK 13

BAB V. Penguatan Masyarakat Sipil 23

1. Mendorong Popular Constitutionalism sebagai Dasar Pengujian Serentak Perda Diskriminatif 23
2. Pelembagaan Civic Engagement/Political Mob 24
3. Post Legislative Scrutiny secara Tematik 25

KATA **PENGANTAR**

Gugus Kerja Perempuan dalam Kebhinekaan (GKPK) merupakan unit khusus yang dibentuk Komisi paripurna periode 2020-2024 dengan ruang lingkup kerja yang bertujuan pada pemajuan pemenuhan hak asasi perempuan dan penghapusan diskriminasi pada isu khusus HAM perempuan, toleransi, kebhinnekaan dan kebangsaan, kebebasan beragama, serta perlindungan hak konstitusional, diskriminasi pada Kelompok minoritas (agama, gender, dan akses).

Komnas Perempuan telah melakukan dokumen kebijakan yang memuat diskriminatif sejak tahun 2009, dan telah mendorong peran-peran yang penting dilakukan oleh Kementerian-Lembaga dalam upaya pencegahan dan penanganan kebijakan diskriminatif. Pada periode ini tahun 2020-2024, melalui Program Prioritas Nasional yang di dukung oleh anggaran pendapat belanja negara, Komnas Perempuan memainkan peran mendorong ementerian lembaga sesuai dengan tugas dan kewenangannya mengupayakan langkah-langkah koordinasi untuk percepatan penanganan kebijakan diskriminatif, yang sampai saat ini masih berlaku keberadaannya.

Dokumen ini merupakan salah satu usulan pandangan Komnas Peerempuan pada langkah-langkah yang perlu diambil pemerintah dan Pemerintah daerah mengupayakan perbaikan regulasi serta bagaimana peran yang perlu dimainkan oleh masyarakat sipil dalam menndorong penghapusan kebijakan diskriminatif dalam konteks ketatanegaraan Oleh karenanya GKPK menyusun dokumen ini sebagai usulan dan rekomendasi bagaimana penghapusan diskriminasi yang dialami oleh perempuan, khususnya mereka yang terdampak karena kebijakan-kebijakan yang tidak memihak atau bahkan membatasi, mengucilkan, serta membedakan perempuan untuk dapat menikmati hak-haknya sebagai warga negara. Komnas Perempuan melibatkan Dr Ismail Hasani dalam penyusunan ini yang merupakan ahli hukum tata negara. serta didukung oleh tim GKPK antara lain Komisioner Dewi Kanti, Komisioner Imam Nahei, serta Badan Pekerja yaitu Koordinator Gugus Kerja Perempuan dan Kebhinnekaan Dahlia Madanih, Asisten Koordinator Gugus Kerja dan Kebhinnekaan, Triana Komalsari, serta staff GKPK yaitu joseph Himawan.

Semoga dokumen ini bermanfaat dan dapat digunakan oleh berbagai pihak untuk kepentingan pemajuan hak asasi manusia perempuan Indonesia, selamat membaca.

Jakarta, Desember 2024

Ketua Gugus kerja Perempuan dan Kebhinnekaan

Dr. Imam Nahei

I. PENDAHULUAN

Kinerja penanganan kebijakan diskriminatif yang menjadi perhatian Komnas Perempuan sejak tahun 2007 telah mencatatkan sejumlah kemajuan signifikan meskipun belum mencapai titik paripurna. Kerangka konstitusional yang digunakan oleh Komnas Perempuan dalam memotret fakta keberadaan kebijakan diskriminatif dan peningkatannya secara gradual hingga kini telah meyakinkan publik bahwa kebijakan diskriminatif merupakan bentuk pelembagaan diskriminasi berkelanjutan (Komnas Perempuan, 2009) sepanjang produk hukum tersebut tidak dicabut dan/atau diubah oleh pembentuknya. Kerangka konstitusional itu pula telah mampu menyajikan analisis di luar *mainstream,* yang semula menganggap kebijakan diskriminatif semata sebagai *political symptoms* (Bush, 2008) dan kreasi politik elektoral (Buechler, 2016) menjadi problem konstitusional yang menuntut penyikapan ketatanegaraan serius (Hasani, 2019).

Dinamika yang dapat dicatat dari kinerja advokasi kebijakan diskriminatif adalah (a) keterbukaan Mahkamah Agung mendialogkan kemungkinan mengadopsi gagasan mekanisme *judicial review* terbuka; (b) diseminasi pengetahuan melalui eksaminasi ahli atas Putusan Mahkamah Agung atas Perda Kota Tangerang No. 8 Tahun 2005 Tentang Pelancuran dan Perda Kabupaten Bantul No. 5 Tahun 2007 Tentang Larangan Pelacuran; (c) *strategic engagement* dengan Kementerian/ Lembaga seperti Kementerian Dalam Negeri, Mahkamah Konstitusi, Lemhannas, Kementerian Hukum dan HAM dan Bappenas RI; (d) adopsi kewenangan pencabutan atas perkada dan perda yang dianggap bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi dan dengan Konstitusi RI melalui UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah; dan (e) konsolidasi kelompok reformis lokal yang bekerja berkelanjutan dalam menyikapi eksistensi kebijakan daerah.

Namun, sejumlah capaian tersebut mengalami pasang surut, khususnya ihwal kewenangan Kementerian Dalam Negeri untuk mencabut atau membatalkan produk hukum daerah. Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 137/PUU-XIII/2015 dan Nomor 56/PUU-XV/2016, MK telah menghapuskan kewenangan korektif Pemerintah Pusat dalam melakukan Pembatalan terhadap Peraturan Daerah. Pasca Putusan MK tersebut, penataan regulasi melalui tugas Pembinaan dan Pengawasan Pemerintah Pusat terhadap Pemerintah Daerah sebagaimana tertuang dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, hanya mampu menjangkau kinerja preventif tetapi tindakan represif atas kebijakan *existing* tidak bisa lagi dilakukan oleh Kementerian Dalam Negeri.

Ihwal kebijakan sidang terbuka di Mahkamah Agung atas perkara Hak Uji Materiil (HUM), juga menemui jalan buntu. Advokasi Komnas Perempuan dan upaya litigasi strategis oleh sekelompok pemerhati Konstitusi (2017) yang mengupayakan sidang terbuka di MA kandas di tangan hakim Mahkamah Konstitusi. Dalam Putusan MK No. 93/PUU-XV/2017 yang menguji UU Mahkamah Agung, kecuali Saldi Isra, 8 hakim Konstitusi lainnya menyatakan bahwa persidang tertutup di MA

bukanlah merupakan bentuk pelanggaran hak konstitusional dan oleh karena itu, praktik tertutup MK memperoleh pembenaran konstitusional.

Sementara, upaya lain untuk melakukan pengujian lanjutan atas perda-perda diskriminatif tidak lagi mengundang gairah para pengkaji hukum dan praktisi hukum, oleh karena preseden yang tidak kondusif dari model pengujian di Mahkamah Agung. Dengan demikian, jika Mahkamah Agung tidak melakukan modifikasi model pengujian dalam menjalankan kewenangan HUM, jalan yang paling memungkinkan untuk mengakhiri keberlakuan kebijakan-kebijakan diskriminatif hanya bisa dilakukan melalui proses *political/legislative review* dan *administrative/executive review* yang diprakarsai oleh legislatif daerah dan/atau kepala daerah.

Di tengah keterbatasan jalan ketatanegaraan, kinerja advokasi kebijakan diskriminatif telah meyakinkan pemerintah untuk menjadikan isu ini sebagai Program Prioritas Nasional sejak tahun 2018 melalui kelompok kerja (POKJA) lintas Kementerian dan Lembaga untuk Harmonisasi Peraturan Perundang-Undangan. Dalam kerja bersama ini, hasil pemantauan Komnas Perempuan pada tahun 2018 tentang keberadaan 421 kebijakan diskriminatif, termasuk 62 kebijakan tentang aturan busana di atas, menjadi data awal. Sampai hari ini, telah ada 32 kebijakan daerah yang diklarifikasi oleh Kemendagri dan 421 kebijakan oleh Kementerian Hukum dan HAM. Sejumlahnya telah ditindaklanjuti oleh pemerintah daerah dengan revisi ataupun pencabutan.

Paralel dengan kinerja di atas, segenap pembelajaran dan capaian yang *existing, political environment* pada Kabinet Indonesia Maju di bawah kepemimpinan Jokowi - Ma'ruf Amin memberikan ruang terbuka untuk menuntaskan advokasi kebijakan diskriminatif guna menjamin dan memenuhi hak konstitusional warga secara permanen.

II. TENTANG KERTAS KERJA

Kertas kerja *(working paper)* Akselerasi Penyikapan Konstitusional Atas Kebijakan Diskriminatif ditujukan untuk menggerakan langkah lanjut penanganan kebijakan diskriminatif yang hingga kini masih menjadi instrumen pelembagaan diskriminasi. Kertas kerja ini berfokus untuk menjawab pertanyaan (a) jalan ketatanegaraan apa yang bisa ditempuh untuk mempercepat penanganan kebijakan diskriminatif yang masih *existing*? dan (b) langkah penguatan masyarakat sipil seperti apa yang bisa ditempuh sehingga bisa menempuh jalan ketatanegaraan yang memungkinkan?

III. KERANGKA NORMATIF YANG TERSEDIA

Sebelumnya, terdapat episode dimana pemerintah pusat memiliki kewenangan penuh dalam merespons pertumbuhan perda dan produk hukum daerah lainnya, yang dianggap mengandung masalah. Sekalipun tidak sepenuhnya ditujukan untuk merespons keberadaan perda-perda

diskriminatif, regulasi yang tertuang dalam UU 32/2004 sebenarnya bisa menjadi solusi bagi pemerintah.

UU 23/2014 tentang Pemerintah Daerah mengatur penanganan inkonsistensi perda melalui Pasal 251 ayat (1), yang menyebutkan bahwa "Perda provinsi dan peraturan gubernur yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan dibatalkan oleh Menteri." Sementara pada ayat (2) Pasal 251 dijelaskan bahwa perda kabupaten/kota serta peraturan bupati/wali kota yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan dibatalkan oleh gubernur sebagai wakil pemerintah pusat. Namun, apabila gubernur sebagai wakil pemerintah pusat tidak membatalkan perda kabupaten/kota serta peraturan bupati/wali kota yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, maka tugas tersebut dapat diambil alih oleh Mendagri.

Desain sebagaimana diatur dalam UU 23/2014 tersebut merupakan cara efektif dan represif untuk merespons permasalahan terkait produk hukum daerah yang tidak sesuai dengan peraturan yang lebih tinggi termasuk yang diskriminatif. Berbekal UU tersebut sebanyak 3.143 perda yang dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi telah dibatalkan pada 2016. Sekalipun seluruh perda yang dibatalkan terkait dengan ekonomi, investasi dan perpajakan kecuali 1 perda yang mengatur larangan pelacuran, Kementerian Dalam Negeri sebenarnya telah berencana juga membatalkan produk-produk hukum daerah lainnya, yang diskriminatif, pada episode selanjutnya.

Namun demikian, kewenangan tersebut telah dianulir oleh Mahkamah Konstitusi (MK) dalam dua uji materi sekaligus. *Pertama,* Putusan MK Nomor 137/PUU-XIII/2015 pada April 2017. Putusan tersebut menganulir kewenangan Kementerian Dalam Negeri terkait pembatalan perda kabupaten/kota serta peraturan bupati/wali kota, sebagaimana bunyi putusan MK "Mengabulkan permohonan Pemohon sepanjang pengujian Pasal 251 ayat (2), ayat (3), dan ayat (8) serta ayat (4) sepanjang frasa '...pembatalan perda kabupaten/kota dan peraturan bupati/wali kota sebagaimana dimaksud pada ayat (2) ditetapkan dengan keputusan gubernur sebagai wakil pemerintah pusat', Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah." *Kedua,* pembatalan kewenangan Kementerian Dalam Negeri melalui Putusan MK Nomor 56/PUU-XIV/2016. Putusan ini terkait pembatalan perda oleh gubernur dan menteri. Dengan adanya putusan MK ini, maka Mendagri tidak lagi bisa mencabut Perda Provinsi.

Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam memutus Pasal 251 adalah dalam rangka menegakkan prinsip kepastian hukum sesuai yang dijamin oleh Konstitusi RI. MK juga mendalilkan bahwa DPRD Kabupaten/Kota dan DPRD Provinsi adalah representasi kedaulatan rakyat di daerah-daerah yang merupakan organ legislatif. Oleh karena itu, pembatalan sepihak oleh organ eksekutif adalah bertentangan dengan prinsip *rule of law.* Produk legislatif hanya bisa dibatalkan melalui jalur

political review oleh organ pembentuknya, yakni unsur legislatif dan eksekutif serta melalui jalur *judicial review* oleh Mahkamah Agung.

Sekalipun kewenangan represif telah dibatalkan, sesungguhnya kewenangan pemerintah pusat dalam menangani produk hukum daerah yang diskriminatif masih bisa dilakukan. Tetapi terbatas untuk produk hukum daerah yang belum ditetapkan oleh Bupati/Walikota dan Gubernur. Menteri Dalam Negeri masih memiliki kewenangan sebagaimana diatur dalam Pasal 242 ayat (1) - ayat (9) UU No. 23/2014 dan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 80/2015 tentang Produk Hukum Daerah dan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 120/2018 tentang Perubahan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 80/2018. Selain itu, kerangka normatif juga bisa mengacu pada Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia No. 2/2019 tentang Penyelesaian Disharmoni Peraturan Perundang-Undangan Melalui Mediasi.

Secara singkat, ketentuan tersebut tetap bisa digunakan sebagai basis kerja pengawasan pemerintah pusat kepada pemerintah provinsi dan pengawasan pemerintah provinsi kepada pemerintah kabupaten/kota. Pengawasan tersebut intinya bahwa seluruh peraturan daerah harus memperoleh klarifikasi dan nomor registrasi dari pemerintahan di atasnya sebagai manifestasi peran pengawasan pemerintahan secara berjenjang dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Di sisi lain, ketentuan-ketentuan normatif dalam UU 12/2012 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, UU 23/2014 tentang Pemerintah Daerah, yang mengatur perihal materi muatan peraturan daerah dan produk hukum daerah, jika dipatuhi sebenarnya tidak akan muncul perda-perda yang diskriminatif sebagaimana temuan-temuan riset ini. Namun selain soal *willingness* pemerintah dalam mengawasi pembentukan produk hukum daerah yang diskriminatif, terdapat juga soal koordinasi teknis yang tidak efektif antara Kementerian Dalam Negeri dan Kementerian Hukum dan HAM dalam memastikan tidak terbitnya produk hukum daerah yang diskriminatif dan bertentangan dengan hak asasi manusia. Selain itu, menguatnya politisasi agama dan politisasi identitas yang dituangkan dalam produk hukum daerah, telah menyulitkan penanganan permasalahan ini.

Sementara, pada sektor yudisial, pembelahan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur pada Pasal 24A dan Pasal 24C UUD Negara RI 1945 belum menjadi mekanisme efektif dan berkeadilan yang mencerminkan prinsip supremasi konstitusi dalam sistem pengujian peraturan perundang-undangan sebagai sub sistem ketatanegaraan Indonesia. Sebagai satu kesatuan yang terintegrasi, seharusnya sistem pengujian tersebut mampu menjawab tantangan pengutamaan supremasi konstitusi dan perlindungan hak konstitusional warga negara. Tetapi yang terjadi justru sebaliknya, sistem tersebut belum melimpahkan keadilan bagi warga yang dilanggar hak konstitusionalnya. Dalam konteks kemunculan perda-perda yang terindikasi mengidap problem konstitusional, maka, baik mekanisme yang ada di Mahkamah Agung maupun mekanisme yang ada di Mahkamah Konstitusi, keduanya tidak mampu menjangkau dan

mengatasi problem konstitusional dimaksud. Sementara, pembelahan kewenangan sebagaimana disebutkan di atas telah diatur secara limitatif di dalam UUD Negara RI 1945 yang secara normatif hanya bisa berubah jika UUD Negara RI 1945 kembali diamandemen.

Penelusuran atas risalah sidang Amandemen UUD Negara RI Tahun 1945 tentang kekuasaan kehakiman, tidak ditemukan argumen kokoh yang menjadi landasan pembagian kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan pada Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Padahal, jika merujuk pada hierarki peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dan diubah dengan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, segala peraturan perundang-undangan dalam konstruksi ketatanegaraan Indonesia haruslah tunduk pada UUD Negara RI Tahun 1945 sebagai hukum tertinggi di Republik Indonesia. Dengan demikian, peraturan perundang-undangan di bawah UUD Negara RI Tahun 1945 merupakan norma-norma derivatif yang semuanya bersumber pada UUD Negara RI Tahun 1945.

IV. JALAN KETATANEGARAAN BARU

Judicial review yang secara formal berkembang dari teori liberal hukum tata negara Barat merupakan instrumen *checks and balances* yang diadopsi dan telah diterima dengan baik sebagai mekanisme ketatanegaraan yang diperlukan untuk menjaga kehidupan bernegara berdasarkan konsep konstitusionalisme dan *rule of law* di Indonesia. Oleh karena prinsip konstitusionalisme dan *rule of law,* menegaskan supremasi hukum, dan hukum yang tertinggi itu adalah UUD Negara RI Tahun 1945, yang oleh Kelsen disebut dengan *Grundnorm,* Hans Nawiasky menyebutnya *Staatsfundamentalnorm,* maka bukan hanya meletakkan Konstitusi sebagai hukum tertinggi, konstitusionalisme juga memandu dan menyediakan penyelesaian-penyelesaian atas persoalan ketatanegaraan melalui mekanisme peradilan. Karena pandangan dominatif konstitusionalisme ini pula, jalan penanganan kebijakan diskriminatif melalui mekanisme *judicial* menemui jalan buntu oleh mekanisme-mekanisme yang telah dibakukan UUD Negara RI 1945.

Dominasi konstitusionalisme tentu saja bukan tanpa kritik. Dalam perspektif progresif, dominasi ini kemudian dipersoalkan, khususnya ihwal pada siapa otoritas penafsiran konstitusi diserahkan. Apakah kelembagaan yang disediakan dalam sistem ketatanegaraan menjadi satu-satunya badan yang paling otoritatif atau terdapat mekanisme lain yang memungkinkan penanganan persoalan ketatanegaraan di luar mekanisme baku yang diatur dalam konstitusi. Perspektif yang akan disajikan pada bagian berikut ini adalah bagian dari kritik terhadap dominasi konstitusionalisme (dan supremasi konstitusi).

Dalam perspektif ketatanegaraan di Amerika Serikat, ideal Konstitusi dibagi dalam *thick* dan *thin* constitution. Jika yang pertama merujuk pada konstitusi yang memuat detail ketentuan dan menggambarkan bagaimana pemerintah diorganisir dan dijalankan, maka yang kedua merujuk

pada prinsip-prinsip dimana rakyat diciptakan setara dan setiap hak tidak boleh dicabut (Tushnet, 1999). Pandangan Mark Tushnet ini kemudian menjadi dasar gagasan upaya-upaya penanganan permasalahan konstitusional di luar mekanisme-mekanisme baku yang tersedia dalam sistem ketatanegaraan Amerika. Meskipun demikian, Tushnet tetap mengakui bahwa mekanisme *judicial review* harus tersedia. Tushnet mencontohkan bahwa tanpa *judicial review,* maka akan sulit memberikan hak konstitusional pada gay ataupun memberikan hak untuk aborsi pada perempuan. Jika perjuangan hak-hak tersebut hanya di kancah politik (Tushnet, 1999).

Selain Tushnet, gagasan progresif tentang penafsiran konstitusi muncul dari Bruce Ackerman (1993) seorang konstitusionalis Amerika Serikat. Sama seperti Tushnet, Ackerman pada dasarnya mengakui pentingnya mekanisme *judicial review* sebagai mekanisme yang memungkinkan perlindungan atas manusia. *The Supreme Court of the United States* ditujukan untuk mencegah Kongres melakukan perubahan konstitusi secara sepihak melalui produk undang-undang. Baginya, hanya rakyat yang dapat mengubah konstitusi. Karena rakyat adalah pemegang kendali demokratis sebagai *higher law making,* sementara pemerintah adalah pembentuk hukum dalam situasi normal dan kapan saja *normal lawmaking*, tetapi tidak boleh bertentangan dengan dengan keputusan rakyat (Ackerman, 1995). Baik Tushnet maupun Ackerman pada dasarnya hendak menyampaikan pesan bahwa penyelesaian potensi-potensi pelanggaran atas hak warga negara haruslah menjadi hal utama. Jika mekanisme yudisial tidak dimungkinkan sebagai jalan penyelesaian, maka upaya-upaya lain di luar mekanisme *judicial* tetap bisa ditempuh.

Dalam kajian konstitusi, terdapat tiga pandangan terkait pihak mana yang paling otoritatif dalam menafsir konstitusi: supremasi badan peradilan, departementalisasi dan *popular constitutionalism.* Menurut teori supremasi konstitusi, badan peradilan merupakan cabang kekuasaan negara yang mempunyai otoritas tertinggi dalam melakukan penafsiran konstitusi (*the court has the ultimate authority in matters of constitutional interpretation*). Teori ini dikenal dengan "*judicial supremacy*" (Fallon, Jr., 2018) yang dijustifikasi oleh gagasan *counter - majoritarianism* (Kramer, 2004).

Kritik terhadap *judicial supremacy* yang menghendaki ruang penafsiran konstitusi tidak semata diberikan kepada pengadilan telah melahirkan gagasan *popular constitutionalism* (Pozen, 2010) yang sebenarnya bukanlah gagasan yang menolak *judicial review.* Berdasarkan gagasan ini masyarakat (*the people*) berada dalam posisi yang selalu aktif dan berkelanjutan mengawasi interpretasi dan penegakan konstitusi (C. Post & Siegel, 2004) termasuk ketika menguji gagasan-gagasan legislasi yang progresif (*in favor of the people)* ataupun menguji *constitutional commitments* yang tidak mendapatkan dukungan publik yang kuat (*fragile)* (Pozen, 2010).

Sedangkan *departmentalism* menegaskan bahwa setiap cabang kekuasaan negara mempunyai kewenangan yang sama dan setara dalam menafsirkan konstitusi. Dalam konsep ini, produk kerja pengadilan dalam menafsirkan konstitusi tidak mengikat legislatif ataupun eksekutif.

Sekalipun Tushnet (1999) termasuk pengkritik *judicial supremacy,* sebagaimana dalam *Taking The Constitution Away from The Court,* ia juga meragukan potensi implementasi gagasan konstitusi rakyat dengan menyatakan *it would return all constitutional decision-making to the people acting politically.* Sama seperti Tushnet, Ackerman (1989) juga menaruh kritisisme yang tajam pada perspektif positivisme, tetapi dalam merespons gagasan *popular constitutionalism* ia membedakan implementasi kewenangan rakyat sebagai *higher law making* itu pada episode dan dengan proses tertentu. Untuk memahami ketiga konsep otoritas penafsir tertinggi konstitusi tersebut, David Pozen (2010) menggambarkannya dalam tabel berikut:

Tabel 1:
Perbedaan Tiga Konsep Penafsiran Konstitusi oleh David Pozen (2010)

	Juricentric	Departmentalism	Populism
Robust	Judicial sovereignty	Legislative or executive supremacy	Direct democracy (e.g. assemblies), direct action (e.g. mobs)
Medium	Judicial Supremacy, routinely and confidently asserted	Each branch acts on its own interpretations of the Constitution	Social and political movements drive constitutional change
Modest	Judicial supremacy, rarely and cautiously asserted	Each branch interprets the Constitution	Civic engagement, norm contestation

Mengacu pada matrik di atas, pilihan progresif yang memungkinkan bisa diadopsi dalam mengatasi persoalan konstitusionalitas perda di Indonesia adalah pada derajat medium. Pada level ini, secara paralel mekanisme *judicial* dibenahi dan tetap memiliki supremasi yang kokoh sebagai penafsir konstitusionalitas sebuah norma. Masing-masing institusi juga memiliki kewenangan tafsir terhadap dan pada masalah yang menjadi lingkup kewenangannya, meskipun tetap jika terjadi konflik norma maka peradilan yang akan menyelesaikannya. Harapan terbesar perubahan tentu saja melekat pada kelompok *civil society* dan aktor-aktor politik yang mampu men-*drive* secara reguler penafsiran dan penyelesaian masalah konstitusional.

Pada mazhab *departmentalism-juricentrice*, Mahkamah Agung bisa didorong mengambil peran lebih. Dengan tetap mempertahankan kewenangan limitatif yang termasuk dalam Pasal 24A bahwa MA memiliki kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU *(judicial supremacy)*, tetapi menggunakan Konstitusi sebagai batu uji *(departmentalism)*. Dengan demikian, kebuntuan penanganan kebijakan diskriminatif ini bisa diatasi. Sementara pada mazhab populisme, gerakan masyarakat sipil bisa berkonsolidasi melakukan langkah-langkah progresif yang efektif memberikan pengaruh pada proses-proses *judicial* yang didesain secara strategis.

1. Percepatan Penanganan Melalui Jalur *Executive/Political Review* Dalam Koordinasi Pemerintah Pusat

UU 23/20014 menegaskan bahwa Kemendagri adalah pembina dan pengawas pemerintah daerah, termasuk membina dan mengawasi pembentukan peraturan daerah. Kewenangan tersebut telah dijabarkan melalui beberapa peraturan yang mendukung pelaksanaannya. Hanya saja penanganan kebijakan diskriminatif, dimana langkah korektif masih dilakukan melalui mekanisme *executive review, legislative review*, dan *judicial review,* dalam praktiknya, pada setiap mekanisme tersebut mempunyai daya politik yang sangat kuat, sehingga dapat dilihat berjalan sangat lamban.

Tantangan yang dihadapi dalam penanganan keberadaan kebijakan menjadi terklasifikasi dalam dua aras, Peraturan Daerah bersandar dari keputusan politik Pemerintah Daerah yang akan melakukan perubahan melalui eksekutif dan legislatif, sementara kebijakan yang tergolong dalam Peraturan Kepala Daerah adalah keputusan politik Pemerintah Pusat menggunakan kewenangannya dalam melakukan koreksi kepada Gubernur selaku wakil dari Pemerintah Pusat.

Dalam UU tentang Pemerintahan Daerah, khususnya Pasal 76 dan Pasal 250 UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah, melarang pembentukan kebijakan daerah dan kebijakan kepala daerah bersifat diskriminatif karena selain bertentangan dengan peraturan perundang-undangan di atasnya juga bertentangan dengan kepentingan umum. UU No. 12 Tahun 2012 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan juga memerintahkan agar materi muatan harus mencerminkan asas pengayoman, kemanusiaan dan keadilan, dimana prinsip non diskriminasi merupakan bagian integral dari asas-asas itu. Lebih lanjut, materi muatan peraturan perundang-undangan, termasuk peraturan dan kebijakan di daerah, harus memuat asas kebangsaan, kenusantaraan dan Bhinneka Tunggal Ika. Ketiga asas ini dilanggar di dalam kebijakan diskriminatif yang mengarahkan penguatan identitas tunggal atas nama agama dan keinginan kelompok mayoritas di daerah. Akibat konstruksi sosial yang menempatkan perempuan sebagai target kontrol moralitas dan simbol komunitas, maka kebijakan yang diskriminatif ini memiliki dampak kerugian yang tidak proporsional bagi perempuan, sebagaimana jelas tampak dalam pelaksanaan kebijakan yang mengatur tentang busana dengan identitas agama (Siaran Pers Komnas Perempuan, 2021).

Percepatan pada sektor ini, mengacu pada assesment Komnas Perempuan, sejauh ini Kementerian Dalam Negeri hanya berfokus pada perda-perda yang berhubungan dengan investasi dan ekonomi. Sementara untuk jenis perda yang mengandung problem konstitusional, belum memperoleh penanganan.

Pasca pembatalan kewenangan Kemendagri untuk membatalkan perda, jalan bagi Kemendagri untuk mendisiplinkan pemerintah daerah memang kehilangan jalur. Akan tetapi kewenangan pencegahan masih tetap efektif berjalan. Jika Komnas Perempuan hendak berkontribusi, maka

bisa fokus pada penyediaan model dan modul kerja bagi Kemendagri termasuk sistem data perda yang memudahkan kerja pengawasan/pencegahan.

Cara lain yang bisa dikembangkan adalah dengan memperkuat Kemendagri untuk memastikan pemerintah daerah mengevaluasi produk-produk hukum diskriminatif dan mengadopsi tata kelola pemerintahan yang inklusif (*inclusive governance*). Advokasi penanganan perda diskriminatif juga bisa diintegrasikan dengan upaya salah satu elemen masyarakat sipil yang memiliki Indeks Kota Toleran (IKT) karena salah satu variabel yang dinilai dalam *indexing* tersebut adalah variabel ada tidaknya kebijakan diskriminatif. Jawaban untuk meningkatkan mutu toleransi di daerah adalah dengan merespons adanya produk hukum daerah diskriminatif.

Kertas Kerja ini merekomendasikan agar Komnas Perempuan membangun sinergi dalam penyelenggaraan *indexing* toleransi termasuk upaya yang sedang didorong, yakni pelembagaan tata kelola pemerintah yang inklusif melalui Peraturan Menteri Dalam Negeri. Dengan alat ini, Kemendagri bisa menjadi dirigen bagi pemerintah daerah mengatasi produk hukum diskriminatif yang berujung pada dorongan agar pemerintah daerah/DPRD melakukan review mandiri terhadap produk hukum diskriminatif *existing*._

2. Percepatan Pencegahan Kebijakan Daerah Diskriminatif

Rencana pembentukan Badan Pusat Legislasi Nasional yang disampaikan oleh Presiden Joko Widodo (17/1/2019) adalah peluang terbaik untuk melakukan dua hal sekaligus: (1) merespons produk hukum daerah diskriminatif yang *existing* yang berujung pada rekomendasi *political review* pada masing-masing daerah yang menerbitkannya sehingga tidak menyalahi putusan Mahkamah Konstitusi No. 137/PUU-XIII/2015 dan No. 56/PUU-XIV/2016; dan (2) mendesain sekaligus menjalankan peran pengawasan terintegrasi dan berkelanjutan rancangan peraturan daerah dan produk hukum daerah lainnya. Pembentukan Badan ini membutuhkan rekonsiliasi kewenangan pengawasan Kementerian Dalam Negeri dan kewenangan Kementerian Hukum dan HAM sekaligus memutus tarik menarik kewenangan dua kementerian ini.

Dasar hukum pembentukan Badan ini sebenarnya sudah masuk dalam revisi UU 12/2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Dalam UU 15 Tahun 2019 tentang Perubahan UU 12/2011 disebutkan pada Pasal 99A bahwa pemerintah dimandatkan untuk membentuk lembaga yang mengurusi pembentukan peraturan perundang-undangan dalam rumpun pemerintah. Hingga saat ini badan/lembaga ini belum terbentuk. Padahal jika badan ini terbentuk, maka pemerintah memiliki perangkat yang lebih solid untuk memastikan produk hukum daerah konsisten dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, karena sekalipun perda adalah produk legislatif daerah, dalam konstruksi UU 23/2014 tentang Pemerintahan Daerah, DPRD adalah bagian dari pemerintahan daerah dalam arti luas, dimana pemerintah pusat mempunyai ruang intervensi konstitusional.

3. Pengujian Konstitusionalitas Perda di MA

Cara paling cepat mengatasi persoalan kebuntuan mekanisme pengujian konstitusionalitas perda, yakni dengan tetap mempertahankan kewenangan generik MA menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU, tetapi dengan memberikan kewenangan baru menggunakan batu uji konstitusi, sepanjang norma dalam perda yang diuji materilkan mengandung masalah konstitusional.

Cara ini dapat dilakukan melalui praktik hukum oleh hakim-hakim MA sebagai bentuk *judicial activism,* (Holland, 1983; Hasani 2015) guna menjawab kekosongan mekanisme dalam sistem ketatanegaraan. Cara berikutnya adalah dengan merevisi Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil sebagai dasar hukum penyelenggaraan pengujian konstitusionalitas perda. Meskipun model ini dianggap paling cepat, untuk menjawab keraguan publik atas mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan di MA, institusi ini juga perlu melakukan pembenahan hukum acara yang lebih akuntabel.

Model pengujian semacam ini memiliki preseden pada praktik pengujian yang terjadi di Korea Selatan. Pengujian peraturan perundang-undangan (*statutory*) dalam ketatanegaraan Korea Selatan terbagi dalam dua badan peradilan, yaitu Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung (Konstitusi Republik Korea, 1948 Amandemen 1987, Pasal 111 dan Pasal 107). Dalam sistem ketatanegaraan Korea Selatan tidak terjadi kekosongan mekanisme pengujian peraturan daerah karena sudah mencakup segala bentuk peraturan yang kewenangan pengujian konstitusional dan legalitasnya berada pada Mahkamah Agung Korea Selatan. Dalam bahasa lain dapat dikatakan bahwa MA dan MK di Korea Selatan memiliki kewenangan sama dengan Indonesia hanya saja di Korea Selatan ditegaskan, bahwa konstitusionalitas perda adalah bagian kewenangan yang bisa diuji oleh MA, sepanjang dipersoalkan dalam perkara yang sedang diperiksa oleh MA.

Indonesia yang menganut sistem norma berjenjang dan meletakkan UUD Negara RI Tahun 1945 sebagai *supreme law of the land* memiliki konsekuensi berupa keharusan adanya harmonisasi seluruh peraturan perundang-undangan yang memusat pada UUD Negara RI Tahun 1945. Selain berjenjang, bahwa hierarki norma di Indonesia juga diyakini memiliki 2 (dua) wajah *(das doppelte Rechtsantlitz)* suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi ke bawah ia juga menjadi dasar dan menjadi sumber bagi norma hukum di bawahnya. Norma-norma dalam sebuah peraturan harus bisa dilacak kembali kepada sumber aslinya, yaitu konstitusi sebagai *grundnorm.* Meskipun demikian, hal ini tidak dapat berlaku dalam hal keberlakuan perda, karena sifatnya dapat sebagai aturan organik dan non-organik. (Farida, 2008).

Sifat perda yang organik dan non-organik inilah yang memicu munculnya *constitutional gap,* di mana kekosongan mekanisme pengujian konstitusionalitas perda terjadi. Terdapat kebuntuan bagi para pencari keadilan jika terdapat kerugian yang diderita akibat perda yang diundangkan bertentangan dengan UUD Negara RI Tahun 1945, karena pengundangan perda tidak hanya dapat dilakukan dalam rangka menjalankan peraturan yang lebih tinggi *(organic regulation),* melainkan juga dapat diundangkan dalam rangka kebutuhan hukum masyarakat daerah *(non-organic regulation).* Perda yang bersifat non-organik, penyusunannya tidak dibatasi wajib mengacu pada koridor yang ditetapkan dalam peraturan tertentu yang lebih tinggi sebagaimana peraturan organik atau peraturan pelaksana, karena dibuat dalam rangka kewenangan otonomi daerah untuk kebutuhan hukum masyarakat daerah. Dengan karakter yang demikian, maka pembentukan perda tersebut patuh secara langsung terhadap norma konstitusi sebagai sumber hukum dan dasar negara. Atas dasar itu, kemungkinan penggunaan konstitusi sebagai batu uji dalam pengujian perda sangat dimungkinkan.

Mengingat fungsi peradilan sebagai *the guardian of citizens,* MA dimungkinkan menguji konstitusionalitas norma dengan melakukan tafsir konstitusi yang dilakukan oleh MA dalam setiap perkara Hak Uji Materiil (HUM). Tafsir konstitusi oleh MA merupakan konsekuensi logis dari konsepsi hirarkis peraturan perundang-undangan yang dianut di Indonesia (Junainah, 2016). Kewenangan untuk menafsirkan konstitusi dapat dimiliki oleh lembaga lain dalam rangka menjalankan tugas dan kewenangannya (Rahayu, 2011). Bagir Manan (2019) menyatakan bahwa sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman, MA juga memiliki fungsi pengawal konstitusi melalui penafsiran konstitusi. Apalagi *original intent* konsepsi *judicial review* yang menyatakan *"the purpose of judicial review is to interpret the Constitution"*(Whittington, 1999).

Pendapat sebagaimana dikemukakan Bagir Manan sesungguhnya telah menjadi praktik di MA. Putusan No. 45 P/HUM/2011,[1] Putusan No. 63 P/HUM/2014,[2] Putusan No. 06 P/HUM/2016,[3]

1 Putusan *a quo* menguji Peraturan Daerah Bandung Nomor 02 Tahun 2004 dan Peraturan Daerah Kota Bandung Nomor 03 Tahun 2006. Juga menggunakan UUD Negara RI 1945 yakni Pasal 33 ayat (1), ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) UUD Negara RI 1945, sebagai batu pengujian legalitas. Lihat Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 45 P/HUM/2011, hlm. 21, 24, dan 25.

2 Putusan *a quo* menguji Qanun Aceh Nomor 19 Tahun 2013 tentang Rencana Tata Ruang Wilayah Aceh Tahun 2013-2033. Pemohon menggunakan Pasal 18B ayat (2) UUD NRI 1945 dalam menguatkan argumentasinya. Lihat Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 63 P/HUM/2014, hlm. 12 dan hlm. 212.

3 Putusan ini menguji Peraturan Daerah Kabupaten Kudus Nomor 10 Tahun 2015 tentang Usaha Hiburan Diskotik, Kelab Malam, dan Penataan Hiburan Karaoke. Pemohon menggunakan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 28D ayat (1) UUD NRI 1945 untuk menguatkan argumentasi pengujian legalitasnya. Lihat Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 6 P/HUM/2016, hlm. 8.

Putusan No. 20 P/HUM/2012,[4] Putusan No. 34 P/HUM/2013,[5] Putusan No. 45 P/HUM/2011,[6] dimana pemohon HUM mendalilkan permohonannya dengan dasar argumentasi UUD Negara RI Tahun 1945, maka MA pun memberikan tafsir Konstitusi.

Sebagai salah satu contoh, dalam Putusan No. 33 P/HUM/2011 yang menguji Keputusan Presiden RI, No. 28 tahun 1975 tentang Perlakuan Terhadap Mereka Yang Terlibat G.30.S/PKI Golongan C dikemukakan:

Menimbang, bahwa berdasarkan uraian pertimbangan tersebut **terbukti** bahwa Keputusan Presiden RI Nomor 28 Tahun 1975 tanggal 25 Juni 1975 tentang Perlakuan Terhadap Mereka Yang Terlibat G.30.S/PKI golongan C (Bukti P-1) bertentangan dengan peraturan **yang lebih tinggi** *in casu* adalah:

- Pasal 27 Ayat (1), Pasal 28D Ayat (1) Perubahan kedua UUD 1945, Pasal 28D Ayat (3) Perubahan kedua UUD 1945, dan Pasal 28I Ayat (2) Perubahan kedua UUD 1945;
- Pasal 6 dan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman;
- Pasal 23 Undang-Undang Nomor 43 Tahun 1999 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian;
- Pasal 17 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

4 Putusan ini menguji legalitas Pasal 46 ayat (1) Peraturan Daerah Kabupaten Jombang Nomor 6 Tahun 2006 tentang Organisasi Pemerintah Desa. Pemohon menggunakan Pasal 28D UUD NRI 1945 dalam mendalilkan argumentasinya. Lihat Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 20 P/HUM/2012, hlm. 12.

5 Putusan ini menguji legalitas Pasal 24 ayat (1) huruf a Peraturan Daerah Kota Surabaya Nomor 23 Tahun 2012 tentang Kepariwisataan. Pemohon menganggap hak konstitusionalnya telah dirugikan dengan berlakunya ketentuan *a quo* dan menilai ketentuan *a quo* bertentangan dengan Pasal 27 ayat (2) dan Pasal 28I ayat (2) UUD Negara RI 1945. Lihat Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 34 P/HUM/2013, hlm. 7 dan hlm. 10.

6 Putusan ini menguji legalitas Peraturan Daerah Kota Bandung Nomor 02 Tahun 2004 dan Peraturan Daerah Bandung Nomor 03 Tahun 2006. Para Pemohon dalam Permohonannya menggunakan Pasal 5 ayat (2) UUD Negara RI 1945 dalam membangun argumentasinya. Lihat Putusan Mahkamah Agung RI 45 P/HUM/2011, hlm. 6.

Jika putusan tersebut dianggap sebagai terobosan dan preseden, maka MA sebenarnya telah menerapkan atau mempertimbangkan norma-norma dalam Konstitusi RI sebagai batu uji memutus sebuah perkara HUM. Dengan demikian, upaya perluasan kewenangan MA untuk tidak hanya menguji aspek legalitas tetapi juga menguji aspek konstitusionalitas norma dalam perda sangat terbuka. Bagir Manan (2019) menegaskan bahwa langkah mempraktikkan pengujian konstitusionalitas bukan hal yang dilarang, karena secara prinsip tugas MA adalah menegakkan keadilan. Jadi sepanjang ditujukan untuk menegakkan keadilan, maka terobosan itu sangat memungkinkan, bergantung pada pilihan majelis dalam mengadili sebuah perkara.

Meskipun dikatakan sebagai uji legalitas dan bukan uji konstitusionalitas, namun pada esensinya pengujian sebagai pembatasan adalah salah satu pengejawantahan dari prinsip konstitusionalisme, sehingga hal ini tetap dapat mendudukkan kembali peraturan sesuai dengan supremasi konstitusi. Hal ini karena pelaksanaan pengujian *constitutional review* di Indonesia dan bahkan di berbagai negara selalu disandarkan pada alas hak bahwa sebuah aturan merugikan hak konstitusional warga negara (Asplund, 2008).

Dari uraian di atas, model penguatan mekanisme pengujian konstitusionalitas perda, sebagai gagasan dan jalan baru ketatanegaraan yang perlu diujicobakan adalah dalam bentuk perluasan kewenangan pada MA dengan memperluas jangkauan praktik dalam Hak Uji Materiil dengan menggunakan batu uji UUD Negara RI Tahun 1945, sepanjang didalilkan oleh pemohon dan sepanjang secara substantif perda yang diujikan mengandung masalah konstitusional. Selain memiliki preseden dalam praktik HUM di MA, di mana MA menggunakan argumentasi konstitusi dalam memutus perkara, MA juga secara prinsipal pada dasarnya memiliki kewenangan menafsirkan konstitusi. *Judicial activism* menjadi langkah praktis mengatasi kebuntuan mekanisme ini yang secara teknis bisa dituangkan dalam perbaikan peraturan Mahkamah Agung yang mengatur Hak Uji Materiil di MA.

4. Pengujian Konstitusionalitas Perda di MK

Model pengujian konstitusionalitas perda di MK adalah dari obsesi banyak pemikir tentang pentingnya pembelahan kewenangan yudisial, bahwa MA berfokus pada peradilan keadilan *(court of justice)* yang mengadili perkara-perkara konkret dan norma konkret; sedangankan MK berfokus pada peradilan norma *(court of norm)* sehingga secara konsisten bisa mengawal potensi inkonstitusionalitas dan ilegalitas dalam segala jenis peraturan perundang-undangan, baik dalam bentuk *contrary*/bertentangan, *inconsistent with*/tidak konsisten dengan UUD, maupun karena adanya *constitutional injury*/ kerugian konstitusional yang dialami oleh warga negara. Model ini dianggap ideal tetapi cara yang bisa ditempuhnya adalah dengan melakukan amandemen Pasal 24A ayat (1) dan Pasal 24C ayat (1). Pilihan atas model ini memiliki basis legitimasi konsepsional pada prinsip supremasi konstitusi dan prinsip kepatuhan pada hierarki norma yang dianut sistem ketatanegaraan Indonesia.

Gagasan penyatuatapan pengujian peraturan perundang-undangan ini memiliki *evidence based* praktikal pada fakta adanya perda-perda yang mengandung masalah konstitusional tetapi tidak bisa dipersoalkan karena keterbatasan mekanisme pengujian yang tersedia, pada praktik hak uji materiil di Mahkamah Agung yang dianggap memiliki keterbatasan, dan upaya menghindari inkonsistensi norma, kepastian hukum, dan harmoni horizontal peraturan perundang-undangan dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia (NRI). Selain memiliki basis legitimasi praktikal, gagasan ini setidaknya memiliki 4 (empat) argumentasi: argumentasi teoritik, argumentasi historis dengan merekam perdebatan pada proses amandemen UUD Negara RI Tahun 1945, dan legitimasi komparatif dengan mengacu pada model ideal pengujian konstitusionalitas peraturan perundang-undangan di dunia.

(1) Argumentasi Teoritik

Pengujian konstitusionalitas perda bukanlah pilihan tetapi keniscayaan, karena prinsip *checks and balances,* supremasi konstitusi, dan hierarki norma yang memerintahkannya, jika suatu sistem ketatanegaraan hendak menegakkannya secara paripurna. Dengan demikian pula, maka model pengujian yang diadopsi dalam UUD Negara RI 1945 bukanlah ideal yang mampu menjawab fakta inkonstitusionalitas perda-perda. Kebutuhan pengujian konstitusionalitas norma kemudian mengantarkan penulis pada usulan agar kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan di Indonesia diintegrasikan ke dalam satu institusi, yakni Mahkamah Konstitusi, baik menguji aspek legalitas maupun yang utama adalah menguji konstitusionalitas seluruh peraturan perundang-undangan.

Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 49/PUU-IX/2011, menginterpretasi maksud Pasal 24 ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945 menegaskan bahwa Mahkamah Konstitusi merupakan penafsir tertinggi UUD (*the ultimate interpreter of the constitution*). Sebagai berikut:[7]

Bahwa Indonesia telah menyatakan sebagai negara hukum yang demokrasi konstitusional atau negara demokrasi yang berdasar atas hukum, sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945. Salah satu syarat setiap negara yang menganut paham **rule of law** dan *constitutional democracy* adalah prinsip konstitusionalisme *(constitutionalism),* antara lain yaitu prinsip yang menempatkan undang-undang dasar atau konstitusi sebagai hukum tertinggi dalam suatu negara.

7 Putusan Mahkamah Konstitusi 49/PUU-IX/2011, bagian Pendapat Hukum Mahkamah, hlm. 74. Mahkamah Konstitusi sebagai *guardian of constitution* ataupun *the sole interpreter of constitution* juga dapat dilihat dari pernyataan Jimly Asshiddiqidie. Lihat Jimly Asshiddiqie, 2006, *Perkembangan dan Konsolidasi.. op.cit.,* hlm. 154-156. Selain itu juga dikatakan bahwa "*konstitusi telah menempatkan MK sebagai lembaga peradilan yang dibutuhkan untuk mengadili perkara-perkara yang berkaitan dengan konstitusi. Dalam mengadili dan memutus perkara, MK tentunya harus selalu mendasarkan pada ketentuan-ketentuan dalam konstitusi, dan berhak secara formal untuk menafsirkan konstitusi. ... dapat dikatakan, tugas pokok dari MK selain untuk menegakkan konstitusi dalam kerangka negara hukum juga merupakan pengawal sekaligus penafsir konstitusi*." Lihat Laporan Hasil Penelitian: *Penafsiran Konstitusi Dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar,* Pusat Penelitian, Pengkajian Perkara dan Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi (P4TIK) Mahkamah Konstitusi RI, hlm. 14-15.

Untuk menjamin tegak dan dilaksanakannya konstitusi itu maka harus terdapat mekanisme yang menjamin bahwa ketentuan-ketentuan konstitusi dimaksud benar-benar dilaksanakan dalam praktik kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 telah memberi kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang berfungsi mengawal konstitusi atau undang-undang dasar *(the guardian of the constitution)* dan karena fungsinya itu Mahkamah Konstitusi merupakan penafsir tertinggi undang-undang dasar *(the ultimate interpreter of the constitution).*

Mahkamah Konstitusi juga menegaskan bahwa kelembagaan Mahkamah Konstitusi adalah mengawal konstitusi dan menegakkan supremasi hukum, terlihat dari putusan berikut bahwa[8] "*hakikat keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai pelembagaan upaya untuk mengawal konstitusi dan menegakkan prinsip supremasi hukum dalam sistem ketatanegaraan Indonesia setelah era reformasi, tidak lain ialah upaya untuk memperkuat perwujudan cita-cita Negara Hukum itu*."

Mahkamah konstitusi selain untuk menjamin supremasi konstitusi, seharusnya mengawasi konstitusionalitas pilihan-pilihan politik biasa, dan dipandang sebagai lembaga yang dapat berperan sebagai benteng perlawanan terhadap tekanan mayoritas sebagaimana terlihat dari pernyataannya berikut (Mendes, 2013):

Mahkamah Konstitusi merupakan sebuah institusi yang bertanggung jawab menjamin supremasi konstitusi dan pada akhirnya mengawasi konstitusionalitas pilihan-pilihan politik biasa *(ordinary political choices),* Mahkamah Konstitusi dipandang sebagai benteng pertahanan terakhir dan pemberat melawan bahaya tekanan mayoritas. Dengan latar belakang melawan ketidakpercayaan terhadap politik elektoral.

Judicial review di negara-negara *civil law* biasanya menganut sistem yang tersentralisasi. Beberapa pakar berpendapat bahwa kewenangan untuk melakukan pengujian konstitusionalitas peraturan perundang-undangan (*statutory*) di bawah undang-undang, *in casu* peraturan daerah, adalah kewenangan Mahkamah Konstitusi. Di antaranya Mahfud MD (2010), memandang kewenangan pengujian seluruh peraturan perundang-undangan seharusnya tidak terbelah dua:

Sesuatu yang ideal adalah ketentuan uji materi oleh lembaga yudisial untuk semua peraturan perundang-undangan dilakukan satu jalur saja, yaitu oleh Mahkamah Konstitusi dengan tidak membagi kompetensi secara terbelah dan silang antara Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung. Peletakan pengujian pada satu jalur ini dipandang akan lebih baik karena lebih menjamin konsistensi dan konsentrasi penanganan oleh satu lembaga atas semua peraturan perundang-undangan, mulai dari UU terhadap UUD sampai peraturan perundang-undangan yang terbawah terhadap peraturan perundang-undangan yang di atasnya.

8 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003.

Langkah penyatuatapan pengujian peraturan perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi pada hakikatnya dapat memperbaiki elemen sistem hukum berupa instrumen atau substansi melalui harmonisasi peraturan perundang-undangan. Selain itu juga dapat memperbaiki kelembagaan atau institusional yang berpengaruh terhadap penegakan hukum, tidak adanya tumpang tindih antara putusan MK dan MA mengakibatkan menguatnya MK sebagai pelindung konstitusi. Penyatuatapan akan berdampak selain konsistensi dan harmonisasi normatif secara vertikal, juga meningkatkan ketaatan penyelenggara negara dan warga negara untuk tunduk dan taat pada norma hukum, tetapi tetap menjamin kebebasan setiap individu dan kelompok untuk mengekspresikan berbagai keinginan dan kebutuhan dalam wadah negara hukum yang demokratis. Jika suatu peraturan daerah melanggar hak konstitusional warga negara, maka Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi seharusnya memeriksa, mengadili, dan memutus perkara pengujian konstitusionalitas peraturan daerah tersebut karena *de facto* telah melanggar hak konstitusional warga. Keharusan ini dapat dipersamakan dengan ketika Mahkamah Konstitusi memperluas objek pengujian termasuk Perppu. Mahkamah menyatakan:[9]

Perppu belumlah menjadi objek pengujian norma hukum *(norm control mechanism)* oleh Mahkamah Konstitusi. Perppu sebagai bentuk *emergency legislation* dengan penyimpangan norma yang terkandung di dalamnya sudah seharusnya lebih dulu menjadi objek pengawasan ketat yang diprioritaskan oleh DPR-RI. Jika dalam masa pengawasan oleh DPR itu, penerapan Perppu tersebut sudah menimbulkan korban ketidakadilan yang nyata, maka tidak selayaknya bagi Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal undang-undang dasar untuk membiarkan ketidakadilan itu menimbulkan masalah yang lebih besar, terutama apabila Perppu tersebut telah diajukan oleh pihak yang hak konstitusionalnya dirugikan sebagai perkara di Mahkamah Konstitusi. Jika korban yang hak atau kewenangan konstitusionalnya nyata-nyata memang dirugikan oleh berlakunya Perppu itu mengajukan permohonan perkara pengujian ke Mahkamah Konstitusi, maka tidak ada alasan bagi lembaga pengawal konstitusi ini kecuali memeriksa, mengadili, dan memutus perkara pengujian konstitusionalitas Perpu itu sebagai undang-undang dalam arti materiil *(wet in materiele zin)* dengan cara yang sebaik-baiknya menurut UUD 1945 dan UU 24/2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Majelis Eksaminasi Publik Terhadap Putusan Mahkamah Agung No. 16 P/HUM/2006 dan No. 26 P/HUM/2007 tentang Permohonan *Judicial Review* atas Perda Kota Tangerang dan Kabupaten Bantul tentang Pelarangan Pelacuran, yang dibentuk oleh Komnas Perempuan, juga berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi-lah yang seharusnya menguji peraturan-peraturan daerah yang memiliki persoalan konstitusionalitas untuk memperluas akses keadilan konstitusional. Tidak boleh pintu akses keadilan konstitusional pengujian Perda di MK ditutup dengan alasan yang kurang rasional (Komnas Perempuan, 2014).

9 Putusan Nomor 138/PUU-VII/2009

Mengacu kepada pengertian yang terdapat dalam UU No. 12 Tahun 2011 bahwa peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.[10] Peraturan perundang-undangan di Indonesia adalah UUD NRI 1945, TAP MPR, UU/PERPPU, Peraturan Pemerintah (PP), Peraturan Presiden (Perpres), dan Peraturan Daerah (Perda) serta peraturan lain yang dibuat oleh lembaga yang bersifat umum dan mengikat.[11] Dengan kata lain, *general and abstract norms* terdapat dalam seluruh peraturan perundang-undangan di Indonesia baik dari tingkatan tertinggi hingga dalam tingkatan terendah.

Jimly Asshiddiqie (2014) menganggap pemisahan praktik *judicial review* di MK dan MA merupakan bentuk kelemahan yang juga bertentangan dengan konsep pengujian peraturan perundang-undangan. Integrasi pengujian peraturan perundang-undangan harus segera dilakukan, karena pada dasarnya MA bertugas untuk secara integral mewujudkan keadilan warga negara di bawah fungsinya, sedangkan peradilan atas sistem hukum dan peraturan perundang-undangan diletakkan di bawah pengawasan MK. Sejalan dengan itu, pembidangan kewenangan antara dua lembaga peradilan itu semakin jelas, bahwa MK sebagai *court of law* dan MA sebagai *court of justice.*

(2) Argumentasi Historis

Constitutional review diartikan sebagai kewenangan badan kehakiman untuk mengenyampingkan produk legislatif ataupun administratif jika para hakim berkesimpulan bahwa produk tersebut bertentangan dengan konstitusi. Pada pertama kali konsep *constitutional review* dikenal, kewenangan ini tidak diberikan kepada lembaga yudikatif, melainkan diberikan kepada lembaga legislatif berdasarkan TAP MPR III/MPR/2000 yang memberi kewenangan melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD dan TAP MPR kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat.[12] Sampai akhirnya pada 9 November 2001 pengujian peraturan perundang-undangan benar-benar mendapat landasan konstitusionalnya dalam UUD NRI 1945 melalui amandemen ketiga yang dikukuhkan dalam sidang tahunan MPR November 2001.[13] Saat ini fungsi *constitutional review* berada pada kekuasaan MK sebagaimana diberikan oleh UUD Negara RI Tahun 1945.[14]

10 Lihat Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.
11 Lihat Pasal 7 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.
12 Lihat Pasal 5 Ayat (1) TAP *a quo.*
13 Lihat Majelis Permusyawaratan Rakyat RI, 2010, *Risalah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Tahun Sidang 2001 Buku Empat Edisi Revisi,* Sekretaris Jenderal MPR-RI, Jakarta, cet. 2, hlm. 683.
14 Lihat Pasal 24C ayat (1) UUD Negara RI Tahun 1945.

Constitutional review merupakan alat untuk menegakkan konstitusi atau disebut juga sebagai *judicial control*. Ni'matul Huda (2004) menyatakan hal tersebut sangatlah penting agar undang-undang atau peraturan perundang-undangan tidak menyimpang dari undang-undang dasar atau konstitusi. Sebagai hukum tertinggi, UUD harus memiliki sifat normatif mengikat, yang mana apabila terjadi pelanggaran atas norma dalam UUD maka penegakannya harus dilakukan dengan mekanisme hukum, bukan politik. Inilah argumentasi pembentukan Mahkamah Konstitusi, yakni untuk menciptakan sebuah sistem ketatanegaraan yang berasas pada pemisahan kekuasaan *(separation of power)* secara fungsional dan penerapan sistem *"checks and balances"* (Thalib, 2006).

Ketika saat ini negara Indonesia menganut supremasi konstitusi dengan menempatkan kedaulatan rakyat harus dijalankan berdasarkan UUD Negara RI Tahun 1945 sebagai *the supreme law of the land* atau rujukan tertinggi dalam berbangsa dan bernegara, maka kekosongan mekanisme dalam menguji konstitusionalitas perda adalah bentuk pengingkaran konstitusi itu sendiri. Supremasi konstitusi seakan dijunjung tinggi, padahal dalam praktiknya, supremasi parlemen (daerah) masih bercokol ditandai dengan tidak dapat dikoreksinya sebuah perda meskipun mengidap cacat konstitusional. Seharusnya, menut Janedjri M. Gaffar (2012), segala hukum dan tindakan yang tidak sesuai dengan konstitusi adalah hal yang tidak sah.

Penyatuatapan *judicial review* dengan memberikan akses kepada perda untuk dapat dilakukan *constitutional review* ke MK merupakan bentuk mendudukkan kembali implementasi prinsip supremasi konstitusi. Di mana konstitusi adalah wadah yang berisi pengakuan atas hak asasi manusia bagi siapapun, sehingga suara mayoritas tidak dapat memutuskan kehendak sesukanya (Limbach, 000). Perda yang dibuat dengan suara mayoritas yang mendominasi parlemen (lokal), yang memiliki cacat konstitusional dan merugikan hak warga negara, harus tetap diuji keabsahannya terhadap UUD Negara RI Tahun 1945. Hal ini merupakan konsekuensi paham demokrasi konstitusional yang dianut oleh Indonesia, di mana hukum atas kehendak mayoritas harus berimbang dengan hak minoritas. Eksistensi dari hak menguji adalah sebagai penjamin konstitusi dapat diimplementasikan secara konsisten tanpa ada penyimpangan sama sekali terhadap nilai fundamental yang terkandung di dalamnya (Huda, 2004). Mengatasi kekosongan mekanisme pengujian konstitusionalitas perda merupakan salah satu bentuk penyempurnaan pelaksanaan mekanisme supremasi konstitusi, yang oleh Maruarar Siahaan (2010) dianggap sebagai sesuatu yang urgen.

Terbentuknya MK sebagai peradilan konstitusi dengan kewenangannya tidak terlepas dari perdebatan yang juga tidak dapat terpisah dari kewenangan yang telah dimiliki oleh MA (Lubis, 1993). Perdebatan terkait pemberian mekanisme *judicial review* tidak hanya terjadi dalam sidang BPUPKI, namun juga terjadi dalam sidang konstituante di mana saat itu pengujian sebuah UU terhadap konstitusi dianggap sangat penting (Nasution, 1995). Pada dinamika perdebatan

pembentukan UU No. 14 Tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman juga diperdebatkan apakah UU ini dapat memberi kewenangan kepada MA untuk melakukan *judicial review.* Bahkan, dalam perdebatan ini, pihak yang setuju memberikan kewenangan *judicial review* juga memasukkan kewenangan *constitutional review* kepada MA (Adji, 1993). Pembahasan UU No. 14 Tahun 1970 menitik tekankan pada pemurnian kekuasaan kehakiman dari kewenangan eksekutif berupa *review* atas peraturan perundang-undangan.[15]

Tonggak paling mutakhir kewenangan *constitutional review* diberikan kepada kekuasaan kehakiman mulai terlihat ketika pembahasan amandemen pertama UUD Negara RI Tahun 1945 pada tahun 1999 (MPR, 2010). Saat itu telah dibahas oleh beberapa fraksi wacana untuk menjadikan MA sebagai peradilan konstitusi yang bertugas untuk menilai juga ketetapan-ketetapan MPR apakah bertentangan dengan konstitusi atau tidak demi penegasan tegaknya supremasi hukum. Apa yang muncul dalam pembahasan saat itu menghendaki MA menggunakan batu uji UUD Negara RI Tahun 1945 (MPR, 2010).

Alasan mengapa pada amandemen UUD Negara RI 1945 memisah kewenangan *judicial review* antara MA dan MK juga dilakukan dengan pertimbangan mengacu kepada kewenangan MA dalam UU No. 14 Tahun 1970. Dapat disimpulkan bahwa masih disisakannya kewenangan MA dalam *judicial review* hanya sebagai bentuk untuk mempertahankan kewenangan MA pada saat itu, tanpa disertai alasan yang komprehensif. Padahal, tim ahli yang notabenenya memiliki pemahaman lebih komprehensif dalam bidang hukum menghendaki kewenangan *judicial review* berada dalam 1 (satu) atap mahkamah yakni MK. Penyisaan kewenangan kepada MA ini juga dilandasi atas dasar kekhawatiran beberapa perumus amandemen bahwa MK akan memiliki kewenangan yang sangat luas, maka dari itu perlu tetap menyisakan kewenangan *judicial review* di MA.

Perkembangan hak uji materiil ini menjadi tonggak sejarah pertama kali di Indonesia sejak diberlakukannya UU No. 14 Tahun 1970. Delapan tahun kemudian, pemerintah kembali memperkukuh kekuasaan menguji materiel itu dalam Produk TAP MPR III/1978, sejalan dengan roh dari UUD 1945 Pasal 24 jo Pasal 25, sebagaimana tertera dalam Pasal 11 Ayat (1) dan (4) (Amos, 2007). Berdasarkan hal tersebut, maka sejarah kekuasaan kehakiman menyangkut hak uji materiil perundang-undangan di bawah undang-undang, terbentuk setengah hati di masa kekuasaan Orde Baru yang masih bersikukuh dengan otoritas kekuasaan semi presidensial-parlementer (Amos, 2007). Pembedaan kewenangan MA dan MK sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari kenyataan bahwa memang sejak sebelumnya Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Bahkan ketentuan demikian

15 Lihat Republik Indonesia: Risalah Undang-Undang 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman bagian Jawaban Pemerintah Atas Pemandangan Umum DPR-GR Babak Kedua tentang RUU tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman dan RUU tentang Susunan, Kekuasaan dan Hukum Acara Mahkamah Agung, Babak Pertama Mengenai RUU tentang Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum.

ditegaskan pula dalam Ketetapan MPR No. III/MPR/2000. Karena itu, ketika sepakat diadopsinya ide pembentukan Mahkamah Konstitusi dalam Perubahan Ketiga UUD 1945 pada tahun 2001 maka ketentuan lama berkenaan dengan kewenangan Mahkamah Agung itu dituangkan dalam rumusan ketentuan Pasal 24A Perubahan Ketiga UUD 1945 tersebut (Asshiddiqie, 2005).

Dapat disimpulkan bahwa alasan pemisahan kewenangan *judicial review* antara MA dan MK hanya sebatas memberikan kewenangan yang pada awalnya memang melekat di MA, tanpa menitikberatkan pertimbangan komprehensif lain yang secara konsepsi supremasi konstitusi seharusnya lebih tepat memberikan semua kewenangan *judicial review* ke MK. Menyimak perdebatan dalam amandemen UUD Negara RI 1945, tampak jelas tidak ada argumentasi akademik memadai terkait alasan pembelahan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan pada dua lembaga, MA dan MK.

Kecemasan sejumlah anggota Panitia *Ad Hoc* saat membahas pasal 24A dan 24C saat ini terbukti, di mana terdapat sejumlah perda yang memiliki persoalan konstitusionalitas tetapi tidak tersedia mekanismenya dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Untuk itu model ketiga yang ditawarkan dalam mengatasi kekosongan mekanisme itu, yakni penyatuatapan mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan ke dalam satu badan, yakni Mahkamah Konstitusi merupakan keniscayaan. Pada saat yang bersamaan, pemilihan model ini juga memperkuat adopsi prinsip supremasi konstitusi dan memperkuat kepatuhan pada prinsip hierarki yang dianut dalam sistem ketatanegaraan Indonesia.

(3) Argumen Perbandingan

Sejarah institusi dalam melakukan *constitutional review* mengalami perkembangan yang cukup pesat. Ada yang melembagakan pengujian dalam satu tubuh lembaga tersendiri, ada pula yang menjadikan fungsi tersebut terkait dengan lembaga yang sudah ada seperti Mahkamah Agung. Menilik dari sejarah munculnya *judicial review,* diawali oleh Amerika melalui MA-nya, sedangkan pengujian melalui MK diawali di Austria berkat pemikiran Hans Kelsen, maka baik MA di Amerika dan MK di Austria memiliki kewenangan *judicial review* yang tidak dimiliki oleh lembaga lain (satu atap).

Pengujian satu atap di bawah MK dipraktikkan dalam sistem hukum tata negara di beberapa negara seperti Jerman, Austria, dan Afrika Selatan (Asshiddiqie, 2006). Tren di berbagai negara memperlihatkan bahwa konsep pengujian satu atap merupakan konsep ideal bagi negara kesatuan.

Penelusuran terhadap 84 negara yang mempunyai Mahkamah Konstitusi *(Constitutional Court/ Constitutional Tribunal/Constitutional Council)* lebih dari 90% Mahkamah Konstitusi negara-negara di dunia mempunyai kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan (*statutory*) yang

beragam. Tidak hanya diberikan kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar, namun juga berbagai peraturan perundang-undangan lainnya yang berkekuatan hukum. Hal ini menunjukkan bahwa pentingnya pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Penulis menegaskan bahwa kewenangan Mahkamah Konstitusi RI dalam menguji *statutory* yang terbatas hanya menguji undang-undang saja merupakan praktik yang sangat tertinggal dibanding negara-negara lain yang telah menyediakan mekanisme *constitutional review* terhadap berbagai jenis peraturan perundang-undangan. Sebagaimana dipaparkan sebelumnya, bahwa *constitutional review* dalam sistem ketatanegaraan Indonesia hanya dilakukan terhadap undang-undang semata, sehingga jika masalah konstitusional itu dikandung oleh sebuah perda, yang merupakan kewenangan MA untuk mengujinya, masalah konstitusionalitas itu tidak akan bisa diatasi, karena mekanismenya tidak tersedia.

Mengacu pada fokus penelitian ini, yang berupaya mencari jalan penguatan sistem pengujian konstitusionalitas perda, praktik-praktik di beberapa negara berikut ini dapat menjadi rujukan gagasan penguatan mekanisme pengujian perda dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Berikut ini adalah mekanisme *review of constitutionality of local law* yang diadopsi dari negara-negara demokrasi konstitusional di dunia.

Praktik pengujian peraturan perundang-undangan di Jerman ditegaskan bahwa pengujian norma abstrak diarahkan kepada berbagai bentuk peraturan perundang-undangan (*legislative regulation*), termasuk di dalamnya undang-undang (*laws*), keputusan (*decrees*) dan peraturan perundangan yang ditetapkan oleh Pemerintah Federal atau negara bagian (*federal state*), yang dijalankan oleh Mahkamah Konstitusi (Asshiddiqie, 2006). Dengan demikian, *local law*, bisa diuji aspek konstitusionalitasnya melalui lembaga ini. Sementara, pengujian norma konkret hanya dilakukan atas undang-undang, peraturan perundang-undangan, peraturan pemerintah ataupun putusan peradilan umum, yang juga menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi Federal Jerman. Oleh sebab itu, dalam sistem ketatanegaraan Jerman, tidak terjadi kekosongan mekanisme pengujian konstitusionalitas peraturan daerah yang dalam sistem ketatanegaraannya dinamakan *land law.* MK Jerman berwenang menguji sebuah norma baik secara vertikal dengan *Basic Law* maupun secara horizontal dengan *land law* negara bagian lainnya.

Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan Austria, menguji konstitusionalitas undang-undang negara federal dan undang-undang negara bagian.[16] Jadi dalam sistem ketatanegaraan Austria, tidak ada kekosongan mekanisme pengujian konstitusionalitas peraturan daerah (atau dalam ketatanegaraannya dikenal dengan *Laws of Land*), di mana jenis peraturan ini dapat diuji konstitusionalitasnya oleh Mahkamah Konstitusi. Selain itu, berdasarkan Konstitusi Austria 1920-1930, jaminan konstitusionalitas tidak hanya melekat pada *statutes/*UU namun juga pada *ordinances* yang dikeluarkan oleh lembaga administratif bukan oleh parlemen (Kelsen, 1942).

16 Konstitusi Austria Tahun 1920 Diberlakukan Kembali Pada 1945 Amandemen 2013.

Pengujian peraturan perundang-undangan (*statutory*) dalam ketatanegaraan Korea Selatan terbagi dalam dua badan peradilan, yaitu Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung.[17] Dalam sistem ketatanegaraan Korea Selatan tidak terjadi kekosongan mekanisme pengujian peraturan daerah karena sudah mencakup segala bentuk peraturan yang kewenangan pengujian konstitusional dan legalitasnya berada pada Mahkamah Agung Korea Selatan. Dalam bahasa lain dapat dikatakan bahwa MA dan MK di Korea Selatan memiliki kewenangan sama dengan Indonesia hanya saja di Korea Selatan ditegaskan, bahwa konstitusionalitas perda adalah bagian kewenangan yang bisa diuji oleh MA.

Dengan mempertimbangkan tiga argumen: teoritik, historis, perbandingan, model pengujian holistik di MK adalah paling ideal untuk dipertimbangkan. Gagasan penyatuatapan atau penyatupintuan mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan bukan hanya bertolak dari obsesi membangun harmoni peraturan perundang-undangan atau adanya potensi konflik putusan, tetapi yang utama adalah menjawab kebuntuan konstitusional, di mana terdapat produk hukum yang mengandung cacat konstitusional tetapi tidak ada mekanismenya dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Demikian juga argumen penyatuatapan ini kokoh secara konsepsional dalam rangka memperkuat manifestasi prinsip supremasi konstitusi, prinsip kepatuhan pada hierarki, dan memiliki preseden dalam praktik pengujian konstitusionalitas di beberapa negara.

Kecemasan tentang potensi meningkatnya jumlah perkara, sebenarnya tidak semata-mata bergantung pada seberapa luas cakupan kewenangan Mahkamah. Dalam menjalankan kewenangan PHPU, MK pada awalnya diragukan karena banyaknya jumlah perkara dan bahkan dengan limitasi waktu yang ketat. Tetapi MK mampu melewati itu. Teknik pembatasan perkara dengan mengadopsi batasan minimal selisih suara[18] telah membuat MK selektif dalam memeriksa perkara. Apalagi dengan adopsi standar terstruktur, sistematis, dan massif (TSM) yang menjadi variabel pemeriksaan peradilan. Dengan cara ini, MK telah menjalankan peran efektif dalam mengadili sengketa Pilkada, meskipun terdapat sejumlah kritik karena MK lebih mengutamakan syarat formil dibanding menggali keadilan pemilu.

Dalam praktik pengujian UU, MK juga telah mengadopsi praktik prosedur dismissal untuk memastikan perkara pengujian itu layak dilanjutkan ke pemeriksaan atau tidak. Secara gradual pengetatan prosedur ini terus diadopsi, sehingga mutu pengujian UU terus meningkat.[19] Model seperti ini dapat diperkuat lagi jika penyatuatapan mekanisme pengujian diadopsi, misalnya dengan memisahkan kategori perda berdasarkan substansi atau materi muatannya atau bisa juga pada acuan sumber legitimasi perda, apakah jenis perda atribusian atau delegasian.

17 Konstitusi Republik Korea Tahun 1948 Amandemen Tahun 1987, Pasal 111 angka 1 dan Pasal 107 ayat (1).

18 Lihat lebih lanjut Inggrit Ifani dan Ismail Hasani, 2015, *Desain Peradilan Pilkada: Pembelajaran dari Praktik Peradilan Pilkada Serentak 2015,* Pustaka Masyarakat Setara, Jakarta.

19 Lihat lebih lanjut Inggrit Ifani dan Ismail Hasani, 2019, *Stagnasi Pemajuan Hak Konstitusional Warga:* Laporan Kinerja Mahkamah Konstitusi 2018-2019, Pustaka Masyarakat Setara, Jakarta.

V. PENGUATAN MASYARAKAT SIPIL

Kinerja advokasi kebijakan diskriminatif secara konsisten mempromosikan prinsip supremasi konstitusi sebagai dasar penyelenggaraan negara, karena secara normatif Konstitusi RI telah menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum demokratis yang seluruh tata cara penyelenggaraannya diatur oleh UUD. Pilihan pendasaran analisa pada prinsip supremasi konstitusi, hierarki norma, dan pelembagaan *judicial review* sebagai ikhtiar mengatasi perda-perda diskriminatif adalah pendekatan positivistik. Namun demikian, di luar perspektif yang positivistik ini, diskursus progresif yang melampaui rekomendasi-rekomendasi normatif, memungkinkan untuk dipilih sebagai alternatif *non-judicial.* Meskipun perspektif postmodernisme hukum selalu menemui jalan buntu ketika dituntut menghadirkan mekanisme-mekanisme implementasi dari gagasan tersebut, pada akhirnya, perspektif progresif ini diletakkan sebagai kritik atas dominasi positivisme hukum dan ikhtiar mencari titik keseimbangan baru yang kemudian diadopsi menjadi mekanisme yang progresif.

1. Mendorong *Popular Constitutionalism* sebagai Dasar Pengujian Serentak Perda Diskriminatif

Popular constitutionalisme bisa diadopsi sebagai energi yang memperkuat langkah masyarakat sipil dalam mengadvokasi isu perda diskriminatif. Pemanfaatannya pada level medium, sebagaimana digambarkan oleh David Pozen (2010) adalah memastikan adanya social and political movements drive constitutional change dalam kehidupan berkonstitusi. Jadi gagasan Pozen ini tidak hanya dimanfaatkan saat pembentukan sebuah Konstitusi negara tetapi dalam kehidupan berkonstitusi termasuk mencari jalan-jalan konstitusional atas problem konstitusional *existing* dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.

Pada mazhab ini, masyarakat (*the people*) yang direpresentasikan oleh masyarakat sipil berada dalam posisi yang selalu aktif dan berkelanjutan mengawasi interpretasi dan penegakan konstitusi (C. Post & Siegel, 2004) dan mencari terobosan konstitusional.

Komnas Perempuan dan elemen masyarakat sipil, dapat mengujicobakan mekanisme-mekanisme ketatanegaraan baru melalui jalur yudisial sebagaimana dipaparkan pada sub bab terdahulu, yakni:

a. *Melakukan pengajuan konstitusionalitas perda ke Mahkamah Konstitusi.* Kertas kerja ini merekomendasikan agar proses pengajuan uji konstitusionalitas perda dilakukan tidak hanya oleh satu organisasi dengan isu tertentu, tetapi mengambil beberapa perda dengan varian diskriminasi yang berbeda. Misalnya, pengujian perda terkait pelacuran, perda yang mendiskriminasi masyarakat adat, atau perda dan/atau produk hukum lain yang menimbulkan diskriminasi berbasis agama atau ras.

Dengan varian diskriminasi ini, cukup bagi Komnas Perempuan atau elemen masyarakat sipil meyakinkan MK bahwa problem konstitusionalitas perda itu melekat pada banyak jenis perda dengan varian diskriminasi yang berbeda. Jadi setidaknya terdapat tiga permohonan pengujian yang diajukan secara bersamaan tetapi oleh organ dengan latar belakang berbeda-beda.

Dalam konstruksi permohonan, *pertama* yang harus dilakukan adalah meyakinkan Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan konstitusional menguji konstitusionalitas perda dengan argumentasi penafsiran ekstensif makna UU yang tercantum dalam Pasal 24A UUD Negara RI 1945. *Kedua,* untuk menghindari *screening dismissal procedure* dalam uji materiil di MK, pemohon pertama-tama mengajukan permohonan tafsir konstitusional atas makna UU dalam Pasal 24A dimaksud. Apakah bisa ditafsir sebagai UU dalam makna luas atau makna literal/ formal semata. *Ketiga*, pemohon juga bisa mengajukan uji materiel terhadap UU Mahkamah Agung dan UU Kekuasaan Kehakiman yang mengatur perihal kewenangan MA menguji legalitas peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap UU. Langkah-langkah ini memungkinkan MK akan dapat melanjutkan proses pemeriksaan perkara hingga memasuki substansi yang dipersoalkan, yakni menguji konstitusionalitas perda.

b. Meyakinkan Mahkamah Agung, dengan mengadopsi mazhab departmentalism memperluas cakupan pengujian legalitas menjadi pengujian konstitusionalitas sepanjang dimohonkan oleh para pemohon uji materiil di MA.

Langkah ini bisa ditempuh dengan proses yang sama, yakni melakukan uji materiil terhadap perda yang dianggap memiliki problem konstitusionalitas. Akan tetapi konstruksi permohonan harus menyajikan fakta pelanggaran konstitusional dan dampaknya terhadap masyarakat. Mendahului langkah uji materiel ini ke MA, Komnas Perempuan dan masyarakat sipil bisa memulai dan mengembangkan dialog-dialog kebijakan dan juga diskursus publik ihwal kewenangan MA melakukan uji konstitusionalitas.

Jika pilihan ini dianggap tidak perlu, karena pengalaman uji materiil Perda Kota Tangerang tentang Palcuran, Qanun Jinayat dan Perda Bantul tentang Larangan Pelacuran, maka langkah ini bisa diabaikan, karena sejatinya MA enggan melakukan pengujian konstitusionalitas norma, meskipun dalam beberapa putusan sebagaimana dikemukakan di atas, telah memiliki preseden kuat, dimana MA juga menggunakan UUD sebagai pertimbangan dalam memutus perkara.

2. Pelembagaan *Civic Engagement/Political Mob*

Di tengah apatisme kualitas demokrasi Indonesia mutakhir, pelibatan warga dalam bentuk gerakan politik (*political mob*) bukan perkara mudah. Di Indonesia, hak politik rakyat disimplifikasi sebatas keterlibatan dalam pemilihan umum, sehingga gerakan-gerakan lebih luas dianggap

dan dikonstruksi semata-mata sebagai partisipasi. Dalam Konstitusi Brazil misalnya, *initiative of the people* memiliki derajat sama dengan pembentuk UU dalam memutus sebuah persoalan ketatanegaraan. Sementara di Thailand, referendum dianggap sebagai salah satu cara memutus sebuah persoalan ketatanegaraan.

Jika model ini akan diujicobakan, Komnas Perempuan bisa memilih daerah-daerah tertentu sebagai *pilot project* untuk memastikan *initiative of the people* mengemuka dan memperoleh atensi publik. Langkah ini tentu tidak ditujukan serta merta untuk mengubah perda diskriminatif, tetapi diarahkan untuk meyakinkan *local parliament*/bupati/walikota melakukan *political review* menjalankan kewenangannya mengubah dan/atau mencabut perda diskriminatif.

Dengan menggunakan kerangka Pozen ihwal departementalisasi dalam penafsiran konstitusi, agenda masyarakat sipil ditujukan untuk meyakinkan bahwa parlemen lokal dan bupati dapat mencerna dan meyakini bahwa terdapat problem konstitusional dalam perda-perda tertentu, sehingga mengubahnya menjadi lebih berkesesuaian dengan Konstitusi.

Komnas Perempuan dapat kembali mengaktivasi *local reformis group (LRG)* yang dalam beberapa tahun sebelumnya telah dirintis. *LRG* ini akan menjadi lokomotif perubahan-perubahan di tingkat lokal.

3. Post Legislative Scrutiny secara Tematik

Fungsi legislasi Dewan Perwakilan Rakyat/Daerah (DPR/DPRD) bukanlah rutinitas yang tidak menuntut kerja lanjutan pasca-terbentuknya sebuah UU atau produk hukum lainnya. Sebagaimana populer dalam sosiologi hukum, bahwa produk peraturan perundang-undangan ditujukan untuk mengatasi persoalan sosial atau untuk merekayasa masyarakat *(social engineering)* oleh karenanya, tugas memastikan capaian itu melekat pada fungsi legislasi DPR/DPRD. Bukan hanya membentuk tetapi memastikan *achievement* yang terukur, apakah sebuah UU masih dibutuhkan atau menuntut adaptasi baru.

Tugas ini belum populer dan tersistematisir dalam fungsi legislasi DPR/DPRD. Jikapun pengkajian dilakukan, basisnya adalah ada tidaknya kebutuhan untuk menyokong pembentukan naskah akademik dan/atau *legal draft* saja. Sementara, fokus capaian yang dikehendaki oleh sebuah UU/produk hukum *existing* belum sepenuhnya menjadi tradisi pengkajian bidang perundang-undangan. Namun UU No. 15 Tahun 2019 tentang Perubahan UU 12/2011 telah memberikan landasan kegiatan PLS ini, meskipun masih terbatas melekat pada DPR RI dan DPD RI, sebagaimana diatur dalam Pasal 95A dan 95B.

Adopsi *post-legislative scrutiny* (*PLS*) memungkinkan parlemen meningkatkan kinerjanya dalam hal legislasi dan monitoring. Parlemen bertanggung jawab menyusun UU dan juga memiliki peran

monitoring (fungsi pengawasan) dalam implementasi UU dan mengevaluasi apakah produk legislasi tersebut sudah tuntas mencapai maksud yang dikehendaki atau justru sebaliknya. Sebab, implementasi produk legislasi adalah tugas yang kompleks yang tidak secara otomatis beroperasi. Parlemen membutuhkan mekanisme yang mampu mengefektifkan pemantauan implementasi regulasi.

PLS adalah praktik yang digunakan untuk memonitor dan mengevaluasi implementasi legislasi yang memastikan benefit bagi konstituen sebagaimana dimaksudkan oleh para *lawmakers*. *PLS* lazim digunakan oleh parlemen-parlemen di negara-negara Eropa, utamanya di Inggris. Penyelenggaraan fungsi *PLS* ini juga bisa dikombinasi dengan metodologi *Regulatory Impact Assessment* (*RIA*), yakni suatu proses pemetaan dampak yang ditimbulkan dari berlakunya sebuah UU.

Dengan mengadopsi pendekatan-pendekatan ini sebagai bagian inti dari fungsi legislasi DPR/DPRD, maka produk-produk hukum yang dibentuk oleh DPR/DPRD akan memiliki legitimasi sosial kokoh dan *evidence based* jika UU itu hendak diubah atau diperbarui. Cara kerja ini juga mampu meningkatkan efektivitas kehidupan berhukum bangsa Indonesia, karena sigap dalam menghadapi berbagai perubahan sosial yang melingkupi dan menjadi aras berlakunya sebuah produk perundang-undangan.

Paralel dengan langkah ketiga, yakni mengkonsolidasi *local reformist group*, Komnas Perempuan dan elemen masyarakat sipil bisa memulai langkah-langkah *PLS* ini terhadap produk hukum daerah diskriminatif. Untuk memastikan hasil yang diakui, dipastikan adanya keterlibatan parlemen lokal yang bisa dilibatkan, khususnya dari jejaring aktivis yang sudah bertransformasi menjadi politisi di tingkat daerah. Hasil *PLS* ini akan menjadi bekal bagi pemerintah daerah/DPRD melakukan *political review* atau produk hukum daerah diskriminatif.[]

PUBLIKASI
KOMNAS
PEREMPUAN

KOMISI NASIONAL ANTI KEKERASAN TERHADAP PEREMPUAN
Jl. Latuharhary No. 4B. Menteng, Jakarta 10310 Indonesia
Phone +62-21-3903963 Fax. +62-21-3903922
www.komnasperempuan.go.id