

MAKALAH



Konstitusionalisme dan Pelembagaannya dalam Ketatanegaraan di Indonesia

Oleh:

Prof. Dr. Moh. Mahfud MD

*(Guru Besar Hukum Tata Negara, Ketua Mahkamah
Konstitusi RI 2008-2013)*

Konstitusionalisme dan Pelembagaannya dalam Ketatanegaraan di Indonesia



Oleh:

Prof. Dr. Moh. Mahfud MD

(Guru Besar Hukum Tata Negara, Ketua Mahkamah
Konstitusi RI 2008-2013)

Disampaikan dalam Pelatihan Hakim dan Jaksa yang diselenggarakan dalam bentuk kerjasama antara Komisi Yudisial Republik Indonesia, Pusat Studi Hak Asasi Manusia (PUSHAM) Universitas Islam Indonesia, dan Norwegian Center for Human Rights (NCHR) Oslo University,

Konstitusionalisme dan Pelembagaannya dalam Ketatanegaraan di Indonesia¹

Moh. Mahfud MD²

Pengantar

Melalui surat bernomor 419/UND/KH.01.02/10/2015 Komisi Yudisial RI meminta saya untuk menyampaikan materi atau menjadi nara sumber dalam Pelatihan Hakim dan Jaksa ini dengan topik, "Bangunan Konstitusionalisme di Indonesia: Analisis Kritis terhadap Pembagian dan Pemisahan kekuasaan Serta Peta Konsep kelembagaannya". Namun untuk memudahkan pemahaman tanpa mengurangi maksud substantifnya saya sederhanakan topik tersebut menjadi "Konstitusionalisme dan Pelembagaannya dalam Ketatanegaraan di Indonesia".

Indonesia Menganut Konstitusionalisme

Sejak awal didirikan, Indonesia sudah menyatakan dirinya sebagai negara konstitusional. Hal itu bisa dipastikan sekurang-kurangnya dalam empat hal. *Pertama*, menjelang kemerdekaan pemerintahan penjajahan Jepang membentuk satu badan persiapan kemerdekaan, *Dokoritzu Zunbi Coosakai*,³ dengan tugas menyiapkan rancangan Undang-Undang Dasaryang akhirnya rancangan Pembukaan dan UUD yang dibuatnya disahkan panitia berikutnya, *Dokuritzu Zunbi linkai*⁴, sebagai dasar dan UUD Negara yakni UUD 1945. Sebuah negara yang dibentuk dengan sebuah konstitusi tentunya menganut konstitusionalisme sebab UUD merupakan bagian dari, bahkan seringkali disamakan dengan konstitusi. *Kedua*, di dalam Pembukaan UUD 1945 sendiri, tepatnya pada Alinea IV dinyatakan secara eksplisit bahwa negara ini didirikan dalam satu susunan Undang-Undang Dasar Negara seperti ternyata dari kalimat, "... maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang Undang Dasar Negara Indonesia...". *Ketiga*, di dalam Penjelasan Umum Bagian Sistem Pemerintahan Negara pada UUD 1945 yang berlaku pertama, yakni Butir II.2, ditegaskan bahwa "Pemerintahan berdasar atas sistem konstitusi (hukum

¹Disampaikan pada Pelatihan Hakim dan Jaksa dalam rangka kerjasama antara Komisi Yudial RI, Pusat Studi HAM Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, dan Norwegian Center for Human Rights (NCHR), Oslo University, Norwegia pada hari Senin tanggal 2 Nopember 2015 di Hotel Santika Premiere Jakarta.

²Guru Besar pada Fakultas Hukum UII, Yogyakarta; Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia 2008-2013.

³Badan ini kemudian dikenal sebagai Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) yang mulai bersidang pada tanggal 29 Mei 1945.

⁴Badan ini kemudian dikenal sebagai Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia yang mengesahkan berlakunya UUD 1945 pada tanggal 18 Agustus 1945, sehari setelah Indonesia menyatakan kemerdekaannya.

dasar), tidak bersifat absolutisme (kekuasaan yang tidak terbatas)". Keempat, meskipun sudah beberapa kali melakukan perubahan-perubahan yang mendasar dalam sistem ketatanegaraannya tetapi Indonesia selalu menjadikan UUD sebagai landasannya sehingga perubahan-perubahan sistem ketatanegaraan itu selalu didasarkan pada UUD yang berarti bahwa Indonesia konsisten menganut konstitusionalisme.⁵ Jadi sebagai negara yang secara tegas menyatakan menganut konstitusi dan mendasarkan diri pada Undang Undang Dasar maka jelas bahwa Indonesia menganut konstitusionalisme.

Makna dan Cakupan Konstitusionalisme

Secara umum konstitusionalisme diartikan sebagai paham kenegaraan yang memberikan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia (HAM) yang disertai cara-cara yang dilembagakan untuk melindungi HAM melalui pembentukan lembaga negara yang disusun dalam satu sistem pemerintahan. Dengan demikian cakupan atau unsur utama dari konstitusionalisme adalah: *Pertama*, perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia (HAM) yang dijelaskan secara rinci jenis-jenisnya di dalam konstitusi; *Kedua*, Sistem Pemerintahan Negara dengan lembaga-lembaga yang bekerja untuk melindungi HAM itu dengan batas-batas kekuasaan dan kewenangan yang jelas guna melindungi HAM. Sering dikatakan bahwa konstitusionalisme adalah paham pembatasan kekuasaan negara untuk melindungi HAM.

Secara singkat bisa pula dikatakan bahwa konstitusionalisme adalah paham bernegara yang bertumpu pada perlindungan HAM disertai dengan pembatasan atas kekuasaan negara yang didistribusikan kepada lembaga-lembaga negara untuk melindungi HAM tersebut. Sebagai negara yang menganut konstitusionalisme maka di dalam berbagai konstitusi yang pernah dan sedang berlaku di Indonesia selalu ada penekanan pada perlindungan HAM dan sistem pemerintahan yang bertanggungjawab kepada rakyat. Berikut akan diuraikan

⁵Pada tahun 1949 Indonesia memberlakukan Konstitusi RIS 1949, pada tahun 1950 memberlakukan UUDS 1950, pada tahun 1959 (melalui Dekrit Presiden tanggal 5 Juli 1959) Indonesia kembali ke UUD 1945, dan sejak tahun 2002, (melalui empat tahap amandemen) Indonesia memberlakukan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945)

hal tersebut dengan memfokuskan pembahasan pada UUD NRI 1945 sebagai UUD hasil amandemen⁶ yang sedang berlaku sekarang ini.

Perlindungan HAM di dalam UUD 1945

Indonesia merebut kemerdekaan, membebaskan diri dari penjajahan, dan mendirikan negara sendiri sebagai negara yang merdeka didorong oleh keinginan luhur untuk melindungi hak asasi manusia Indonesia dari pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan oleh kolonialisme Belanda. Hal itu ditegaskan di dalam Alinea I Pembukaan UUD 1945 yang berbunyi, “... kemerdekaan ialah hak segala bangsa... penjajahan... harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan peri kemanusiaan dan peri keadilan”. Jaminan perlindungan atas HAM secara sangat fundamental dituangkan pula di dalam Alinea IV Pembukaan UUD 1945 yang menekankan beberapa hal penting terkait dengan itu yaitu, antara lain, “melindungi segenap bangsa Indonesia”, “mencerdaskan kehidupan bangsa”, “membangun kesejahteraan umum”, “kemanusiaan yang adil dan beradab”, dan, “keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Isi Pembukaan UUD 1945 sudah mencakup hak sipil, hak politik, hak ekonomi, hak sosial, dan hak budaya sebagaimana digariskan oleh Perserikan Bangsa-Bangsa melalui konvensi-konvensinya.⁷

Pemberian perlindungan HAM tersebut semula dituangkan di dalam beberapa Pasal UUD 1945 yang asli atau belum diamandemen, yakni, di dalam Pasal 27, Pasal, 28, Pasal 33, dan Pasal 34. Secara prinsip sebenarnya ketentuan pasal-pasal tersebut sudah bisa mencakup semua bidang yang menjadi lingkup HAM tetapi ketentuan-ketentuan tersebut dianggap belum cukup rinci sehingga dalam praktiknya selalu mudah diselewengkan. Itulah sebabnya UUD 1945 diamandemen⁸ dengan maksud, antara lain, lebih menegaskan dan memberi rincian atas jenis-jenis HAM yang harus dilindungi oleh negara. Dengan adanya amandemen tersebut maka muatan HAM di dalam UUD bukan lagi merupakan

⁶Di kalangan akademisi ilmu hokum kadangkala ada mempersoalkan penggunaan istilah amandemen karena menurut mereka istilah yang resmi adalah perubahan sehingga lebih tepat dipergunakan istilah “Perubahan UUD” tetapi saya menggunakan istilah amandemen dalam arti yang sama dan saling bertukar penggunaan dengan istilah perubahan.

⁷Adalah menarik, ternyata cakupan isi perlindungan HAM di dalam Pembukaan UUD 1945 sejalan dengan konvensi-konvensi PBB padahal Universal Declaration of Human Rights (UDHR) baru lahir pada Desember 1948.

⁸ Amandemen tersebut dilakukan oleh MPR hasil Pemilu 1999 yang melakukan perubahan dalam empat tahap dari 1999 sampai dengan tahun 2002.

residu dari kekuasaan seperti rumusan yang lama melainkan dibalik, kekuasaanlah yang menjadi residu HAM.

Dalam UUD 1945 yang belum diamandemen rumusan HAM merupakan residu dari kekuasaan karena HAM, tanpa rincian nyata, ditentukan oleh pemegang kekuasaan melalui pengaturan kembali di dalam UU. Misalnya, Pasal 28 UUD menyatakan bahwa berserikat berkumpul dan menyatakan pendapat diatur dengan UU tetapi dalam praktiknya UU yang dibuat bukan melindungi HAM melainkan mengurangi HAM dan menekankan kekuasaan sehingga perlindungan HAM menjadi sisa (residu) dari kekuasaan. Hal tersebut berbeda dengan UUD hasil amandemen yang membalik hubungan residual itu sehingga di dalam UU yang ada sekarang "kekuasaan merupakan residu dari HAM". Di dalam UUD NRI 1945 yang merupakan hasil amandemen tersebut muatan HAM sangat rinci, mengadopsi semua konvensi PBB tentang HAM Sipil, Politik, Ekonomi, Sosial, dan Budaya dan hanya bisa dikurangi melalui UU dengan syarat-syarat tertentu, yakni, karena pertimbangan moralitas, nilai-nilai agama, dan keamanan dan ketertiban umum di dalam masyarakat yang demokratis. Jadi HAM itu tidak bisa sembarangan dikurangi oleh kekuasaan karena prinsipnya "kekuasaan adalah residu HAM"

Di dalam UUD NRI 1945 hak warga negara maupun kelompok masyarakat mendapat perlindungan secara tegas melalui frasa "setiap orang berhak" atau frasa bahwa negara "*mengakui*", "*memelihara*", "*menghormati*", "*menjamin*", dan memberikan "*perlindungan*" terhadap keberagaman bangsa Indonesia.⁹ Pasal 28A sampai dengan dengan 28I banyak memberi penegasan hak yang harus dilindungi yang dimiliki oleh "setiap orang". Frasa "*Setiap orang*" sebagaimana yang terdapat pada pasal-pasal mengenai Hak Asasi Manusia dalam UUD 1945 menunjukkan bahwa UUD 1945 memberikan jaminan dan perlindungan kepada setiap warga negara tanpa perlu mempertimbangkan perbedaan apa dan darimana latar belakangnya. Pasal 28E Ayat (1) misalnya menyebutkan bahwa, "*Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya.....*". Ketentuan ini menunjukkan bahwa negara memberikan kebebasan tersebut

⁹Lihat dalam Moh. Mahfud MD, "*Pluralism versus Tolerance, a Review Based on Indonesian Constitution and Law*", yang disampaikan pada Konferensi tentang "*Pluralism versus Intolerance: Implication for Democracy and Governance in Indonesia*" yang diselenggarakan oleh *the Center for Democratic Institutions, Department of Politic and Social Change, the Australian National University*, di Canberra pada tanggal 26 Nopember 2014.

kepada setiap orang tanpa kecuali. Sedangkan perlindungan atas hak-hak kelompok-kelompok masyarakat dapat ditemukan pada Pasal 18, Pasal 28, dan Pasal 29 UUD 1945. Dalam Pasal 18 terdapat pengakuan, penghormatan sekaligus perhatian mengenai adanya kekhususan dan keberagaman daerah di Indonesia. Jaminan pengaturan yang adil atas hubungan keuangan, pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya antara pemerintah pusat dengan pemerintahan daerah terdapat pada Pasal 18A Ayat (2). Sementara pengakuan atas satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa termuat pada Pasal 18B Ayat (1). Selain itu, pengakuan atas masyarakat hukum adat beserta hak-hak adatnya yang masih hidup dicantumkan dengan jelas pada Pasal 18B Ayat (2) termasuk juga pemberian otonomi yang seluas-luasnya kepada daerah. Pasal 28J Ayat (2) menentukan bahwa HAM bisa dikurangi melalui UU tetapi syarat-syaratnya sudah ditentukan.

Lembaga negara

Seperti dikemukakan di awal makalah, untuk melindungi hak asasi manusia maka dibentuklah lembaga-lembaga negara yang kekuasaannya dibatasi dan diatur dalam jaringan sistem pemerintahan negara.¹⁰ Perlulah lebih dulu diketahui apa dan bagaimana konsep lembaga negara itu menurut konstitusi dan hukum kita. Pemahaman tentang ini penting sebab istilah lembaga negara itu cakupannya sangat luas, mencakup semua lembaga atau organ negara bahkan orang yang menjabat (yang ada nama dan fungsinya) yang dibentuk secara resmi untuk mencapai tujuan negara.

Hans Kelsen di dalam bukunya, *General Theory of Law and State* mengatakan, "*Whoever fulfills a function determined by the legal order is an organ*", siapapun yang menjalankan suatu fungsi yang ditentukan oleh suatu tata hukum adalah organ atau lembaga. Jadi organ atau lembaga bukan hanya organisasi, tetapi juga orang atau pejabat yang memegang jabatan berdasar hukum asal fungsinya jelas yakni menciptakan norma (*normcreating*) dan/atau

¹⁰Lihat dalam Moh. Mahfud MD, "Politik Hukum Proses seleksi Pimpinan Lembaga Negara", yang disampaikan pada Konperensi Nasional Hukum Tata Negara Ke 2 di Universitas Andalas Padang, tanggal 11-12 September 2015

menjalankan norma (*norm applying*). Dalam pengertian yang demikian maka sebenarnya, menurut Kelsen, pemilih dalam pemilu dan nara pidana pun dapat disebut organ atau lembaga negara karena mereka mempunyai fungsi untuk mencapai tujuan negara. Ini perlu dikemukakan untuk menjelaskan, betapa luas pengertian lembaga atau organ negara.

Dengan demikian lembaga negara dalam arti luas meliputi setiap organisasi atau orang yang mempunyai fungsi tertentu untuk mencapai tujuan negara. Tetapi dalam arti sempit Kelsen menyebut organ dalam arti materiil sehingga orang perorang atau individu baru dikatakan organ negara jika secara pribadi memiliki kedudukan hukum tertentu untuk melakukan sesuatu atas nama negara, seperti membuat kontrak, memutus sengketa, dan lain-lain. (*who, personally, has a specific legal position*). Pengertian materiil atau lembaga negara yang dalam arti sempit sebagaimana dikemukakan oleh Kelsen itu pun masih sangat luas cakupannya atau sangat banyak jumlahnya sehingga tetaplah harus ada pembatasan lagi untuk menjawab pertanyaan tentang lembaga-lembaga negara dalam konteks konstitusionalisme.

Apalagi jika dilihat dari dasar hukum pembentukan lembaga-lembaga negara yang juga sangat banyak. Ada yang dibentuk dengan UUD (organ konstitusi) seperti Presiden dan DPR, ada yang dibentuk dengan UU (organ UU) seperti Komnas HAM dan KPK, dan ada yang dibentuk dengan peraturan perundang-undangan di bawahnya.

Dari teoresasi yang dikemukakan oleh Hans Kelsen tersebut maka dalam studi tentang organisasi negara ada dua hal penting yaitu organ dan fungsi. Organ mencakup wadah, status, dan bentuknya sedangkan fungsi berkaitan dengan isi atau bekerjanya wadah tersebut sesuai dengan maksud pembentukannya yang ditentukan di dalam peraturan perundang-undangan. Di dalam konstitusi kita, Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) ada organ yang disebut secara eksplisit nama dan fungsinya, ada yang hanya disebut fungsinya, bahkan, ada organ yang nama maupun fungsinya akan diatur dengan peraturan yang lebih rendah.

Lembaga-lembaga negara yang disebut eksplisit maupun implisit nama dan fungsinya di dalam UUD NRI Tahun 1945 adalah:

1. Presiden (Pasal 4 ayat 1)
2. Wakil Presiden (Pasal 4 ayat 2)
3. Majelis Permusyawaratan Rakyat (Pasal 2, 3, 4)
4. Dewan Perwakilan Rakyat (Pasal 2 ayat (1); Pasal 19 s/d 22B)
5. Dewan Perwakilan Daerah (Pasal 2 Ayat (1); Pasal 22 C dan 22 D)
6. Mahkamah Agung (Pasal 24 dan Pasal 24A)
7. Mahkamah Konstitusi (Pasal 7B, Pasal 24 dan Pasal 24C)
8. Badan Pemeriksa Keuangan (Pasal 22E, 22F, 23G)
9. Komisi Yudisial (Pasal 24A dan 24B)
10. Menteri dan Kementerian (Pasal 17)
11. Menteri Luar Negeri sebagai triumvirat (Pasal 8 Ayat 3)
12. Menteri Dalam Negeri sebagai triumvirat (Pasal 8 ayat 3)
13. Menteri Pertahanan sebagai triumvirat (Pasal 8 ayat 3)
14. Wantimpres (Pasal 16)
15. Duta Besar (Pasal 13)
16. Konsul (Pasal 13)
17. Pememerintah Daerah Provinsi (Pasal 18 ayat 2, 3, 5, 6, 7)
18. Gubernur Kepala Daerah (Pasal 18 ayat 4)
19. DPRD Provinsi (Pasal 18 ayat 3)
20. Pemerintahan Daerah Kabupaten (Pasal 18 ayat 2, 3, 5, 6, 7)
21. Bupati Kepala Daerah Kabupaten (Pasal 18 ayat 4)
22. DPRD Kabupaten (Pasal 18 ayat 3)
23. Pemerintahan Daerah Kota (Pasal 18 ayat 2, 3, 5, 6, 7)
24. Walikota (Pasal 18 ayat 4)
25. DPRD Kota (Pasal 18 ayat 3)
26. Pemerintah yang bersifat khusus atau istimewa (Pasal 18B ayat 1)
27. Komisi Penyelenggara Pemilu, bukan sebagai nama organ, nama organnya diserahkan pd pembentuk UU (Pasal 22E ayat 5)
28. Bank Sentral, bukan sebagai nama organ, nama organnya diserahkan pembentuk UU)
29. Tentara Nasional Indonesia (Pasal 30)

30. Angkatan Darat (Pasal 10)
31. Angkatan Laut (Pasal 10)
32. Angkatan Udara (Pasal 10)
33. Kepolisian Republik Indonesia (Pasal 30)
34. Badan-badan lain yang terkait dengan fungsi kehakiman yang diatur dalam UU (Pasal 24 ayat 3). Misalnya Kejaksaan Agung, Komnas HAM, KPK, LPSK)

UUD 1945 tidak menyebutkan pembedaan lapisan ke dalam lembaga tinggi negara atau lembaga negara biasa. Pada era Orde berdasarkan Tap MPRS No. XX/MPRS/1966, Tap MPR No. VI/MPR/1973, dan Tap MPR No. III/MPR/1978 ada Tap MPR sebagai peraturan perundang-undangan dan ada sebutan lembaga tertinggi dan lembaga tinggi negara,¹¹ tetapi sejak amandemen UUD 1945 (1999-2002) istilah tersebut tidak lagi dipergunakan. Meskipun demikian dalam praktik, ada sebutan lembaga tinggi negara sebagai lapis pertama, ada lembaga negara sebagai lapis kedua, dan ada lembaga daerah sebagai lapis ketiga. Pembedaan ini tidak didasarkan pada ketentuan hukum yang resmi tetapi digunakan dalam praktik dan studi hukum tata negara untuk memudahkan saja. Lembaga negara lapis pertama yang dalam praktik (tidak berdasar aturan hukum resmi) sering disebut sebagai lembaga tinggi negarasekarang adalah:

1. Presiden dan Wakil Presiden.
2. Majelis Permusyawaratan Rakyat
3. Dewan Perwakilan Rakyat
4. Dewan Perwakilan Daerah
5. Mahkamah Agung
6. Mahkamah Konstitusi
7. Badan Pemeriksa Keuangan.
8. Komisi Yudisial¹²

¹¹MPR saat itu, misalnya, berwenang membuat peraturan perundang-undangan level kedua (di bawah UUD) yakni Ketetapan MPR yang mengikat ke luar dan ke dalam.

¹²Komisi Yudisial meski sering disamakan dengan lembaga negara lapis pertama (secara populer disebut juga lembaga tinggi negara) sebenarnya menurut putusan MK adalah lembaga pembantu (supporting organ) lembaga negara di bidang kekuasaan kehakiman.

Organ negara lapis kedua yang dalam praktik biasa disebut sebagai lembaga negara saja sumbernya bisa berasal dari UUD (seperti TNI, Polri, KPU, BI) dan bisa dari UU (Kejaksaan, KPK, Komnas HAM, LPSK, Komisi Penyiaran, Komisi Persaingan Usaha dan lain-lain). Untuk konteks kajian ini pembahasan akan saya fokuskan pada hubungan antar lembaga negara lapis pertama di dalam sistem pemerintahan yang dianut di dalam UUD NRI 1945 (UUD hasil amandemen) yakni sistem Presidensiil “model Indonesia”. Frasa “model Indonesia” saya beri tanda petik karena Sistem Presidensiil kita memiliki kekhasan domestik, tidak sama persis dengan sistem Presidensiil yang dikenal di dalam literatur maupun yang berlaku di negara-negara lain.

Pembagian tugas dan Hubungan Antar Lembaga negara

Sistem Presidensiil era Reformasi¹³

Pada awal reformasi ada pandangan umum bahwa kalau mau melakukan reformasi maka harus membenahi sistem politik dari yang otoriter ke yang demokratis. Demokratisasi politik harus dilakukan sebab hanya sistem politik yang benar-benar demokratislah yang bisa memberantas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme (KKN). Oleh karena pemerintahan otoriter sering muncul pada saat berlakunya UUD 1945 yang asli (ditetapkan tanggal 18 Agustus 1945) dengan segala penafsiran dan praktiknya maka upaya membangun sistem politik yang demokratis haruslah dilakukan melalui reformasi konstitusi atau amandemen atas UUD 1945. Demikianlah pada periode 1999-2002 MPR hasil pemilu 1999 telah melakukan amandemen terhadap UUD 1945 yang dilakukan dalam empat tahap. Salah satu koimitmen penting dari amandemen UUD 1945 adalah memperkuat sistem Presidensiil agar pemerintahan bisa kuat dan stabil tetapi tetap berpijak pada prinsip sekaligus mekanisme yang demokratis. Menurut UUD 1945 hasil amandemen, yang resminya disebut UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hubungan antara lembaga negara tidak lagi bersifat vertikal-struktural tetapi bersifat **horizontal-fungsional**. Tidak ada lagi lembaga negara yang lebih tinggi dari yang lain, semuanya sejajar, hanya

¹³Lihat pula dalam Moh. Mahfud MD, “MPR dalam Sistem Presidensiil”, disampaikan pada Seminar tentang “MPR dalam Sistem Presidensiil” yang diselenggarakan dalam bentuk kerjasama antara Sekretariat Jenderal MPR-RI dan Pusat Studi Konstitusi (Pusako) Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, tanggal 21 Nopember 2014.

dibedakan dalam fungsi. MPR bukan lagi lembaga tertinggi negara melainkan sebagai lembaga negara lapis pertama yang sejajar dengan lembaga negara lainnya di tingkat Pusat yang semuanya berjumlah delapan yaitu MPR, DPR, DPD, Presiden, BPK, MA, MK, dan KY. Presiden adalah Kepala Negara dengan simbol RI-1, tetapi ia bukan yang tertinggi dalam struktur ketatanegaraan. Meski disebut kepala negara Presiden bukanlah lembaga negara yang tertinggi. Begitu pun MPR, meskipun berhak menetapkan dan mengubah UUD atau memilih Presiden dan atau/Wakil Presiden yang berhalangan tetap dalam masa jabatannya tetapi MPR bukanlah lembaga tertinggi. MPR mempunyai kekuasaan-kekuasaannya karena secara fungsional diposisikan seperti itu oleh UUD, tepatnya, karena UUD memfungsikannya seperti itu. Dua hak dan wewenang penting yang ada sebelum era reformasi yakni memilih Presiden/Wakil Presiden dan mengeluarkan Ketetapan MPR yang bersifat mengatur (regelings) dicabut oleh UUD NRI 1945 sehingga MPR tidak lagi berwenang membuat Tap MPR baru yang sifatnya mengatur ke luar dan ke dalam yang pada masa Orde Baru berdasar Tap No. XX/MPRS/1966, Tap No. III/MPR/1978, Tap No. III/MPR/2000 merupakan peraturan perundang-undangan level kedua, terletak di bawah UUD dan di atas UU. MPR sekarang hanya bisa memilih Presiden dan atau Wakil Presiden apabila Presiden dan atau Wakil Presiden yang telah dipilih oleh rakyat berhalangan tetap dalam masa jabatannya. Sebagai konsekuensi dari hubungan horizontal-fungsional antar lembaga negara lapis pertama maka sekarang ini peraturan perundang-undangan lapis kedua adalah UU yakni peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh DPR dengan persetujuan (bersama) Presiden dan/atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (perppu).

Itulah sebabnya Pasal 24C Ayat (1) menentukan bahwa peraturan yang bisa dimintakan pengujian yudisial (*judicialreview*) terhadap UUD adalah UU, bukan Tap MPR, sebab Tap MPR bukan lagi peraturan perundang-undangan. Tetapi oleh karena berdasar Tap MPR No. I/MPR/2003 masih ada beberapa Tap MPR yang masih berlaku, baik secara permanen maupun untuk sementara, maka UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan masih menempatkan Tap MPR (yang masih berlaku itu) sebagai peraturan perundang-undangan pada hirarki kedua. Sampai sekarang belum ditemukan formula

konstitusional (terkecuali kalau ada amandemen lanjutan atas UUD), apakah Tap MPR bisa diuji konstitusionalitasnya terhadap UUD dan/atau apakah UU bisa juga diuji konstitusionalitasnya terhadap Tap MPR. Hal ini merupakan masalah yang harus dipikirkan serius dalam studi hukum tata negara dan konstitusi di Indonesia pada saat sekarang ini.

Checks and balances antar lembaga negara

Pada umumnya kalau berbicara tentang sistem Presidensiil sering dikaitkan dengan mekanisme *checks and balances* yakni hubungan antar lembaga negara yang bisa saling mengawasi dan bisa saling mengimbangi antara yang satu dengan yang lain. Sistem pemerintahan kita yang menghadirkan 8 (delapan) lembaga negara pada lapis pertama juga memuat hubungan *checks and balances* itu, meskipun tidak terlalu ketat dan tidak disebut eksplisit dengan istilah itu di dalam UUD NRI 1945. Pembuatan UU harus dibuat bersama oleh Presiden bersama DPR tetapi jika UU itu dinilai salah maka UU tersebut bisa dimintakan pengujian yudisial (*judicial review*) ke Mahkamah Konstitusi melalui uji konstitusionalitas. Presiden sebagai kepala pemerintahan dapat mengeluarkan Peraturan Pemerintah dan atau Perpres tetapi jika PP atau Perpres itu bertentangan dengan hukum maka bisa dimintakan pengujian yudisial (*judicial review*) ke Mahkamah Agung melalui uji legalitas. Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga mandiri yang bisa mengawasi DPR dan pemerintah dalam pembentukan peraturan perundang-undangan tetapi calon hakim agung diseleksi oleh Komisi Yudisial yang kemudian dipilih oleh DPR sedangkan calon hakim konstitusi dipilih masing-masing tiga orang oleh DPR, Presiden, dan Mahkamah Agung. DPD bisa memberi pertimbangan dan usul kepada DPR dalam hal-hal tertentu, termasuk mengusulkan isi UU. Presiden dan DPR menetapkan APBN yang pelaksanaannya diawasi oleh BPK tetapi anggota-anggota BPK dipilih oleh DPR untuk kemudian diresmikan dengan Keputusan Presiden. Presiden tidak bisa membubarkan DPR dan DPR tidak bisa menjatuhkan Presiden secara langsung, tetapi DPR dan DPD melalui baju lembaga yang bernama MPR bisa memakzulkan Presiden dengan alasan-alasan tertentu yang bersifat limitatif secara yuridis konstitusional. Itu pun harus lebih

dulu melalui pendakwaan (*impeachment*) oleh DPR yang kemudian, sebelum diputuskan oleh MPR, harus diputus dulu oleh MK.

Beberapa Kritik

Tidak ada yang salah

Haruslah ditegaskan di sini bahwa sistem pemerintahan Presidensiil yang khas Indonesia dengan banyaknya lembaga lapis pertama dan tata hubungan yang seperti itu tidaklah salah sebagai pilihan isi konstitusi yang ditetapkan oleh bangsa kita sendiri sesuai dengan tahap-tahap perkembangannya. Ini perlu ditegaskan karena tidak sedikit penstudi atau pengamat yang mengatakan bahwa sistem pemerintahan kita salah, sistem pemerintahan kita tidak murni mengikuti sistem Presidensiil, sistem pemerintahan kita tidak sama dengan yang berlaku di negara Amerika atau negara lain yang, katanya, sudah sudah bagus. Padahal isi konstitusi itu adalah resultan (kesepakatan) bangsa yang bersangkutan yang dilakukan oleh para pembentuknya yang sah, tanpa ada yang salah atau benar, bagus atau jelek. Di manapun di dunia ini tidak ada konstitusi yang benar atau salah, bagus atau tidak bagus, pokoknya kalau sudah berlaku secara sah maka harus ditegakkan dan ditaati. Benar dan salah atau baik dan buruk itu relatif, benar kata kelompok A, salah kata kelompok D; bagus kata kelompok C, buruk kata kelompok B. Dalam faktanya selalu saja ada yang mempersoalkan isi konstitusi. Oleh sebab itu lepas dari soal benar dan salah atau baik buruk konstitusi itu mengikat dan harus diikuti atau ditaati sebagai kesepakatan (*resultante*) oleh pembentuknya secara sah.

Kalau mau mengatakan konstitusi benar dan baik hal itu bisa saja diterima dengan pengertian bahwa benar dan baik itu karena diterima sebagai kesepakatan sehingga ditetapkan sebagai konstitusi yang berlaku secara resmi. Penilaian benar atau salah, baik atau jelek, bisa dilakukan secara akademis tetapi penilaian-penilaian seperti itu tidak bisa berlaku kalau tidak secara resmi dijadikan isi konstitusi. Jadi konstitusi, apa pun isinya, haruslah ditaati tetapi karena relativitas tentang kebenaran dan kebaikannya maka konstitusi yang harus ditaati pun bisa diubah asalkan tetap ditaati sebelum diubah secara resmi.

Tidak ada yang murni

Dari kalangan para pengamat, misalnya dari kalangan ilmuwan dan pengamat politik, kerap kali juga muncul kritik terhadap UUD kita sebagai UUD yang tidak jelas, banci, dan sebagainya karena tidak mengikuti sistem Presidensiil yang murni. Terkait dengan ini harus kita tegaskan bahwa sebenarnya tidak ada sistem pemerintahan atau sistem ketatanegaraan pada umumnya yang murni dan harus dianggap benar. Semua negara membuat sistem pemerintahan di dalam konstitusinya masing-masing sesuai dengan kebutuhannya sendiri-sendiri. Oleh sebab itu tidak ada satu negara pun yang sistem pemerintahannya sama persis dengan sistem yang berlaku di negara lain, semua memiliki unsur spesifik sesuai dengan kebutuhan domestiknya. Tak bisalah kita mengatakan bahwa sistem yang benar adalah sistem Presidensiil Amerika Serikat sedangkan sistem yang kita anut salah, sebab Amerika pun sama dengan kita, membuat sistem sesuai kebutuhannya sendiri. Kalaulah ada yang mengatakan bahwa sistem Amerika adalah sistem Trias Politika yang murni maka hal itu bisa kita bantah, sebab pencetus Trias Politika, Montesquieu justru mengatakan sistem pemerintahan yang benar menurut Trias Politika adalah sistem Parlementer di Kerajaan Inggris. Untuk Amerika Serikat bisa saja kita katakan bahwa Amerika Serikat merupakan negara pertama yang membangun sistem Presidensiil, tetapi tak bisa dikatakan sebagai sistem yang murni, lebih-lebih jika dikaitkan dengan sistem pemisahan kekuasaan model Trias Politika. Dalam kaitan inilah saya selalu mengatakan bahwa “teori ketatanegaraan” yang paling benar adalah teori untuk tidak harus ikut teori atau praktik yang berlaku di negara lain. Menurut begawan konstitusi KC Wheare (*the Modern Constitutionss*) konstitusi itu adalah *resultante* (kesepakatan atau hasil kompromi) antar aktor-aktor pembentuknya berdasar situasi dan kondisi politik, ekonomi, sosial, dan budaya pada waktu dibuat. Di Indonesia sendiri sejak awal memang tidak pernah mengikuti pola Trias Politika atau sistem Presidensiil model Amerika. Indonesia, melalui UUD 1945 yang asli, membuat *resultante* sendiri dengan menjadikan Panca As Politika atau lima poros kekuasaan yang sejajar yaitu lembaga legislatif (Presiden dan DPR), lembaga eksekutif (Presiden/Wapres dan kabinetnya), lembaga yudikatif (Mahkamah Agung), lembaga auditif (Badan Pemeriksa Keuangan), dan lembaga konsultatif (Dewan Pertimbangan Agung). Di atas lima poros yang sejajar itu ada

lembaga suprematif yaitu Majelis Permusyawaratan Rakyat. Ada pun UUD NRI 1945 (hasil amandemen) juga tidak menganut Trias Politika atau model Amerika melainkan membuat *resultante* dengan modifikasi sendiri. UUD NRI 1945 menciptakan potos-poros kekuasaan ke dalam Hasta As Politika atau delapan poros kekuasaan yang sejajar dalam hubungan *checks and balances* yaitu Presiden/Wapres, MPR, DPR, DPD, MA MK, BPK, dan Komisi Yudisial. Itu semua tidak ada kaitannya dengan soal benar dan salah atau soal bagus dan jelek karena itulah *resultante* atau pilihan kesepakatan yang dihasilkan pada saat UUD atau Konstitusi itu dibuat. Oleh karenanya sebagai pilihan bersama ia harus ditaati tanpa harus dikaitkan dengan benar dan salah atau baik dan jelek namun juga harus membuka kemungkinan untuk diubah bila tuntutan situasi dan kondisi (masa dan kebutuhan perkembangan masyarakatnya) sudah berubah dari situasi dan kondisi pada saat dibuat.

Penilaian atas Materi dan Struktur UUD NRI 1945

Pada uraian di atas beberapa kali saya menekankan bahwa UUD atau Konstitusi sebuah negara merupakan *resultante* atau kesepakatan bangsa yang bersangkutan untuk mengatur negaranya tanpa harus dipersoalkan benar atau salahnya dan baik atau buruknya. Pokoknya, kalau sudah disetujui dan disahkan sesuai dengan mekanisme konstitusional yang tersedia maka ia harus ditaati dan ditegakkan dengan otoritas negara. Meskipun begitu telaah akademis-ilmiah atau kritik-kritik atasnya bukanlah hal yang dilarang. Telaah-akademis ilmiah di kampus-kampus atau di berbagai forum ilmiah itu diperlukan untuk memperkaya khazanah dan menyampaikan kritik yang obyektif dalam implementasi agar menjadi lebih baik dalam pemerintahan sehari-hari. Bahkan telaah akademis-ilmiah diperlukan sebagai bahan masukan jika sebuah UUD atau Konstitusi perlu diamandemen sesuai dengan sifat resultannya yang memang memungkinkan dilakukan perubahan jika ada kebutuhan baru. Tetapi harus disadari pula bahwa produk akademis-ilmiah tidaklah selalu tunggal karena dalam kenyataannya selalu muncul produk akademis-ilmiah yang berbeda sudut pandang dan produknya.

Itulah sebabnya ketika sebuah konstitusi lahir atau diperbarui selalu saja ada yang setuju dan ada yang tak setuju. Benar dan baik kata yang satu, salah dan jelek kata yang lain. Itu pun tidak menjadi persoalan karena produk akademis-ilmiah itu tidak pernah mengikat sepanjang belum ditampung dan disahkan menjadi isi resmi sebuah UUD atau Konstitusi. Saya akan melanjutkan untuk menunjukkan sifat relatif dan kritik atas UUD NRI 1945 dari sudut akademis-ilmiah yang juga mengalami pro dan kontra.

Dilihat dari sudut isinya banyak yang mengatakan bahwa isi UUD 1945 sekarang ini sudah relatif lebih baik jika dibandingkan dengan sebelumnya. Hal itu bisa dilihat dari dua ukuran utama. *Pertama*, penegasan perlindungan HAM yang sudah tegas dan rinci disertai pembatasan yang ketat atas kemungkinan pengurangannya. *Kedua*, Adanya distribusi kekuasaan dalam hubungan horizontal-fungsional antar lembaga negara sehingga tersedia mekanisme *checks and balances* yang baik. Pendapat tersebut, tentu saja, tidak tunggal karena ada pendapat pembanding, misalnya yang menyatakan bahwa UUD NRI 1945 sekarang terlalu liberal, tidak mengenal lagi GBHN sebagai pedoman dan ukuran kinerjapemerintah sehingga diusulkan untuk dikembalikan ke yang asli, yakni, yang disahkan tanggal 18 Agustus 1945. Ada juga yang berpendapat UUD NRI 1945 sekarang ini perlu ditindaklanjuti dengan amandemen lanjutan, agar menjadi lebih tajam dan dilaksanakan secara lebih ketat. Pendapat-pendapat tersebut sah saja secara akademis-ilmiah tetapi tidak bisa mengubah kekuatan berlakunya UUD NRI 1945 yang sekarang berlaku secara sah.

Dilihat dari sudut sistematika atau struktur dan konstruksinya UUD NRI sekarang ini memang tidak terbangun dengan baik. Jika dilihat dalam susunan satu naskah¹⁴ akan tampak nyata bahwa bangunan UUD NRI 1945 jauh dari ideal karena beberapa hal. *Pertama*, banyak pasal atau ayat yang diberi tanda bintang sesuai dengan tahap perubahannya, misalnya tanda bintang (*) satu, dua, tiga, dan empat. Bahkan ada Pasal yang hanya berbunyi, "Dihapus" yakni Pasal 16 yang semula mengatur tentang Dewan Pertimbangan Agung. *Kedua*, ada

¹⁴Susunan satu naskah ini bukan satu keharusan, tetapi perlu dibuat untuk bias melihat kesatuan konstruksi dan sistematikanya..

beberapa pasal yang tumpang tindih atau diatur lebih dari satu kali, terutama terkait dengan hak asasi manusia. Dapat disebutkan sebagai contoh, misalnya, isi Pasal 27, Pasal 28, Pasal 29, dan Pasal 31 sebenarnya sudah diatur di dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I. *Ketiga*, muatan pasal-pasal nya tampak tidak seimbang, ada yang sangat banyak isi dan uraiannya karena isinya harus disisipkan dan tidak dijadikan pasal baru tersendiri jika sudah ada induknya. Contohnya adalah Pasal 28 yang sisipannya (Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I) menjadi jauh lebih banyak dari Pasal aslinya (Pasal 28). Contoh lain adalah Pasal 6 dan Pasal 7 yang sisipannya jauh lebih banyak dari aslinya bahkan Pasal 7 bertindihan isinya dengan Pasal lain, misalnya, dengan Pasal 24C. Jadi dari sudut sistematika, UUD NRI sekarang ini dapat diibaratkan sebagai sebuah bangunan atau tubuh yang tidak harmonis, tangan kanan terdiri dari dua jari sedangkan tangan kirinya terdiri dari 15 jari, kaki yang satu besar dan yang satunya pendek.

Penilaian-penilaian itu tidaklah salah adanya, tetapi isi dan sistematika atau konstruksi UUD NRI juga tidaklah salah karena itulah yang menjadi kesepakatan dan itu ada alasannya, bukan merupakan produk yang tidak diketahui sebelumnya secara akademis-ilmiah. Sejauh menyangkut sistematika yang tampak tidak harmonis, misalnya, alasannya bisa dijelaskan dari sudut sejarah pergulatan menjelang amandemen atas UUD 1945. Pada saat itu, setelah pemilu tahun 1999 ada gagasan untuk melakukan perubahan atau amandemen atas UUD 1945 dengan alasan membangun sistem ketatanegaraan yang lebih demokratis. Tetapi ketika itu ada kekuatan politik, baik parpol maupun gerakan politik bukan parpol, yang tidak menyetujui dilakukannya amandemen tersebut. Setelah terjadi tarik menarik yang panjang akhirnya ada *resultante* bahwa amandemen bisa dilakukan dengan lima dasar kesepakatan: Pertama, Pembukaan UUD 1945 tidak diubah; Kedua, Bentuk negara kesatuan dipertahankan; Ketiga, menguatkan sistem Presidensiil; Keempat, isi Penjelasan yang bersifat mengatur (normatif) dimasukkan ke dalam pasal-pasal UUD dan; Kelima, perubahan dilakukan tidak dengan satu paket melainkan dilakukan secara adendum yakni naskah yang asli dipertahankan sedangkan naskah perubahannya dilampirkan.

Kesepakatan-kesepakatan itulah yang menyebabkan UUD NRI sekarang konstruksinya tampak pincang. Tetapi, apa pun, tidak ada yang salah secara yuridis dengan hal tersebut; ia hanya tampak tak harmonis secara akademis-ilmiah. Karenanya, ia tetap mengikat, harus ditaati, dan dipegakkan dengan kekuatan negara meskipun tetap harus dijadikan kajian akademis-ilmiah untuk mengantisipasi kalau ada gagasan untuk mengubahnya kembali.

Pentup

Jika kembali ke pokok materi maka pada akhir makalah ini saya akan menegaskan tiga hal pokok. **Pertama**, kita sudah mempunyai konstitusi atau UUD NRI 1945 yang berintikan penganutan konstitusionalisme karena sudah secara jelas dan ketat mengatur perlindungan atas HAM dan membentuk sistem pemerintahan yang memuat mekanisme *checks and balances*. **Kedua**, secara akademis-ilmiah bahkan secara realitas politik isi dan konstruksi UUD NRI 1945 masih sering diperdebatkan kelayakannya, tetapi ia tetap mengikat sebagai produk *resultante* yang telah dibentuk melalui mekanisme konstitusional yang sah. Studi akademis-ilmiah atau kritik-kritik atas UUD NRI 1945 tersebut masih dimungkinkan tetapi tidak bisa mengubah keberlakuan UUD selama ide-ide tersebut belum ditampung melalui perubahan kembali UUD yang berlaku. **Ketiga**, penyempurnaan UUD NRI sebagai wadah utama penganutan konstitusionalisme bisa dilakukan dengan menuangkannya di dalam berbagai UU turunan dan atau di dalam praktik ketatanegaraan dan pemerintahan sehari-hari.

BAHAN BACAAN

Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu negara*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1995.

Bodenheimer, *Jurisprudence, the Philosophy and Method of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), 1970.

Gunter Teubner, "Substantive and Reflexive Element in Modern Law", dalam *Law and Society Review*, Volume 17 No. 2, Tahun 1983.

Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russell and Russell, New York, 1973.

Hans Thoolen, *Indonesia and the Rule of Law, Twenty Years of New Order Government*, Frances Printer Ltd., London, 1987.

Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005.

John Ball, *The Struggle for National Law in Indonesia*, University of Sydney, 1986.

John Henry Marrymann, *The Civil Law Tradition*, Standford University Press, California, 1969.

Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, PT RajaGrafindo, Jakarta, 2012.

Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 2006.

Moh. Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Rinneke Cipta, Jakarta, 2001.

Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara*, LP3ES, Jakarta (2007), PT RajaGrafindo, Jakarta, 2011.

Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, PT RajaGrafindo, Jakarta, 2012.

Philipe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition, Toward responsive Law*, Harper & Row, New York, 1978.

Roscoe Pound, Law and the Science of Law in Recent Theories, dalam *Yale Law Journal*, Volume XLIII, No. 4, February 1934.

Roberto M. Unger, *Law in Modern Society, Toward a Criticism Social Theory*, The Free Press, New York, 1976.

Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial, Suatu Tinjauan Teoretis dan Pengalaman-pengalaman di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1983.

Satjipto Rahardjo, Hukum Progresif, Penjelasan Suatu Gagasan, dalam majalah *News Letter, Kajian Hukum Ekonomi dan Bisnis*, No. 59, Desember 2004.

Wallace Mandelson, *Law and the Development of Nations*, dalam the *Journal of Politics*, Volume 32, 1970.