REFLEKSI HUKUM

Jurnal Ilmu Hukum

p-ISSN 2541-4984 | e-ISSN 2541-5417
Volume 7 Nomor 2, April 2023, Halaman 143-162
DOI: https://doi.org/10.24246/jrh.2022.v7.i2.p143-162
Open access at: http://ejournal.uksw.edu/refleksihukum
Penerbit: Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana

RECALL ASWANTO: TERTUTUPNYA RUANG *DISAGREEMENT* ANTARA PEMBENTUK UNDANG-UNDANG DAN MAHKAMAH KONSTITUSI[1]

Titon Slamet Kurnia
Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana
Jalan Diponegoro 52-60 Salatiga, Jawa Tengah, Indonesia, 50711
Email: titonslamet@gmail.com

ARTICLE INFO

Article history:
Received
8 Desember 2022
Revised
17 Januari 2023
Accepted
28 April 2023

Kata-kata Kunci:
Penarikan;
DPR;
Mahkamah Konstitusi;
Ketidaksetujuan.

Abstrak

Artikel ini mendiskusikan penarikan (*recall*) Hakim Konstitusi Aswanto oleh DPR padahal yang bersangkutan masih menjalani *tenure*-nya. DPR me-*recall* Hakim Konstitusi Aswanto karena tidak setuju dengan kinerja yudisialnya. Sesuai dengan hukum, Hakim Konstitusi hanya dapat diberhentikan dalam *tenure*-nya melalui Mahkamah Kehormatan. Artikel ini berargumen bahwa *recall* tidak sesuai dengan asas *security of tenure* dan dengan demikian melanggar asas independensi yudisial. Sayangnya isu ini bukan yang utama. Isu sebenarnya adalah tidak adanya ruang bagi pembentuk undang-undang untuk tidak setuju dengan interpretasi Mahkamah Konstitusi dalam menguji konstitusionalitas undang-undang. Isu ini timbul karena UUD 1945 mengalokasikan finalitas dalam mekanisme pengujian konstitusional pada badan yudisial. Untuk memecahkan isu tersebut, artikel ini mengacu pada model pengujian konstitusional Kanada. Konsep dari model Kanada adalah pengujian yudisial dengan finalitas legislatif.

Abstract

This article discusses the recall directed to Justice Aswanto of the Constitutional Court during his tenure by the House of Representatives (DPR). The DPR recalls Justice Aswanto due to its disagreement with his judicial performance. According to the law, the Constitutional Court Justices may only be removed from office during his/her tenure through the Ethical Council of the Constitutional Court. This article argues that the recall is inconsistent with the principle of security of tenure and, therefore, contradicts the principle of judicial independence. Unfortunately, this issue is not the main problem. The primary issue is that the

[1] Artikel ini merupakan hasil perbaikan atas kertas kerja yang saya bawakan dalam kegiatan *talkshow* "Independensi Kekuasaan Kehakiman," Pusat Studi Hukum dan Teori Konstitusi, Fakultas Hukum, Universitas Kristen Satya Wacana, Salatiga, 18 Oktober 2022. Fokus perbaikannya menyangkut dua hal. Pertama, penambahan informasi faktual atas perkembangan kasus ini sehingga artikel dapat lebih kontekstual. Kedua, penambahan argumen substantif terkait dengan dijadikannya model Kanada untuk desain baru institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang mengingat secara tradisi konstitusional Kanada sangat berbeda dengan Indonesia.

Keywords:
Recall;
House of Representative;
Constitutional Court;
Disagreement.

legislature has no room to disagree with the Constitutional Court's interpretation in reviewing the constitutionality of legislation. This issue arises because the Constitution, UUD 1945, allocates the finality of the constitutional review mechanism in the judiciary. In solving the issue, this article refers to the Canadian model of constitutional review. The concept of the Canadian model is a judicial review with legislative finality.

PENDAHULUAN

Sebuah peristiwa politik mengagetkan terjadi dalam kaitan dengan Mahkamah Konstitusi (MK) pada tanggal 29 September 2022: Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) melakukan "*recall*" (penarikan) terhadap Hakim Konstitusi Aswanto sebelum *tenure*-nya berakhir karena kecewa kinerja yudisialnya.[2] Untuk catatan, istilah *recall* digunakan karena kualifikasi tindakan DPR tidak dapat dipadankan dengan konsep yuridis yang relevan sesuai UU No. 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas UU No. 23 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK baru).[3] Pada akhirnya segala kritik terhadap DPR menjadi antiklimaks manakala Presiden tidak melakukan langkah korektif terhadap keputusan DPR tersebut dengan tetap melantik Guntur Hamzah menjadi Hakim Konstitusi menggantikan Aswanto pada tanggal 23 November 2022.[4] Artikel ini tidak akan menanggapi tindakan Presiden karena hal itu merupakan isu hukum berbeda dengan isu hukum yang hendak dibahas artikel ini.

Recall Hakim Konstitusi Aswanto menjadi isu hukum sangat serius karena asas atau prinsip universal tentang independensi yudisial (*judicial independence*) tidak membuka ruang untuk proses *removal* terhadap hakim selama masih dalam *tenure* berjalan karena pertimbangan politis (misal kecewa kinerja yudisialnya). Preskripsi yang relevan dengan isu tersebut dikenal dengan asas *security of tenure* yang merupakan salah satu unsur dari asas independensi yudisial di mana UU MK baru juga mengikuti preskripsi ini. Untuk itu, artikel ini akan mengkritisi isu tindakan DPR me-*recall* Hakim Konstitusi Aswanto tersebut. Akan tetapi, isu ini sesungguhnya bukan yang primer. Isunya yang primer namun tidak terartikulasi secara eksplisit dalam perdebatan publik ialah tiadanya saluran bagi pembentuk undang-undang untuk dapat secara *legitimate* mengekspresikan ketidaksetujuan terhadap putusan MK secara khusus, dan kinerja yudisial MK secara umum, dalam menguji konstitusionalitas undang-undang. Oleh karena itu artikel ini sekaligus akan mendiskusikan sarana bagi pembentuk undang-undang supaya dapat menyalurkan "kekecewaannya" secara melembaga kepada MK seperti yang terjadi dalam kasus ini – atau kita biasa menamainya *checks and balances*. Tindakan dan alasan DPR untuk melakukan *recall* terhadap Hakim Konstitusi Aswanto jelas-jelas

---

2 Nahda Utami, 'Hakim MK Aswanto 'Dicopot', Ketua Komisi III: Produk DPR Dia Anulir' Detiknews (Jakarta, 30 September 2022) <https://news.detik.com/berita/d-6321198/hakim-mk-aswanto-dicopot-ketua-komisi-iii-produk-dpr-dia-anulir> accessed 1 Desember 2022.

3 Istilah ini banyak digunakan di lingkungan jurnalistik. Gaudensius Suhardi, 'Editorial: DPR Recall Aswanto' Media Indonesia (Jakarta 3 Oktober 2022) <https://mediaindonesia.com/podiums/detail_podiums/2570-dpr-recall-aswanto> accessed 1 Desember 2022.

4 Dian Erika Nugraheny, 'Jokowi Resmi Lantik Guntur Hamzah Jadi Hakim MK Pengganti Aswanto' Kompas.com (Jakarta 23 November 2022) <https://nasional.kompas.com/read/2022/11/23/09455801/jokowi-resmi-lantik-guntur-hamzah-jadi-hakim-mk-pengganti-aswanto> accessed 1 Desember 2022.

tidak dapat ditoleransi atau "mutlak salah"; tetapi "kemarahan" atau "kekecewaan" DPR terhadap MK secara umum (dan Hakim MK secara khusus) sebagai suatu pendapat ketidaksetujuan dapat dimaklumi – bahkan *legitimate* – dan hal itu harus dapat diberikan saluran secara melembaga yang sesuai dengan konstitusi.

Bagian pertama artikel ini akan membahas pentingnya asas *security of tenure* dan bahaya tindakan DPR kepada Hakim Konstitusi Aswanto terhadap asas independensi yudisial. Bagian kedua artikel ini akan berbicara tentang perlunya desain konstitusional baru untuk adanya ruang *disagreement* antara pembentuk undang-undang dan MK supaya kasus *recall* ini tidak berulang, tetapi di sisi lain *checks and balances* kepada MK dapat disalurkan oleh pembentuk undang-undang. Menurut hemat saya, isu kedua justru sangat penting karena terkait dengan prospek institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang di Indonesia dalam rangka mewujudkan supremasi konstitusi supaya tidak tergelincir menjadi supremasi MK. Untuk desain konstitusional baru tersebut hendaknya kita memalingkan perhatian dari model Amerika Serikat dan Jerman – dan mencari rujukan lain yang lebih cocok, dalam hal ini model Kanada.

PEMBAHASAN

Security of Tenure, Independensi Yudisial dan Bahaya Tindakan DPR terhadap Hakim Konstitusi Aswanto

Tanggapan umum terhadap tindakan DPR yang melakukan *recall* terhadap Hakim Konstitusi Aswanto dengan bertolak dari asas independensi yudisial menurut hemat saya sudah benar, tetapi tingkat kepresisiannya masih kurang. Secara konseptual, asas independensi yudisial adalah konsep yang "tebal" karena memiliki banyak lapisan makna sebagai rumusan preskripsinya.[5] Oleh karena itu, pada kesempatan ini, saya akan memberikan pendapat hukum yang poin hukumnya lebih presisi dalam menanggapi tindakan DPR tersebut sebagai "tindakan yang menyalahi atau melanggar asas *security of tenure* dari pejabat badan yudisial" untuk kualifikasi lebih spesifik pelanggaran terhadap asas independensi yudisial.

Pemahaman seperti itu sangat penting karena dua alasan. Pertama, akan memperjelas poin kesalahan yuridis dari tindakan DPR (dalam hal ini pelanggaran terhadap asas independensi yudisial yang mengambil bentuk pelanggaran asas *security of tenure*). Kedua, akan membuat kita lebih serius dalam memperlakukan poin hukum tersebut (dalam hal ini asas *security of tenure*) yang merupakan salah satu lapis-makna – dari banyak lapis-makna – yang melingkupi asas independensi yudisial untuk kita kawal bersama dalam rangka mengejawantahkan independensi yudisial sebagai ideal bagi badan yudisial – dan hakim – secara penuh. Secara konseptual, makna independensi yudisial tidak hanya mengacu pada independensinya itu sendiri, tetapi juga pra-kondisi untuk mewujudkannya. Untuk

---

[5] Kathy Mack and Sharyn Roach Anleu, 'The Security of Tenure of Australian Magistrates' 30 (2) Melbourne University Law Review 370, 372-380; Martin H. Redish, *Judicial Independence and the American Constitution: A Democratic Paradox* (ed. 1, Stanford University Press 2017) 54-60. Shimon Shetreet, 'Independence and Accountability of the Judiciary: Comparative Analysis of the Theories and the Realities with Lessons for the Asia-Pacific' in H.P. Lee and Marilyn Pittard (eds) *Asia-Pacific Judiciaries: Independence, Impartiality and Integrity* (ed. 1, Cambridge University Press 2018) 10-14.

titik anjak kita, kedua hal sama pentingnya namun tidak mungkin dibahas secara mendalam karena keterbatasan ruang.

Tentang makna "independensi" dalam asas independensi yudisial, independensi mencakup baik aspek institusional maupun personal. Untuk aspek institusional, asas independensi yudisial berkorelasi dengan asas *separation of powers*, yaitu: "*the independence of the judiciary from the executive and the legislature*."[6] Sesuai pengertian tersebut, independensi yudisial adalah "hukum" yang ditujukan untuk menjawab atau menanggapi isu tentang relasi kuasa (*power relations*) antara kekuasaan legislatif – kekuasaan eksekutif – kekuasaan yudisial. Independensi yudisial dalam pengertian demikian disebut juga independensi eksternal.[7] Selain harus ada independensi eksternal, di dalam kekuasaan yudisial sendiri juga harus ada independensi internal dengan pengertian: "*the independence of judges from one another. The Chief Justice of a court has no capacity to direct, or even influence, judges of the court in the discharge of their adjudicative powers and responsibility*."[8] Independensi di sini menekankan pada relasi kuasa antar-hakim ketika menjalankan kekuasaan yudisial (melakukan ajudikasi).

Untuk aspek personal, independensi yudisial berkaitan dengan peran hakim sebagai operator badan yudisial di mana secara purposif independensi tersebut memiliki pengertian: "*judges must be able to decide a dispute before them according to law, uninfluenced by any other factor*."[9] Independensi (individu) hakim dalam menjalankan kekuasaan yudisial atau melakukan ajudikasi pada hakikatnya seiring dengan hak atas kebebasan berekspresi atau berpendapat.[10] Oleh karena itu independensi yudisial sebagai independensi hakim tersebut terjustifikasi tidak hanya semata karena relasi kuasa yang mengharuskannya demikian, tetapi juga karena individu-individu hakim tersebut memiliki hak atas kebebasan berekspresi atau berpendapat sebagai HAM dalam menjalankan fungsi atau kekuasaan yudisialnya.

Dari sisi relasi kuasa (hubungan antara kekuasaan yudisial dengan kekuasaan legislatif dan kekuasaan eksekutif), independensi yudisial sangat penting untuk legitimasinya; jika tidak dikondisikan oleh independensi yudisial maka tidak ada yang akan percaya kepada badan yudisial. Pengertian ini nampak dalam pendapat berikut: "*Judicial independence is the sine qua non of separation of powers. Lacking the power of the purse or the sword, it is their independence that ensures their legitimacy and authority*."[11] Dengan kata lain, kekuasaan yudisial pada badan yudisial dan hakim akan nir-guna jika tidak didasari oleh independensi yudisial. Tanpa jaminan independensi yudisial niscaya badan yudisial sulit mendapatkan

---

6 M.P. Singh, 'Securing the Independence of the Judiciary – The Indian Experience' (2000) 10 (2) Indiana International and Comparative Law Review 245, 247.

7 Mack and Anleu (n 5) 372-373.

8 Mack and Anleu (n 5) 374.

9 Singh (n 6) 247.

10 Sietske Dijkstra, 'The Freedom of the Judge to Express His Personal Opinions and Convictions under The ECHR' (2017) 13 (1) Utrecht Law Review 1, 1-17. Lihat juga secara khusus paragraf 8 *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolution 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of December 1985).

11 Petra Bárd, 'In Courts We Trust, or Should We? Judicial Independence as the Precondition for the Effectiveness of EU Law' (2021) 27 (1-3) European Law Journal 185, 194.

kepercayaan bahwa yang bersangkutan mampu bertindak imparsial dalam melakukan ajudikasi sesuai tuntutan asas *judicial impartiality* (imparsialitas yudisial).[12] Padahal bertindak imparsial dalam melakukan ajudikasi adalah tuntutan utama pada badan yudisial dan hakim – supaya putusannya mampu mencerminkan, minimal, keadilan formal dengan memperlakukan pihak-pihak dalam perkara secara sama.[13]

Independensi yudisial sehingga badan yudisial dapat bertindak imparsial ketika melakukan ajudikasi jelas merupakan isu sangat sentral untuk institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang. Dalam institusi tersebut badan yudisial "mengadili" produk hukum berupa undang-undang yang dihasilkan oleh kekuasaan legislatif. Pentingnya independensi yudisial tersebut, dalam pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang, nampak dalam ajaran *separation of powers* yang dikemukakan Montesquieu:

> *When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may arise lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner. Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be subject to arbitrary control; for the judge would then be legislator.*[14]

Pengertian independensi yudisial pada hakikatnya tidak hanya mengacu pada independensi badan yudisial maupun independensi hakim dalam atau ketika menjalankan kekuasaan yudisial, tetapi juga termasuk serangkaian pra-kondisi untuk merealisasikan kondisi independensi tersebut. Hal ini menegaskan kembali pernyataan sebelumnya di atas bahwa konsep dari asas independensi yudisial tersebut memiliki banyak lapisan makna. Untuk pra-kondisi independensi yudisial, ada beberapa asas yang penerimaannya dapat dianggap sudah mencapai konsensus umum. Asas-asas tersebut adalah *security of tenure* dan *security of salary*.[15]

Justice Michael Kirby, Hakim Agung Australia, dalam kasus *Fingleton v. The Queen* (2005) secara tegas menyatakan tentang fungsi *security of tenure* bagi independensi yudisial c.q. independensi hakim adalah: "*reinforces the independence of mind and action of judicial officers, essential to the proper discharge of their functions*."[16] Sebagai pra-kondisi untuk independensi yudisial, *security of tenure* berkaitan erat dengan proses *appointment and removal* hakim. Preskripsi dari *security of tenure* berkaitan dengan isu *appointment and removal* hakim adalah:

> *Judges should not subject to arbitrary removal; they should not dependent on the appointing authorities (whether because they are personally indebted to these authorities for their initial appointment, or because they hope for future promotion); they should not subject to political interference or any undue influence that undermines independence or neutrality; judges also need to be held accountable,*

---

12 Joe McIntyre, *The Judicial Function: Fundamental Principles of Contemporary Judging* (ed. 1, Springer 2019) 168-169.
13 *Ibid.*, 170.
14 Seperti dikutip dalam Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law* (ed. 1, Cambridge University Press 2004) 2.
15 Lihat secara umum *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (1985).
16 Mack and Anleu (n 5) 374.

> *however, with mechanisms in place to discipline and possibly remove judges who neglect their duties or abuse their position of trust.*[17]

Model paling optimal dalam mewujudkan *security of tenure* adalah *life tenure* berbasis "*during good behavior*" di mana sebagai implikasinya: "*a judge, once appointed, should continue in office for life unless removed for misbehaviour (usually defined in terms of corruption or other breach of trust or dereliction of duty).*"[18] Sebagai bentuk pembatasan supaya hakim yang menjabat tidak terlalu tua (yang faktor fisik tersebut dapat berpengaruh terhadap kinerja yudisialnya), model *tenure* ini dapat dikombinasikan dengan batas usia pensiun.[19]

Model kedua adalah *fixed terms of office* di mana *tenure* hakim telah ditentukan batasnya secara tetap. Model ini memiliki dua varian untuk hakim yang *tenure*-nya berakhir: dapat diangkat kembali dan tidak dapat diangkat kembali. Untuk model terakhir biasanya *tenure* ditentukan panjang. Model yang terakhir ini dianggap paling ideal seperti disinyalir oleh Elliot Bulmer:

> *As a general rule, it is believed that longer terms of office combined with prohibition of reappointment will produce a more independent bench (as in Germany, where judges of the Federal Constitutional Court are ineligible for reappointment after a single 12-year term), while short terms and eligibility for reappointment may render the judiciary subservient (as in Guatemala, where Supreme Court justices serve five-year terms, after which they must re-elected by the legislature).20*

Untuk diskusi teoretis ini tidak berkepanjangan, rumusan preskripsi konkret yang dapat di-*breakdown* dari asas *security of tenure* akan mengacu pada *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (1985).[21] Hal itu dilakukan sebagai bentuk pengakuan dan apresiasi bahwa *Basic Principles* adalah kristalisasi *best practices* tentang independensi yudisial sehingga patut dijadikan rujukan atau referensi meskipun bukan produk hukum positif. Bagian dari *Basic Principles* yang berkaitan dengan *security of tenure* adalah sebagai berikut:

Pertama, paragraf 11: "*The term of office of judges, their independence, security, adequate renumeration, conditions of service, pensions and the age of retirement shall be adequately secured by law*."

Kedua, paragraf 12: "*Judges, whether appointed or elected, shall have guaranteed tenure until a mandatory retirement age or the expiry of their term of office, where such exists*."

Ketiga, paragraf 13: "*Promotion of judges, wherever such a system exists, should be based on objective factors, in particular ability, integrity and experience*."

Keempat, paragraf 18: "*Judges shall be subject to suspension or removal only for reasons of incapacity behaviour that renders them unfit to discharge their duties*."

Kelima, paragraf 19: "*All disciplinary, suspension or removal proceedings shall be determined in accordance with established standards of judicial conduct*."

Selanjutnya diskusi kita akan melangkah pada penjelasan tentang *existing law* berkenaan dengan sistem *tenure* bagi Hakim Konstitusi di Indonesia. Kondisi

---

17 Elliot Bulmer, *Judicial Tenure, Removal, Immunity and Accountability* (ed. 2, International IDEA 2017) 4.

18 *Ibid.,* 7.

19 Bulmer (n 17) 7.

20 Bulmer (n 17) 8.

21 Untuk pendalaman secara teoretis periksa pendapat Mack and Anleu (n 3) yang mendiskusikan isu *security of tenure* dari perspektif Australia.

existing law kita berkenaan dengan sistem *tenure* bagi Hakim Konstitusi mengalami perubahan. Sistem *tenure* untuk Hakim Konstitusi Indonesia menganut model *fix terms of office*. UU MK lama, UU No. 24 Tahun 2003, menganut model *fix terms of office* 5 (lima) tahun dan setelah *tenure* berakhir dapat diperpanjang untuk 1 (satu) kali *tenure*.[22] UU MK baru, UU No. 7 Tahun 2020, secara implisit menggunakan model *fix terms of office* dengan *tenure* yang panjang yaitu maksimal 15 (lima belas) tahun dan setelah *tenure* habis tidak dapat diperpanjang. *Tenure* tersebut ditentukan berdasarkan batas usia minimal Hakim Konstitusi yaitu 55 tahun dan batas usia maksimal atau usia pensiun yaitu 70 (tujuh puluh) tahun.[23] Dengan model *tenure* seperti itu, dalam praktiknya nanti, *tenure* tiap-tiap Hakim Konstitusi akan berbeda karena bergantung pada usia minimal ketika yang bersangkutan mulai diangkat sebagai Hakim Konstitusi sehingga sangat kecil kemungkinan para Hakim Konstitusi tersebut akan berakhir *tenure*-nya secara bersamaan.

Apa penilaian yang dapat diberikan terhadap model *tenure* ini? Khusus tentang perubahan model *tenure*, kebijakan legislatif UU MK baru sangat progresif dan layak diapresiasi. Perubahan tersebut sangat positif maknanya jika dikaitkan dengan standar yang sudah didiskusikan sebelumnya terkait dengan asas *security of tenure* – setidaknya hal itu berkaitan dengan komitmen untuk mewujudkan asas independensi yudisial, terutama jika Hakim Konstitusi yang diangkat tidak terlalu jauh jaraknya dari usia minimal 55 tahun.[24] Sisi positif bagi independensi yudisial adalah proses *appointment* Hakim Konstitusi akan relatif tidak intens sehingga para Hakim Konstitusi relatif berjarak dari pihak-pihak yang berwenang melakukan *appointment* (dalam hal ini DPR, Presiden dan MA). Itu artinya, ikatan moral "hutang budi" dapat dihindari.

Seperti dijelaskan, isu yang dicakup oleh asas *security of tenure* adalah tentang *appointment and removal* hakim. Untuk poin ini kita hanya akan mengacu pada UU MK baru dengan fokus isu *removal* sesuai dengan isu yang hendak ditanggapi yaitu tindakan DPR melakukan *recall* terhadap Hakim Konstitusi Aswanto yang *tenure*-nya masih belum berakhir. Ketentuan tentang *removal* Hakim Konstitusi terdiri dari dua jenis: diberhentikan dengan hormat dan diberhentikan dengan tidak hormat. Hakim Konstitusi diberhentikan dengan hormat dengan alasan:

a. meninggal dunia;
b. mengundurkan diri atas permintaan sendiri yang diajukan kepada Ketua Mahkamah Konstitusi;
c. telah berusia 70 (tujuh puluh) tahun;
d. sakit jasmani atau rohani secara terus-menerus selama 3 (tiga) bulan sehingga tidak dapat menjalankan tugasnya yang dibuktikan dengan surat keterangan dokter.[25]

Hakim Konstitusi diberhentikan dengan tidak hormat dengan alasan:

---

22 Pasal 22 UU MK lama.
23 Pasal 15 ayat (2) jo. Pasal 23 ayat (1) UU MK baru.
24 Sebaliknya, model *tenure* ini dapat tidak efektif dikaitkan dengan tujuannya jika proses *appointment* menghasilkan Hakim Konstitusi yang usianya terlalu jauh dari usia minimal dan mendekati usia maksimal.
25 Pasal 23 ayat (1) UU MK baru.

a. dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara;
b. melakukan perbuatan tercela;
c. tidak menghadiri persidangan yang menjadi tugas dan kewajibannya selama 5 (lima) kali berturut-turut tanpa alasan yang sah;
d. melanggar sumpah atau janji jabatan;
e. dengan sengaja menghambat Mahkamah Konstitusi memberi putusan dalam waktu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7B ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
f. melanggar larangan rangkap jabatan;
g. tidak lagi memenuhi syarat sebagai Hakim Konstitusi; dan/atau
h. melanggar Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi.[26]

Mekanisme pemberhentian tidak dengan hormat sesuai alasan b – h melalui Majelis Kehormatan MK setelah yang bersangkutan diberi kesempatan untuk membela diri.[27]

Kembali pada standar ideal tentang asas *security of tenure*, ketentuan tentang *removal* Hakim Konstitusi dan mekanismenya nampak sudah sejalan dengan tuntutan asas *security of tenure*. Tindakan *recall* yang dilakukan DPR terhadap Hakim Konstitusi Aswanto tidak bersandar pada ketentuan "normal" di atas di mana jalur *removal* Hakim Konstitusi hanya ada dua: pemberhentian dengan hormat dan pemberhentian tidak dengan hormat. Walau berwenang mengusulkan, DPR tidak boleh memberhentikan Hakim Konstitusi dalam *tenure* yang sedang berjalan karena dalam kaitan dengan pengaturan mengenai mekanisme pemberhentian (dalam hal ini pemberhentian dengan tidak hormat) Hakim Konstitusi memiliki imunitas dari DPR di mana secara mekanisme hal itu ranah yurisdiksi eksklusif Majelis Kehormatan MK.[28] Hal demikian, berdasarkan pemaknaan terhadap *existing law* yaitu UU MK baru, telah mencerminkan tuntutan asas *security of tenure* dari Hakim Konstitusi. Jika demikian adanya, bagaimana memahami tindakan DPR me-*recall* Hakim Konstitusi Aswanto? Kesalahan DPR adalah ketentuan undang-undang yang sudah benar materi muatannya justru dilaksanakan secara salah. Isu dari kasus *recall* Hakim Konstitusi Aswanto pada hakikatnya tentang penerapan ketentuan *tenure* baru kepada Hakim Konstitusi *existing*. Isu penerapan ketentuan *tenure* yang baru kepada Hakim Konstitusi *existing* telah diatur dalam Ketentuan Peralihan UU MK baru, dalam hal ini Pasal 87 huruf b UU MK baru, tetapi dalam penerapannya DPR bertindak tidak "sportif".

Dalam menjustifikasi tindakannya DPR berlindung di balik pendapat yudisial MK dalam pengujian konstitusionalitas Pasal 87 UU MK baru di mana dalam penerapan ketentuan tersebut MK diminta untuk memberikan konfirmasi terlebih dulu kepada semua lembaga pengusul (DPR, Presiden dan MA). Ketentuan Pasal 87,

---

26 Pasal 23 ayat (2) UU MK baru.
27 Pasal 23 ayat (3) UU MK baru.
28 Walau secara eufemistik untuk tindakannya DPR memakai istilah "tidak memperpanjang" sebagai respons atas konfirmasi yang dilakukan oleh pihak MK. Akrobatik istilah "tidak memperpanjang" tersebut jelas-jelas merupakan *fallacy* karena terhadap Hakim Konstitusi *existing* tidak ada yang perlu diperpanjang *tenure*-nya karena sudah "diperpanjang" dengan sendirinya oleh Ketentuan Peralihan UU MK baru di mana ketentuan tersebut oleh MK juga telah dinyatakan konstitusional.

khususnya huruf b, UU MK baru menyatakan: "Hakim Konstitusi yang sedang menjabat pada saat undang-undang ini diundangkan dianggap memenuhi syarat menurut undang-undang ini dan mengakhiri masa tugasnya sampai usia 70 (tujuh puluh) tahun selama keseluruhan masa tugasnya tidak melebihi 15 (lima belas) tahun." MK menyimpulkan bahwa Ketentuan Peralihan konstitusional, tetapi untuk penerapannya MK memberikan pendapat yudisial sebagai berikut:

> Bahwa untuk menegaskan Ketentuan Peralihan tersebut tidak dibuat untuk memberikan keistimewaan terselubung kepada orang tertentu yang saat ini sedang menjabat sebagai Hakim Konstitusi, maka Mahkamah berpendapat diperlukan tindakan hukum untuk menegaskan pemaknaan tersebut. Tindakan hukum demikian berupa konfirmasi oleh Mahkamah kepada lembaga yang mengajukan Hakim Konstitusi yang saat ini sedang menjabat. Konfirmasi yang dimaksud mengandung arti bahwa Hakim Konstitusi melalui Mahkamah Konstitusi menyampaikan pemberitahuan ihwal melanjutkan masa jabatannya yang tidak lagi mengenal adanya periodisasi kepada masing-masing lembaga pengusul (DPR, Presiden dan Mahkamah Agung).[29]

Konfirmasi seperti dimaksudkan oleh pendapat yudisial MK di atas bukan meminta pihak pengusul (dalam hal ini DPR) untuk melakukan seleksi ulang terhadap Hakim Konstitusi yang diusulkannya karena konfirmasi harus dimaknai sebagai berkaitan dengan penerapan ketentuan yang diuji – dan sekaligus telah dinyatakan konstitusional oleh MK. Kecuali sebaliknya, konfirmasi adalah pernyataan bahwa Hakim Konstitusi *existing* bersedia melanjutkan *tenure*-nya sesuai ketentuan *tenure* baru. Atas dasar itu, konfirmasi hanya dapat dimaknai memberikan kewenangan kepada DPR untuk mengusulkan Hakim Konstitusi baru jika ada tindakan *removal* sebelumnya kepada Hakim Konstitusi *existing* karena substansi konfirmasi adalah "pernyataan mengundurkan diri atas permintaan sendiri" sebagai ketidaksetujuan Hakim Konstitusi yang bersangkutan untuk menjalani ketentuan *tenure* yang baru yaitu "sampai usia 70 tahun dan tidak melebihi masa tugas selama 15 tahun", sehingga sebagai implikasinya perlu dilakukan tindakan pemberhentian sebagai tindak lanjut untuk dapat diusulkan Hakim Konstitusi yang baru.

A contrario, jika konfirmasi tidak mengandung substansi seperti di atas maka secara yuridis konfirmasi adalah persetujuan Hakim Konstitusi *existing* untuk melanjutkan *tenure*-nya sesuai model *tenure* yang baru secara otomatis, yaitu tanpa membutuhkan persetujuan perpanjangan dari pihak pengusul (yang dalam kasus ini adalah DPR). Dengan demikian tindakan DPR mengganti Hakim Konstitusi Aswanto setelah MK mengajukan konfirmasi kepada DPR tidak mengacu pada skema dari undang-undang yang sedang berlaku menyangkut batas kewenangan DPR dalam proses *appointment and removal* Hakim Konstitusi. Dari perspektif legalistik, tindakan DPR tersebut secara formal adalah "tindakan tanpa (dasar) kewenangan" dan tindakan tersebut bertentangan dengan, atau melanggar, UU MK. Sementara secara abstraktif tindakan ini bertentangan dengan, atau melanggar, asas *security of tenure* yang merupakan pra-kondisi untuk mewujudkan asas independensi yudisial sebagai asas bagi badan yudisial seperti MK.

Walau bukan serangan langsung terhadap independensi yudisial dari MK dan Hakim Konstitusi, pelanggaran terhadap asas *security of tenure* ini tetap sangat

---

[29] Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 96/PUU-XVIII/2020, Mahkamah Konstitusi, 15 Juni 2022, 130.

krusial maknanya karena berkaitan dengan sendi-sendi dari independensi yudisial itu sendiri. Seperti kita tahu, *security of tenure* – dan juga *security of salary* – ini dipercaya sebagai pra-kondisi niscaya dalam mewujudkan independensi yudisial yang lingkup keberlakuannya telah diterima secara universal. Asas-asas tersebut dianggap penting untuk menciptakan iklim atau suasana kerja dalam rangka menghasilkan kinerja yudisial yang optimal di mana hakim-hakim yang sedang menjalankan fungsi atau kekuasaan yudisialnya tidak dihinggapi dengan "ketakutan" menghadapi masa depan kariernya. Rasa aman pada diri hakim ini sangat mahal harganya sehingga hal itu diletakkan sebagai salah satu pra-kondisi untuk independensi yudisial.

Sebagai catatan, meskipun saya sepakat bahwa model *tenure* yang baru tersebut sangat progresif, tetapi untuk implementasinya saya tidak sepakat jika "keuntungan" seketika harus diberikan kepada Hakim Konstitusi *existing*. Kebijakan legislatif Ketentuan Peralihan UU MK baru tersebut sama sekali tidak salah – toh kita semua juga sepakat dengan asas hukum bahwa ketentuan yang bersifat menguntungkan dapat diberlakukan secara retroaktif. Namun, hemat saya, penerapan model *tenure* yang baru tersebut seharusnya dibarengi dengan "kocok ulang" seluruh Hakim Konstitusi sehingga semua Hakim Konstitusi harus melalui proses seleksi kembali karena filosofi model *tenure* yang baru berbeda dengan filosofi model *tenure* yang lama.[30] Tentu pada kesempatan tersebut pihak pengusul Hakim Konstitusi (DPR, Presiden dan MA) perlu diberikan kesempatan untuk berpikir ulang tentang Hakim Konstitusi yang dikehendakinya. Klausul ini yang seharusnya diatur dalam Ketentuan Peralihan, tetapi celakanya Ketentuan Peralihan justru memberlakukan model *tenure* baru tersebut secara otomatis sehingga timbul "kekacauan" ini – akibatnya nasi pun telanjur menjadi bubur.

Saya setuju dengan posisi yang diambil oleh *dissenting opinion* Hakim Konstitusi Wahiduddin Adams terkait dengan bagaimana seharusnya materi muatan Ketentuan Peralihan, tetapi berbeda alasan. Wahidduddin Adams hanya melihat dari aspek pemberian privilise kepada Hakim Konstitusi *existing* yang tidak disetujuinya.[31] Sementara poin pendapat saya adalah ini tentang menghargai peranan DPR, Presiden dan MA dalam proses *appointment* Hakim Konstitusi karena dengan model *tenure* yang baru tersebut peran ketiga lembaga menjadi tidak seaktif sebelumnya. Poin pendapat saya secara substantif agak mirip dengan *dissenting opinion* Hakim Konstitusi Arief Hidayat dan Manahan Sitompul, tetapi berbeda dalam format preskripsi. Pendapat Hakim Konstitusi Arief Hidayat dan Manahan Sitompul pada pokoknya menyatakan bahwa konfirmasi dari MK perihal implementasi Ketentuan Peralihan tidak bermakna sepihak, tetapi harus diputuskan oleh lembaga pengusul apakah dapat disetujui atau tidak.[32] Saya curiga, dan ini akan sangat fatal secara yuridis, *dissenting opinion* yang bukan *ratio decidendi* yang justru dijadikan dasar untuk tindakan DPR melakukan *recall* Hakim Konstitusi Aswanto tersebut.

---

30 Filosofi model lama adalah "kedekatan hubungan antara Hakim Konstitusi dengan pihak yang mengusulkan." Filosofi model baru kebalikannya "menjauhkan Hakim Konstitusi dengan pihak yang mengusulkan."

31 Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 90/PUU-XVIII/2020, Mahkamah Konstitusi, 20 Juni 2022, 220-225; Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 100/PUU-XVIII/2020, Mahkamah Konstitusi, 20 Juni 2022, 326-329.

32 Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 96/PUU-XVIII/2020 (n 29) 137.

Hemat saya Ketentuan Peralihan tidak dapat diinterpretasi seperti pendapat Hakim Konstitusi Arief Hidayat dan Manahan Sitompul (meskipun terhadap Ketentuan Peralihan posisi pendapat keduanya inkonstitusional bersyarat dalam *dissenting opinion*). Makna Ketentuan Peralihan sudah sangat jelas bahwa pembentuk undang-undang berkehendak memberlakukan ketentuan *tenure* yang baru secara otomatis kepada Hakim Konstitusi *existing* dan ini tidak menyalahi apapun karena ketentuan tersebut telah memberikan batasan supaya *tenure* yang dinikmati Hakim Konstitusi *existing* tidak akan melampaui batasan dari *tenure* secara umum. Ketentuan Peralihan mengandung norma atau kaidah "*offer*" kepada Hakim Konstitusi *existing* perihal penerapan ketentuan *tenure* yang baru kepada mereka. Sementara konfirmasi, sesuai pendapat yudisial MK, adalah "*acceptance*" di pihak Hakim Konstitusi *existing* sehingga terjadi kata sepakat untuk melanjutkan *tenure* sesuai ketentuan *tenure* yang baru dalam Ketentuan Peralihan. Jika teori ini disandingkan dengan logika dari pendapat Hakim Konstitusi Arief Hidayat dan Manahan Sitompul, Ketentuan Peralihan ada pada tahap pra-kontrak. Konfirmasi dari MK justru bermakna sebagai *offer*, dan atas dasar itu dapat terjadi kesepakatan atau tidak bergantung pada pihak pengusul apakah memberikan *acceptance* atau tidak. Tentu pendapat ini tidak logis.

Membuka Ruang *Disagreement* antara MK dan Pembentuk Undang-Undang

Selanjutnya saya akan melangkah pada isu utama, tetapi tidak terartikulasikan dalam diskursus menyikapi tindakan DPR melakukan *recall* Hakim Konstitusi Aswanto: DPR yang merasa "kecewa dan marah" kepada MK, khususnya kepada Hakim Konstitusi yang diusulkannya. Kecewa dan marahnya DPR kepada Hakim Konstitusi Aswanto nampak dalam pernyataan Bambang Wuryanto, Ketua Komisi III DPR, kepada pers secara lisan yang menjelaskan alasan mengapa DPR melakukan *recall*: "Tentu mengecewakan dong. Ya gimana kalau produk-produk DPR dianulir sendiri oleh dia, dia wakilnya dari DPR. Kan gitu toh … Dasarnya Anda (maksudnya: Aswanto) tidak komitmen, gitu loh. Nggak komit dengan kita ya mohon maaf lah ketika kita punya hak dipake lah."[33] Saya dapat memahami suasana kebatinan Bambang Wuryanto sebagai Ketua Komisi III DPR tersebut.

Sebagai salah satu unsur dari pembentuk undang-undang, rasa marah dan kecewa DPR terhadap kinerja yudisial MK dalam menguji konstitusionalitas undang-undang adalah hal wajar. Pembentuk undang-undang tidak dapat disalahkan manakala merasa marah atau kecewa terhadap kinerja yudisial MK karena hal ini tidak cukup dikompensasi dengan asas *due process of law* bahwa sebagai pembentuk undang-undang mereka sudah diberikan kesempatan secara memadai untuk "membela" undang-undang – produk dari proses legislatif mereka – di depan persidangan ketika dilakukan pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh MK. Isu utama kita di sini adalah: Dapatkah "kemarahan" atau "kekecewaan" DPR (atau pembentuk undang-undang secara umum) atas kinerja yudisial MK seperti tergambar dalam kasus *recall* Hakim Konstitusi Aswanto tersebut diberikan saluran yang sah untuk mengekspresikannya ketimbang justru respons tersebut salah jalan?

---

[33] Utami (n 2).

Ketika sebuah kontroversi tentang konstitusionalitas undang-undang diputuskan oleh pihak ketiga, maka normal adanya jika pihak dalam kontroversi tersebut tidak puas terhadap putusan. Hal ini adalah fenomena umum yang dihadapi oleh semua proses ajudikasi. Namun masalahnya adalah putusan tersebut berstatus final dan mengikat sehingga hal ini membuka ruang untuk perdebatan lebih lanjut tentang implikasinya. Dalam Ilmu Hukum, final dan mengikat tersebut berarti tidak ada upaya hukum atas putusan sehingga berlaku dalil *res judicata pro veritate habetur*. Putusan harus dianggap benar tidak berarti bahwa putusan absolut atau mutlak benar. Ini yang sering disalahpahami dalam memaknai putusan yudisial yang berstatus final dan mengikat tersebut. Atas dasar itu saya setuju sekali dengan pendapat sangat populer *Justice* Robert Jackson, Mahkamah Agung Amerika Serikat, dalam kasus *Brown v. Allen* (1953) tentang konsep final dan kebenaran putusan yudisial: "*We are not final because because we are infallible, but we are infallible only because we are final.*"[34]

Atas dasar itu, saya berpendapat, walaupun putusan MK final dan mengikat, tetapi tidak berarti bahwa putusan MK itu pasti benar secara absolut, tetapi hanya sebatas "harus dianggap benar karena sudah tidak ada lagi upaya hukum atas putusan tersebut". Jika pengertian yang berlaku adalah putusan MK pasti benar karena sudah tidak memiliki upaya hukum lagi maka kita akan menghadapi sebuah tirani baru: tirani yudisial c.q. tirani MK. Sebagai implikasinya, yang akan terjadi adalah "bukan supremasi konstitusi yang didapat, tetapi supremasi MK."[35] Menurut hemat saya, poin ini yang seyogianya ditangkap dari ekspresi kegundahan DPR terhadap kinerja yudisial MK. Namun sebagai *disclaimer*, pendapat ini hanya berlaku dalam lingkup MK dan pengujian konstitusionalitas undang-undang di mana pendapat ini nanti akan didukung dengan contoh kasus Kanada yang memiliki desain institusional berbeda terkait dengan isu *constitutional judicial review*. Model Kanada, di luar model Amerika Serikat dan model Jerman, adalah model desain institusional yang cukup menarik dalam melembagakan pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang di mana terjadi saling *checks and balances* dua jalur antara badan yudisial dan pembentuk undang-undang.[36]

Hal pertama yang perlu kita pahami sebelum berbicara tentang saluran kelembagaan untuk pembentuk undang-undang dapat menyatakan ketidaksetujuan terhadap putusan MK sehingga kemarahan atau kekecewaan tersebut dapat diredam adalah pemahaman tentang hakikat dari institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang di mana badan yudisial diberikan kewenangan untuk menyatakan undang-undang konstitusional atau inkonstitusional. Pada banyak kesempatan, untuk isu ini, saya selalu bersandar pada pendapat James Bradley Thayer – dan kebetulan pendapat tersebut senada dengan pendapat Soepomo dalam perdebatan di depan PPKI ketika menolak institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang dimasukkan ke dalam UUD

---

34 Richard J. Lazarus, 'The (Non) Finality of Supreme Court Opinions (2014) 128 (2) Harvard Law Review 540, 542.

35 Titon Slamet Kurnia, 'Sebuah Kerangka Teoretis Hubungan Institusional Berbasis Konstitusionalisme' (2020) 50 (2) Jurnal Hukum dan Pembangunan 476, 476-491.

36 Ide ini sudah saya inisiasi dalam menanggapi isu *judicial error* yang eksplisit dalam interpretasi konstitusi. Titon Slamet Kurnia, 'Menguji Ketangguhan Realisme: Kritik terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013 Pasca Pemilu Serentak 2019' (2022) 19 (1) Jurnal Konstitusi 97, 119-121.

1945. Poin dari pendapat doktrinal tersebut adalah terkait dengan konstitusi sebagai dasar pengujian terhadap undang-undang di mana secara materi muatan ketentuan konstitusi yang menjadi dasar pengujian tersebut relatif terbuka maknanya sehingga interpretasinya selalu akan memunculkan ruang untuk pilihan yang dapat sama-sama konstitusional karena rasional. Pendapat Thayer tersebut menyatakan:

> *having regard to the great, complex, ever-unfolding exigencies of government, much will seem unconstitutional to one man, or body of men, may reasonably not seem so to another; that the constitution often admidts of different interpretations; that there is often a range of choice and judgment; that in such cases the constitution does not impose upon the legislature any one specific opinion, but leaves open this range of choice; and that whatever choice is rational is constitutional.*[37]

Untuk lebih mudah dipahami, berikut adalah interpretasi pendapat Thayer yang dilakukan oleh Alexander Bickel: "*reasonable men will differ about its proper construction. The Constitution leaves open 'a range of choice and judgment,' so that 'whatever choice is rational is constitutional'.*"[38] Atas dasar pendapat tersebut, sebagai strategi yudisial dalam menjalankan ajudikasi konstitusional, Thayer mengemukakan teori yang disebut "*the rule of the clear mistake*" yang merupakan fondasi untuk pendekatan *judicial self-restraint* supaya dalam memutus isu konstitusionalitas undang-undang badan yudisial berpegang pada tolok ukur sifat pelanggaran konstitusional yang harus *beyond reasonable doubt*.

Sementara pendapat Soepomo, yang senada dengan pendapat Thayer, menyatakan:

> Undang-undang Dasar hanja mengenai semua aturan jang pokok dan biasanja begitu lebar bunjinja, sehingga dapat diberi interpretasi demikian, bahwa pendapat A bisa selaras, sedang pendapat B pun bisa djuga. Djadi dalam praktek, djikalau ada perselisihan tentang soal, apakah sesuatu undang-undang bertentangan dengan Undang-undang Dasar atau tidak, itu pada umumnja bukan soal juridis, tetapi soal politis.[39]

Sesuai dua pendapat doktrinal di atas maka jelas kiranya jika ajudikasi konstitusional seyogianya dibedakan dengan ajudikasi biasa menyangkut dasar pengujian yang digunakan, dalam hal ini, pada ajudikasikasi konstitusional, konstitusi dengan sifat materi muatannya seperti yang telah dijelaskan di atas. Atas dasar itu, ide untuk tidak lagi fokus pada finalitas yudisial dalam pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang dengan membuka ruang untuk *disagreement* antara pembentuk undang-undang dan MK menjadi mungkin karena hal itu tidak dapat dianggap mencederai independensi yudisial. Bahkan hal demikian telah memiliki preseden konkret yaitu *constitutional judicial review* model Kanada yang dapat kita jadikan rujukan untuk mengelaborasi ide tersebut.

Oleh karena itu, untuk desain konstitusional ke depan terkait dengan prospek institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang yang di Indonesia yang dijalankan oleh MK, isu tentang pemberian status final dan mengikat terhadap putusan MK tersebut perlu ditinjau dengan target maksimal perubahan konstitusi,

---

37 James B. Thayer, 'The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law' (1893) 7 (3) Harvard Law Review 129, 144.

38 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (ed. 2, Yale University Press 1986) 35-36.

39 Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945: Jilid I* (ed. 1, Jajasan Prapantja 1959) 341-342.

atau target paling moderat melalui pembentukan konvensi ketatanegaraan dengan melibatkan "kelegawaan" MK. Selain itu, alternatif lain supaya tidak timbul tensi atau ketegangan dalam hubungan dengan pembentuk undang-undang, MK perlu bertindak bijaksana dalam menjalankan fungsi ajudikasi konstitusional. Pilihan-pilihan tersebut semuanya mungkin. Poinnya yang utama adalah, karena ajudikasi konstitusional ini sangat kontroversial, alasan rasional dari pembentuk undang-undang harus dihormati, dan ruang *disagreement* perlu dikelola dengan baik oleh MK, baik antara pencari keadilan dengan pembentuk undang-undang maupun antara MK dengan pembentuk undang-undang. Mengabaikan isu ini dapat berdampak: bukan supremasi konstitusi yang didapat, tetapi supremasi MK.[40]

Pertama, untuk menghindari pendekatan *win-lose* dalam pengujian undang-undang, kita perlu menengok institusi *constitutional judicial review* model Kanada. Sebelum masuk ke dalam aspek substantif dari model Kanada, isu perbedaan tradisi konstitusional dengan Indonesia perlu ditanggapi terlebih dahulu karena sudah menjadi standar bahwa suatu perbandingan seyogianya *apple-to-apple*. Oleh karena itu, minimal perlu dikemukakan titik kesamaan sehingga negara yang berbeda tradisi konstitusional dapat dijadikan sebagai rujukan.[41] Merujuk model Kanada sebagai standar untuk desain konstitusional baru bagi institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang di Indonesia jelas problematis secara formal karena, sesuai prinsip standar untuk melakukan perbandingan, tradisi konstitusional kedua negara tidak *apple-to-apple*. Kanada menganut asas supremasi parlemen – sama seperti Inggris – karena tidak memiliki undang-undang dasar (konstitusi formal) sebagai konstitusinya. Kondisi demikian berbanding terbalik dengan Indonesia.[42]

Untuk memungkinkan pendekatan perbandingan ini dapat operasional karena adanya ciri umum yang sama maka sebagai benang merahnya adalah Teori Konstitusi yang mendasari institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang kedua negara. Untuk itu saya menggunakan Teori Dialog sebagai teori untuk bekerjanya badan yudisial dalam melakukan pengujian konstitusionalitas undang-undang di kedua negara.[43] Adapun inti dari Teori Dialog adalah "*the judiciary does not nor should not have a monopoly on constitutional interpretation … judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning … constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional*

---

40 Titon Slamet Kurnia, 'Mahkamah Agung dan Supremasi Konstitusi: Diskresi Yudisial dalam Penerapan Undang-Undang' (2022) 34 (1) Mimbar Hukum 90, 104-105.

41 Mark C. Rahdert, 'Comparative Constitutional Advocacy' (2007) 56 (3) American University Law Review 553, 564-568.

42 Untuk informasi umum tentang tradisi konstitusional Kanada lihat: T.A. Cromwell, 'Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada' (2020) 46 (5) South Carolina Law Review 1027, 1027-1042; Mark D. Walters, 'The British Legal Tradition in Canadian Constitutional Law' in Peter Oliver, Patrick Macklem, Nathalie Des Rosiers (eds) *The Oxford Handbook of Canadian Constitution* (ed.1, Oxford University Press 2017) 105-124. Untuk interpretasi berbeda lihat Richard Albert, 'The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada' (2015) 53 (1) Alberta Law Review 85, 85-113.

43 Catherine A. Fraser, 'Constitutional Dialogues between Courts and Legislatures: Can We Talk?' (2005) 14 (3) Forum Constitutionnel 7, 7-14; Gregory James Davies, *The Legitimising Role of Judicial Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights* (PhD thesis, Cardiff University 2017) 69-100; Geoffreey Thomas Sigalet, *Dialogue and Domination: A Theory of Judicial Review* (PhD thesis, Princeton University 2018) 23-74.

actors."[44] Teori Dialog saya perlakukan teori normatif untuk pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang karena teori ini memungkinkan dihindarinya ketegangan antara pembentuk undang-undang dan badan yudisial – di mana dalam situasi ketegangan tersebut posisi badan yudisial biasanya menjadi lemah karena "cacat inheren" yang biasa dikenal sebagai *countermajoritarian difficulty*.[45] Teori Dialog adalah jawaban untuk mengkondisikan hubungan antara pembentuk undang-undang dan badan yudisial yang harmonis,[46] terutama untuk ketentuan-ketentuan konstitusional yang "sulit" (*constitutional provisions that have proven difficult to define*).[47] Dalam pengertian demikian, karena fokusnya tentang bagaimana badan yudisial seyogianya menjalankan kewenangan menguji konstitusionalitas undang-undang *vis-à-vis* pihak pembentuk undang-undang, maka Teori Dialog memiliki ruang aplikabilitas umum dalam pengertian dapat diterapkan kepada semua negara yang mempraktikkan institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang sehingga dalam melakukan pendekatan perbandingan kita tidak lagi terjebak pada hal-hal yang sifatnya formal.

Secara teoretis, model pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang Kanada dikenal yang dengan konsep "*judicial review with legislative finality*". Model ini berbeda dengan arus utama (dalam hal ini baik model Amerika Serikat maupun Jerman) yang konsepnya, seperti juga yang dianut Indonesia sekarang, disebut *judicial finality*). Menurut model Kanada, pembentuk undang-undang diberi kesempatan untuk melakukan *legislative override* jika tidak setuju dengan putusan pengujian yudisial yang membatalkan undang-undangnya. Atau menurut Tsvi Kahana, konsepsinya adalah: "*the legislature has acquired the ability to strike down judicial decisions the same way courts can strike down legislation*."[48]

Kahana memetakan *theoretical underpinning* untuk model Kanada menjadi dua. Pertama, teori *judicial error* yang posisi sikapnya pesimis. Kedua, teori *partnership* yang posisi sikapnya lebih positif (optimis). Untuk teori *judicial error* yang pandangannya pesimis Kahana menyatakan: "*The pessimistic view focuses on fallibility, i.e. on the fact that courts can err*." Atas dasar itu, alasan mengapa model Kanada meletakkan finalitas isu konstitusionalitas undang-undang yang diuji secara yudisial ada pada pembentuk undang-undang karena kepercayaan: "*judicial review is there to 'lift up' the legislature when it falls, and that the notwithstanding mechanism is there to 'lift up' the court when it falls*."[49] Sebaliknya, untuk teori yang

---

44 Christine Bateup, 'The Dialogue Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue' (2006) 71 (3) Brooklyn Law Review 1109, 1109.

45 Barry Friedman, 'Dialogue and Judicial Review' (1993) 91 (4) Michigan Law Review 577, 578-581; Geoffreey Thomas Sigalet, Ibid 3-14.

46 Christine Bateup 1109-1110; Ran Hirschl, 'Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law: Book Review' (2008) 40 (1) Ottawa Law Review 173, 173-174.

47 Caroline S. Earle, 'The American Judicial Review Quagmire: A Canadian Proposal' (1993) 68 (4) Indiana Law Journal 1357, 1359.

48 Tsvi Kahana, *The Partnership Model of the Canadian Notwithstanding Mechanism: Failure and Hope* (SJD thesis, University of Toronto 2000) 65. Untuk studi terbaru tentang model Kanada lihat juga: Grégoire Webber, 'Notwithstanding Rights, Review or Remedy? On the Notwithstanding Clause and the Operation of Legislation' (2021) 71 University of Toronto Law Journal 510, 510-538; Robert Leckey and Eric Mendelsohn, 'The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts and the Electorate' (2022 Fall) 72 University of Toronto Law Journal 189, 189-215. Diskusi yang terus berkembang dengan topik model Kanada ini membuktikan model tersebut sangat menarik.

49 Kahana (n 48) 273.

pandangannya optimis, teori *partnership,* Kahana menjelaskan: "*While acknowledging that both courts and legislatures are capable of falling, it chooses to focus on their cooperation*."[50] Lebih lanjut, menjelaskan tentang kerja sama antara pembentuk undang-undang dan badan yudisial, Kahana menyatakan: "*The partnership approach solves this problem by holding that the real purpose of judicial review is not supervision but deliberation and that this purpose is not inconsistent with support for legislative finality*."[51]

Penjelasan Kahana tentang model Kanada dibangun atas dasar Teori Dialog, bukan asas supremasi parlemen yang merupakan asas dari sistem konstitusional Kanada (sama seperti Inggris), terutama saat ia lebih memprioritaskan pada teori *partnership*. Kahana menyatakan: "*The role of the court is to offer sophisticated deliberation concerning constitutional issues which the legislature is free to either accept or to reject.*"[52] Oleh sebab itu, menjadikan model Kanada sebagai rujukan bagi Indonesia bukan sesuatu yang sifatnya artifisial karena poin utamanya adalah tentang memberlakukan Teori Dialog tersebut sebagai dasar untuk model bagi institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang di Indonesia. Dengan kata lain, atas Teori Dialog tersebut, setelah kita memahami aspek ontologis, epistemologis maupun aksiologisnya, sulit bagi kita untuk tidak menerimanya. Akan tetapi, supaya penerapan *constitutional judicial review* model Kanada ini dapat efektif, jelas diperlukan perubahan konstitusi karena UUD 1945 secara eksplisit menganut pendekatan *judicial finality*.

Kedua, tanpa mengubah konstitusi secara formal, pendekatan *win-lose* dalam bentuk finalitas putusan pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang tetap dapat direlaksasi melalui pembentukan konvensi kenegaraan. Itu artinya, sebagai pernyataan ketidaksetujuan terhadap putusan MK, pembentuk undang-undang tetap dapat melakukan *legislative override* – tetapi hal itu bergantung pada respons MK. Praktik demikian pada hakikatnya normal belaka jika putusan MK tersebut dikonstruksikan sebagai bagian dari proses legislatif yang lebih luas di mana asasnya undang-undang dapat diderogasi dengan undang-undang. Setidaknya asas *lex posterior derogat legi priori* relevan untuk kasus ini. Tetapi yang paling penting adalah hal itu perlu dibarengi proses dialog konstitusional supaya tidak timbul kesan bahwa pembentuk undang-undang sedang berkelahi dengan MK. Satu hal penting yang dapat menjembatani ini adalah perdebatan terbuka dan mencerahkan karena didukung dengan *justifying reasons* yang memadai. Kita sudah memiliki contoh kasus konkret untuk praktik ini dalam pengujian UU APBN (anggaran pendapatan dan belanja negara) berkenaan dengan besaran anggaran pendidikan 20%. Dalam praktik tersebut dapat kita lihat proses dialogis sangat elegan antara MK dan pembentuk undang-undang semata-mata karena MK mampu "legawa" dengan bersedia memahami posisi sulit yang dihadapi oleh penyusun APBN.[53]

Terakhir tentang strategi yudisial dalam menjalankan ajudikasi konstitusional. Hemat saya isu ini sangat kasuistik dan seyogianya MK dapat memilah-milah secara

---

50 Kahana (n 48).
51 Kahana (n 48) 274.
52 Kahana (n 48) 5.
53 Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008* (ed. 1, Penerbit Mandar Maju 2015) 299-303.

bijak terkait dengan "kapan dan dalam kasus seperti apa" perlu tindakan dalam koridor *judicial activism* dan kapan perlu dilakukan tindakan sebaliknya dalam koridor *judicial self-restraint*. Untuk poin ini praktik MK sebenarnya sudah beradaptasi secara alamiah seperti dikembangkannya konsep kebijakan legislatif terbuka, putusan konstitusional bersyarat dan pengujian *legal standing* yang relatif ketat.[54] Praktik demikian cukup lumrah karena kesadaran politik bahwa institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang tersebut cenderung terbebani oleh isu *countermajoritarian difficulty*.[55] Satu pertimbangan yang penting dan relevan dengan itu adalah pemberdayaan institusi-institusi politik demokratis supaya pemenang pemilu, baik eksekutif maupun legislatif, diberikan kesempatan untuk memerintah secara leluasa, termasuk keleluasaan untuk *trial and error* dalam memerintah supaya rakyat benar-benar merasa memiliki pemerintah yang sudah dipilihnya tersebut. Sensitivitas yudisial untuk isu ini pada hemat saya agak bagus diterjemahkan oleh MK walau masih sering kurang konsisten seperti kasus UU Cipta Kerja dan UU Ibukota Negara. Ini sedikit berbeda dengan di Amerika Serikat pada masa pemerintahan Presiden Barack Obama. Kebijakan reformasi pelayanan kesehatan berhasil di-gol-kan sebagai undang-undang, *the Affordable Care Act* (Obama Care) meskipun posisi Obama minoritas di Kongres. Tetapi karena faktor keterbelahan ideologis yang tajam di tubuh Mahkamah Agung, respons Mahkamah Agung justru berbanding terbalik dari Kongres dengan mengebiri ketentuan-ketentuan *the Affordable Care Act* tersebut melalui *judicial review* terutama dengan alasan federalisme.[56]

Ketiga poin yang dikemukakan di atas akan membuka ruang *disagreement* antara MK dan pembentuk undang-undang untuk dapat dikelola secara baik dalam pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang sehingga kemarahan seperti dinampakkan dalam motivasi DPR melakukan *recall* terhadap Hakim Konstitusi Aswanto tidak terjadi. Mekanisme yang diusulkan di atas sama sekali tidak mengganggu asas independensi yudisial i.c. *security of tenure* karena masih berada dalam ranah *checks and balances* yang merupakan preskripsi normal untuk negara yang berlandaskan konstitusionalisme. Selain itu mekanisme di atas masih berada di ranah *judicial wisdom* untuk kewenangan badan yudisial dalam menyatakan undang-undang inkonstitusional tidak diterapkan secara eksesif yang justru berbahaya bagi institusi demokrasi di mana pemenang pemilu perlu diberikan kesempatan untuk memerintah sesuai mandatnya – termasuk untuk salah sepanjang tingkat kesalahannya tidak *clear mistake* – di mana badan pemerintah demokratis ini sudah dibatasi oleh waktu sehingga kekuasaannya tidak absolut.

PENUTUP

Berdasarkan hasil pembahasan atau diskusi yang sudah dilakukan di atas, tindakan DPR melakukan *recall* terhadap Hakim Konstitusi Aswanto nampak mutlak salah sehingga tindakan tersebut nyaris tidak dapat diberikan pembelaan. Kesalahan tersebut terutama adalah melanggar asas *security of tenure* yang sangat

---

54 Kurnia (n 58) 96-104.
55 Bickel (n 38) 16-17.
56 Abbe E. Gluck and Nicole Huberfeld, 'What is Federalism in Healthcare For? (2018) 70 (6) Stanford Law Review 1689, 1689-1803.

penting untuk fungsionalitas asas independensi yudisial. Tetapi disayangkan, kita gagal menangkap motivasi di balik itu yang sebenarnya sangat *legitimate* karena telanjur marah dengan sikap DPR: tidak ditangkapnya "kemarahan" DPR tersebut sebagai tuntutan atas perlunya dibuka ruang *disagreement* antara pembentuk undang-undang dan MK (baca: *checks and balances*) supaya institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang ini dapat tetap langgeng di masa depan. Jika saluran untuk berbeda pendapat ini tersedia, mungkin DPR tidak akan blunder. Padahal isu ini justru yang primer ketimbang tindakan *recall* Hakim Konstitusi Aswanto itu sendiri.

Preskripsi saya untuk isu yang primer ini adalah desain institusional pelembagaan mekanisme *constitutional judicial review* perlu ditinjau kembali berkaitan dengan penerapan pendekatan *judicial finality* yang nampaknya ditanggapi negatif oleh pembentuk undang-undang. Dengan sudah ada contoh kasus konkret yaitu Kanada, diskusi ini tidak lagi abstrak. Setidaknya, Kanada sebagai negara demokratis dan berbasis *the Rule of Law* bersedia mengadopsi pendekatan tersebut menunjukkan bahwa hal ini niscaya tidak bertentangan dengan asas independensi yudisial.

DAFTAR REFERENSI

Buku

Bickel AM, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (ed. 2, Yale University Press 1986).

Bulmer E, *Judicial Tenure, Removal, Immunity and Accountability* (ed. 2, International IDEA 2017).

Kurnia TS, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008* (ed. 1, Penerbit Mandar Maju 2015).

McIntyre J, *The Judicial Function: Fundamental Principles of Contemporary Judging* (ed. 1, Springer 2019).

Redish MH, *Judicial Independence and the American Constitution: A Democratic Paradox* (ed. 1, Stanford University Press 2017).

Shetreet S, 'Independence and Accountability of the Judiciary: Comparative Analysis of the Theories and the Realities with Lessons for the Asia-Pacific' in H.P. Lee and M Pittard (eds) *Asia-Pacific Judiciaries: Independence, Impartiality and Integrity* (ed. 1, Cambridge University Press 2018).

Tamanaha BZ, *On the Rule of Law* (ed. 1, Cambridge University Press 2004).

Walters MD, 'The British Legal Tradition in Canadian Constitutional Law' in P Oliver, P Macklem, ND Rosiers (eds) *The Oxford Handbook of Canadian Constitution* (ed. 1, Oxford University Press 2017).

Yamin M, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945: Jilid I* (ed. 1, Jajasan Prapantja 1959).

Jurnal

Albert R, 'The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada' (2015) 53 (1) Alberta Law Review.

Bárd P, 'In Courts We Trust, or Should We? Judicial Independence as the Precondition for the Effectiveness of EU Law' (2021) 27 (1-3) European Law Journal.

Bateup C, 'The Dialogue Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue' (2006) 71 (3) Brooklyn Law Review.

Cromwell TA, 'Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada' (2020) 46 (5) South Carolina Law Review.

Dijkstra S, 'The Freedom of the Judge to Express His Personal Opinions and Convictions under The ECHR' (2017) 13 (1) Utrecht Law Review.

Earle CS, 'The American Judicial Review Quagmire: A Canadian Proposal' (1993) 68 (4) Indiana Law Journal.

Fraser CA, 'Constitutional Dialogues between Courts and Legislatures: Can We Talk?' (2005) 14 (3) Forum Constitutionnel.

Friedman B, 'Dialogue and Judicial Review' (1993) 91 (4) Michigan Law Review.

Gluck AE and Huberfeld N, 'What is Federalism in Healthcare For? (2018) 70 (6) Stanford Law Review.

Hirschl R, 'Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law: Book Review' (2008) 40 (1) Ottawa Law Review.

Kurnia TS, 'Sebuah Kerangka Teoretis Hubungan Institusional Berbasis Konstitusionalisme' (2020) 50 (2) Jurnal Hukum dan Pembangunan.

_____, 'Menguji Ketangguhan Realisme: Kritik terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013 Pasca Pemilu Serentak 2019' (2022) 19 (1) Jurnal Konstitusi.

_____, 'Mahkamah Agung dan Supremasi Konstitusi: Diskresi Yudisial dalam Penerapan Undang-Undang' (2022) 34 (1) Mimbar Hukum.

Lazarus RJ, 'The (Non) Finality of Supreme Court Opinions (2014) 128 (2) Harvard Law Review.

Leckey R and Mendelsohn E, 'The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts and the Electorate' (2022 Fall) 72 University of Toronto Law Journal.

Mack K and Anleu SR, 'The Security of Tenure of Australian Magistrates' 30 (2) Melbourne University Law Review.

Rahdert MC, 'Comparative Constitutional Advocacy' (2007) 56 (3) American University Law Review.

Singh MP, 'Securing the Independence of the Judiciary – The Indian Experience' (2000) 10 (2) Indiana International and Comparative Law Review.

Thayer JB, 'The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law' (1893) 7 (3) Harvard Law Review.

Webber G, 'Notwithstanding Rights, Review or Remedy? On the Notwithstanding Clause and the Operation of Legislation' (2021) 71 University of Toronto Law Journal.

Disertasi

Davies GJ, *The Legitimising Role of Judicial Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights* (PhD thesis, Cardiff University 2017).

Kahana T, *The Partnership Model of the Canadian Notwithstanding Mechanism: Failure and Hope* (SJD thesis, University of Toronto 2000).

Sigalet GT, *Dialogue and Domination: A Theory of Judicial Review* (PhD thesis, Princeton University 2018).

Koran Online

Nugraheny DE, 'Jokowi Resmi Lantik Guntur Hamzah Jadi Hakim MK Pengganti Aswanto' Kompas.com (Jakarta 23 November 2022) <https://nasional.kompas.com/read/2022/11/23/09455801/jokowi-resmi-lantik-guntur-hamzah-jadi-hakim-mk-pengganti-aswanto> accessed 1 Desember 2022.

Suhardi G, 'Editorial: DPR Recall Aswanto' Media Indonesia (Jakarta 3 Oktober 2022) <https://mediaindonesia.com/podiums/detail_podiums/2570-dpr-recall-aswanto> accessed 1 Desember 2022.

Utami N, 'Hakim MK Aswanto 'Dicopot', Ketua Komisi III: Produk DPR Dia Anulir' Detiknews (Jakarta 30 September 2022) <https://news.detik.com/berita/d-6321198/hakim-mk-aswanto-dicopot-ketua-komisi-iii-produk-dpr-dia-anulir> accessed 1 Desember 2022.

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Putusan MK

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 90/PUU-XVIII/2020, Mahkamah Konstitusi, 20 Juni 2022.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 96/PUU-XVIII/2020, Mahkamah Konstitusi, 15 Juni 2022.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 100/PUU-XVIII/2020, Mahkamah Konstitusi, 20 Juni 2022.