

# PRESIDEN DAN PEMBERHENTIAN HAKIM KONSTITUSI: PEMISAHAN KEKUASAAN TANPA *CHECKS AND BALANCES*

Titon Slamet Kurnia  
Fakultas Hukum, Universitas Kristen Satya Wacana  
*email: titonslamet@gmail.com*

disampaikan 19/02/2024 – di-review 04/04/2024 – diterima 17/06/2024  
DOI: 10.25123/vej.v10i1.7735

## **Abstract**

*On September 29, 2022, the People's Representative Council (DPR) controversially removed Justice Aswanto and proposed Guntur Hamzah as his successor. Following the DPR's decision, the President issued Presidential Decision Number 114/P of 2022. This process aligns with Article 24C paragraph (3) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia, which states: "The Constitutional Court is comprised of nine Justices who are appointed by the President, of whom three are proposed by the Supreme Court, three by the People's Representative Council, and three by the President." This provision includes two clauses: the proposal clause and the appointment clause. This article discusses the President's role in implementing the appointment clause in the case of Justice Aswanto's removal. Using a conceptual approach, it focuses on interpreting Article 24C paragraph (3) to understand that the President's role in the appointment clause embodies the principle of checks and balances. This article argues against the President's legalistic position of implementing the appointment clause without scrutinizing the DPR's decision. While the appointment clause does not explicitly authorize the President to refuse issuing the Presidential Decision, this norm may be inferred from our commitment to the supremacy of the constitution.*

## **Keywords:**

*checks and balances; constitutional court; presidential decision*

## **Abstrak**

Pada 29 September 2022, Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) melakukan penggantian Hakim Konstitusi Aswanto melalui proses yang sangat kontroversial dan mengajukan Guntur Hamzah sebagai penggantinya. Menindaklanjuti keputusan DPR, Presiden menerbitkan Keputusan Presiden Nomor 114/P Tahun 2022. Proses tersebut sesuai Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 yang menyatakan: "Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden" yang mengandung dua klausul: pengajuan dan penetapan. Tulisan ini hendak mengkaji peran Presiden dalam penerapan klausul penetapan pada kasus penggantian Hakim Konstitusi Aswanto dengan menggunakan pendekatan konseptual dan fokus interpretasi pada Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 untuk menghasilkan pengertian bahwa peran Presiden dalam penerapan klausul penetapan mengandung asas *checks and balances*. Dalam hasilnya, posisi Presiden dinilai legalistik dalam menerapkan klausul penetapan tanpa disertai tindakan *check* terhadap keputusan DPR tersebut. Meskipun klausul penetapan tidak memberikan otorisasi kepada Presiden untuk tidak menerbitkan Keputusan Presiden, tetapi norma ini dapat dianggap eksis karena komitmen terhadap supremasi konstitusi.

## **Kata Kunci:**

*checks and balances; keputusan presiden; mahkamah konstitusi*

## Pendahuluan

Pada 29 September 2022, Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) melakukan penggantian terhadap Hakim Konstitusi Aswanto dan mengusulkan Guntur Hamzah sebagai Hakim Konstitusi pengganti lewat proses yang sangat kontroversial. Artikel ini ditujukan untuk membahas isu hukum tentang peran Presiden dalam mekanisme penggantian Hakim Konstitusi, dalam hal ini penggantian Hakim Konstitusi yang dilakukan oleh DPR. Mekanisme pengisian jabatan di lingkungan Mahkamah Konstitusi (MK) membutuhkan peran Presiden karena pengangkatan (dan pemberhentian) Hakim Konstitusi secara formal harus dituangkan melalui Keputusan Presiden (Keppres) sesuai Pasal 24C ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945).

Penggantian Hakim Konstitusi Aswanto oleh DPR telah ditindaklanjuti Presiden dengan Keputusan Presiden Nomor 114/P Tahun 2022 tentang Pemberhentian dan Pengangkatan Hakim Konstitusi yang diajukan oleh Dewan Perwakilan Rakyat (Keppres No. 114/P Tahun 2022) sehingga dapat dilakukan pengucapan sumpah Guntur Hamzah sebagai Hakim Konstitusi pada 23 November 2022.<sup>1</sup> Walaupun lewat Keppres tersebut terkesan telah ada penyelesaian secara yuridis-formal, isu ini tetap kontroversial secara substantif karena tindakan penggantian yang dilakukan DPR tidak sesuai dengan hukum dan secara khusus merupakan tindakan mencederai asas independensi yudisial, dalam hal ini asas *security of tenure*.<sup>2</sup>

Posisi tanggapan Presiden yang diwujudkan dengan penerbitan Keppres No. 114/P Tahun 2022 adalah tindakan legalistik. Sesuai Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945, kewenangan Presiden memang terbatas untuk menetapkan Hakim Konstitusi sehingga tidak memiliki alasan untuk menolak menerbitkan Keppres terkait dengan penetapan Hakim Konstitusi tersebut. Mahfud Md, Menteri Koordinator Politik, Hukum dan HAM (Menkopolhukam), sudah memberikan justifikasi bahwa tindakan

---

<sup>1</sup>

[https://www.setneg.go.id/baca/index/presiden\\_jokowi\\_saksikan\\_pengucapan\\_sumpah\\_m\\_guntur\\_hamzah\\_sebagai\\_hakim\\_konstitusi#:~:text=Pengangkatan%20Guntur%20sebagai%20hakim%20konstitusi,Diajukan%20oleh%20Dewan%20Perwakilan%20Rakyat](https://www.setneg.go.id/baca/index/presiden_jokowi_saksikan_pengucapan_sumpah_m_guntur_hamzah_sebagai_hakim_konstitusi#:~:text=Pengangkatan%20Guntur%20sebagai%20hakim%20konstitusi,Diajukan%20oleh%20Dewan%20Perwakilan%20Rakyat diakses pada tanggal 3 Januari 2024 pukul 16.52 WIB.) diakses pada tanggal 3 Januari 2024 pukul 16.52 WIB.

<sup>2</sup>

Titon Slamet Kurnia, Recall Aswanto: Tertutupnya Ruang Disagreement antara Pembentuk Undang-Undang dan Mahkamah Konstitusi, 7 Refleksi Hukum: Jurnal Ilmu Hukum 143, 145-153, 2023.

tersebut hanya bersifat formalitas, yaitu “tindakan meresmikan”.<sup>3</sup> Secara teori, pendapat tersebut dapat diberikan rasionalisasi bahwa mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi didasari oleh asas pemisahan kekuasaan – dan presiden hendaknya mengikuti asas tersebut secara bebas nilai. Atas dasar itu, dimaknai secara legalistik, mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi didesain dengan asas “pemisahan kekuasaan tanpa *checks and balances*” sehingga, sebagai implikasinya, Keppres No. 114/P Tahun 2022 dapat dijustifikasi.

Isu hukum yang hendak dibahas oleh artikel ini adalah: Apakah Presiden dapat tidak menerbitkan Keppres atas penggantian Hakim Konstitusi Aswanto yang diusulkan oleh DPR – dan sekaligus pengangkatan Hakim Konstitusi Guntur Hamzah sebagai penggantinya – mengingat mekanismenya tidak sesuai dengan hukum? Dengan kata lain, walau Presiden tidak dapat mem-*veto* keputusan DPR, dapatkah Presiden tidak menerbitkan Keppres sehingga tindakan penggantian Hakim Konstitusi yang dilakukan DPR tidak memiliki akibat hukum? Isu hukum tersebut sangat penting untuk didiskusikan karena dua alasan. Pertama, dalam bernegara, menggantungkan diri sepenuhnya pada itikad baik dari pemegang kekuasaan sangat tidak masuk akal. Oleh karena itu, keberadaan “hukum yang baik” (*good law*) justru sangat diperlukan, terutama sebagai pembatasan kekuasaan terhadap penguasaan. Kondisi *existing law* terkait dengan isu ini, Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945, tidak dapat dikualifikasikan sebagai “hukum yang baik” karena mengandung *gap* sehingga tidak mampu mengantisipasi timbulnya persoalan pelik seperti penggantian Hakim Konstitusi Aswanto oleh DPR. Kedua, tidak adanya pendapat hukum otoritatif sebagai pegangan terhadap isu hukum tersebut. Keberatan terhadap Keppres sempat dilayangkan melalui Pengadilan Tata Usaha Negara, tetapi proses hukum terhadap kasus ini tidak berlanjut karena penggugat menarik gugatannya kembali. Akibatnya, tidak ada pendapat yudisial, sebagai pendapat hukum yang otoritatif atas isu di atas. Perbedaan pendapat antara artikel ini dengan Presiden dipicu oleh perbedaan posisi masing-masing dalam menyikapi Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945: artikel ini posisinya normatif, sedangkan Presiden posisinya

---

<sup>3</sup> <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20221001124114-12-855021/mahfud-jokowi-tak-bisa-tolak-pencopotan-aswanto-dari-hakim-mk> diakses pada tanggal 3 Januari 2024 pukul 16.45 WIB.

deskriptif. Konsep normatif sebagai *standpoint* memiliki pengertian: “*claims about the best means to adopt, given stipulated ends, and claims about what ends it would be good to adopt.*”<sup>4</sup> Sementara konsep deskriptif memiliki pengertian: “*does not purport to justify or legitimize any aspect of its subject matter.*”<sup>5</sup>

Dengan pengertian lain, dari perspektif Filsafat Hukum, artikel ini menganut pandangan tentang hukum yang bersifat sarat nilai atau ideal (*law as ought to be*) dalam memaknai Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945. Sementara pandangan Presiden yang diwujudkan dengan tindakan menerbitkan Keppres No. 114/P Tahun 2022 bersifat bebas nilai, yang memandang hukum yang ada apa adanya (*law as it is*).<sup>6</sup> Pada titik paling ekstrem, perwakilan pandangan bebas nilai nampak dari pernyataan Hans Kelsen bahwa isi apapun dapat menjadi hukum.<sup>7</sup> Pandangan sarat nilai memiliki sinonim dengan pendekatan idealisme di mana pandangan ini diekspresikan sangat baik oleh Sean Coyle bahwa tatanan hukum terdiri dari prinsip-prinsip keadilan, yang menentukan sejauh mana hak-hak individu dan, secara keseluruhan, mewujudkan konsepsi bersama suatu masyarakat tentang kebaikan.<sup>8</sup> Oleh karena itu, selain tidak setuju dengan tindakan Presiden, hal yang lebih penting lagi dari artikel ini adalah kritik terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 serta usulan *ius constituendum* untuk interpretasinya, yaitu asas pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* sebagai asas yang seyogianya mendasari Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 karena hal demikian sifatnya ideal.

Tesis yang diajukan terhadap isu hukum artikel ini adalah “Presiden dapat tidak menerbitkan Keppres atas tindakan DPR mengganti Hakim Konstitusi Aswanto dengan alasan pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* karena keputusan penggantian tersebut melalui mekanisme yang tidak sesuai dengan hukum.” Meskipun Keppres tidak bersifat substantif, tetapi Keppres tersebut dapat

---

<sup>4</sup> Adrian Vermeule, *Connecting Positive and Normative Legal Theory*, 10 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 387, 390, 2008.

<sup>5</sup> Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2007, hlm. 125.

<sup>6</sup> Robert S. Summers, ‘Is’ and ‘Ought’ in *Legal Philosophy*, 13 *The Philosophical Quarterly* 157, 157-161, 1963. S. Prakash Sinha, *The Fission and Fusion of Is-Ought in Legal Philosophy*, 21 *Villanova Law Review* 839, 840, 1976.

<sup>7</sup> “Any kind of content might be law.” Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, California, 1967, hlm. 198.

<sup>8</sup> “The legal order consists of principles of justice which define the extent of individual rights and which, taken together, embody a society’s shared conceptions of the good.” Sean Coyle, *From Positivism to Idealism: A Study of the Moral Dimensions of Legality*, Ashgate, Aldershot, 2007, hlm. 14.

membuat tindakan DPR (yang tidak sesuai dengan hukum) memiliki akibat hukum. Oleh karena itu, atas dasar *checks and balances*, Presiden seharusnya hanya akan menerbitkan Keppres jika tindakan yang menghendaki adanya Keppres tersebut adalah tindakan yang benar secara hukum. Proposisi ini merupakan implikasi asas supremasi konstitusi, hanya tindakan yang konstitusional (yang sesuai dengan hukum) yang dapat diberikan “pengesahan” oleh Presiden melalui Keppres karena Presiden terikat konstitusi dalam bertindak seperti dinyatakan dalam sumpah/janji jabatan Presiden menurut Pasal 9 ayat (1) UUD NRI 1945, yaitu: “memegang teguh Undang-Undang Dasar dan menjalankan segala undang-undang dan peraturannya dengan selurus-lurusnya.” Dengan tesis tersebut maka artikel ini dapat dibedakan dengan artikel lain yang juga mendiskusikan Keppres No. 114/P Tahun 2022.<sup>9</sup>

Untuk menjustifikasi tesis tersebut maka rencana penulisan artikel ini sebagai berikut. Pertama, dalam kaitan dengan mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi, akan dijelaskan “dalam posisi sebagai *ius constituendum*” bahwa hubungan antara DPR (termasuk MA) dan Presiden seyogianya didasari asas pemisahan kekuasaan dan *checks and balances*. Asas ini, walau tidak eksplisit, dapat berlaku dalam ketentuan tentang mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi karena dasarnya adalah asas supremasi konstitusi yang memiliki pengertian konstitusi sebagai hukum lebih tinggi dari pemerintah sehingga semua tindakan pemerintah dapat dinilai konstitusionalitasnya (dan sebagai kesimpulannya dinyatakan konstitusional atau inkonstitusional).<sup>10</sup> Asas supremasi konstitusi dalam konteks peranan Presiden dalam rangka *checks and balances* dapat ditemukan dalam ketentuan sumpah/janji Presiden sehingga peranan Presiden dalam mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi berdasarkan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 seyogianya dimaknai sesuai dengan Pasal 9 ayat (1) UUD NRI

---

<sup>9</sup> Lihat misalnya: Riska Ari Amalia dan Ashari, Polemik dalam Keputusan Presiden Nomor 114/P/2022, 5 *Unnes Law Review* 2113, 2113-2121, 2023; Ridarson Galingging, Implikasi Hukum dan Politik Pemberhentian Hakim Mahkamah Konstitusi oleh Dewan Perwakilan Rakyat, 14 *Adil: Jurnal Hukum* 25, 25-45, 2023; Muhammad Fawwaz Farhan Farabi dan Tanaya, Polemik Legalitas Pemecatan Hakim Konstitusi oleh Lembaga Pengusul: Tinjauan Kasus Pemecatan Hakim Aswanto dan Implikasinya terhadap Kemandirian Kekuasaan Kehakiman, 2 *Jurnal Hukum dan HAM Wara Sains* 294, 294-303, 2023; Fitri Atur Arum, Andini Firohmatika Wulandari, Elia Lailatussyafa'ah dan Abdian Saifullah, Analisis Kasus Pemberhentian Hakim Mahkamah Konstitusi oleh Dewan Perwakilan Rakyat, 13 *Humani* 351, 351-368, 2023.

<sup>10</sup> Jutta Limbach, *The Concept of the Supremacy of the Constitution*, 64 *Modern Law Review* 1, 1, 2001. Graziella Romeo, *The Conceptualization of Constitutional Supremacy: Global Discourse and Legal Tradition*, 21 *German Law Journal* 904, 905, 2020.

1945. Kedua, sebagai implikasinya, Presiden seyogianya tidak berposisi ibarat “Tukang Pos” dalam kaitan dengan mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi. Presiden dapat tidak menerbitkan Keppres jika penggantian Hakim Konstitusi tidak sesuai dengan mekanisme yang seharusnya menurut hukum.

Atas dasar itu, menggambarkan tindakan Presiden menerbitkan Keppres No. 114/P Tahun 2022, artikel ini mengkualifikasikan tanggapan Presiden terhadap pemberhentian Hakim Konstitusi Aswanto dengan konsep “pemisahan kekuasaan tanpa *checks and balances*”. Makna dari tanggapan Presiden tersebut adalah Presiden bertindak legalistik dengan memandang Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 secara bebas nilai, serta mengabaikan Pasal 9 ayat (1) UUD NRI 1945 yang menghendaki Presiden untuk memegang teguh Undang-Undang Dasar sebagai komitmen pada asas supremasi konstitusi. Inilah poin utama kritik artikel ini terhadap tanggapan Presiden atas pemberhentian Hakim Konstitusi Aswanto yang ditindaklanjuti dengan penerbitan Keppres No. 114/P Tahun 2022. Secara metodologis, penulisan artikel ini merupakan penelitian hukum (*legal research*) yang menggunakan pendekatan konseptual.

## **Pembahasan**

### **Pemisahan Kekuasaan dan *Checks and Balances* dalam Pengisian Jabatan Hakim Konstitusi**

Bagian ini akan mendiskusikan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 sebagai ketentuan tentang mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi. Diskusi yang dilakukan berlangsung dalam dua tahap. Pertama, deskriptif, menjelaskan secara bebas nilai atau “apa adanya” asas dari Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945, yaitu pemisahan kekuasaan tanpa *checks and balances*, dengan mengacu pada pandangan penyusun perubahan UUD NRI 1945. Prosesnya melalui interpretasi historis. Dengan temuan tersebut, seperti contoh kasus yang dihadapi, dalam hal ini penggantian Hakim Konstitusi Aswanto oleh DPR, kondisi *existing law* jelas mengandung *legal gap* yang serius. Oleh karena itu tahap selanjutnya dari diskusi akan bersifat normatif, yaitu melakukan kritik terhadap temuan tersebut dan sekaligus mengusulkan pengertian yang ideal sebagai upaya korektifnya. Jika

kondisi *existing law*-nya mengandung asas pemisahan kekuasaan tanpa *checks and balances* maka koreksi yang diusulkan sebagai *ius constituendum* adalah asas pemisahan kekuasaan dan *checks and balances*.<sup>11</sup> Mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi ditentukan oleh Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945: “Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden.” Ketentuan tersebut merupakan ketentuan tentang pemberian kekuasaan kepada MA, DPR dan Presiden dalam mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi.

Secara semantik, ketentuan tersebut berisi dua klausul, yaitu kekuasaan untuk pengajuan (pengusulan) dan kekuasaan untuk penetapan (pengesahan). Untuk memperoleh makna atau kaidah dari ketentuan tersebut, misal asas yang mendasari sebagai *ratio legis*, perlu dilakukan interpretasi. Teknik interpretasi yang digunakan adalah interpretasi historis. Untuk melengkapi hasil interpretasi historis terhadap ketentuan tersebut, eksplanasi teoretis berdasarkan Teori Konstitusi juga dilakukan. Hasil interpretasi serta eksplanasi teoretisnya akan menyibak asas yang mendasari ketentuan tersebut, dalam hal ini asas pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) dan *checks and balances*, khususnya perihal peranan Presiden dalam menetapkan pengangkatan dan pemberhentian Hakim Konstitusi melalui penerbitan Keppres. Pemisahan kekuasaan jelas merupakan asas yang eksplisit dari ketentuan tersebut, tetapi tidak demikian halnya dengan *checks and balances*. Pernyataan ini adalah kesimpulan dalam interpretasi terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 dengan menggunakan interpretasi historis.

Interpretasi historis memiliki fokus menjelaskan makna ketentuan hukum dengan mengacu pada pandangan dari pembentuknya.<sup>12</sup> Pengertian ini sinonim dengan *originalism* – konsep yang biasa digunakan dalam literatur Teori Konstitusi Amerika Serikat: “*the understanding of the constitutional provisions which can be historically attributed to its framers.*”<sup>13</sup> Lebih lanjut tentang originalisme: “*the*

---

<sup>11</sup> Lihat kembali penjelasan metodologis tentang “deskriptif” dan “normatif” pada Bab Pendahuluan.

<sup>12</sup> Paul Scholten, Penuntun dalam Mempelajari Hukum Perdata Belanda: Bagian Umum, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1993, hlm. 59.

<sup>13</sup> Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Princeton University Press, New Jersey, 2005, hlm. 155.

*discoverable meaning of the Constitution at the time of its initial adoption as authoritative for purposes of constitutional interpretation in the present.”*<sup>14</sup>

Interpretasi historis, atau originalisme, secara metodologis menekankan pada penerapan metode historis untuk memperoleh pengertian tentang makna ketentuan konstitusi dengan jalan melakukan pengkajian terhadap bahan-bahan historis dalam pembentukan konstitusi. Interpretasi historis (dalam hal ini originalisme) memiliki dua varian, yaitu *original meaning* dan *original intent*. Pada *original meaning*, makna yang berusaha diperoleh secara historis dari ketentuan konstitusi adalah *original public meaning* ketika konstitusi (undang-undang dasar) ditetapkan.<sup>15</sup> Dalam *original meaning*, pendapat penyusun konstitusi atau penyusun perubahan konstitusi tidak primer, tetapi hanya sebatas petunjuk mengenai bagaimana mulanya ketentuan konstitusi dipahami.<sup>16</sup>

Berbeda dengan *original meaning*, teknik interpretif dari *original intent* tertuju pada upaya untuk memperoleh makna ketentuan konstitusi sesuai *intent* penyusunnya.<sup>17</sup> Karena orientasinya demikian maka interpretasi berdasarkan *original intent* cenderung menghadapi banyak resistensi secara teoretis karena dalam situasi tertentu mustahil dapat diterapkan. James Ryan memberikan ilustrasi kelemahan fundamental *original intent* berkenaan dengan konstusionalitas tindakan Kongres membentuk Angkatan Udara Amerika Serikat. Karena penyusun Konstitusi Amerika sama sekali tidak mengantisipasi perkembangan teknologi sehingga dapat dibentuk suatu Angkatan Udara maka *original intent* tidak dapat digunakan untuk menjustifikasi konstusionalitas Undang-Undang Kongres.<sup>18</sup> Kelemahan lainnya adalah kesulitan untuk memperoleh *intent* ketika yang dihadapi adalah *intent* dari sebuah badan yang keanggotaanya banyak.<sup>19</sup> Selain itu, komitmen pada *Rule of Law* juga menjadi disinsentif untuk penerapan *original intent* karena

---

<sup>14</sup> Keith E. Whittington, *The New Originalism*, 2 *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 599, 599, 2004.

<sup>15</sup> Lawrence B. Solum, *What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, dalam Grant Huscroft and Bradley W. Miller (editors), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, hlm. 23.

<sup>16</sup> Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, New Jersey, 1997, hlm. 38.

<sup>17</sup> H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 *Harvard Law Review* 885, 886, 1985.

<sup>18</sup> James E. Ryan, *Laying Claim to the Constitution: The Promise of New Textualism*, 97 *Virginia Law Review* 1523, 1531, 2011.

<sup>19</sup> Lawrence B. Solum, supra no. 15, hlm. 18.

bukan hal yang benar jika generasi sekarang harus terikat pandangan mereka yang telah mati,<sup>20</sup> dan hukumlah yang seharusnya berlaku, bukan maksud pembuatnya.<sup>21</sup>

Selanjutnya adalah penerapan interpretasi historis terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945. Sesuai penjelasan konseptual di atas, sasaran dari interpretasi ini adalah memperoleh pemahaman terkait dengan makna ketentuan tersebut dengan mengacu pada penyusun perubahan UUD NRI 1945. Setelah pemahamannya diperoleh, masih akan dilakukan telaah lebih lanjut atas makna yang dihasilkan melalui interpretasi historis tersebut dengan memberikan eksplanasi teoretis berdasarkan Teori Konstitusi. Untuk interpretasi historis terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945, hasil yang diperoleh adalah penyusun perubahan UUD NRI 1945 pada hakikatnya tidak terpancang pada teori atau asas hukum tertentu ketika merumuskan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945. Hal itu terbukti dari tidak ditemukannya pandangan yang secara teoretis memadai dalam menjustifikasi mengapa rumusan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 demikian.<sup>22</sup>

Isu pengaturan tentang mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi disikapi secara pragmatis karena tidak dipandang sebagai isu sangat krusial sehingga tidak terjadi perdebatan tajam. Kesimpulan ini nampak dari pandangan-pandangan berikut. Hamdan Zoelva dari Faksi Partai Bulan Bintang: "Anggota MK diatur secara tegas yang menunjukkan perimbangan kekuasaan, yaitu eksekutif, legislatif dan yudikatif. Setiap kekuasaan terwakili dalam keanggotaan MK dengan jumlah yang sama, yaitu tiga orang. Keanggotaan MK diangkat dan diberhentikan oleh MPR berdasarkan usulan setiap cabang kekuasaan."<sup>23</sup> Zainul Arifin dari Faksi PDI-Perjuangan: "Pola rekrutmennya yang diusulkan dulu oleh pihak kami adalah bahwa ada tiga yang mewakili lembaga-lembaga tinggi negara yaitu mewakili lembaga-lembaga kepresidenan, kemudian DPR dan MA yang kemudian disetujui

---

<sup>20</sup> Randy E. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of 'Faint-Hearted' Originalism*, 75 *University of Cincinnati Law Review* 7, 8, 2006.

<sup>21</sup> Antonin Scalia, *supra* no. 16, hlm. 17.

<sup>22</sup> Tim Penyusun, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Buku VI Kekuasaan Kehakiman, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, 2008, hlm. 391-401.

<sup>23</sup> *Id.*, hlm. 392.

oleh MPR.”<sup>24</sup> Pandangan paling mendekati rumusan akhir materi muatan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 adalah pendapat Soewarno dari Faksi PDI-Perjuangan:

“Pola rekrutmennya supaya konkrit supaya nanti mewakili semua aspirasi yang memegang kekuasaan ini mewakili rakyat itu DPR mengusulkan 3 (tiga) orang, Presiden sebagai Pemegang Kekuasaan Negara 3 (tiga) orang, dan dari MA sendiri yang pertimbangannya mayoritas yuridis, pertimbangan tekanannya pada yuridis, mengusulkan 3 (tiga) orang, 3 (tiga) orang inilah plus 3, plus 3 menjadi sembilan, dia yang akan menjadi Hakim Mahkamah Konstitusi.”<sup>25</sup>

Poin pengertian dari interpretasi historis terhadap pengaturan mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi adalah “keinginan supaya tiga cabang kekuasaan pemerintahan utama” dapat terwakili di MK, setidaknya kehadiran Hakim Konstitusi dapat mencerminkan karakter peradilan konstitusional yang selain bersifat yuridis, juga politis. Sementara satu poin yang tidak dapat diperoleh penjelasannya lewat penelusuran sumber historis perubahan UUD NRI 1945 adalah frasa “ditetapkan oleh Presiden” di mana dalam diskusi yang berkembang gagasannya adalah penetapan tersebut semula oleh MPR. Namun demikian, sesuai kebiasaan, kemungkinan pikiran yang mendasari adalah fungsi dari penetapan yang hanya sebatas tindakan yang bersifat administratif.

Hasil atau temuan dari penerapan interpretasi historis terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 dengan demikian sangat terbatas – dan kurang informatif. Atas dasar itu selanjutnya akan dilakukan telaah teoretis terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 dan sebagian pendapat dari penyusun perubahan UUD NRI 1945. Dalam telaah teoretis yang dilakukan, artikel ini menggunakan konsep pemisahan kekuasaan dalam memaknai klausul pengajuan atau nominasi Hakim Konstitusi. Pemisahan kekuasaan di sini digunakan dalam pengertian sangat terbatas yaitu mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi tidak didominasi oleh satu cabang kekuasaan pemerintahan saja, tetapi melibatkan pemegang tiga cabang kekuasaan pemerintahan: MA, DPR dan Presiden memiliki hak yang sama dalam mengajukan Hakim Konstitusi, yaitu masing-masing diberikan porsi tiga orang.

---

<sup>24</sup> Id., hlm. 393.

<sup>25</sup> Id., hlm. 398.

Lebih lanjut, pemisahan kekuasaan di sini bukan dalam pengertian makro yaitu tentang bagaimana keseluruhan kekuasaan pemerintahan dalam sebuah negara didistribusikan, tetapi hanya dalam konteks mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi saja. Pemisahan kekuasaan dalam pengertian makro adalah proses distribusi kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudisial – atau lebih dikenal dengan istilah *trias politica* – seperti ajaran yang dikemukakan Montesquieu.<sup>26</sup> Namun begitu, untuk pengertian tentang pemisahan kekuasaannya sendiri, pengertiannya tetap mengacu pada pengertian pemisahan kekuasaan secara makro.

Pemisahan kekuasaan sebagai asas konstitusional memiliki pengertian alokasi fungsi-fungsi pemerintahan di antara cabang-cabang pemerintahan berbeda.<sup>27</sup> Alokasi kekuasaan kepada cabang-cabang pemerintah yang berbeda didasari oleh pemahaman tradisional bahwa aktivitas pemerintahan dapat diklasifikasikan ke dalam tiga fungsi yaitu legislatif, eksekutif dan yudisial di mana tiap fungsi tersebut kemudian dikaitkan dengan cabang-cabang pemerintah yang relevan secara fungsional sebagai pihak dalam kapasitas pemegang kekuasaan.<sup>28</sup> Secara purposif, pemisahan kekuasaan bertujuan untuk pembatasan kekuasaan dengan jalan memecah pemegang kekuasaan menjadi tiga institusi berbeda dan menjamin terjadinya fragmentasi tersebut. Analisis pemisahan kekuasaan konvensional bergantung pada dua mekanisme untuk mencapai dan mempertahankan dispersi kekuasaan negara: memisahkan kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudisial dalam tiga cabang berbeda dan menjaga keseimbangan di antara cabang-cabang tersebut.<sup>29</sup>

Ajaran pemisahan kekuasaan dapat dibedakan menjadi dua. Pertama, ajaran formal. Kedua, ajaran fungsional. Ajaran formal memberikan preskripsi bahwa ketiga cabang tersebut harus sepenuhnya bebas dari kontrol atau pengaruh yang memaksa, langsung atau tidak langsung, dari salah satu cabang lainnya.<sup>30</sup> Dengan

---

<sup>26</sup> Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, hlm. 52-54.

<sup>27</sup> Thomas W. Merrill, *The Constitutional Principle of Separation of Powers*, 1991 *The Supreme Court Review* 225, 231, 1991. Lihat juga Bruce G. Peabody and John D. Nugent, *Toward a Unifying Theory of the Separation of Powers*, 53 *American University Law Review* 1, 2, 2003.

<sup>28</sup> Bruce G. Peabody and John D. Nugent, Id.

<sup>29</sup> M. Elizabeth Magill, *Beyond Powers and Branches in Separation Power of Law*, 150 *University of Pennsylvania Law Review* 603, 603, 2001.

<sup>30</sup> Bruce G. Peabody and John D. Nugent, supra no. 27, hlm. 13.

pengertian lain, menurut ajaran formal, pemisahan tersebut bersifat “murni”. Pengertian murni di sini diasosiasikan dengan ajaran Montesquieu yang modelnya adalah tiga badan berbeda menjalankan kekuasaan secara independen.<sup>31</sup> Tetapi untuk saat ini, secara faktual, pemisahan kekuasaan secara murni tersebut tidak mungkin sehingga kerjasama dan koordinasi antar cabang pada tingkat tertentu sangat penting agar negara dapat berfungsi secara kohesif.<sup>32</sup> Konsep paling presisi, dalam pengertian paling mendekati kenyataan, sebenarnya bukan pemisahan kekuasaan, tetapi pemisahan “personel” seperti digunakan oleh Steven Calabresi dan Joan Larsen.<sup>33</sup>

Sementara ajaran fungsional tentang pemisahan kekuasaan memiliki pengertian ‘fungsionalitas’ atau ‘pemerintahan yang mampu bekerja’ daripada kepatuhan terhadap pemisahan secara tegas antara lembaga-lembaga pemerintahan. Pendekatan ini bertujuan untuk menjaga ‘fungsi penting dari masing-masing cabang’ dalam sistem *checks and balances* yang dapat disesuaikan. Kaum fungsionalis menekankan ‘ambiguitas distribusi kekuasaan’ dan menganut prinsip-prinsip fleksibel yang mengatur wewenang apa yang dapat dijalankan dengan baik oleh masing-masing cabang pemerintahan.<sup>34</sup>

Pemisahan kekuasaan menurut ajaran fungsional memungkinkan antar cabang kekuasaan berinteraksi saling mempengaruhi sehingga terbuka ruang untuk mekanisme *checks and balances* satu sama lain. Penggambaran secara komprehensif asas pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* nampak dalam desain arsitektural Konstitusi Amerika Serikat di mana sebagai ilustrasi dibatasi hanya terkait dengan kekuasaan legislatif dan proses legislatif. Pasal I Konstitusi Amerika Serikat menyerahkan seluruh kekuasaan legislatif kepada Kongres. Atas dasar itu Kongres bertanggung jawab menetapkan semua undang-undang federal dan menyerahkannya kepada Presiden untuk disetujui atau ditolak. Presiden, yang pada akhirnya bertanggung jawab untuk melaksanakan undang-undang tersebut, tetap

---

<sup>31</sup> Eoin Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, Oxford, 2009, hlm. 18.

<sup>32</sup> Id., hlm. 19.

<sup>33</sup> Steven G. Calabresi and Joan L. Larsen, *One Person, One Office: Separation of Powers or Separation of Personnel?*, 79 *Cornell Law Review* 1045, 1047-1048, 1994.

<sup>34</sup> Bruce G. Peabody and John D. Nugent, supra no. 27, hlm. 13.

dapat memveto undang-undang yang diusulkan Kongres, namun Kongres dapat mengesampingkan veto presiden, dan Mahkamah Agung masih dapat memutuskan bahwa undang-undang tersebut inkonstitusional.<sup>35</sup> Kata kunci dari sistem konstitusional Amerika Serikat yang dikenal dengan pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* sesuai deskripsi di atas adalah *three separate governmental branches sharing power*. Walau tidak sama persis dengan desain sistem konstitusional Indonesia, tetapi ada beberapa poin dari pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* model Amerika yang dapat ditemui dalam UUD NRI 1945.

Berdasarkan penjelasan tentang pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* di atas maka selanjutnya akan dilakukan telaah terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 beserta pemahaman historis yang menyertainya. Pengaturan mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi ke dalam Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 kurang didukung dasar teoretis yang memadai. Hal ini dapat dibandingkan pengaturan mekanisme pengisian jabatan Hakim Mahkamah Agung Amerika Serikat di mana Alexander Hamilton selaku salah satu penyusun Konstitusi Amerika Serikat menuangkan pendapat teoretis secara sangat meyakinkan ke dalam *The Federalist No. 76*.<sup>36</sup> Pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* adalah fitur utama mekanisme pengisian jabatan Hakim (terutama) Mahkamah Agung Amerika Serikat. Mekanisme tersebut untuk sederhananya: “Presiden berwenang mengusulkan, sedangkan Senat memberikan ‘*advice and consent*’. Dalam hal ini, Senat memiliki dua fungsi yaitu *to advise* (memberikan pendapat atau rekomendasi) dan *to consent* (menyetujui). Dalam fungsi menyetujui secara inheren termasuk pula fungsi menolak (*to reject*).”<sup>37</sup>

Teori atau ajaran yang mendasari mekanisme tersebut diberikan Hamilton berikut ini. Tentang peran Presiden, Hamilton menyatakan: “*one man of discernment is better fitted to analyse and estimate the peculiar qualities adapted to particular*

---

<sup>35</sup> Charles M. Lamb and Jacob R. Neihsel, *Constitutional Landmarks: Supreme Court Decisions on Separation of Powers, Federalism and Economic Rights*, Palgrave-MacMillan, London, 2021, hlm. 1.

<sup>36</sup> Terence Ball (editor), *The Federalist with Letters of Brutus*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, hlm. 368-372.

<sup>37</sup> Susi Dwi Harijanti, Pengisian Jabatan Hakim: Kebutuhan Reformasi dan Pengekangan Diri, 21 *Jurnal Hukum Lus Quia* Iustum 531, 546, 2014.

*offices, than a body of men of equal, or perhaps even of superior discernment.”<sup>38</sup>*

Sementara tentang pelibatan peran Senat, Hamilton menyatakan:

*the necessity of their concurrence would have a powerful, though in general a silent operation. It would be an excellent check upon a spirit of favoritism in the President, and would tend greatly to preventing the appointment of unfit characters from State prejudice, from family connection, from personal attachment, or from a view to popularity. And, in addition to this, it would be an efficacious source of stability in the administration.<sup>39</sup>*

Mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi menurut Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 jelas sangat berbeda dengan mekanisme pengisian jabatan Hakim Mahkamah Agung Amerika Serikat. Unsur pemisahan kekuasaan memang secara sumir dapat ditemukan dalam klausul pengajuan (pengusulan). Tetapi *checks and balances* tidak secara eksplisit tergambar. Makna tersirat dari klausul pengajuan dengan MA, Presiden dan DPR masing-masing mengajukan Hakim Konstitusi lebih pada soal “tanggung renteng” di mana keberhasilan atau kegagalan proyek besar peradilan konstitusional oleh MK ini dirasakan dan dipikul bersama oleh tiga lembaga negara utama. Pemisahan kekuasaan dalam klausul pengajuan adalah pemisahan kekuasaan dalam pengertian formal di mana MA, Presiden dan DPR memiliki independensi karena satu sama lain tidak saling “mencampuri”. Untuk mekanisme ini dapat “berhasil”, tentu saja sangat bergantung pada “kebijaksanaan” dari pemegang kekuasaan. Tetapi ini mustahil tepat seperti peringatan James Madison dalam *The Federalist No. 52*:

*If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: You must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.<sup>40</sup>*

Selanjutnya, telaah teoretis terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 ini akan diarahkan pada klausul penetapan – dalam hal ini untuk melihat apakah asas *checks and balances* dapat diberlakukan terhadap kekuasaan Presiden menetapkan Hakim Konstitusi. Seperti gagasan yang mendasarinya, peranan ini pada hakikatnya

---

<sup>38</sup> Terence Ball (editor), supra no. 38, hlm. 369.

<sup>39</sup> Id., hlm. 371.

<sup>40</sup> Id., hlm. 252.

bersifat administratif belaka, dalam hal ini supaya tindakan dalam pengisian jabatan Hakim Konstitusi dapat diberikan bentuk hukum sehingga tindakan tersebut memiliki akibat hukum yaitu: duduknya seseorang di jabatan Hakim Konstitusi atau berhentinya seseorang dari jabatan Hakim Konstitusi. Jika dirunut kembali secara sekuensial dikaitkan dengan klausul pengajuan di bagian hulu, maka klausul penetapan tersebut memang tidak dimaksudkan untuk Presiden dapat melakukan tindakan *checks* terhadap tindakan MA dan DPR dalam mengajukan Hakim Konstitusi. Jika itu terjadi maka akan janggal dengan ketentuan pengajuan Hakim Konstitusi oleh Presiden yang jelas akan tanpa *check* karena Presiden sekaligus melakukan penetapan terhadap Hakim Konstitusi yang diajukannya sendiri. Kalaupun *check* tersebut ada maka secara hakikat praktik demikian tidak sejalan dengan asas objektivitas yaitu *nemo iudex in causa sua* atau orang tidak dapat bertindak menjadi hakim bagi kasusnya sendiri. Atas dasar itu, pengertian yang memang dominan jika dikaitkan dengan logika Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945, peranan Presiden dalam menetapkan Hakim Konstitusi seperti Tukang Pos.

Supaya asas *checks and balances* dapat menjadi bagian inheren dari klausul penetapan, maka yang harus dilakukan adalah melakukan kritik terhadap kedua klausul secara bersama-sama. Kelemahan klausul pengajuan adalah penyusun perubahan UUD NRI 1945 cenderung berpikir positif bahwa pemegang kekuasaan mengajukan dengan itikad baik “pasti akan bertindak konstitusional” dalam melakukan pengajuan Hakim Konstitusi. Oleh sebab itu, di bagian hilirnya, Presiden menetapkan Hakim Konstitusi yang diajukan oleh MA, Presiden dan DPR tanpa perlu tindakan untuk menilai lagi apakah pihak yang mengajukan bertindak konstitusional atau tidak ketika melakukan pengajuan Hakim Konstitusi sesuai jatah masing-masing.

Dengan demikian, penyusun perubahan UUD NRI 1945 merumuskan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 tanpa mengantisipasi kasus yang sekarang terjadi, yaitu tindakan DPR mengganti Hakim Konstitusi Aswanto dan mengusulkan Guntur Hamzah sebagai Hakim Konstitusi pengganti lewat proses yang sangat kontroversial. Mengingat ketentuan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 dirumuskan dengan suasana kebatinan seperti di atas, maka klausul penetapan dalam Pasal 24C

ayat (3) UUD NRI 1945 sifatnya bersyarat: jika apa yang menjadi suasana kebatinan dari penyusun perubahan UUD NRI 1945 tersebut terjadi dalam kenyataan (dalam hal ini pihak yang mengusulkan Hakim Konstitusi bertindak konstitusional dalam proses pengusulannya).

Atas dasar itu, *a contrario*, norma atau kaidahnya yang tersirat (*implied*) adalah klausul tersebut akan tidak berlaku jika yang terjadi sebaliknya. Presiden harus diberikan kewenangan *check* dalam melaksanakan klausul penetapan jika dalam implementasi klausul pengajuan terdapat situasi pelanggaran konstitusional yang sifatnya substansial – situasi yang tidak diantisipasi oleh penyusun perubahan UUD NRI 1945 ketikamerumuskan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945. Norma atau kaidah demikian normal adanya walau tidak dienumerasikan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945. Asas yang mendasarinya adalah hanya tindakan konstitusional yang layak mendapatkan tindakan penetapan oleh Presiden karena segala tindakan Presiden harus sesuai dengan sumpah/janji jabatannya berdasarkan Pasal 9 ayat (1) UUD NRI 1945: “memegang teguh Undang-Undang Dasar dan menjalankan segala undang-undang dan peraturannya dengan selurus-lurusnya.” Memegang teguh Undang-Undang Dasar tidak hanya sebatas teksnya, tetapi juga asas yang mendasarinya walau tidak dinyatakan secara eksplisit.

### **Tindakan Presiden yang Seharusnya dalam Menanggapi Tindakan DPR**

Pada tanggal 29 September 2022 DPR melakukan penggantian terhadap Hakim Konstitusi Aswanto sebelum masa jabatannya (*tenure*) berakhir karena kecewa kinerja yudisialnya.<sup>41</sup> Tindakan ini kontroversial karena sesuai Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU No. 7 Tahun 2020), tindakan DPR tersebut tidak memiliki dasar.<sup>42</sup> UU No. 7 Tahun 2020 secara otomatis memperpanjang masa jabatan Hakim Konstitusi sampai usia tujuh puluh tahun atau selama keseluruhan masa tugasnya tidak melebihi lima belas tahun karena tidak ada

---

<sup>41</sup> <https://news.detik.com/berita/d-6321198/hakim-mk-aswanto-dicopot-ketua-komisi-iii-produk-dpr-dia-anulir> diakses pada tanggal 3 Januari 2024 pukul 16.50 WIB.

<sup>42</sup> Undang-Undang R.I. No. 7 Tahun 2020, Perubahan Ketiga atas Undang-Undang R.I. No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, L.N.R.I. Tahun 2020 No. 216, T.L.N.R.I. No. 6554.

lagi perodesasi jabatan Hakim Konstitusi sehingga implikasinya Hakim Konstitusi yang telah ditetapkan akan menjabat sampai usia 70 tahun atau maksimal 15 tahun. Hakim Konstitusi Aswanto memenuhi ketentuan tersebut.

Perihal perpanjangan masa jabatan Hakim Konstitusi secara otomatis, MK telah memutuskannya konstitusional.<sup>43</sup> MK juga mengkonfirmasi perihal isu penggantian sebelum masa jabatan berakhir menurut UU No. 7 Tahun 2020 yang hanya dapat dilakukan sesuai Pasal 23.<sup>44</sup> Hal ini secara tersirat menunjukkan bahwa tindakan DPR mengganti Hakim Konstitusi Aswanto tidak sesuai dengan UU No. 7 Tahun 2020 karena penggantian sebelum masa jabatan berakhir harus sesuai Pasal 23, sementara tindakan DPR tersebut tidak berdasarkan Pasal 23.

Menyikapi keputusan DPR mengganti Hakim Konstitusi Aswanto dan mengusulkan penggantinya Guntur Hamzah, Presiden menerbitkan Keppres No. 114/P Tahun 2022. Dipahami dari posisi Presiden, Keppres hanya meneruskan keputusan DPR yang memiliki kekuasaan mengajukan Hakim Konstitusi. Dengan Keppres tersebut maka, secara formal, keputusan DPR memberhentikan Hakim Konstitusi Aswanto dan mengajukan Guntur Hamzah sebagai Hakim Konstitusi penggantinya memiliki akibat hukum sehingga dapat dilakukan tahapan selanjutnya dalam mekanisme pengisian jabatan yaitu pengucapan sumpah untuk menduduki jabatan sebagai Hakim Konstitusi.

Pendekatan yang digunakan Presiden adalah legalisme konstitusional di mana terhadap isu penggantian tersebut Presiden mengambil sikap *taken for granted* terhadap tindakan DPR karena peluang Presiden untuk melakukan tindakan *check* terhadap keputusan DPR tidak diatur secara eksplisit oleh klausul penetapan dalam Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945. Andaikata ada kesalahan dalam tindakan DPR, maka mekanisme kontrol yuridisnya adalah Keppres dapat menjadi objek gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN). Dengan posisi demikian, Presiden memilih bersikap pasif atas tindakan DPR dan mengandalkan peran PTUN

---

<sup>43</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 96/PUU-XVIII/2020 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hlm. 130.

<sup>44</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 103/PUU-XX/2022 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hlm. 52.

untuk melakukan kontrol yuridis terhadap *rechtmaticheid* Keppres sehingga Presiden tidak perlu menilai benar/tidaknya tindakan DPR.

Apakah pasivisme Presiden atas tindakan DPR tepat? Tindakan Presiden di sini tepat dalam dua perspektif. Pertama, politik. Tindakan tersebut menghindari konflik dengan DPR, sehingga keharmonisan hubungan dengan DPR tetap aman. Kedua, yuridis. Tindakan Presiden tepat karena secara legalistik tuntutan ketentuan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 memang demikian. Tindakan sebaliknya sulit dibela berdasarkan ketentuan eksplisit Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945. Jalan mudah seperti ditempuh Presiden pada hakikatnya menciptakan presiden buruk.

Oleh karena itu artikel ini dalam posisi bahwa Presiden seharusnya dapat mengambil peranan lebih aktif dengan tidak menerbitkan Keppres sebagai penetapan berdasarkan asas *checks and balances* supaya isu ini dapat selesai tanpa perlu bermuara ke PTUN. Isu demikian dalam Teori Hukum biasa dikenal dengan konsep *hard case* yang oleh Ronald Dworkin diberikan pengertian: “*when no settled rule dictates a decision either way* (ketika tidak ada aturan tetap yang menentukan keputusan apa pun).”<sup>45</sup> Itu artinya, seperti dijelaskan sebelumnya, untuk Presiden dapat melakukan tindakan tidak menerbitkan Keppres terkait dengan klausul penetapan, hal itu tidak diatur secara eksplisit oleh UUD NRI 1945. Solusi untuk *hard case* menurut Dworkin adalah: “*a proper decision could be generated either by policy or principle* (keputusan yang tepat dapat dihasilkan baik berdasarkan kebijakan atau asas).”<sup>46</sup> Jika demikian maka pertanyaannya: Apakah asas yang mendasari untuk Presiden dapat melakukan tindakan *check* dengan tidak menerbitkan Keppres sebagai penetapan tindakan DPR mengganti Hakim Konstitusi Aswanto dengan Guntur Hamzah?

Tindakan *check* tersebut dasarnya adalah asas supremasi konstitusi. Asas supremasi konstitusi merupakan dasar dari sumpah/janji jabatan Presiden yang berbunyi: “memegang teguh Undang-Undang Dasar dan menjalankan segala undang-undang dan peraturannya dengan selurus-lurusnya.” Sumpah/janji jabatan Presiden tersebut secara fungsional merupakan “hukum” sebagai dasar bertindak

---

<sup>45</sup> Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 *Harvard Law Review* 1057, 1060, 1975.

<sup>46</sup> Id.

bagi Presiden dengan preskripsi “Presiden hanya boleh melakukan tindakan yang konstitusional (sesuai dengan konstitusi).” Pengertian ini diperoleh lewat pendekatan perbandingan perihal peranan sumpah/janji jabatan sebagai dasar bertindak bagi Presiden di Amerika Serikat.

Sumpah/janji jabatan Presiden menurut UUD NRI 1945 memiliki kemiripan dengan sumpah/janji jabatan Presiden menurut Konstitusi Amerika Serikat. Saikrishna Prakash mendiskusikan secara spesifik peranan sumpah/janji jabatan Presiden sebagai sumber hukum bagi kewajiban Presiden mengabaikan undang-undang yang menurut pendapatnya dianggap inkonstitusional walau secara konstitusional tidak ada otorisasi eksplisit untuk tindakan tersebut:

*the President’s duty to disregard unconstitutional laws arises from his unique constitutionally prescribed oath: he must “preserve, protect and defend” the Constitution. He does none of those things when he executes an unconstitutional statute. To the contrary, he violates his constitutional oath when he enforces a law he regards as unconstitutional. Because the Constitution effectively obliges the President to do no constitutional harm, he cannot execute unconstitutional laws.<sup>47</sup>*

Oleh karena itu, sesuai pengertian di atas, jika Presiden memiliki peranan menerbitkan Keppres berdasarkan klausul penetapan, maka tindakan menerbitkan Keppres tersebut harus dilakukan secara konstitusional supaya tindakan Presiden mencerminkan supremasi konstitusi (*to do no constitutional harm*). Sebagai implikasinya, Presiden harus memastikan bahwa tindakan di bagian hulu terkait dengan klausul pengajuan harus konstitusional supaya tindakan di bagian hilir (tindakan Presiden menerbitkan Keppres penetapan) juga konstitusional. Dengan pengertian lain, Presiden seharusnya tidak membedakan antara “*form*” dengan “*substance*” terkait dengan klausul penetapan karena keduanya tidak terpisahkan. Atas dasar itu, tindakan badan pemerintahan lain yang dilakukan dengan melanggar hukum (inkonstitusional) dan membutuhkan Keppres sebagai penetapannya tidak boleh diberikan Keppres sekadar karena alasan Keppres hanya bersifat administratif di mana pada akhirnya yang harus bertanggung jawab atas isinya adalah pihak yang mengajukan Hakim Konstitusi (dalam hal ini DPR).

---

<sup>47</sup> Saikrishna B. Prakash, *The Executive Duty to Disregard Unconstitutional Laws*, 96 *Georgetown Law Journal* 1613, 1616-1617, 2008.

Hubungan antara klausul pengajuan dan klausul penetapan pada hakikatnya menciptakan tanggung jawab secara tanggung renteng antara pihak yang mengajukan (MA, DPR dan Presiden) dengan pihak yang menetapkan (Presiden). Atas dasar itu, keberlakuan asas *checks and balances* sangat penting dalam klausul penetapan – meskipun rumusan eksplisit Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 beserta sumber historisnya tidak demikian. Jika dalam pelaksanaan klausul pengajuan terjadi pelanggaran hukum/konstitusi maka pelaksanaan klausul penetapan (di mana Presiden menerbitkan Keppres sebagai penetapan terhadap Hakim Konstitusi yang diajukan DPR) dapat bermakna Presiden menyetujui pelanggaran hukum/pelanggaran konstitusi yang terjadi.

Inilah alasan mengapa tindakan Presiden menerbitkan Keppres No. 114/P Tahun 2022 menciptakan preseden buruk yang tidak dapat ditutupi semata karena masih ada upaya hukum melalui PTUN sebagai kontrol yuridisnya. Pencegahan supaya situasi demikian tidak terjadi (dalam hal ini tindakan tidak menerbitkan Keppres) jauh lebih baik karena hal itu menunjukkan komitmen Presiden pada supremasi konstitusi yang sebenarnya, di mana Presiden memiliki kewajiban *to do no constitutional harm* sesuai sumpah/janji jabatannya – bukan supremasi konstitusi yang sifatnya terbatas hanya dalam kaitan dengan “bunyi” Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945.

Isu selanjutnya adalah isu teoretis sebagai bingkai untuk tindakan Presiden tersebut. Dalam Teori Hukum, bingkai teoretis untuk pilihan tindakan Presiden adalah tindakan legalistik dan tindakan diskresioner. Tindakan legalistik tergambar dalam tindakan Presiden menerbitkan Keppres No. 114/P Tahun 2022. Tindakan diskresioner adalah tindakan yang sebaliknya seperti yang diusulkan di sini.

Penjelasan teoretis untuk konsep tindakan legalistik mengacu pada konsep legalisme yang dikemukakan Judith Skhlar. Legalisme adalah “*the ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following, and moral relationships to consist of duties and rights determined by rules.*” Sebagai implikasinya, tindakan legalistik adalah “*a matter of following rules.*”<sup>48</sup> Posisi legalistik ini dapat menjadi masalah jika didasari sikap bebas nilai – dalam hal ini ketika dikaitkan dengan

---

<sup>48</sup> Seperti dikutip dalam Robin West, *Reconsidering Legalism*, 88 *Minnesota Law Review* 119, 119, 2003.

pemikiran Filsafat Hukum yang disebut *Legal Positivism* dengan ajarannya “*separation of law and morals.*”<sup>49</sup> Isu demikian menjadi isu moral sangat serius ketika dikaitkan dengan tindakan Nazi selama Perang Dunia II: tindakan legalistik yang dasarnya adalah undang-undang Nazi yang buruk.<sup>50</sup> Tindakan diskresioner tidak hanya tindakan terkait dengan *legal gap*.

Tindakan diskresioner juga dapat didasari pertimbangan *good law* ketika tindakan legalistik berdasarkan *bad law* justru memberikan “hasil” yang tidak dikehendaki. Lon Fuller memberikan penjelasan filosofis menarik atas isu tersebut:

*... how we can best define and serve the ideal of fidelity to law. Law, as something deserving loyalty, must represent a human achievement; it cannot be a simple fiat of power or a repetitive pattern discernible in the behavior of State officials. The respect we owe to human laws must surely be something different from the respect we accord to the law of gravitation. If laws, even bad laws, have a claim to our respect, then law must represent some general direction of human effort that we can understand and describe, and that we can approve in principle even at the moment when it seems to us miss its mark.*<sup>51</sup>

Dengan menerbitkan Keppres No. 114/P Tahun 2022 maka nampak Presiden memperlakukan *existing law* seperti hukum gravitasi. Padahal seharusnya, terhadap kondisi *existing law* yang buruk, Presiden dapat bersikap evaluatif sebelum bertindak sehingga tindakannya tidak sebatas “tindakan yang normal menurut *existing law.*”

Pemikiran teoretis tersebut mendasari posisi artikel ini supaya Presiden “seharusnya” tidak menerbitkan Keppres atas tindakan DPR mengganti Hakim Konstitusi Aswanto dengan alasan pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* sebagai tindakan diskresioner karena keputusan penggantian tersebut melalui mekanisme yang tidak sesuai dengan hukum. Tindakan demikian dikualifikasikan sebagai tindakan diskresioner karena mengesampingkan *existing law* eksplisit yang dikonsepsikan di sini sebagai asas pemisahan kekuasaan tanpa *checks and balances*. Meskipun peranan Keppres sangat terbatas dalam kaitan dengan mekanisme pengisian jabatan Hakim Konstitusi, dengan melakukan tindakan yang seharusnya – yaitu tidak menerbitkan Keppres – Presiden justru membuat tindakan yang benar

---

<sup>49</sup> H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harvard Law Review* 593, 593-629, 1958.

<sup>50</sup> Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, 71 *Harvard Law Review* 630, 648-661, 1958.

<sup>51</sup> Id., hlm. 632.

secara hukum, dalam hal ini “baik menurut hukum yang baik karena *existing law*-nya justru buruk, di mana jika diikuti secara legalistik hasil tindakannya juga buruk.”

## Penutup

Keppres No. 114/P Tahun 2022 mencerminkan pendirian Presiden yang legalistik dan bebas nilai terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 dalam menanggapi pemberhentian Hakim Konstitusi Aswanto oleh DPR. Mengacu pada interpretasi historis terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945, asas dari ketentuan tersebut adalah pemisahan kekuasaan tanpa *checks and balances* sehingga, mengingat pertimbangan tersebut, Presiden tetap menerbitkan Keppres No. 114/P Tahun 2022 meskipun proses pemberhentian Hakim Konstitusi Aswanto oleh DPR tidak sebagaimana mestinya. Artikel ini dalam posisi sebaliknya. Asas pemisahan kekuasaan dan *checks and balances*, walau tidak dinyatakan secara eksplisit, mendasari Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945, khususnya perihal klausul penetapan di mana melalui Keppres Presiden menetapkan Hakim Konstitusi yang diajukan MA, DPR dan Presiden. Keberlakuan asas pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* diderivasikan dari asas supremasi konstitusi yang tercermin dalam sumpah/janji Presiden berdasarkan Pasal 9 ayat (1) UUD NRI 1945. Dengan demikian, sumpah/janji Presiden adalah dasar untuk Presiden dapat melakukan tindakan *check* dalam rangka mewujudkan supremasi konstitusi atas pelaksanaan klausul pengajuan oleh DPR seperti kasus penggantian Hakim Konstitusi Aswanto. Tetapi sayang, Presiden justru tidak melakukan tindakan *check* tersebut.

Sesuai sumpah/janji jabatan Presiden, dalam rangka supremasi konstitusi, Presiden memiliki kewajiban *to do no constitutional harm*. Penggantian Hakim Konstitusi Aswanto oleh DPR adalah *constitutional harm* di mana dengan Presiden menerbitkan Keppres sebagai tindakan penetapan maka Presiden turut serta melakukan tindakan *constitutional harm*. Inilah alasan tersirat mengapa tindakan *check* seharusnya dilakukan Presiden dengan tidak menerbitkan Keppres dalam rangka kewajiban *to do no constitutional harm* yang bersumber dari sumpah/janji jabatan Presiden. Tindakan demikian bukan tindakan legalistik tetapi diskresioner karena mengesampingkan dikte dari *existing law*.

Solusi yuridis seperti ditawarkan oleh artikel ini sesungguhnya menimbulkan dilema bagi Presiden untuk mengimplementasikannya, terutama jika Presiden lebih mengutamakan pertimbangan politis, terlebih pertimbangan ini secara legalistik juga sesuai dengan Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945. Oleh karena itu, sebagai preskripsi, artikel ini memberikan rekomendasi institusional supaya dilakukan perubahan terhadap Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945. Perubahan perlu dilakukan karena terbukti Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 mengandung *legal gap* perihal tindakan yang seharusnya diambil oleh Presiden sebagai pemegang kekuasaan menetapkan ketika pemegang kekuasaan mengusulkan Hakim Konstitusi ternyata bertindak yang tidak seharusnya seperti pada kasus pemberhentian Hakim Konstitusi Aswanto oleh DPR. Model Amerika Serikat perihal mekanisme pengisian jabatan Hakim (terutama) Mahkamah Agung sangat relevan untuk dijadikan sebagai rujukan dalam rangka perubahan tersebut.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku:

- Andrei Marmor, Interpretation and Legal Theory, Princeton University Press, New Jersey, 2005.*
- Andrei Marmor, Law in the Age of Pluralism, Oxford University Press, Oxford, 2007.*
- Antonin Scalia, A Matter of Interpretation, Princeton University Press, New Jersey, 1997.*
- Brian Z. Tamanaha, On the Rule of Law: History, Politics, Theory, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.*
- Charles M. Lamb and Jacob R. Neihsel, Constitutional Landmarks: Supreme Court Decisions on Separation of Powers, Federalism and Economic Rights, Palgrave-MacMillan, London, 2021.*
- Eoin Carolan, The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State, Oxford University Press, Oxford, 2009.*
- Hans Kelsen, Pure Theory of Law, University of California Press, California, 1967.*
- Paul Scholten, Penuntun dalam Mempelajari Hukum Perdata Belanda: Bagian Umum, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1993.
- Sean Coyle, From Positivism to Idealism: A Study of the Moral Dimensions of Legality, Ashgate, Aldershot, 2007.*
- Terence Ball (editor), The Federalist with Letters of Brutus, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.*

Tim Penyusun, Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Buku VI Kekuasaan Kehakiman, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008.

**Jurnal:**

*Adrian Vermeule, Connecting Positive and Normative Legal Theory, 10 University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 387, 2008.*

*Bruce G. Peabody and John D. Nugent, Toward a Unifying Theory of the Separation of Powers, 53 American University Law Review 1, 2003.*

Fitri Atur Arum, Andini Firohmatika Wulandari, Elia Lailatussyafa'ah dan Abdian Saifullah, Analisis Kasus Pemberhentian Hakim Mahkamah Konstitusi oleh Dewan Perwakilan Rakyat, 13 Humani 351, 2023.

*Graziella Romeo, The Conceptualization of Constitutional Supremacy: Global Discourse and Legal Tradition, 21 German Law Journal 904, 2020.*

*H.L.A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 Harvard Law Review 593, 1958.*

*H. Jefferson Powell, The Original Understanding of Original Intent, 98 Harvard Law Review 885, 1985.*

*James E. Ryan, Laying Claim to the Constitution: The Promise of New Textualism, 97 Virginia Law Review 1523, 2011.*

*Jutta Limbach, The Concept of the Supremacy of the Constitution, 64 Modern Law Review 1, 2001.*

*Keith E. Whittington, The New Originalism, 2 Georgetown Journal of Law and Public Policy 599, 2004.*

*Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, 71 Harvard Law Review 630, 1958.*

*M. Elizabeth Magill, Beyond Powers and Branches in Separation of Powers Law, 150 University of Pennsylvania Law Review 603, 2001.*

Muhammad Fawwaz Farhan Farabi dan Tanaya, Polemik Legalitas Pemecatan Hakim Konstitusi oleh Lembaga Pengusul: Tinjauan Kasus Pemecatan Hakim Aswanto dan Implikasinya terhadap Kemandirian Kekuasaan Kehakiman, 2 Jurnal Hukum dan HAM Wara Sains 294, 2023.

*Randy E. Barnett, Scalia's Infidelity: A Critique of 'Faint-Hearted' Originalism, 75 University of Cincinnati Law Review 7, 2006.*

Ridarson Galingging, Implikasi Hukum dan Politik Pemberhentian Hakim Mahkamah Konstitusi oleh Dewan Perwakilan Rakyat, 14 Adil: Jurnal Hukum 25, 2023.

Riska Ari Amalia dan Ashari, Polemik dalam Keputusan Presiden Nomor 114/P/2022, 5 Unnes Law Review 2113, 2023.

*Robert S. Summers, 'Is' and 'Ought' in Legal Philosophy, 13 The Philosophical Quarterly 157, 1963.*

*Robin West, Reconsidering Legalism, 88 Minnesota Law Review 119, 2003.*

*Ronald Dworkin, Hard Cases, 88 Harvard Law Review 1057, 1975.*

*S. Prakash Sinha, The Fission and Fusion of Is-Ought in Legal Philosophy, 21 Villanova Law Review 839, 1976.*

Saikrishna B. Prakash, *The Executive Duty to Disregard Unconstitutional Laws*, 96 *Georgetown Law Journal* 1613, 2008.

Steven G. Calabresi and Joan L. Larsen, *One Person, One Office: Separation of Powers or Separation of Personnel?*, 79 *Cornell Law Review* 1045, 1994.

Susi Dwi Harijanti, Pengisian Jabatan Hakim: Kebutuhan Reformasi dan Pengekangan Diri, 21 *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 531, 2014.

Thomas W. Merrill, *The Constitutional Principle of Separation of Powers*, 1991 *The Supreme Court Review* 225, 1991.

Titon Slamet Kurnia, Recall Aswanto: Tertutupnya Ruang Disagreement antara Pembentuk Undang-Undang dan Mahkamah Konstitusi, 7 *Refleksi Hukum: Jurnal Ilmu Hukum* 143, 2023.

#### **Antologi:**

Lawrence B. Solum, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, dalam Grant Huscroft and Bradley W. Miller (editors), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

#### **Peraturan:**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 216, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6554).

#### **Putusan Pengadilan:**

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 96/PUU-XVIII/2020 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 103/PUU-XX/2022 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

#### **Situs Daring:**

<https://www.cnnindonesia.com/nasional/20221001124114-12-855021/mahfud-jokowi-tak-bisa-tolak-pencopotan-aswanto-dari-hakim-mk>.

<https://news.detik.com/berita/d-6321198/hakim-mk-aswanto-dicopot-ketua-komisi-iii-produk-dpr-dia-anulir>.

[https://www.setneg.go.id/baca/index/presiden\\_jokowi\\_saksikan\\_pengucapan\\_sumpah\\_m\\_guntur\\_hamzah\\_sebagai\\_hakim\\_konstitusi#:~:text=Pengangkatan%20Guntur%20sebagai%20hakim%20konstitusi,Diajukan%20oleh%20Dewan%20Perwakilan%20Rakyat](https://www.setneg.go.id/baca/index/presiden_jokowi_saksikan_pengucapan_sumpah_m_guntur_hamzah_sebagai_hakim_konstitusi#:~:text=Pengangkatan%20Guntur%20sebagai%20hakim%20konstitusi,Diajukan%20oleh%20Dewan%20Perwakilan%20Rakyat).