

M. Adnan Yazar Zulfikar¹

Abstrak

“(the courts) becoming themselves the „third giant” to control the mastodon legislator and the leviathan administrator” (Mauro Capplletti)

Pranata *judicial review* berkembang di banyak negara sebagai bentuk pengawasan dari kekuasaan yudikatif terhadap cabang kekuasaan lainnya, termasuk kekuasaan Pemerintahan. *Judicial review* juga menjadi perlindungan hukum yang efektif bagi warga Negara yang terlanggar haknya oleh tindakan penguasa. Pengujian ini berkembang dengan cara dan kelembagaan yang berbeda di Negara yang tradisi *common law* dengan *civil law*. Di Indonesia *judicial review* terhadap tindakan Pemerintah dilakukan oleh Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya serta oleh Mahkamah Konstitusi tergantung kepada jenis tindakan Pemerintah yang diuji. Pranata *judicial review* di Indonesia berkembang baik dengan pembaharuan peraturan perundang-undangan maupun putusan pengadilan.

Abstract

Judicial review institution has developed in many countries as judicial instrument to monitor other branches, including executive branches. Judicial review has become effective legal protection for citizens whose rights have been violated by authorities act. This form of review have been developing by different ways and model in countries with common law and civil law traditions. In Indonesia, judicial review of government action carried out by the Supreme Court and judicial bodies underneath, and by the Constitutional Court depends on the nature of government action reviewed. Judicial review institutions in Indonesia have been developing by constitution and statutory development, and court’s jurisprudence.

A. Pendahuluan

Judicial review merupakan pranata yang ada di hampir semua Negara demokratis, tentu saja dengan berbagai kelembagaan yang berbeda. *Judicial review* sendiri merupakan

¹ Penulis merupakan Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran dengan Nomor Pokok Mahasiswa 110110100117

salah satu bentuk dari *norm control mechanism*, atau dalam bahasa Belanda disebut *toetsingsrecht* yang berarti kewenangan atau hak untuk menguji.²

Hak menguji (*toetsingsrecht*) ini dapat dibedakan dari segi subjek dan objek. *Judicial review* merupakan hak menguji yang berada pada kekuasaan kehakiman, lain istilahnya jika hak menguji tersebut berada pada cabang kekuasaan lain. Jika hak menguji tersebut berada pada kekuasaan legislatif, maka proses pengujiannya disebut *legislative review*. Sedangkan jika hak menguji tersebut berada pada kekuasaan eksekutif, maka proses pengujiannya disebut *executive review*.³

Sedangkan objek dari hak menguji sendiri dapat berupa undang-undang (*primary legislation*), peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan oleh pemerintah (*secondary legislation*), maupun keputusan pemerintah (*administrative act*). **Jimly Asshidiqie** menyatakan bahwa dalam praktek terdapat tiga macam norma hukum yang dapat diuji, yaitu: (i) keputusan normatif yang berisi dan bersifat pengaturan (*regeling*), (ii) keputusan normatif yang berisi dan bersifat ketetapan (*beschikking*), dan (iii) keputusan normatif yang berisi dan bersifat penghakiman (*judgement*) yang biasa disebut vonis.⁴

Jimly Asshidiqie menyatakan bahwa *judicial review* tidak terbatas pada pengujian yang dilakukan oleh kekuasaan kehakiman untuk menguji konstitusionalitas undang-undang, namun juga termasuk pengujian peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan oleh Pemerintah, keputusan atau ketetapan yang bersifat konkret dan individual (*beschikking*), bahkan pengujian putusan pengadilan dalam bentuk banding, kasasi, dan peninjauan kembali.⁵ Ahli lain membedakan pengujian putusan pengadilan dalam bentuk banding, kasasi, maupun peninjauan kembali dari *judicial review*, dengan menggunakan istilah *appellate review*.⁶ Peristilah (termasuk ruang lingkup) *judicial review* dapat berbeda bergantung kepada sistem hukum, sistem pemerintahan, dan sejarah ketatanegaraan suatu negara.⁷

² Jimly Asshidiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, hlm 1-3.

³ Jimly Asshidiqie, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: Rajawali Press, 2010, hlm 5-7.

⁴ Jimly Asshidiqie, *Hukum Acara... Loc.Cit.*

⁵ Jimly Asshidiqie, *Perihal Undang... Op.Cit.*, hlm 7-9.

⁶ Lihat J. Dickson Phillips, "The Appellate Review Function: Scope of Review", *Law and Contemporary Problems* Vol. 47, No. 2, (Spring, 1948), 1-12. Martina Kunnecke menggunakan istilah *appellate review* untuk merujuk kepada pengujian keputusan administrasi oleh badan administrasi yang lebih tinggi, di

Van Poelje mengartikan tindakan pemerintah sebagai tindakan dalam hukum publik, yaitu tindakan-tindakan hukum yang dilakukan oleh penguasa dalam menjalankan fungsi pemerintahan.⁸ Tindakan Pemerintah dapat dituangkan dalam berbagai bentuk hukum yang dapat berbeda antara satu negara dengan negara lainnya, namun dari sifatnya tindakan pemerintah dapat berupa pengaturan maupun keputusan/ penetapan.⁹

Di Indonesia, kepustakaan yang membahas *judicial review* berupa pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar telah cukup banyak ditemukan, namun kepustakaan yang membahas *judicial review* terhadap produk hukum yang dikeluarkan oleh Pemerintah, baik berupa peraturan maupun keputusan relatif lebih sedikit. Padahal setiap keputusan administrasi juga akan berpengaruh langsung terhadap kehidupan masyarakat, sehingga pelanggaran serta penyalahgunaan dalam pembuatan keputusan administrasi akan juga mencederai hak-hak yang dimiliki oleh masyarakat.¹⁰

Pertama, tulisan ini akan berusaha menggambarkan dasar pemikiran *judicial review* terhadap tindakan pemerintah. Kedua, tulisan ini akan berusaha membandingkan model *judicial review* terhadap tindakan pemerintah di Negara dengan tradisi hukum *civil law* dan *common law*. Ketiga, tulisan ini akan berusaha menggambarkan model *judicial review* terhadap tindakan pemerintah di Indonesia.

B. Dasar Pemikiran Judicial Review Terhadap Tindakan Pemerintah

Secara umum perkembangan *judicial review* paralel dengan perkembangan konsep negara hukum, baik negara hukum dalam arti *rechtsstaat* yang berkembang di negara dengan tradisi hukum eropa kontinental atau *civil law*, maupun negara hukum dalam arti *rule of law* yang berkembang di negara dengan tradisi hukum *anglo saxon* atau *common*

Indonesia sering juga disebut peradilan semu administrasi. Lihat Martina Kunnecke, Tradition and Change in Administrative Law, (New York: Springer Berlin Heidelberg, 2007), hlm 31-32.

⁷ Muchammad Ali Safa^{at} et. al., Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2011, hlm 83.

⁸ S. F. Marbun dan Moh. Mahfud MD, Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara, Yogyakarta: Liberty, 2006, hlm 71.

⁹ *Ibid.*, hlm 74-96.

¹⁰ Toshiro Fuke, "Judicial Review of Administrative Action in England and Japan: A Comparative Perspective", dalam Yung Zhang (Ed.), Comparative Studies on the Judicial Review System in East and Southeast Asia, Netherlands: Kluwer Law International, 1997, hlm 15.

law. **Friedrich Julius Stahl** merumuskan empat unsur negara hukum (*rechtsstaat*), yaitu: (1) Pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; (2) Negara berdasarkan

atas trias politica; (3) Pemerintahan diselenggarakan berdasarkan undang-undang; (4) Adanya peradilan administrasi negara.⁷ Sedangkan **Immanuel Kant** merumuskan tiga ciri negara hukum (*rechtsstaatlichkeit*), yaitu: (1) Administrasi negara harus berdasarkan atas hukum; (2) Harus terdapat hukum formal terutama untuk semua tindakan negara yang menyangkut kebebasan individu dan hak milik; (3) Semua tindakan administratif harus dapat diuji (*judicial review*).⁸ Sedangkan **A. V. Dicey** merumuskan tiga unsur negara hukum (*rule of law*), yaitu: (1) Supremasi hukum; (2) Persamaan di hadapan hukum; (3) Konstitusi berdasarkan hak-hak asasi.⁹ Berikut merupakan dasar pemikiran yang lebih spesifik perihal diperlukannya *judicial review*.¹⁰

a. Doktrin Ultra Vires

Wade dan **Forsyth** mendefinisikan hukum administrasi negara sebagai hukum yang mengatur pengawasan terhadap kekuasaan pemerintah, lebih lanjut mereka menyatakan bahwa:¹¹

“The primary purpose of administrative law, therefore, is to keep the powers of government within their legal bounds, so as to protect the citizens against their abuse. The powerful engines of authority must be prevented from running amok.”

Salah satu dasar bagi pengadilan untuk melakukan pengujian terhadap dugaan bahwa suatu badan administrasi bertindak di luar kekuasaan yang telah diberikan kepadanya, seringkali disebut sebagai doktrin *ultra vires*. „*Ultra Vires*“ merupakan bahasa latin yang dapat berarti melampaui kekuasaan atau tanpa kekuasaan.¹²

Doktrin *ultra vires* yang berkembang di Inggris, pada awalnya berasal dari hukum perusahaan yang dilembagakan oleh House of Lords dalam putusan

⁷ Zainal Arifin Hoesein, *Judicial Review di Mahkamah Agung RI Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2009, hlm 65-66.

⁸ Ali Abdurahman dan Rahayu Prasetyaningih, “Peraturan yang dibentuk oleh Lembaga Negara selain Legislatif dan Eksekutif (DPR dan/atau Presiden)” dalam Susi Dwi Harijanti. *et. al* (ed.), *Negara Hukum yang Berkeadilan*, Bandung: Rosada, 2011, hlm 146.

⁹ Zainal Arifin Hoesein, *Loc.Cit.*

¹⁰ Pada prinsipnya dasar-dasar pemikiran tersebut, yaitu doktrin *ultra vires*, perlindungan hak asasi manusia, hierarki peraturan perundang-undangan.

¹¹ H. W. R. Wade dan C. F. Forsyth, *Administrative Law* [10th ed.], Oxford: Oxford University Press, 2009, hlm 4-5.

¹² Chamila S. Talagala, “The Doctrine of Ultra Vires and Judicial Review of Administrative Action”, *Bar Association Law Journal of Sri Lanka*, Vol. XVII, (2011), hlm 1.

Ashbury Railway Carriage and Iron Company Ltd v. Riche. Dahulu melalui putusan tersebut sebuah perusahaan harus memiliki „*memorandum*“ yang di dalamnya terdapat „*object clause*“. *Object clause* berisi objek yang menjadi tujuan perusahaan dibentuk. Sebuah perusahaan hanya dapat menjalankan kegiatan yang menjadi tujuan perusahaan tersebut dibentuk, setiap kegiatan perusahaan di luar *object clause* merupakan *ultra vires*, dan oleh karenanya tidak sah (*invalid*). Konsep *ultra vires* ini yang kemudian diadopsi ke dalam hukum administrasi negara.¹³

Dengan adanya doktrin *ultra vires*, kewenangan Pemerintah harus dilaksanakan sebagaimana kewenangan tersebut diberikan. Doktrin *ultra vires* memastikan Pemerintah tidak menjalankan pemerintahan dengan tanpa kewenangan, melampaui kewenangan atau menyalahgunakan kewenangan. Jika Pemerintah melakukan hal tersebut, pengadilan dapat menyatakan tindakan tersebut sebagai *ultra vires*, dan oleh karenanya tidak sah (*invalid*).

Bagaimana pun doktrin *ultra vires* merupakan dasar yang paling ortodoks bagi adanya judicial review. Doktrin *ultra vires* yang tradisional menyatakan bahwa ketika hakim melakukan pengujian dan melakukan pembatalan keputusan administrasi, hakim menegakkan pembatasan kekuasaan yang diberikan kepada badan administrasi tersebut dari Parlemen.¹⁴ **Wade** dan **Forsyth** menyatakan bahwa judicial review (terhadap tindakan pemerintah) mendapatkan legitimasi dengan dasar bahwa pengadilan menerapkan kehendak dari legislator.¹⁵ Pandangan konvensional tersebut dianggap tidak relevan, karena lembaga yang tidak dibentuk dan diatur dengan undang-undang (yang dibuat Parlemen) sekalipun merupakan objek *judicial review*.

b. Hak Asasi Manusia

Seiring perkembangan kesadaran hak asasi manusia, permintaan akan terdapatnya pengawasan terhadap tindakan Pemerintah melalui lembaga peradilan yang semakin meningkat.¹⁶ Hak asasi manusia merupakan elemen sentral dalam

¹³ Chamila S. Talagala, *Op.Cit.*, hlm 2-3.

¹⁴ Cristopher Forsyth dan Linda Whittle, “Judicial Creativity and Judicial Legitimacy In Administrative Law”, <http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/2002/9.txt/cgi-bin/download.cgi/download/nz/journals/CanterLawRw/2002/9.rtf>

¹⁵ H. W. R. Wade dan C. F. Forsyth, *Op.Cit.*, hlm 31.

¹⁶ Dalam konteks di Jerman, lihat Martina Kunnecke, *Op.Cit.*, hlm 21-22.

sistem norma yang mengakui bahwa setiap orang memiliki hak yang sama untuk menuntut pengakuan martabatnya sebagai manusia. Hak tersebut mencakup „*natural rights*” seperti hak untuk hidup, hak atas kebebasan, hak milik, hingga hak ekonomi, sosial, dan budaya.¹⁷ Setiap produk hukum yang dikeluarkan oleh Pemerintah harus memperhatikan hak-hak asasi manusia, dan hukum harus mengatur kerangka kelembagaan yang melindungi masyarakat dari penggunaan kekuasaan Pemerintah yang melanggar hak-hak tersebut.

Perkembangannya hak asasi manusia digunakan sebagai salah satu dasar pembatalan peraturan atau juga keputusan dari Pemerintah dalam perkara *judicial review*. **Mark Elliot** menyatakan bahwa *judicial review* yang tradisional fokus kepada pengaturan bagaimana seharusnya keputusan Pemerintah dibuat, dengan orientasi untuk menjamin terdapatnya keadilan (*fairness*) dan alasan (*reasoning*) yang benar dalam proses pembuatan keputusan. Sementara *judicial review* dengan basis hak asasi manusia (*human rights review*) memiliki tiga karakteristik mendasar yang membedakannya dari pendekatan *judicial review* yang tradisional. Pertama, cenderung memperhatikan perlindungan terhadap nilai substantif, selain aturan prosedural. Kedua, untuk menegakkan nilai substantif tersebut, pengadilan tidak hanya menguji proses pembuatan keputusan melainkan juga isi dan akibat dari suatu keputusan. Ketiga, pengadilan dalam menguji sebuah keputusan juga menilai apakah suatu pelanggaran terhadap hak dapat dibenarkan (*justifiable*), diperlukan (*necessary*), dan proporsional.¹⁸

Judicial review telah menjadi salah satu pranata penting untuk melindungi hak asasi manusia dari kesewenang-wenangan Pemerintah, di antaranya di negara-negara eropa dengan adanya *European Convention on Human Rights (ECHR)*. Dengan melakukan ratifikasi terhadap *ECHR* banyak pengadilan di negara-negara eropa menjadikan hak-hak yang tercantum dalam konvensi tersebut sebagai dasar pembatalan keputusan administrasi negara.²³

¹⁷ Ellie Palmer, *Human Rights Law in Perspective Judicial Review, Socio-Economic Rights and Human Rights Act*, (Oxford: Hart Publishing, 2007), hlm 11-12.

¹⁸ M. Elliot, *The Constitutional Foundations Of Judicial Review*, Oxford: Hart Publishing, 2001, hlm 203. ²³ Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, (New York: Springer, 2010, hlm 11-33.

c. Hierarki Perundang-undangan

Hierarki perundang-undangan merupakan salah satu landasan *judicial review* terutama di negara dengan tradisi hukum Eropa Kontinental, karena peraturan perundang-undangan sebagai hukum tertulis merupakan sumber hukum yang utama di negara-negara tersebut. Meskipun demikian bagi negara dengan tradisi hukum *anglo saxon* pun, keselarasan peraturan perundang-undangan yang dibuat Pemerintah (*secondary law*) terhadap undang-undang (*primary law*) yang dibuat Parlemen juga penting. Selain itu paham supremasi konstitusi pun menjadi salah satu pendorong *constitutional review*.

Hierarki perundang-undangan memiliki landasan teori *stufenbau des rechts* dari **Hans Kelsen** yang dikembangkan oleh **Hans Nawiansky** dengan teori *die Theorie vorm stufenordnung der rechtsnormen*. Menurut teori tersebut hukum tersusun secara berlapis berdasarkan tata hukum, mulai dari norma fundamental negara (*staatsfundamentalnorn*), aturan dasar negara (*staatsgrundgesetz*), undang-undang dalam arti formal (*formell gesetz*), hingga peraturan pelaksana dan peraturan otonom (*verordnungen autonome satzung*).¹⁹ Dalam hierarki perundang-undangan norma yang berada di bawah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi. Norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada suatu norma yang tertinggi yang disebut norma dasar (konstitusi).²⁰ Oleh karena itu menurut teori ini suatu norma dikatakan *valid* jika norma tersebut sesuai dengan norma yang lebih tinggi.

Pelaksanaan konstitusi sebagai hukum yang tertinggi terhadap peraturan perundang-undangan di bawahnya dapat secara efektif dijamin jika terdapat suatu organ yang bertugas menguji kesesuaian suatu produk hukum terhadap konstitusi, dan tidak memberlakukan produk hukum tersebut jika dianggap tidak sesuai dengan konstitusi, organ yang dimaksud akan melaksanakan pranata *judicial review*.²¹ Pengujian undang-undang terhadap konstitusi secara khusus dapat disebut pengujian konstitusional (*constitutional review*), yang menurut **Jimly**

¹⁹ Jimly Asshidique, Teori Hans Kelsen tentang Hukum, Jakarta: Sekretariat Jenderal & Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006, hlm 170.

²⁰ Maria Farida Indrati, Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan, Yogyakarta: Kansius, 2007, hlm 44.

²¹ Lihat Jimly Asshidique, Teori Hans Kelsen..., *Op.Cit.*, hlm 139.

Asshidiqie perlu dibedakan dari pengujian legalitas yaitu pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.²²

Di Amerika Serikat *judicial review* dilakukan untuk menguji baik undang-undang yang dikeluarkan badan legislatif maupun peraturan lainnya yang dikeluarkan oleh badan eksekutif terhadap konstitusi.²⁸ Dalam perkara *Marbury v. Madison*, **Chief Justice John Marshall** menyatakan bahwa pengadilan dihadapkan pada ketidaksesuaian antara Konstitusi dengan peraturan perundangundangan, dan tidak memiliki pilihan lain selain menerapkan hukum yang lebih tinggi dan membatalkan hukum yang lebih rendah.²⁹

C. Lembaga *Judicial Review* Terhadap Tindakan Pemerintah Dalam Tradisi *Civil Law* dan *Common Law*

Model *judicial review* dapat dibedakan dari banyak perspektif, mulai dari tradisi hukum, sistem pemerintahan, atau paham supremasi yang dianut. Bahkan perbedaannya semakin luas karena setiap negara yang menghadapi permasalahan lokalnya sendiri, dapat melakukan modifikasi terhadap sistem hukumnya sendiri tanpa menggunakan transplantasi dari negara lain, atau justru melakukan transplantasi dari banyak negara dengan sistem hukum yang berbeda-beda. Namun secara kelembagaan perbedaan *judicial review* antara satu negara dengan negara lain lebih banyak dipengaruhi oleh tradisi hukum yang mereka gunakan. Berikut perbandingan lembaga *judicial review* antara tradisi hukum *civil law* dan *common law*, yang diambil dari Negara Inggris, Amerika Serikat, dan Jerman yang memiliki sejarah kuat dalam pembentukan *judicial review* di masing-masing Negara.

1. *Common Law*

Secara kelembagaan perbedaan paling mencolok antara *judicial review* terhadap tindakan Pemerintah, ada pada negara yang menggunakan tradisi hukum *common law* dengan negara yang menggunakan tradisi hukum *civil law*. Perbedaan antara negara dengan tradisi hukum *common law* dan *civil law* adalah tidak terdapatnya pengadilan administrasi tersendiri di negara *common law*, sebagaimana yang berkembang di Jerman sebagai salah satu negara *civil law* pada abad ke 19 (sembilan belas).³⁰

²² Perbedaan ini sangat kontekstual terhadap sistem pengujian peraturan perundang-undangan di Indonesia yang membedakan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar dengan pengujian peraturan

perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang. Lihat Jimly Asshidiqie, *Hukum Acara...*, *Op.Cit.*, hlm 5-6.

²⁸ Kewenangan judicial review di Amerika Serikat dimulai dalam kasus *Marbury v. Madison*, lihat Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law, Principles and Policies* (3rd ed.), United States of America: Aspen Publisher, 2006, hlm 39-47.

²⁹ Arend Lijphart, *Patterns Of Democracy, Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (2nd ed.), United States of America: Yae University Press, 2012, hlm 212. ³⁰ Martina Kunnecke, *Op.Cit.*, hlm 11.

Meskipun demikian, *judicial review* justru memiliki tradisi kuat di Inggris yang merupakan negara *common law* sejak abad ke 13 (tiga belas). *Judicial review* merupakan evolusi dari surat perintah prerogatif (*prerogative writs*) yang dikeluarkan oleh Raja, saat itu Raja merupakan pemegang kekuasaan tertinggi (termasuk kekuasaan mengadili) di suatu negara. *Prerogative writs* merupakan mekanisme remedial bagi seorang individu yang merasa dirugikan oleh kesalahan individu lain dengan cara mengirimkan permintaan kepada Raja untuk mengeluarkan surat perintah (*writs*) penggantian kerugian kepada individu yang melakukan kesalahan. Sejak abad ke 17 (tujuh belas), mekanisme tersebut dilembagakan ke dalam pranata *certiorari*, *mandamus*, *prohibition*, dan *habeas corpus* termasuk untuk menuntut ganti rugi atas tindakan melanggar hukum yang dilakukan oleh Pemerintah.²³

Salah satunya *writ of certiorari* yang digunakan oleh Raja melalui *royalist judges* untuk mengontrol putusan peradilan di bawahnya. Hal yang menarik dari perkembangan penggunaan Surat Perintah Raja (*writ system*) menurut **De Smith** adalah paradoks dengan hukum administrasi modern, Surat Perintah Raja yang pada awalnya merupakan perintah eksekutif untuk menghindari proses pengadilan, berbalik menjadi mekanisme penting bagi kekuasaan yudikatif untuk mengawasi tindakan Pemerintah.²⁴

Perkembangan hukum administrasi di Inggris juga sangat dipengaruhi oleh Pemikiran **A. V. Dicey**. Konsep **Dicey** tentang *rule of law* mengandung 3 (tiga) pokok pikiran: **Pertama**, pentingnya legitimasi terhadap hukum, bukan kekuasaan diskresi yang luas. Kedua, setiap orang merupakan subjek dari pengadilan umum, termasuk Pejabat Publik yang tidak boleh mendapatkan keuntungan dari jabatannya. **Ketiga**, hak keperdataan berasal dari keputusan pengadilan yang dibuat

²³ *Ibid.*

²⁴ Stanley A. De Smith, Harry Woolf, dan Jeffrey L. Jowell, *Judicial Review Of Administrative Action*, London: Sweet & Maxwell, 1995, hlm 618. ³³ Martina Kunnecke, *Op.Cit.*, hlm 16.

berdasarkan undang-undang.³³ Oleh karena itu pula di Inggris tidak mengenal pengadilan administrasi secara tersendiri.

Objek yang menjadi kewenangan Pengadilan untuk dilakukan *judicial review* di Inggris berkembang melalui berbagai putusan pengadilan. Pada tahun 1923, **Lord Justice Atkin** dalam perkara *R v. Electricity Commissioners, ex p London Electricity Joint Committee* memberi batasan objek *judicial review*, yaitu setiap badan yang memiliki kewenangan menurut hukum. Pada tahun 1967, batas kewenangan *judicial review* ditentukan terhadap badan yang mendapatkan delegasi kekuasaan (*vires*) dari Parlemen sehingga Pengadilan harus memastikan bahwa badan tersebut melaksanakan kewenangannya secara *intra vires* berdasarkan „Wednesbury Principles“ dalam perkara *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corp* Masih tahun 1967, dalam perkara *R v Criminal Injuries Board, ex p Lain*, *judicial review* diperluas untuk menguji kekuasaan prerogatif. Di tahun 1985, dalam perkara *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*, meskipun Pengadilan bermaksud mengidentifikasi kekuasaan prerogatif mana yang tidak dapat dilakukan *judicial review* (pembuatan perjanjian internasional, pengangkatan Menteri, pembubaran Parlemen), namun **Lord Justice Watkins** menegaskan bahwa kekuasaan prerogatif merupakan objek *judicial review*, dimana pengadilan akan menentukan secara *case by case* aspek mana yang dapat diuji dan aspek mana yang tidak dapat diuji. Pada tahun 1987, dalam perkara *R v Panel on Take-Overs and Mergers, ex p Datafin* pengadilan menyatakan bahwa keputusan *Panel in Take-Overs and Mergers* yang merupakan *self-regulatory body* yang notabene badan hukum privat termasuk objek *judicial review*.²⁵

Dari perkara *R v Panel on Take-Overs and Mergers, ex p Datafin*, dapat disimpulkan bahwa titik berat yang menjadi objek *judicial review* bukan jenis lembaga yang membuat keputusan, melainkan sifat dari keputusan itu sendiri yang mengandung „*public element*“. Merupakan sebuah kesalahan juga mengasumsikan bahwa keputusan yang dibuat oleh badan publik merupakan objek *judicial review*. Dalam perkara *R v BBC, ex p Lavelle* (1983) dan *R v East Berkshire Health Authority, ex p Walsh* (1985) keputusan dari badan publik tersebut tidak dapat diuji di Pengadilan karena berkaitan dengan masalah ketenagakerjaan. Sebagaimana *R v*

²⁵ Andrew Beale, *Essential Constitutional Law* (2nd ed.), (London: Cavendish Publishing Ltd, 1997), hlm 5658.

IBA, ex p Rank (1986) dan *R v NCB, ex p NUM (1986)* dimana keputusan yang bersifat perdagangan juga tidak dapat diuji di Pengadilan. Berkembang juga prinsip bahwa *judicial review* tidak dapat digunakan untuk menguji keputusan badan yang bersifat kontraktual.²⁶

Hukum acara *judicial review* di Inggris menggunakan model *adversarial* sebagaimana yang diterapkan terhadap sengketa keperdataan. Secara umum beban pembuktian ada pada penggugat, dengan prinsip *omnia preasumuntur rite esse acta* yang berarti suatu keputusan dianggap sah kecuali dinyatakan sebaliknya oleh Pengadilan, menjadi tugas penggugat untuk membuktikan gugatannya. Oleh karena umumnya barang bukti berada pada penguasaan tergugat, dengan hakim yang bersifat pasif pada sistem ini sehingga tidak dapat memerintahkan tergugat untuk menghadirkan barang bukti, kebutuhan tergugat atas barang bukti memerlukan bantuan tergugat. Mekanisme pencarian barang bukti ini dikritik banyak ahli, **Griffith** menyatakan bahwa karena keterbatasan prosedural tersebut pengadilan tidak dapat mengeluarkan putusan optimal. **Lord Woolf** mendorong menggeser hukum acara *adversarial* menjadi *inquisitorial*, namun hingga saat ini Inggris masih menggunakan hukum acara *adversarial* untuk *judicial review* terhadap tindakan Pemerintah.²⁷

Selain tidak terdapatnya pengadilan administrasi sehingga *judicial review* terhadap tindakan Pemerintah dilakukan melalui pengadilan umum. Ciri penting lainnya dalam sistem hukum administrasi di Inggris adalah tidak terdapatnya konstitusi tertulis (*written constitution*), sehingga kewenangan pengadilan umum dalam melakukan *judicial review* terhadap tindakan Pemerintah pun merupakan kewenangan yang sifatnya melekat (*inherent*) dan diskresional, tidak berdasarkan undang-undang atau peraturan tertulis lainnya. Pengadilan pun telah mengembangkan sejumlah prinsip dalam melaksanakan kewenangan diskresinya, salah satunya adalah prinsip “*unreasonableness*” sebagai batas ketat yang memperbolehkan intervensi pengadilan ke ranah administrasi, yakni ketika Pejabat Pemerintah bertindak dengan tidak beralasan (*unreasonable*) atau bertindak dengan alasan yang tidak dapat diterima. Terkadang “*unreasonable*” digambarkan sebagai tindakan ekstrem dari Pejabat, **De Smith** menggambarkan keputusan yang

²⁶ *Ibid.*, hlm 58.

²⁷ Martina Kunnecke, *Op.Cit.*, hlm 44-46.

unreasonable sering menimbulkan ekspresi seperti “*My goodness, that is certainly wrong!*”²⁸

Doktrin *ultra vires* juga menjadi salah satu dasar pengujian tindakan Pemerintah yang dikembangkan oleh hakim-hakim di Inggris. *Landmark case*

²⁸ Stanley A. De Smith, Harry Woolf, dan Jeffrey L. Jowell, *Op.Cit.*, hlm 483.

untuk penggunaan doktrin tersebut adalah *Anismic Ltd. v. Foreign Compensation Comission (1969)*.²⁹ Dalam perkara *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service (1984)*, Lord Diplock mengidentifikasi 3 (tiga) klasifikasi yang dapat menjadi dasar *judicial review* terhadap tindakan pemerintah, yaitu: (1) Ilegalitas (*Illegality*), termasuk di dalamnya *ultra vires* dalam arti sempit dan luas, *error of law*, dan *fetterig discretion*; (2) Irasionalitas (*Irrationality*), termasuk di dalamnya *unreasonableness* dan proporsionalitas; (3) Ketidapatutan Prosedur (*Procedural Impropriety*), termasuk di dalamnya pelanggaran prosedur yang ditentukan undang-undang, keberpihakan, tidak ada *fair hearing*, tidak dapat memberikan alasan terhadap keputusan.³⁰

William Wade memberikan sebuah teori „*legislative intent*” yang berusaha mencakup semua dasar pengujian tindakan Pemerintah, menurutnya *judicial review* yang dilakukan pengadilan merupakan upaya mewujudkan kehendak Parlemen. Baginya hakim yang menegakkan pembatasan undang-undang bagi tindakan Pemerintah sedang berupaya mewujudkan kehendak Parlemen, baginya istilah *ultra vires* atau *error of jurisdiction* hanya bersifat artifisial. Namun **Wade** tidak dapat menjelaskan *judicial review* terhadap kekuasaan tindakan yang tidak bersumber dari undang-undang, ia menerima hal tersebut sebagai pengecualian yang tidak dapat dijelaskan oleh teori „*legislative intent*”.³¹

Dengan adanya *Human Rights Act (HRA) 1998* yang mengadopsi *European Consvention on Human Rights*, meskipun tidak ada pengaturan yang membentuk *Constitutional Court* untuk membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan Konvensi, namun berdasarkan *Section 3 HRA* tidak boleh ada undangundang maupun peraturan di bawahnya yang tidak sesuai dengan Konvensi. Jika terdapat ketidaksesuaian Pengadilan dimungkinkan mengeluarkan „*declarations of incompatible*”, meskipun tidak mengikat dan tidak dapat membatalkan peraturan yang dinyatakan tidak sesuai, namun secara politik

²⁹ Mark Aronson, Bruce Dyer, Matthew Groves, *Judicial Review Of Administrative Action* (3rd ed.), Sydney: Lawbook Co, 2004, hlm 10.

³⁰ John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law* (4th ed.), New York: Palgrave McMillan, 2002, hlm 368.

³¹ Mark Aronson, Bruce Dyer, Matthew Groves, *Op.Cit.*, hlm 102-105.
Op.Cit., hlm

pernyataan tersebut dapat mendorong pihak yang berwenang untuk mengubah peraturan tersebut.³²

Di Amerika Serikat Pengadilan juga memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian berupa *constitutional review* baik terhadap undang-undang maupun tindakan Pemerintah Federal dan juga Negara bagian. Dalam Anotasi Konstitusi Amerika Serikat digambarkan bahwa selama *Costitutional Convention*, telah pernah ada gagasan untuk membentuk *Council of Revision* yang beranggotakan Hakim dan Presiden untuk memberikan *veto* terhadap undangundang yang dibuat Kongres, namun usulan pembentukan *Council of Revision* ini sebanyak 4 (empat) kali mendapatkan penolakan.³³

Konstitusi Amerika Serikat sesungguhnya tidak pernah secara eksplisit memberikan kewenangan kepada Pengadilan Federal untuk melakukan *constitutional review*. Sebagaimana Inggris, kewenangan Pengadilan Federal Amerika Serikat melakukan pengujian terhadap tindakan Pemerintah merupakan upaya *judicial activism* dari pengadilan yang dimulai oleh **Chief Justice Marshall** dalam *landmark case Marbury v. Madison*. Melalui perkara tersebut pengadilan di Amerika Serikat pertama kali melakukan *judicial review* dan menyatakan kewenangannya melakukan *constitutional review* terhadap tindakan eksekutif maupun legislatif. **John Marshall** menyatakan bahwa kewenangan *constitutional review* bersifat melekat (*inherent*) pada lembaga peradilan.³⁴ Di Amerika Serikat tidak terdapat pengadilan administrasi tersendiri, *judicial review* dapat dilakukan mulai dari pengadilan di Negara Bagian hingga berujung di Mahkamah Agung Negara Federal.

Mahkamah Agung pun telah mengembangkan „*justiciability doctrines*” untuk menentukan suatu perkara dapat diuji melalui *judicial review* atau justru harus dihindari untuk diuji. Doktrin tersebut merupakan penafsiran para hakim Mahkamah Agung di Amerika Serikat terhadap Undang-Undang Dasar Amerika Serikat serta dengan menggunakan prinsip „*prudent judicial administration*”.

³² Martina Kunnecke, 20.

³³ Kenneth R. Thomas dan Larry M. Eig (Ed), *The Constitution Of The United States Of America: Analysis And Interpretation* (Centennial ed.), (Washington: U. S. Government Prin sting, 2014), hlm 696.

³⁴ *Ibid*, hlm 758-773.

Op.Cit., hlm

Berikut prinsip-prinsip yang termasuk ke dalam „*justiciability doctrines*”: ³⁵

1. Larangan memberikan *advisory opinions* untuk kepentingan apa pun termasuk *advisory opinions* terkait koonstitusionalitas rancangan undang-undang maupun *constitutional questions* dari cabang kekuasaan lain;
2. Doktrin (*legal*) *standing*, yang menentukan pihak mana yang dapat mengajukan perkara ke pengadilan;
3. Doktrin *ripeness*, yang menghendaki terdapatnya kerugian konstitusional yang bersifat aktual terhadap pemohon, bukan kerugian yang bersifat spekulatif atau mungkin tidak akan pernah terjadi;
4. Doktrin *mootness*, yang menghendaki terdapatnya *actual controversy* pada saat persidangan di Pengadilan Federal. Terdapat beberapa fakta yang memungkinkan suatu perkara tidak lagi dapat dipersidangkan karena tergolong sebagai „*moot case*”, seperti pemohon yang mengalami kerugian meninggal sebelum persidangan atau peraturan yang diuji telah dicabut atau tidak berlaku lagi;
5. Doktrin *political question*, yang menentukan suatu perkara yang diduga melanggar konstitusi meskipun *justiciable*, namun pengadilan harus menghindari melakukan *judicial review* karena perkara sangat bersifat politis dan sebaiknya diselesaikan dengan proses politik.

Berbeda dengan Inggris yang tidak mengenal pengujian terhadap undang-undang, di Amerika Serikat undang-undang yang dibentuk Kongres sekalipun merupakan objek *constitutional review*, hal tersebut dilatarbelakangi perbedaan antara sistem pemerintahan parlementer yang menganut supremasi parlemen di Inggris dengan sistem pemerintahan presidensil yang menganut supremasi konstitusi di Amerika Serikat. Disebut *constitutional review* karena setiap pengujian yang dilakukan oleh Pengadilan Federal di Amerika Serikat baik terhadap undang-undang maupun berbagai macam tindakan pemerintah dengan batu uji konstitusi dalam rangka supremasi konstitusi.³⁶

2. Civil Law

Peradilan administrasi yang dikenal saat ini di Jerman pada awalnya merupakan peradilan semua administrasi yang merupakan bagian dari kekuasaan administrasi (eksekutif) itu sendiri, sehingga Pemerintah menjadi hakim pada perkaranya sendiri. Meningkatnya campur tangan administrasi terhadap kehidupan individu dibarengi meningkatnya kesadaran terhadap hak asasi manusia membuat

³⁵ Erwin Chemirinsky, 49-129.

³⁶ Article VI Clause 2 the Constitution of the United States of America menyatakan bahwa „*This Constitution... shall be supreme Law of the Land.*”

Op.Cit., hlm

kelompok-kelompok liberal menuntut kontrol efektif terhadap tindakan Pemerintah melalui pengadilan yang independen.³⁷

Otto Bahr mendukung pandangan bahwa Pemerintah merupakan bagian dari masyarakat sehingga juga harus diadili di pengadilan umum. Namun pada saat itu pengadilan umum didominasi kelompok borjuis yang memiliki kedekatan

³⁷ Martina Kunnecke, 21-22.
Op.Cit., hlm

dengan Pemerintah. **Rudolf von Gneist** mengusulkan pembentukan pengadilan tersendiri yang terpisah dari pengadilan umum. Usul dari **von Gneist** berhasil diterima di *Germany Lawyers Convention* tahun 1875.³⁸

Selain Peradilan Administrasi, Jerman juga memiliki Mahkamah Konstitusi yang juga memiliki kewenangan menguji tindakan Pemerintah. Kedua lembaga tersebut merupakan lembaga yang dibentuk dan kewenangannya diatur dalam konstitusi.³⁹ Terkait tindakan Pemerintah Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan di antaranya sebagai berikut:⁴⁰

1. Memutus ketidaksesuaian antara undang-undang Negara Federal atau undang-undang Negara Bagian terhadap Konstitusi, atau undang-undang Negara Bagian terhadap undang-undang negara Federal (*abstract review of norms*);
2. Memutus perkara *constitutional question* dari pengadilan umum maupun pengadilan administrasi terhadap undang-undang Negara Federal maupun undang-undang Negara Bagian yang sedang diterapkan oleh pengadilan (*concrete review of Laws*);
3. Memutus *costitutional complaint* atas permohonan individu yang merasa haknya terlanggar atau berpotensi terlanggar oleh tindakan Pemerintah.

Sedangkan Peradilan Administrasi di Jerman memiliki kewenangan secara umum memeriksa dan memutus semua sengketa yang berkaitan dengan hukum publik dengan syarat sengketa tersebut tidak memiliki karakter ketatanegaraan

(*constitusional*) dan juga bukan merupakan yurisdiksi pengadilan lain.⁴¹

Peradilan Administrasi di Jerman merupakan campuran sistem antara

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Article 93, Article 95 the Constitution of Federal Republic of Germany of 1949 (Amended)

⁴⁰ Kewenangan Mahkamah Konstitusi selengkapnya dapat dilihat di Article 93 the Constitution of Federal

Republic of Germany of 1949 (Amended)

⁴¹ Section 40 (1) Code of Administrative Court Procedure of Germany menyatakan bahwa:

“Recourse to the administrative court shall be available in all public-law disputes of a non-constitutional nature insofar as the disputes are not explicitly allocated to another court by a federal statute. Public-law disputes in the field of Land law may also be assigned to another court by a Land statute.”

Op.Cit., hlm

Pengadilan Administrasi Negara Bagian dengan Pengadilan Administrasi Federal. Peradilan

Administrasi dilaksanakan dengan sistem 2 (dua) tingkat oleh Pengadilan Administrasi Negara Bagian dan Pengadilan Administrasi Federal sebagai *Supreme Federal Court*.⁴²

Peradilan Administrasi Jerman menggunakan hukum acara *inquisitorial*, sehingga memungkinkan hakim secara aktif memerintahkan para pihak untuk mengumpulkan barang bukti. Hukum acara ini menekankan pada prinsip *completeness*, *openness*, dan *neutrality* dalam pengumpulan alat bukti. Beban pembuktian pun tidak dibebankan kepada pemohon, melainkan kepada pihak yang memiliki akses terhadap barang bukti yang dibutuhkan. Pengadilan memiliki kewajiban untuk memastikan Pejabat Administrasi memberikan barang bukti yang ada di lingkungan mereka.⁵²

Beberapa prinsip yang dapat menjadi dasar *judicial review* di peradilan administrasi adalah pelanggaran hak asasi manusia dan pelanggaran prinsip legalitas. Pengadilan dapat menguji prinsip legalitas dengan mempertanyakan kompetensi yang berkaitan dengan kewenangan, prosedur yang berkaitan dengan adanya *fair hearing*, dan bentuk yang berkaitan dengan ketepatan tindakan administrasi yang disertai dengan pemberian alasan. Tidak semua pelanggaran terhadap prinsip legalitas serta merta menyebabkan suatu keputusan batal, seperti tidak adanya *fair hearing* yang dapat diperbaiki dengan memberikan *hearing* kepada pemohon.⁴³

D. Judicial Review Terhadap Tindakan Pemerintah di Indonesia

Kekuasaan kehakiman di Indonesia mengalami bifurkasi dengan dibentuknya Mahkamah konstitusi Republik Indonesia. Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 menyatakan bahwa:⁴⁴

⁴² L. A. Weber, *Judicial Review in Federal Republic of Germany*, dalam Yong Zhang, *Op.Cit.*, hlm 248. ⁵² Martina Kunnecke, *Op.Cit.*, hlm 46-47.

⁴³ *Ibid.*, hlm 36-37.

⁴⁴ Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945
Op.Cit., hlm

“Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan sebuah Mahkamah Konstitusi.”

Baik Mahkamah Agung maupun Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk melakukan *judicial review*. Mahkamah Konstitusi yang dibentuk melalui perubahan Undang-Undang Dasar, menurut Pasal 24C ayat (1) Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk menguji (*judicial review*) undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar.⁴⁵ Selain itu, dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUUVII/2009 terhadap pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan menguji Perpu yang dikeluarkan oleh Presiden.⁴⁶ Dalam putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi melakukan penafsiran yang mempersamakan Perpu dengan undang-undang sehingga memutuskan bahwa Mahkamah Konstitusi juga berwenang menguji Perpu. Hal serupa juga terjadi pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 33/PUU-XI/2011 terhadap pengujian undang-undang yang meratifikasi ASEAN Charter,⁴⁷ meskipun Mahkamah Konstitusi menolak permohonan pemohon, namun Mahkamah Konstitusi secara tidak langsung telah menyatakan kewenangannya menguji perjanjian internasional dengan mempersidangkan pokok perkara permohonan dan tidak menyatakan permohonan „tidak dapat diterima“.⁴⁸

⁴⁵ Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945

⁴⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 138/PUU-VII/2009

⁴⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 33/PUU-XI/2011

⁴⁸ Mahkamah Konstitusi pada dasarnya memiliki 3 (tiga) jenis putusan, yaitu: (1) Putusan „permohonan tidak dapat diterima“ jika permohonan tidak memenuhi syarat pengujian (salah satu syarat pengujian adalah kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam melakukan pengujian terhadap aturan yang domohonkan); (2) Putusan „permohonan dikabulkan“ jika permohonan beralasan; dan (3) Putusan „permohonan ditolak“ jika undang-undang yang diuji tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Lihat Pasal 56 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia jo. Pasal 51A ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Op.Cit., hlm

Mahkamah Agung memiliki kewenangan menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.⁴⁹ Untuk mengetahui peraturan perundang-undangan yang termasuk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, berikut kutipan Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan:⁵⁰

- (1) Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:
 - a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan rakyat;
 - c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
 - d. Peraturan Pemerintah;
 - e. Peraturan Presiden;
 - f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
 - g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.”

Oleh karena itu terdapat 4 (empat) jenis peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang menjadi objek kewenangan *judicial review* dari Mahkamah Agung, yaitu: (1) Peraturan Pemerintah; (2) Peraturan Presiden; (3) Peraturan Daerah Provinsi; (4) Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. Dilembagakannya hierarki/ tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia menimbulkan beberapa kerancuan, di antaranya adalah posisi peraturan perundang-undangan lain yang tidak termasuk dalam hierarki peraturan perundang-undangan. Pembentuk undang-undang bukan tidak menyadari eksistensi peraturan perundang-undangan lain di luar yang disebutkan dalam hierarki peraturan perundang-undangan, hal tersebut dapat dibuktikan dengan adanya Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 yang menyatakan bahwa:

- (1) Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

⁴⁹ Pasal 24A ayat (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945

⁵⁰ Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

Op.Cit., hlm

- (2) Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

Meskipun peraturan perundang-undangan di luar hierarki peraturan perundangundangan telah diakui keberadaan dan kekuatan hukumnya, namun diundangkannya hierarki peraturan perundang-undangan masih menyisakan beberapa permasalahan terkait peraturan perundang-undangan yang tidak termasuk dalam hierarki peraturan perundangundangan, yaitu: **Pertama**, dimana posisi hierarkis peraturan perundang-undangan yang berada di luar hierarki peraturan perundang-undangan? Mengingat bagi peraturan perundang-undangan yang berada di dalam hierarki peraturan perundang-undangan kekuatan hukumnya telah ditentukan sesuai dengan hierarki yang telah dibuat. Sebagai contoh, apakah Peraturan yang ditetapkan oleh badan Pemeriksa Keuangan yang berada di luar hierarki berarti lebih rendah dari Peraturan Presiden yang berada di dalam hierarki? **Kedua**, bagaimana mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan di luar hierarki peraturan perundang-undangan? Mengingat objek kewenangan *judicial review* oleh Mahkamah Agung adalah peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Sebagai contoh, apakah Peraturan Bank Indonesia yang berada di luar hierarki merupakan objek kewenangan *judicial review* oleh Mahkamah Agung?

Peraturan perundang-undangan tersebut, kecuali peraturan yang di keluarkan oleh badan yang berada di dalam cabang kekuasaan legislatif dan yudikatif, merupakan bagian dari tindakan pemerintah yaitu tindakan pemerintah di bidang hukum publik untuk menjalankan fungsi pemerintahan. Selain memiliki masalah hierarkis yang dapat berimplikasi pada tidak terdapatnya jaminan sinkronisasi dan harmonisasi di antara peraturan perundang-undangan yang diakui tersebut dengan peraturan yang lebih tinggi, bukan tidak mungkin peraturan perundang-undangan di luar yang berada di luar hierarki dibuat secara *ultra vires*, baik tanpa kewenangan, melampaui kewenangan, maupun penyalahgunaan kewenangan. Dari sisi hak asasi manusia, bukan tidak mungkin peraturanperaturan tersebut melanggar hak asasi manusia. Meskipun berupa peraturan internal, bukan tidak mungkin melanggar hak prosedural warga negara terkait akses terhadap lembaga yang bersangkutan.

Terhadap kekosongan hukum tersebut,
Op.Cit., hlm

Ali Abdurahman dan Rahayu

Preasetianingsih dalam tulisannya yang berjudul “Peraturan yang dibentuk oleh Lembaga Negara selain Legislatif dan Eksekutif (DPR dan/atau Presiden)” berusaha menjawab dengan melakukan penafsiran berikut: ⁵¹ **Pertama**, pada prinsipnya menurut pembagian fungsi-fungsi negara ke dalam fungsi eksekutif, legislatif, dan yudikatif, yang berwenang membentuk peraturan perundang-undangan hanya ada pada satu fungsi, yaitu fungsi legislatif. **Kedua**, kewenangan pembentukan peraturan oleh beberapa lembaga negara bersumber atau berdasarkan kepada undang-undang masing-masing lembaga negara tersebut. **Ketiga**, oleh karena pembentukan peraturan oleh beberapa lembaga negara tersebut berdasarkan undang-undang maka posisi peraturan tersebut dapat dikatakan berada di bawah undang-undang dan pengujiannya pun hanya dapat dilakukan terhadap (atau dengan batu uji) undang-undang dalam arti formal yang dibentuk oleh DPR bersama dengan Presiden.

Dengan dasar pemikiran tersebut di atas, bahwa peraturan perundang-undangan yang berada di luar hierarki peraturan perundang-undangan secara hierarkis juga berada di bawah undang-undang dan hanya dapat diuji dengan batu uji undang-undang, maka pengujian peraturan-peraturan tersebut dapat dilakukan oleh Mahkamah Agung.

Dua pranata *judicial review* yang telah dipaparkan di atas merupakan *judicial review* terhadap peraturan perundang-undangan yang bersifat mengatur, baik *primary legislation* maupun *secondary legislation*. Selain *judicial review* terhadap tindakan pemerintah dalam bentuk peraturan perundang-undangan, terdapat mekanisme *judicial review* terhadap tindakan pemerintah dalam bentuk keputusan administrasi. Kekuasaan melakukan *judicial review* terhadap keputusan administrasi merupakan yurisdiksi dari Peradilan Tata Usaha Negara sebagai salah satu lingkungan peradilan di bawah Mahkamah Agung.

Peradilan Tata Usaha Negara adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan terhadap sengketa Tata Usaha Negara.⁵² Sengketa Tata Usaha Negara adalah sengketa yang timbul dalam bidang tata usaha negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat tata usaha negara, baik di

⁵¹ Susi Dwi Harijanti (Ed), *Op.Cit.*, hlm 149-158.

⁵² Pasal 4 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara
Op.Cit., hlm

pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya keputusan tata usaha negara, termasuk sengketa kepegawaian.⁵³ Hukum acara Peradilan Tata Usaha Negara bersifat inquisitorial, hakim pada peradilan tersebut bersifat aktif dan menentukan apa yang harus dibuktikan, beban pembuktian.⁵⁴

Di Indonesia keputusan tata usaha negara yang menjadi objek kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara pada mulanya dibatasi dengan karakteristik tertentu, yaitu konkret, individual, dan final.⁵⁵ Pembatasan tersebut dipengaruhi oleh konsep hukum administrasi di Belanda yang mempengaruhi banyak ahli hukum di Indonesia termasuk Indroharto, sebagai salah satu perancang utama Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986.

Pembatasan dengan model dari Belanda tersebut sendiri menurut **Dekker** dan **Drupsteen** tidak dapat dikatakan sebagai model yang tepat bagi setiap negara.⁵⁶

Terdapat 3 (tiga) kondisi keputusan tata usaha negara yang dapat menjadi objek *judicial review* di Peradilan Tata Usaha Negara, yaitu:⁵⁷

- (1) Keputusan Tata Usaha Negara sebagai suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundangundangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.
- (2) Disamakan sebagai keputusan tata usaha negara tindakan badan atau pejabat tata usaha negara tidak mengeluarkan keputusan, sedangkan hal itu menjadi kewajibannya.
- (3) Disamakan sebagai menolak mengeluarkan keputusan tata usaha negara tindakan badan atau pejabat tata usaha negara tidak mengeluarkan keputusan tata usaha negara yang dimohon, sedangkan jangka waktu keputusan tata usaha negara tersebut dikeluarkan telah lewat.⁵⁸

⁵³ Pasal 1 butir 10 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

⁵⁴ Pasal 107 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986

⁵⁵ Pasal 1 butir 9 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

⁵⁶ Adriaan Bedner, *Administrative Courts in an Executive-Dominated State: The Case Of Indonesia*, dalam Yong Zhang, *Op.Cit.*, hlm 183.

⁵⁷ Pasal 1 butir 9 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara jo. Pasal 3 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

⁵⁸ Dalam Pasal 53 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Badan atau Pejabat Pemerintahan wajib menetapkan Keputusan/ Tindakan dalam batas waktu sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan, jika ketentuan peraturan perundang-undangan
Op.Cit., hlm

Beberapa jenis keputusan tata usaha negara dikecualikan dari yurisdiksi Peradilan Tata Usaha Negara, dengan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 yang menyatakan bahwa:⁵⁹

Tidak termasuk dalam pengertian Keputusan Tata Usaha Negara menurut Undang-Undang ini:

- a. Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan perbuatan hukum perdata;
- b. Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan pengaturan yang bersifat umum;
- c. Keputusan Tata Usaha Negara yang masih memerlukan persetujuan;
- d. Keputusan Tata Usaha Negara yang dikeluarkan berdasarkan ketentuan Kitab

Undang-Undang Hukum Pidana dan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana atau peraturan perundang-undangan lain yang bersifat hukum pidana;

- e. Keputusan Tata Usaha Negara yang dikeluarkan atas dasar hasil pemeriksaan badan peradilan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- f. Keputusan Tata Usaha Negara mengenai tata usaha Tentara Nasional Indonesia;
- g. Keputusan Komisi Pemilihan Umum baik di pusat maupun di daerah mengenai hasil pemilihan umum

Dalam praktik, hakim-hakim pada Peradilan Tata Usaha Negara melakukan *judicial activism* pada beberapa kasus terkait objek kewenangannya. Dalam Perkara Nomor 14/K/1993, sebelum adanya putusan perkara tersebut Perusahaan Listrik Negara (PLN) mempertahankan praktik bahwa hubungan PLN dengan pelanggannya merupakan hubungan kontraktual berdasarkan hukum perdata, kontrak tersebut juga merujuk Pengadilan Umum sebagai mekanisme penyelesaian sengketa dengan pelanggan. Meskipun demikian Pengadilan Tata Usaha Negara turut memeriksa perkara gugatan terhadap sanksi administrasi yang dikeluarkan oleh PLN dengan alasan kewenangan PLN mengeluarkan sanksi tersebut berdasarkan kepada hukum publik. Dengan kata lain, keberadaan kontrak tidak dapat mengesampingkan yurisdiksi Pengadilan Tata Usaha Negara. Selain kasus tersebut, Peradilan Tata Usaha Negara juga melakukan *judicial activism* beberapa perkara lain, yang paling

tidak menentukan batas waktu, maka batas waktu Keputusan/ Tindakan tersebut dikeluarkan adalah 10 (sepuluh) hari kerja. Jika dalam batas waktu tersebut Badan atau Pejabat Pemerintahan tidak menetapkan Keputusan/Tindakan yang dimohonkan maka permohonan dapat dianggap dikabulkan melalui putusan penerimaan permohonan oleh Pengadilan Tata Usaha Negara.

⁵⁹ Pasal 2 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

Op.Cit., hlm

kontroversial adalah pembatalan akta notaris yang dianggap hakim kasasi Mahkamah Agung pada perkara Nomor 5/K/TUN/1992 sebagai keputusan administrasi.⁶⁰

Namun dengan adanya Undang-Undang Nomor 30 tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan sebagai hukum materil hukum administrasi negara, meskipun belum ditindaklanjuti oleh perubahan Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagai hukum formilnya, objek kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara mengalami perluasan bukan hanya terhadap keputusan tata usaha negara (disebut dalam undang-undang ini sebagai „Keputusan Administrasi Pemerintahan“), tetapi juga Tindakan Administrasi Pemerintahan, bahkan yang berupa Diskresi.⁶¹ Keputusan Administrasi Pemerintahan diartikan sebagai ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Sedangkan Keputusan Administrasi Pemerintahan diartikan sebagai perbuatan Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan. Tergolong kedalam Diskresi adalah Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.⁶²

Pembatasan karakteristik konkret, individual, dan final pada Keputusan Tata Usaha Negara yang menjadi objek kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara sudah tidak dikenal lagi. Dengan dimasukkannya Tindakan Administrasi Pemerintahan sebagai objek kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara, bahkan Peradilan Tata Usaha Negara dapat menguji objek yang tidak tertulis. Selain objek Keputusan Elektronik yang dipersamakan sebagai Keputusan Tertulis.⁶³ Dalam praktik memang

⁶⁰ Adriaan Bedner, *Administrative Courts in an Executive-Dominated State: The Case Of Indonesia*, dalam Yong Zhang, *Op.Cit.*, hlm 185-186.

⁶¹ Pasal 21 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

⁶² Pasal 1 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

⁶³ Pasal 38 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

sering ditemukan Keputusan Tata Usaha Negara yang bersifat lisan (dapat digolongkan sebagai Tindakan Administrasi Pemerintahan menurut Undang-Undang Administrasi Pemerintahan) yang menimbulkan akibat hukum yang merugikan seseorang atau badan hukum yang semula tidak dapat diadili di Peradilan Tata Usaha Negara.⁶⁴

Perluasan objek pengujian pada Peradilan Tata Usaha Negara melalui Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, menyerupai model objek *judicial review* terhadap tindakan Pemerintah di negara dengan tradisi hukum *common law*.⁶⁵ Dimana sebenarnya antara Indonesia dengan Inggris terdapat perbedaan dalam konteks lembaga peradilan yang menangani perkara *judicial review* tindakan pemerintah. Di Indonesia sebagaimana umumnya negara dengan tradisi *civil law*, terdapat Pengadilan Tata Usaha Negara yang terpisah dari lingkungan Peradilan Umum. Sementara di Inggris pengujian tindakan pemerintah dilakukan di peradilan umum dengan prinsip remedial, setiap tindakan pemerintah selama dianggap merugikan warga negara dapat digugat di peradilan umum.

Dengan dijadikannya Tindakan Administrasi Pemerintah, termasuk perbuatan faktual yang dapat saja bukan merupakan perbuatan hukum, terdapat overlap dengan kewenangan Pengadilan Umum dalam perkara keperdataan yaitu Perbuatan Melawan Hukum Negara berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata. Menurut **Indroharto**, ganti rugi yang diputus Peradilan Administrasi Negara tidak menghilangkan kemungkinan pengajuan ganti rugi di Pengadilan Umum.⁶⁶

Jika menurut Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara yang dapat melakukan gugatan di Peradilan Tata Usaha Negara adalah orang atau badan hukum,⁶⁷ dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dimungkinkan Badan

⁶⁴ Ujang Abdullah, Reformasi Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara Berkaitan Dengan Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, 3-4. http://ptun-jakarta.go.id/wpcontent/uploads/file/berita/daftar_artikel/Reformasi%20Undang-Undang%20Peradilan%20Tata%20Usaha%20Negara%20Berkaitan%20Dengan%20Rancangan%20Undang-Undang%20Administrasi%20Pemerintahan.pdf

⁶⁵ Dalam Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan yang dibuat oleh Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, *Administrative Procedure Act* yang mengatur hal serupa di Amerika Serikat memang menjadi salah satu rujukan perbandingan.

⁶⁶ Ujang Abdullah, *Op.Cit.*, hlm 8.

⁶⁷ Pasal 1 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-

Op.Cit., hlm

atau Pejabat Pemerintahan mengajukan permohonan kepada Pengadilan Tata Usaha Negara untuk menilai ada atau tidak ada unsur penyalahgunaan wewenang dalam Keputusan/Tindakan Pemerintahan yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Pemerintahan lainnya.⁶⁸

Alasan yang dapat digunakan untuk melakukan gugatan terhadap tindakan/keputusan administrasi yang ditentukan undang-undang adalah tindakan/keputusan administrasi negara yang digugat bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, keputusan tata usaha negara yang digugat bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik, dan/atau penyalahgunaan wewenang (*ultra vires*).⁶⁹ Sebelum dimasukkannya asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagai salah satu alasan gugatan dalam undang-undang, telah terdapat perkembangan yurisprudensi di Mahkamah Agung yang menerima gugatan terhadap keputusan administrasi dengan alasan keputusan tersebut bertentangan atau melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik. Saat itu asas-asas umum pemerintahan yang baik telah dianggap sebagai bagian dari hukum administrasi negara yang tidak tertulis.⁷⁰ Saat ini selain asas-asas umum pemerintahan yang baik telah diundangkan sebagai salah satu alasan gugatan pada peradilan administrasi negara, telah ada Undang-Undang Nomor 28 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme yang melembagakan asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik juga Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan Sendiri.⁸¹

Kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara melakukan *judicial review* terhadap keputusan administrasi merupakan *last resort*, jika seluruh upaya administratif yang berkaitan dengan keputusan tersebut telah ditempuh.⁸² Upaya administratif dapat berupa keberatan dan banding administratif yang dapat dilakukan terhadap setiap keputusan/tindakan administrasi pemerintahan,⁸³ atau juga

Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

⁶⁸ Pasal 21 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

⁶⁹ Pasal 53 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara jo. Pasal 17 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

⁷⁰ Lihat P. E. Lotulung, *Judicial Review in Indonesia*, dalam Yong Zhang, *Op.Cit.*, hlm 170
Op.Cit., hlm

penyelesaian sengketa oleh lembaga lain sebagai contoh, Peradilan Tata Usaha Negara berwenang menyelesaikan sengketa perburuhan jika upaya penyelesaian sengketa oleh Panitia Penyelesaian Perselisihan Perburuhan Daerah (P4-D) yang dapat dilakukan banding kepada Panitia Penyelesaian Perselisihan Perburuhan Pusat (P4-P) telah ditempuh.⁸⁴

Dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, bagi badan atau pejabat pemerintahan yang diwajibkan melaksanakan putusan Pengadilan Tata Usaha Negara, jika tidak badan atau pejabat tersebut dapat dijatuhkan sanksi administratif sedang, berupa:⁸⁵

- a. pembayaran uang paksa dan/atau ganti rugi;
- b. pemberhentian sementara dengan memperoleh hak-hak jabatan; atau

⁸¹ Pasal 3 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme menyatakan bahwa asas-asas umum penyelenggaraan negara meliputi:

1. Asas Kepastian Hukum;
2. Asas Tertib Penyelenggaraan Negara;
3. Asas Kepentingan Umum;
4. Asas Keterbukaan;
5. Asas Proporsionalitas; 6. Asas Profesionalitas; dan
7. Asas Akuntabilitas.

Sementara dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, asas-asas umum pemerintahan yang baik meliputi:

1. Kepastian hukum;
2. Kemanfaatan;
3. Ketidakberpihakan
4. Kecermatan;
5. Tidak menyalahgunakan kewenangan;
6. Kecermatan;
7. Keterbukaan; 8. Kepentingan Umum; dan
9. Pelayanan yang baik.

⁸² Pasal 48 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara ⁸³ Pasal 75 Undang-Undang republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan ⁸⁴ P. E. Lotulung, *Judicial Review in Indonesia*, dalam Yong Zhang, *Op.Cit.*, hlm. 170-171.

⁸⁵ Pasal 53 ayat (6), Pasal 80 ayat (2), Pasal 81 ayat (2) Undang-Undang republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

- c. pemberhentian sementara tanpa memperoleh hak-hak jabatan.

Sebagaimana telah disinggung sebelumnya sistem hukum di Indonesia juga memungkinkan warga Negara untuk menggugat Negara secara keperdataan melalui Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa (*onrechtmatige overheidsdaad*)

berdasarkan Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*), yang menyatakan bahwa:⁷¹

“Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.”

Gugatan juga dapat dilakukan secara berkelompok (*class action*) sebagaimana diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2002 tentang Acara Gugatan Perwakilan Kelompok.⁷² Meskipun menggunakan perspektif hukum perdata yang termasuk ke dalam hukum privat, gugatan semacam ini juga digunakan sebagai salah satu mekanisme menguji tindakan Pemerintah melalui lembaga pengadilan (*judicial review*).

Dengan pemaparan tersebut di atas dapat dirangkum bahwa *judicial review* terhadap tindakan Pemerintah di Indonesia dapat dilakukan melalui beberapa lembaga peradilan tergantung kepada objek apa yang akan diuji. Tindakan Pemerintah berupa pengaturan dalam bentuk Perpu (meskipun memiliki materi muatan sebagaimana *primary legislation*) dapat diuji di Mahkamah Konstitusi. Tindakan Pemerintah berupa pengaturan dalam bentuk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang dapat diuji di Mahkamah Agung. Tindakan Pemerintah berupa Keputusan/ Tindakan Administrasi Pemerintahan dapat diuji di Peradilan Tata Usaha Negara. Sedangkan mekanisme pengujian secara keperdataan terhadap tindakan Pemerintah yang diduga merupakan Perbuatan Melawan Hukum oleh Negara dapat dilakukan melalui Peradilan Umum.

E. Kesimpulan

Judicial review terhadap tindakan Pemerintah merupakan salah satu perlindungan hukum yang penting untuk masyarakat. Pemerintah sebagai pemegang kekuasaan eksekutif dalam melakukan tindakan untuk kepentingan pemerintahan berpotensi melaksanakan kewenangannya secara *ultra vires* bahkan melanggar hak-hak asasi warga Negara.

⁷¹ Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

⁷² Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2002 tentang Acara Gugatan Perwakilan Kelompok

Op.Cit., hlm

Judicial Review merupakan pranata yang berkembang di banyak negara yang demokratis termasuk di negara dengan tradisi hukum *common law* maupun *civil law*. Perbedaan paling pokok antara negara dengan tradisi hukum *common law* dengan negara dengan tradisi hukum *civil law* adalah berkembangnya pengadilan khusus yang menangani perkara administrasi di negara dengan tradisi *civil law*, sebaliknya di negara *common law* tidak ada pengadilan khusus untuk menangani perkara administrasi, sehingga perkara administrasi diselesaikan di pengadilan umum. Di negara-negara *common law*, *judicial review* berkembang melalui putusan-putusan pengadilan dan doktrin-doktrin yang dikembangkan oleh hakim. Sedangkan di negara *civil law*, *judicial review* berkembang melalui pembaharuan konstitusi dan peraturan perundang-undangan.

Di Indonesia *judicial review* dilaksanakan oleh Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya dengan yurisdiksi masing-masing. Indonesia memiliki tradisi hukum *civil law*. Selain melalui peraturan perundang-undangan, putusan hakim juga banyak mempengaruhi pranata *judicial review* di Indonesia. Perkembangan pranata *judicial review* di Indonesia banyak dipengaruhi juga dari negara-negara dengan tradisi *common law*.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Asshidiqie, Jimly. Hukum Acara Pengujian Undang-Undang, Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- Asshidiqie, Jimly. Perihal Undang-Undang, Jakarta: Rajawali Press, 2010.
- Asshidiqie, Jimly. Teori Hans Kelsen tentang Hukum, Jakarta: Sekretariat Jenderal & Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.
- Alder, John. General Principles of Constitutional and Administrative Law (4th ed.), New York: Palgrave MacMillan, 2002.
- Aronson, Mark. Dyer, Bruce. Groves, Matthew. Judicial Review Of Administrative Action (3rd ed.), Sydney: Lawbook Co, 2004.
- Beale, Andrew. Essential Constitutional Law (2nd ed.), London: Cavendish Publishing Ltd, 1997.

Chemerinsky, Erwin. *Constitutional Law, Principles and Policies* (3rd ed.), United States of America: Aspen Publisher, 2006.

De Smith, Stanley A. Woolf, Harry. dan Lowell, Jeffrey L. *Judicial Review Of Administrative Action*, London: Sweet & Maxwell, 1995.

Elliot, M. *The Constitutional Foundations Of Judicial Review*, Oxford: Hart Publishing, 2001).

Harijanti, Susi Dwi. *et. al* (ed.) *Negara Hukum yang Berkeadilan*, Bandung: Rosada, 2011.

Hoesein, Zainal Arifin. *Judicial Review di Mahkamah Agung RI Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2009

Indrati, Maria Farida. *Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Yogyakarta: Kansius, 2007.

Kunnecke, Martina. *Tradition and Change in Administrative Law*, New York: Springer Berlin Heidelberg, 2007.

Lijphart, Arend. *Patterns Of Democracy, Government Forms and Performance in ThirtySix Countries* (2nd ed.), United States of America: Yae University Press, 2012.

Marbun, S. F. dan MD, Moh Mahfud. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta: Liberty, 2006.

Palmer, Ellie. *Human Rights Law in Perspective Judicial Review, Socio-Economic Rights and Human Rights Act*, Oxford: Hart Publishing, 2007.

Safa'at, Muchammad Ali. *et. al.*, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2011.

Schyff, Gerhard van der. *Judicial Review of Legislation A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, New York: Springer, 2010.

Thomas, Kenneth R. dan Eig, Larry M. (Ed), *The Constitution Of The United States Of America: Analysis And Interpretation* (Centennial ed.), Washington: U. S. Government Prinstring, 2014.

Wade, H. W. R. dan Forsyth, C. F. *Administrative Law* [10th ed.], Oxford: Oxford University Press, 2009.

Zhang, Yung. (Ed.), *Comparative Studies on the Judicial Review System in East and Southeast Asia*, Netherlands: Kluwer Law International, 1997.

B. Peraturan Perundang-undangan

Code of Administrative Court Procedure of Germany

Constitution of the Federal Republic of Germany of 1949 (Amended)

Op.Cit., hlm

Constitution of the United States of America of 1789 (Amended)

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2002 tentang Acara Gugatan Perwakilan Kelompok

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 138/PUU-VII/2009

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 33/PUU-XI/2011

Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Republik

Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Kementerian

Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi

C. Artikel Jurnal

Talagala, Chamila S. "The Doctrine of Ultra Vires and Judicial Review of Administrative Action", Bar Association Law Journal of Sri Lanka, Vol. XVII,

(2011) Phillips, J. Dickson "The Appellate Review Function: Scope of Review", Law and Contemporary Problems Vol. 47, No. 2, (Spring, 1948), 1-12. **D. Internet**

Abdullah, Ujang. Reformasi Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara Berkaitan Dengan Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, <http://ptun.jakarta.go.id>

Forsyth, Cristopher. dan Whittle, Linda. "Judicial Creativity and Judicial Legitimacy In

Administrative Law",

<http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/2002/9.txt/cgi>

[bin/download.cgi/download/nz/journals/CanterLawRw/2002/9.rtf](http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/2002/9.rtf)

Op.Cit., hlm