

***Open Legal Policy* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pembentukan Undang-Undang**

Open Legal Policy in the Constitutional Court Decision and National Legislation Making

Iwan Satriawan dan Tanto Lailam

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta
Jl. Brawijaya, Tamantirto, Kasihan, Bantul, Yogyakarta, 55183
E-mail: satria@justice.com; tanto.tatanegara@gmail.com

Naskah diterima: 12/03/2019 revisi:02/08/2019 disetujui: 20/08/2019

Abstrak

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-XIV/2016 yang menolak perluasan makna zina yang ada dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana menjadi topik yang ramai diperdebatkan. Sebagian masyarakat berpendapat bahwa seharusnya Mahkamah Konstitusi berani melakukan terobosan hukum dalam isu yang sangat penting tersebut. Namun, Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat perluasan makna zina tersebut bukan ranah kewenangan mereka. Penelitian ini bertujuan untuk mengkaji lebih jauh argumentasi hukum (*ratio decidendi*) putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *open legal policy* dan bagaimana implikasinya terhadap pembentukan peraturan perundang-undangan di Indonesia. Penelitian ini merupakan penelitian kepustakaan dengan pendekatan undang-undang dan studi kasus terhadap beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang mengandung argumentasi *open legal policy*. Secara konseptual penelitian ini juga akan membahas bagaimana implikasi putusan Mahkamah Konstitusi yang mengandung *open legal policy* tersebut terhadap sistem legislasi nasional. Hasil penelitian menunjukkan bahwa *pertama*, konsepsi *open legal policy* dalam putusan Mahkamah Konstitusi belum memiliki batasan yang jelas sehingga pengertian *positive legislator* dan *negative legislator* sering dikacaukan dalam praktik pembentukan dan pengujian undang-undang. *Kedua*, putusan yang bersifat *open legal policy* tersebut juga menunjukkan bahwa di antara hakim Mahkamah Konstitusi telah terjadi tarik

menarik penggunaan paradigma *judicial activism* dan *judicial restraints* sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum di tengah masyarakat. Penelitian ini merekemomendasikan perlunya kajian yang lebih mendalam tentang disain *open legal policy* dalam putusan Mahkamah Konsitusi dan sistem legislasi nasional Indonesia.

Kata Kunci: *Open Legal Policy*, Putusan Mahkamah Konstitusi, Sistem Legislasi Nasional.

Abstract

The Constitutional Court's Decision No. 46/PUU/XIV/2016 which rejected the petition of petitioners to broaden the meaning of zina (fornication) in the Criminal Code of Indonesia has been becoming an interesting issue to be discussed. Some argue that the Constitutional Court must use its authority to conduct a breakthrough in responding the crucial legal issue. On the other hand, the Court asserted that widening the meaning of zina in the Criminal Code of Indonesia is not its authority. The research aims at discussing further the ratio decidendi of the Decision of the Constitutional Court which contains the element of open legal policy and its implication to national legislation system. The research is a normative legal research which uses statute approach and case law approach. The result of research shows that firstly, the concept of open legal policy in the Constitutional Court's decisions does not have a clear limitation which implies uncertainty of its implementation in the Court's decisions and the national legislation system. Secondly, the Decision of the Constitutional Court with open legal policy also shows that on one hand, there is a trend of using judicial activism among the constitutional judges and on the other hand, some constitutional judges also use judicial restraint approach as their reasons which results uncertainty of law in Court's decision. The research recommends that there should be a furthert study on design model of open legal policy in the Constitutional Court decisions and its implication to national legislation system.

Keywords: *Open Legal Policy, the Constitutional Court Decisions, National Legislation System.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Kegaduhan politik di masyarakat kembali mengemuka dengan beragam provokasi yang menyudutkan dan menilai “MK pro zina - LGBT/ Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender), “MK Melegalkan LGBT”, dan lainnya. Kegaduhan dan provokasi dilatarbelakangi oleh adanya putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016 terkait pengujian Pasal 284 KUHP yang menolak perluasan makna zina yang

selama ini hanya menjerat pelaku perzinahan laki-laki beristri dan perempuan bersuami, padahal perzinahan di luar itu (misalnya di kalangan remaja) telah merusak sistem tatanan sosial dan keluarga. Dalam Putusan tersebut MK memiliki argumentasi bahwa kewenangan perluasan pidana adalah kewenangan pembentuk undang-undang, yang intinya menyerahkan pengaturan pidana kepada pembentuk undang-undang (*open legal policy*).

Selain itu, beberapa putusan sebelumnya juga mengalami kontroversi. Putusan MK yang berkaitan dengan *open legal policy* yang kontroversial adalah putusan MK No.14/PUU-XI/2013 perihal pengujian materiil Undang-undang No.42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (UU Pilpres), terutama berkaitan dengan ketentuan *Presidential Threshold* (ambang batas penentuan calon Presiden dan Wakil Presiden). Menurut MK *Presidential Threshold* yang terkandung dalam Pasal 9 UU Pilpres “Pasangan Calon diusulkan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik peserta pemilu yang memenuhi persyaratan perolehan kursi paling sedikit 20% (dua puluh persen) dari jumlah kursi DPR atau memperoleh 25% (dua puluh lima persen) dari suara sah nasional dalam Pemilu anggota DPR, sebelum pelaksanaan Pemilu Presiden dan Wakil Presiden” merupakan kewenangan pembentuk undang-undang dengan tetap mendasarkan pada ketentuan UUD 1945. Artinya MK menyerahkan ketentuan *presidential threshold* kepada pembentuk undang-undang (*open legal policy*). Padahal *presidential threshold* merupakan kompromi politik paling nyata.

Pada putusan yang mengandung *open legal policy* tersebut di atas, MK sering terjebak pada pemaknaan *negative legislature* maupun *positive legislature*, bahkan dalam tubuh MK sendiri terlihat tidak jelas dalam meletakkan pondasi keberpihakan apakah pada *judicial activism* atau *judicial restraints*.

Dalam ilmu hukum, konsep *Open Legal Policy* adalah hal yang baru dan relatif tidak dikenal sebelumnya. Selama ini istilah *Policy* (kebijakan) lebih dikenal luas dalam bidang studi kebijakan publik, antara lain dalam istilah *Communitarian* (kebijakan masyarakat), *Public Policy* (kebijakan publik), dan *Social Policy* (kebijakan sosial). Di bidang ilmu kebijakan publik, istilah kebijakan (*Policy*) sudah mengandung makna bebas atau terbuka (*open*), karena pada dasarnya makna kebijakan selalu merujuk pada keleluasaan pejabat/pihak yang berwenang untuk melakukan hal-hal tertentu yang pelaksanaannya tidak atau belum diatur secara jelas oleh peraturan perundang-undangan. Hal demikian berbeda dengan

pengertian terbuka (*open*) di bidang pembentukan hukum (dalam sistem hukum nasional).¹

Dalam sistem hukum nasional, maka kebijakan hukum dapat diartikan sebagai tindakan pembentuk undang-undang dalam menentukan subyek, obyek, perbuatan, peristiwa, dan/atau akibat untuk diatur dalam peraturan perundang-undangan. Dengan demikian kata "terbuka" dalam istilah "kebijakan hukum terbuka" diartikan sebagai suatu kebebasan bagi pembentuk undang-undang untuk mengambil kebijakan hukum. Dari beberapa putusan MK tersebut, terdapat persoalan mendasar berkaitan dengan *open legal policy* yang berimplikasi luas pada sistem legislasi nasional, khususnya dalam pembentukan undang-undang. Persoalan konsepsi *open legal policy* dalam putusan MK belum memiliki batasan yang jelas menurut konstitusi (UUD 1945), sehingga pengertian *positive legislature* dan *negative legislature* sering dikacaukan dalam praktik pembentukan dan pengujian undang-undang. Begitu juga dalam pembentukan undang-undang, *open legal policy* kurang memiliki batasan, sebab terkadang *open legal policy* dilakukan berdasarkan pada kepentingan politik semata. Selain itu, pada dasarnya putusan *open legal policy* menyerahkan pada pembentuk undang-undang untuk membuat kebijakan, namun dalam beberapa kasus justru kebijakan hukum yang dibentuk bertentangan dengan prinsip demokrasi dan menyebabkan gagalnya perwujudan "konstitusi yang hidup" dalam sistem legislasi nasional.

B. Perumusan Masalah

Adapun rumusan masalah yang akan dijawab dalam penelitian ini, yaitu:

1. Apa argumentasi hukum (*ratio decidendi*) yang dibangun oleh MK terkait *open legal policy* dalam putusannya?
2. Apa argumentasi hukum yang dibangun oleh pembentuk undang-undang terkait *open legal policy* dalam pembentukan undang-undang?

C. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian normatif dan empiris. Penelitian yang dipilih pada tahun pertama ini adalah penelitian normatif (doktrinal). Penelitian hukum doktrinal dengan beberapa pendekatan, *Pertama*, pendekatan perundang-undangan adalah dilakukan dengan cara menelaah peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan masalah hukum yang dikaji. *Kedua*, pendekatan analitis

¹ Mardian Wibowo, "Menakar Konstitusionalitas sebuah Kebijakan Hukum Terbuka dalam Pengujian Undang-Undang", *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 2, Juni 2015, h.204

(*analytical approach*), pendekatan ini dilakukan dengan mencari makna atau istilah-istilah hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan, dengan begitu peneliti memperoleh pengertian/ pemahaman atau makna baru dari istilah-istilah hukum dan menguji penerapannya secara praktis dengan menganalisis putusan-putusan hakim. *Ketiga*, pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan ini untuk mempelajari norma-norma atau kaidah hukum yang dilakukan dalam praktik hukum MK (putusan).² Pendekatan kasus adalah beberapa kasus ditelaah untuk dipergunakan sebagai referensi suatu isu hukum yang dilakukan dengan menelaah dan menganalisis *ratio decidendi* (pertimbangan hukum atau *legal reasoning*).³ Teknik pengumpulan data digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian kepustakaan (*library research*) atau disebut dengan studi dokumen. Studi pustaka dilakukan terhadap bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Penelusuran bahan-bahan hukum tersebut dapat dilakukan dengan membaca, melihat, mendengar bahan hukum tersebut. Analisis data dalam penelitian ini menggunakan deskriptif kualitatif.

PEMBAHASAN

A. *Open Legal Policy* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Pengujian undang-undang ini merupakan bentuk *checks and balances system* dalam penataan sistem hukum nasional, yang pada intinya memberikan pengawasan terhadap produk hukum yang dibuat oleh DPR dan Presiden (termasuk DPD). Artinya bahwa pengujian undang-undang merupakan pengujian mengenai konstitusionalitas dari norma hukum yang sedang diuji (*judicial review on the constitutionality of law*), yang pengujiannya dilakukan dengan menggunakan alat ukur konstitusi.⁴ Dalam pandangan M. Fajrul Falaakh upaya menjaga dan menegakkan konstitusi disebut sebagai *constitutional review*, artinya produk-produk dan perbuatan hukum harus sesuai dan tidak bertentangan dengan konstitusi.⁵ Oleh sebab itu, MK sering dinyatakan sebagai "*the guardian of constitution and the sole interpreter of constitution*", atau sebagai penjaga konstitusi berdasarkan kewenangan dalam memutus apakah sebuah produk perundang-undangan telah sesuai dengan konstitusi atau tidak.⁶

² Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005, h.187-191
³ *Ibid*, h.191

⁴ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konpress, 2005, h.7

⁵ M.Fajrul Falaakh, dalam "Skema *Constitutional Review* di Indonesia: Tinjauan Kritis", *Jurnal Mimbar Hukum* No.38/1/2001, h.15

⁶ Tanto Lailam, dalam "Penafsiran Konstitusi dalam Pengujian Konstitusionalitas Undang-undang terhadap UUD 1945", *Jurnal Media Hukum* Volume 21 No. 1 Tahun 2014, h.90

Open legal policy (kebijakan hukum terbuka) dalam pandangan MK merupakan kebijakan mengenai ketentuan dalam pasal tertentu dalam undang-undang yang merupakan kewenangan pembentuk undang-undang. Sebagaimana dijelaskan di awal bahwa perdebatan terkait *open legal policy* ini mengemuka kembali pasca Putusan MK Np. 46/PUU-XIV/2016 terkait perluasan makna zina dalam KUHP yang dimohonkan kepada MK. Beberapa putusan MK sebelumnya juga mengalami kontroversi, seperti putusan MK No.14/PUU-XI/2013 perihal pengujian materiil Undang-Undang No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (UU Pilpres), terutama berkaitan dengan ketentuan *Presidential Threshold* (ambang batas penentuan calon Presiden dan Wakil Presiden).

Putusan *open legal policy* (kebijakan hukum terbuka) lainnya yang menimbulkan kontroversi di tengah masyarakat adalah Putusan pengujian Pasal 59 ayat (2) UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah; Putusan pengujian Pasal 9 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD; Putusan Nomor 3/PUU-VII/2009 tentang pengujian Pasal 202 ayat (1) UU Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap; Putusan Nomor 86/PUU-X/2012 perihal pengujian Pasal 5 ayat (1), ayat (2), dan Pasal 6, Pasal 7 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3), Pasal 17, Pasal 18 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 19, Pasal 38, serta Pasal 41 UU Nomor 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat; Putusan Nomor 02/PUU-XI/2013 perihal pengujian Pasal 22 ayat (1) dan ayat (5) UU Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD; Putusan Nomor 38/PUU-XI/2013 perihal pengujian Pasal 7 ayat (4), Pasal 17, Pasal 21, Pasal 25 ayat (5), Pasal 62, Pasal 63 ayat (2), dan Pasal 64 UU Nomor 44 Tahun 2009 tentang Rumah Sakit; dan lainnya.

Pada putusan yang mengandung *open legal policy* tersebut di atas, MK sering terjebak pada pemaknaan *negative legislature* maupun *positive legislature*, bahkan dalam tubuh MK sendiri tidak jelas dalam meletakkan pondasi keberpihakan pada *judicial activism* atau *judicial restraints*. Berikut beberapa analisis terhadap *open legal policy* dalam putusan MK:

1. Ketentuan *Presidential Threshold*

Putusan ini merupakan putusan pengujian materiil Undang-undang No.42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden

(UU Pilpres) terhadap UUD 1945, permasalahan pertentangan norma dalam penelitian ini menurut MK dikelompokkan atas 2 (dua) isu, yaitu:⁷

- a. Norma yang menetapkan penyelenggaraan Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Pilpres) dilakukan setelah penyelenggaraan Pemilihan Umum anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan), yaitu Pasal 3 ayat (5) UU Pilpres; dan
- b. Norma yang berkaitan dengan tata cara dan persyaratan pengajuan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden, yaitu Pasal 9, Pasal 12 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 14 ayat (2), dan Pasal 112 UU Pilpres.

Pendapat MK bahwa Pasal 9 UU Pilpres “Pasangan Calon diusulkan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik peserta pemilu yang memenuhi persyaratan perolehan kursi paling sedikit 20% (dua puluh persen) dari jumlah kursi DPR atau memperoleh 25% (dua puluh lima persen) dari suara sah nasional dalam Pemilu anggota DPR”, sebelum pelaksanaan Pemilu Presiden dan Wakil Presiden” (selanjutnya disebut *presidential threshold*) merupakan ketentuan pasal persyaratan perolehan suara partai politik sebagai syarat untuk mengajukan pasangan calon presiden dan wakil presiden merupakan kewenangan pembentuk undang-undang (*open legal policy*) dengan tetap mendasarkan pada ketentuan UUD 1945. Artinya MK menyerahkan ketentuan *presidential threshold* kepada pembentuk undang-undang, apakah *presidential threshold* bisa diterapkan atau tidak sangat tergantung pada *political will* dari pembentuk undang-undang.

Sebenarnya dalam Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 “Pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik peserta pemilihan umum sebelum pelaksanaan pemilihan umum” tidak menentukan adanya *presidential threshold* (ambang batas) dalam Pilpres. Jika merujuk pada putusan MK tersebut bahwa Pemilu serentak tidak serta merta berimplikasi pada hilangnya ketentuan *presidential threshold* dalam pengajuan Calon Presiden dan Wakil Presiden untuk tahun 2019 dan tahun seterusnya. Pro kontra implikasi terhadap ketentuan tersebut mengingat kelebihan dan kelemahan penerapan *presidential threshold*. Pemilu nasional serentak berimplikasi pada perubahan drastis mengenai *presidential threshold* dan *presidential threshold* menjadi tidak relevan lagi atau sudah kehilangan

⁷ Putusan MK No.14/PUU-XI/2013 Perihal Undang-undang No.42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, h.75

urgensinya,⁸sebab semua partai politik yang lolos menjadi peserta pemilu akan bisa mengajukan calon Presiden dan calon Wakil Presiden. Bahkan, bisa jadi akan masuk juga calon Presiden independen.

Menurut Saldi Isra bahwa MK tidak membatalkan *presidential threshold* (ambang batas) pengajuan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden, pada batas penalaran yang wajar, dengan dipulihkan kembali makna Pemilu serentak dalam Pasal 22E Ayat (1) dan (2) UUD 1945, ambang batas minimal tersebut menjadi kehilangan relevansi. Artinya, semua partai politik yang dinyatakan lolos menjadi peserta pemilu dapat mengajukan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden sebagaimana ditentukan dalam Pasal 6A Ayat (2) UUD1945. Dalam kaitan dengan itu, dengan menggunakan asumsi maksimal, bila semua partai politik peserta Pemilu mengajukan calon sendiri-sendiri, maka jumlah pasangan calon akan menjadi lebih banyak. Agar jumlah calon tidak berada di luar akal sehat, persyaratan Parpol peserta Pemilu mestinya tidak lebih ringan dan longgar dari ketentuan yang ada saat ini. Artinya, dengan memakai jumlah Parpol dalam Pemilu 2014, maka paling banyak hanya akan muncul 12 pasangan calon pada putaran pertama pemilihan Presiden, jumlah demikian dapat dikatakan lebih dari cukup untuk menyediakan alternatif calon bagi pemilih.⁹

Penulis sependapat dengan pandangan Saldi Isra tersebut, bahwa akan muncul figur-figur alternatif yang menghiasi kontestasi Pilpres 2019, baik yang diusulkan partai besar maupun partai kecil dan bisa jadi figur alternatif tersebutlah menjadi pilihan rakyat. Di sisi lain dengan tidak adanya ketentuan *presidential threshold* semua partai politik memiliki hak konstitusional yang sama di hadapan hukum dan konstitusi, namun tidak berarti melarang partai-partai politik untuk berkoalisi. Partai-partai politik tetap saja dapat berkoalisi untuk mencalonkan Presiden/Wapres maupun berkoalisi pada saat penyusunan kabinet. Artinya *presidential threshold* dalam Pilpres tidaklah bertujuan menciptakan pemerintahan yang stabil atau memperkuat posisi sistem presidensiil. Penguatan tersebut dapat dilakukan oleh Presiden/ Wapres setelah terpilih dalam Pemilu dengan mendesain kabinet pemerintahannya, di mana disini Presiden dan partai pendukung pemerintahan dapat menerima pinangan partai politik lain untuk berkoalisi mendukung pemerintahan.

⁸ Lukman Hakim Saifudin, dalam "Keputusan MK Sudah Arif dan Bijaksana", *Majalah Majelis*, Edisi No.02/TH.VIII/Februari 2014, h.23

⁹ Saldi Isra, dalam "Jalan Panjang menuju Pemilu Serentak", http://www.saldiisra.web.id/index.php?option=com_content&view=article&id=563:jal-an-panjang-menuju-pemilu-serentak&catid=2:mediaindonesia&Itemid=2, diunduh pada tanggal 15 Juli 2014, pukul.21.00

2. Ketentuan Tindak Pidana Zina

Kontroversi kembali mengemuka di masyarakat pasca putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016 terkait pengujian Pasal 284 KUHP yang menolak perluasan makna zina yang selama ini hanya menjerat pelaku perzinahan laki-laki beristri dan perempuan bersuami, padahal perzinahan di luar itu (misalnya di kalangan remaja) faktanya telah merusak sistem tatanan sosial dan keluarga.

Dalam permohonan tersebut, pemohon meminta MK memperjelas rumusan delik kesusilaan yang diatur dalam Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Dalam putusannya, lima hakim konstitusi berpendapat bahwa substansi permohonan dimaksud sudah menyangkut perumusan delik atau tindak pidana baru yang mengubah secara mendasar baik subjek yang dapat dipidana, perbuatan yang dapat dipidana, sifat melawan hukum perbuatan tersebut, maupun sanksi/ancaman pidananya. "Sehingga hal itu sesungguhnya telah memasuki wilayah '*criminal policy*'.

MK menilai dalil para pemohon tersebut tidak beralasan menurut hukum. Dalam pertimbangannya MK menjelaskan, pada prinsipnya permohonan pemohon meminta Mahkamah memperluas ruang lingkup karena sudah tidak sesuai dengan masyarakat. Hal itu berakibat pada perubahan hal prinsip atau pokok dalam hukum pidana dan konsep-konsep dasar yang berkenaan dengan suatu perbuatan pidana.

Dalam Putusan tersebut MK memiliki argumentasi bahwa kewenangan perluasan pidana adalah kewenangan pembentuk undang-undang, yang intinya menyerahkan pengaturan pidana kepada pembentuk undang-undang (*open legal policy*). Bahwa dengan seluruh pertimbangan di atas bukanlah berarti MK menolak gagasan "pembaruan" dan bukan berarti bahwa norma hukum pidana yang ada dalam KUHP sudah lengkap. Mahkamah hanya menyatakan bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan pemohon tidak bertentangan dengan UUD 1945. Perihal perlu atau tidaknya dilengkapi, hal itu sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk undang-undang melalui kebijakan pidana (*criminal policy*) nya yang merupakan bagian dari politik hukum pidana. Oleh karena itu, gagasan pembaruan yang ditawarkan para pemohon seharusnya diajukan kepada pembentuk undang-undang dan hal tersebut seharusnya menjadi masukan penting bagi pembentuk undang-undang dalam proses penyelesaian perumusan KUHP yang baru.

Dalam putusan tersebut terdapat *dissenting opinion* dari Hakim Konstitusi Arief Hidayat, Hakim Konstitusi Anwar Usman, Hakim Konstitusi Wahiduddin Adams, Hakim Konstitusi Aswanto. Dalam argumentasinya disebutkan bahwa jika hal ini dibiarkan terus menerus atau diputuskan sebagai *open legal policy* dari pembentuk undang-undang yang sepenuhnya tergantung pada kekuatan dan konfigurasi politik yang senantiasa dinamis maka MK sejatinya memberikan kesempatan atau setidaknya-tidaknya ikhlas membiarkan eksistensi suatu norma hukum dalam undang-undang dan putusan-putusan pengadilan yang tidak diterangi dan bahkan bertentangan dengan nilai agama dan Sinar Ketuhanan serta *living law* masyarakat Indonesia. Padahal MA sebagai sesama pelaku kekuasaan kehakiman dan sebagian ahli hukum Pidana Indonesia bersama pemerintah dalam tim penyusunan dan pembahasan RUU tentang KUHP telah lama berjuang dan menunjukkan langkah nyata keberpihakan dengan menyatakan sikap bahwa ketercelaan perbuatan persetubuhan di luar perkawinan. Perbuatan tersebut sejatinya bersifat intrinsik dan bukan sekedar karena perbuatan tersebut merusak kesucian atau keutuhan lembaga perkawinan sehingga ruang lingkup ketercelaan (*verwijtbaarheid*) perbuatan zina dalam konteks tertib hukum pidana Indonesia harus dikembalikan lagi seperti sedia kala sebelum dipersempit ruang lingkungannya oleh Pemerintah kolonial Hindia Belanda berdasarkan *Wetboek van Strafrecht* dan asas konkordansi oleh pemerintah kolonial Hindia-Belanda. Oleh karena itu, seharusnya konsep perzinahan tersebut meliputi *adultery* maupun *fornication*. Artinya tidak hanya menjerat pelaku yang terikat perkawinan, tetapi juga menjerat pelaku yang di luar perkawinan.

Pandangan penulis mengenai *criminal policy* (kebijakan hukum pidana) yang harus memuat pasal-pasal yang dimohonkan dan MK tidak bisa memasuki wilayah pembentuk norma. Padahal berkaitan dengan pembentukan norma hukum baru sering dilakukan MK pada putusan yang lain dan telah dipertegas MK dalam putusan Putusan No.48/PUU-IX/2011. Putusan ini merupakan pengujian Undang-undang No.35 Tahun 2009 tentang Narkotika dan UU MK Perubahan No.8/ 2011, terkait pengujian UU MK Perubahan No.8/ 2011 yang diuji oleh MK adalah Pasal 57 ayat (2a), Pasal 57 ayat (2a) dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Redaksi Pasal 57 secara keseluruhan tersebut berbunyi:

- (1) Putusan MK yang amar putusannya menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang bertentangan dengan UUD 1945, materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
- (2) Putusan MK yang amar putusannya menyatakan bahwa pembentukan undang-undang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan UUD 1945, undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
- (2a) Putusan MK tidak memuat:
 - a. amar selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2);
 - b. perintah kepada pembuat undang-undang; dan
 - c. rumusan norma sebagai pengganti norma dari undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945
- (3) Putusan MK yang mengabulkan Permohonan wajib dimuat dalam Berita Negara Republik Indonesia dalam jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari kerja sejak putusan diucapkan.

Norma Pasal 57 ayat (2a) pada dasarnya memberikan pembatasan bahwa MK merupakan lembaga negara yang memiliki fungsi sebagai *negative legislator* yang memiliki kewenangan hanya membatalkan norma dalam peraturan perundang-undangan, dalam arti bahwa MK bukan positif legislator atau pembentuk norma hukum/ undang-undang. Artinya dalam praktik MK terdapat pergeseran makna fungsi MK dari negatif legislator ke positif legislator, dari hanya sebatas “membatalkan norma hukum” menuju pada “pembentuk norma hukum”. Argumentasi yang dibangun MK dalam pembatalan Pasal 57 ayat (2a) UU MK Perubahan No.8/2011 adalah bahwa Pasal 57 ayat (2a) a quo bertentangan dengan tujuan pembentukan MK untuk menegakkan hukum dan keadilan khususnya dalam rangka menegakkan konstitusionalitas norma undang-undang sesuai dengan UUD 1945. Pasal a quo mengakibatkan terhalangnya MK untuk (i) menguji konstitusionalitas norma; (ii) mengisi kekosongan hukum sebagai akibat putusan MK yang menyatakan suatu norma bertentangan dengan UUD dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Sementara itu, proses pembentukan undang-undang membutuhkan waktu yang cukup lama, sehingga tidak dapat segera mengisi kekosongan hukum tersebut; (iii) melaksanakan kewajiban hakim

konstitusi untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Dalam kedua jenis norma tersebut, MK dalam putusannya menyatakan dengan jelas dan terang bahwa hal tersebut merupakan pilihan kebijakan pembentuk undang-undang (*open legal policy*). *Open legal policy* dalam putusan MK ini sering menunjukkan adanya kepribadian yang terbelah dalam tubuh MK, antara kubu yang lebih condong menggunakan pendekatan *judicial activism* dan di sisi lain kubu yang cenderung pada pendekatan *judicial restraints*.

Doktrin tentang *judicial activism* pertama kali diperkenalkan oleh Arthur Schlesinger dalam majalah *Fortune* pada Januari 1947¹⁰. Schlesinger menambahkan bahwa dalam praktik terkadang parlemen tidak mempunyai rencana untuk memperbaiki atau mengubah suatu permasalahan yang terjadi pada perundang-undangan, setidaknya sampai hal tersebut merugikan masyarakat, maka pada saat itulah pengadilan harus bertindak dengan cepat¹¹. *Judicial activism* merupakan respon dan adaptasi pengadilan terhadap perubahan sosial dengan cara mengembangkan prinsip-prinsip yang diambil dari teks konstitusi dan putusan yang telah ada guna mengimplementasikan nilai-nilai dasar dari konstitusi secara progresif.¹² Dengan kata lain, penggunaan *judicial activism* merupakan langkah untuk menghindari kekosongan hukum yang terlalu lama karena menunggu proses pembentukan hukum di lembaga legislatif.

Berbanding terbalik dengan *judicial restraint*, prinsip ini mengekang pengadilan untuk bertindak selayaknya sebuah "*miniparliament*"¹³. Doktrin yang berkembang di Amerika ini merupakan implementasi dari penerapan prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of powers*)¹⁴. Salah satu bentuk tindakan pengadilan yang dapat dikategorikan sebagai tindakan parlemen adalah membentuk norma hukum baru ketika memutus sebuah perkara *judicial review*¹⁵.

¹⁰ Keenan D. Kmiec, dalam "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'", *California Law Review*, Volume 92, Nomor 5, Oktober 2004, h.1446

¹¹ Keenan D. Kmiec, *Ibid*, h.1448

¹² Pan Muhammad Faiz Kusuma Wijaya, dalam "Dimensi *Judicial Activism* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 13, Nomor 2, Juni 2016, h.409

¹³ Philip A. Talmadge, dalam "Understanding the Limits of Power: Judicial Restraint in General Jurisdiction Court Systems", *Seattle University Law Review*, Volume 22, Nomor 695, 1999, h.711

¹⁴ Philip A. Talmadge, *Ibid*.

¹⁵ Wicaksana Dramanda, dalam "Menggagas Penerapan *Judicial Restraint* di Mahkamah Konstitusi *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 4, Desember 2014, h.618

Perkembangan dari *judicial activism* telah beranjak dari makna negatif dan terbatas menjadi positif. Namun, adanya kritiks terhadap doktrin *judicial activism* ini tidak terlepas kaitannya dari campur tangan lembaga yudisial yang dianggap merendahkan dan merusak sistem demokrasi serta prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of powers*). Adanya ancaman terhadap fungsi demokrasi yang datang dari doktrin *judicial activism* diuraikan oleh William P. Marshall sebagai “*Seven Sins of judicial activism*”, yaitu:

1. *Counter-Majoritarian Activism*: Keengganan dari pengadilan untuk tunduk pada keputusan dari cabang kekuasaan lain yang terpilih secara demokratis;
2. *Non-Originalist Activism*: Kegagalan pengadilan untuk tunduk pada gagasan-gagasan orisinal ketika memutuskan suatu kasus;
3. *Precedential Activism*: Kegagalan pengadilan untuk tunduk pada putusan pengadilan sebelumnya (*judicial precedent*);
4. *Jurisdictional Activism*: Kegagalan pengadilan untuk mematuhi batasan dari yuridiksi kekuasaannya sendiri;
5. *Judicial Creativity*: Penciptaan teori-teori dan hak baru dalam doktrin konstitusional;
6. *Remedial Activism*: Penggunaan kekuasaan pengadilan untuk memaksa kewajiban afirmatif yang sedang berlangsung terhadap pemerintah atau untuk mengambil alih tugas dari institusi pemerintah di bawah pengawasan pengadilan; dan
7. *Partisan Activism*: Penggunaan kekuasaan pengadilan untuk mencapai tujuan-tujuan yang bersifat partisan.¹⁶

Namun di balik itu, para aktivis hak asasi manusia dan pro demokrasi cenderung memberikan pandangan positifnya terhadap *judicial activism*. Hal ini disebabkan perlunya adaptasi hukum terhadap perubahan sosial yang terjadi di masyarakat dengan mengembangkan prinsip-prinsip yang terkandung dalam konstitusi serta putusan hakim sebelumnya untuk menerapkan nilai-nilai dasar konstitusi secara progresif¹⁷. Bradley C. Canon misalnya mengemukakan 6 konsep dan struktur umum yang sering menjadi rujukan *judicial activism*, yaitu:

¹⁶ William P. Marshall, dalam “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”, *University of Colorado Law Review*, Volume 73, Issue 4, September 2002, h.1220

¹⁷ Christopher G. Buck, “Judicial Activism” dalam Gary L. Anderson dan Kathryn G. Herr, editor, *Encyclopedia of Activism and Social Justice*, California, SAGE Publication, 2007, h. 785

1. *Majoritarianism*: Melihat sejauh mana kebijakan yang telah diambil dan diadopsi berdasarkan proses demokrasi ternyata dinegasikan oleh proses yudisial;
2. *Interpretative Stability*: Mempertimbangkan sejauh mana putusan doktrin dan penafsiran sebelumnya dari suatu pengadilan diubah kembali;
3. *Intepretative Fidelity*: Menggambarkan sejauh mana pasal-pasal dalam konstitusi ditafsirkan berbeda dengan apa yang secara jelas dimaksudkan oleh pembuat konstitusi atau apa yang secara jelas terbaca dari bahasa yang digunakan;
4. *Substance/Democratic Process Distinction*: Melihat sejauh mana putusan pengadilan telah membuat kebijakan substantif dibandingkan dengan menjaga hasil yang diputuskan dari proses politik yang demokratis;
5. *Specificity of Policy*: Menganalisa sejauh mana suatu putusan pengadilan membentuk kebijakannya sendiri yang bertentangan dengan prinsip diskresi yang dimiliki oleh lembaga lain atau perseorangan;
6. *Availability of an Alternate Policymaker*: Mempertimbangkan sejauh mana putusan pengadilan menggantikan pertimbangan yang cukup penting yang dibuat oleh lembaga pemerintah lainnya.¹⁸

Namun fakta di lapangan yang terjadi dalam berbagai putusan, argumentasi *open legal policy* justru berpihak pada *judicial restraints*, tetapi dalam putusan yang lain justru lebih mengutamakan *judicial activism*. Artinya, ada ketidakjelasan tolok ukur MK dalam menerapkan apakah mereka menggunakan pendekatan *judicial activism* dan *judicial restraints* terkait argumentasi *open legal policy*, sehingga putusan yang mengandung *open legal policy* sering salah kaprah dan tidak berdasar pada basis konstitusi yang kuat.

B. Open Legal Policy dalam pembentukan Undang-undang

Sebagaimana dijelaskan di atas, *open legal policy* merupakan istilah baru dalam hukum perundang-undangan di Indonesia. MK dalam beberapa Putusan menyatakan adanya ketentuan (norma) yang merupakan kebijakan hukum terbuka (*open legal policy*), ketika suatu norma undang-undang masuk ke dalam kategori kebijakan hukum terbuka maka menurut MK norma tersebut berada di wilayah yang bernilai konstitusional atau bersesuaian dengan UUD 1945.¹⁹ Istilah kebijakan hukum terbuka dapat dimaknai sebagai suatu kebebasan bagi pembentuk

¹⁸ Bradley C. Canon, dalam "Defining the Dimensions of Judicial Activism", *Judicature*, Volume 66, Issue 6, December 1983, h.239

¹⁹ Mardian Wibowo, *Loc.Cit.*

Undang-Undang untuk membentuk kebijakan hukum (undang-undang).²⁰ Sebagai kebijakan hukum terbuka/*open legal policy* atau norma yang berada di wilayah konstitusional/bersesuaian dengan UUD, yang membebaskan pembentuk undang-undang untuk menafsir dan menuangkan dalam suatu undang-undang tertentu. Kebebasan yang diberikan UUD 1945 kepada pembentuk undang-undang memiliki dua sisi yang berlawanan. Di satu sisi memberikan kesempatan yang luas atau fleksibel untuk mengatur negara, namun di sisi yang berlawanan dapat berbahaya jika pembentuk undang-undang bertindak sewenang-wenang dalam menentukan apa dan bagaimana suatu materi akan diatur.

Dalam teori hukum progresif, para penafsir hukum diminta untuk tidak mempertahankan *status quo* dari hukum tersebut dan lebih memberikan perhatian besar kepada perubahan-perubahan yang terjadi di dalam masyarakat dan bernegara. Seorang penafsir hukum memiliki kedudukan yang istimewa dibandingkan dengan teks hukum sejak makna teks tersebut dibentuk²¹. Fokus inti dari interpretasi teks hukum, menurut Michael J. Clark, terletak bukan pada teks, namun pada penafsir yang pemikirannya mendominasi teks hukum tersebut²².

Berkaitan dengan Mahkamah Konstitusi sebagai penafsir, Maria Farida mengemukakan pendapat bahwa dasar Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang bersifat mengatur (*judicial activism*) adalah unsur mendesak, unsur keadilan substansial serta unsur kemanfaatan. Muhammad Alim menambahkan bahwa dasar hukum dari niscaya nya Hakim Konstitusi untuk membuat ketentuan (norma) baru adalah Pasal 45 ayat 1 UU Mahkamah Konstitusi yang pada intinya adalah Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan bukti dan keyakinan (kebenaran materiil), keadilan dan kemanfaatan, serta situasi yang mendesak sehingga harus diselesaikan²³.

Open legal policy oleh pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden + DPD) itu dapat dilakukan jika melaksanakan amanah pembentukan undang-undang organik dan anorganik. Untuk undang-undang organik *open legal policy* dapat dilakukan jika ketentuan dalam UUD mengandung makna pilihan hukum atau kebijakan atau adanya kewenangan untuk menafsirkan *frase* dalam setiap ayat dan pasal dalam UUD 1945, sehingga *frase* tadi akan konstitusional jika dimaknai

²⁰ Lutfil Ansori, "Telaah Terhadap Presidential Threshold Dalam Pemilu Serentak 2019", *Jurnal Yuridis*, Vol. 4 No. 1, Juni 2017: 15-27, h.19

²¹ Mahrus Ali, dalam "Mahkamah Konstitusi dan Penafsiran Hukum yang Progresif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 1, Februari 2010, h.75

²² Michael J. Clark, dalam "Foucault, Gadamer and the Law: Hermeneutics in Postmodern Legal Thought", *University of Toledo Law Review*, Volume 26, 1994, h.115-116

²³ Martitah, dalam "Progresifitas Hakim Konstitusi dalam Membuat Putusan: Analisis Terhadap Keberadaan Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat Positive Legislature", *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, Volume 41, Nomor 2, April 2012, h.322

sesuai dengan pengertian konstitusi oleh pembentuk undang-undang. Untuk pembentukan undang-undang anorganik, pembentuk undang-undang jauh memiliki keleluasaan dalam menentukan norma-norma yang sesuai dengan perkembangan zaman dan bahkan kepentingan pembentuk undang-undang.

Beberapa ketentuan yang masuk dalam pengertian *open legal policy* pembentuk undang-undang, yaitu:

1. Makna Demokratis dalam Pasal 18 UUD 1945

Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 yang menyebutkan bahwa “Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis”, tidak mengatur secara limitatif apakah kepala daerah dipilih secara langsung oleh rakyat atau dipilih oleh DPRD. Paling tidak ada dua prinsip utama yang terkandung dalam rumusan “kepala daerah dipilih secara demokratis”, yaitu: *pertama*; kepala daerah harus “dipilih” melalui proses pemilihan dan tidak dimungkinkan untuk langsung diangkat, *kedua*; pemilihan dilakukan “secara demokratis”. Makna demokratis disini dapat dipilih langsung oleh rakyat dan dapat pula dipilih oleh DPRD yang anggota-anggotanya juga merupakan hasil pemilihan umum yang demokratis.²⁴

Ketika Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah diajukan oleh pemerintah dan diperdebatkan di DPR, tidak ada perdebatan yang mendalam lagi tentang apakah kepala daerah itu dipilih langsung oleh rakyat atau dipilih oleh DPRD. Hal ini, paling tidak disebabkan oleh dua hal, yaitu: telah disepakatinya dalam UUD 1945 bahwa Presiden dan Wakil Presiden dipilih secara langsung oleh rakyat, dan dari berbagai penyerapan aspirasi masyarakat di seluruh Indonesia, baik yang dilakukan oleh Tim Departemen Dalam Negeri maupun DPR, diperoleh aspirasi dominan dari masyarakat menghendaki kepala daerah itu dipilih secara langsung oleh rakyat. Hanya, yang menjadi perdebatan adalah bagaimana mekanisme pemilihan langsung ini dilakukan di setiap daerah apakah disamakan atau bisa berbeda-beda di masing-masing daerah disesuaikan dengan kondisi dan kekhususan masing-masing daerah. Rumusan akhir Undang-Undang No.32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, menunjukkan dengan jelas bahwa mekanisme pemilihan ini lebih banyak diseragamkan dan hanya mengenai

²⁴ Hamdan Zoelva, “Problematika Penyelesaian Sengketa Hasil Pemilu oleh Mahkamah Konstitusi”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 10, 3 September 2013, h. 380-381

cara kampanye dan lain-lain yang bersifat sangat teknis diserahkan kepada daerah melalui KPUD masing-masing.²⁵

Hasil akhir tafsir konstitusi oleh pembentuk undang-undang terhadap Pasal 18 ayat (4) yang mengandung ketentuan “dipilih secara demokratis” adalah pemilihan langsung oleh rakyat (Pilkada). Pilkada merupakan salah satu terobosan politik yang signifikan dalam mewujudkan demokratisasi di tingkat lokal. Artinya, penyelenggaraan pemerintahan yang demokratis tercermin dalam ‘*recruitment*’ kepala pemerintahan.²⁶ Sebagus apapun sebuah negara yang ditata secara demokratis, tidak akan dianggap benar-benar demokratis manakala pemimpin-pemimpinnya tidak dipilih secara bebas oleh rakyatnya sendiri. Bahkan, tak sedikit teoretisi demokrasi yang mengatakan bahwa pada dasarnya semua politik itu lokal, dan demokrasi di tingkat nasional akan tumbuh dan berkembang secara baik bila didukung oleh mantapnya nilai-nilai demokrasi lokal. Pilkada adalah bagian dari proses penguatan dan pendalaman demokrasi (*deepening democracy*) serta upaya mewujudkan tata pemerintahan yang efektif di tingkat lokal. Selain itu, pelaksanaan Pilkada pada dasarnya juga merupakan tindak lanjut realisasi prinsip-prinsip demokrasi yang meliputi jaminan atas prinsip-prinsip kebebasan individu dan persamaan khususnya dalam hak politik.²⁷

Beberapa pertimbangan penting penyelenggaraan Pilkada langsung adalah sebagai berikut: *Pertama*, Pilkada merupakan jawaban atas tuntutan aspirasi rakyat karena Presiden dan Wakil Presiden, DPR, DPD, bahkan Kepala Desa selama ini telah dilakukan secara langsung. *Kedua*, Pilkada merupakan perwujudan amanat Pasal 18 ayat (4) UUD 1945. *Ketiga*, Pilkada dipandang sebagai sarana pembelajaran demokrasi (politik) bagi rakyat (*civics education*). *Keempat*, Pilkada dipandang sebagai sarana untuk memperkuat otonomi daerah. Keberhasilan otonomi daerah salah satunya ditentukan oleh pemimpin lokal. Semakin baik pemimpin lokal yang dihasilkan melalui Pilkada, maka komitmen pemimpin lokal untuk meningkatkan masyarakat yang menjadi tujuan otonomi daerah dapat diwujudkan. *Kelima*, Pilkada merupakan sarana penting bagi proses kaderisasi kepemimpinan nasional.²⁸

²⁵ *Ibid.*, h.380-381

²⁶ Zainal Arifin Hoesein, dalam “Pemilu Kepala Daerah dalam Transisi Demokrasi”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 6, Desember 2010, h.21

²⁷ Siti Zuhro, dalam “Memahami Demokrasi Lokal: Pilkada, Tantangan, dan Prospeknya”, *Jurnal Pemilu dan Demokrasi* Volume 4 Desember 2012, h.30-31

²⁸ R.Nazriyah, dalam “Pelaksanaan PemiluKada di Otonomi Khusus Papua (Studi terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi No.29/PUU-IX/2011), h.532-534

Pilihan Pilkada secara langsung merupakan *open legal policy* pembentuk undang-undang yang menafsirkan frase “dipilih secara demokratis”, namun pilihan tersebut merupakan kebijakan yang terbuka dan dapat berubah sesuai dengan dinamika politik ketatanegaraan. Pembentuk undang-undang juga pernah melakukan *open legal policy* dengan merubah makna “dipilih secara demokratis” dari pemilihan langsung oleh rakyat ke sistem pemilihan oleh DPRD melalui pembentukan Undang-undang Nomor 22 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota.

Undang-undang ini didasarkan makna filosofis – sosiologis bahwa penyelenggaraan pemilihan gubernur, bupati, dan walikota secara langsung selama ini masih diliputi dengan berbagai permasalahan yang tidak sesuai dengan prinsip-prinsip demokrasi. Sebab berdasarkan evaluasi atas penyelenggaraan pemilihan gubernur/wakil gubernur, bupati/wakil bupati, dan walikota/wakil walikota secara langsung dan satu paket, sejauh ini menggambarkan fakta empiris bahwa biaya yang harus dikeluarkan oleh Negara dan oleh pasangan calon untuk menyelenggarakan dan mengikuti Pemilihan gubernur/wakil gubernur, bupati/wakil bupati dan walikota/wakil walikota secara langsung sangat besar juga berpotensi pada peningkatan korupsi, penurunan efektifitas penyelenggaraan pemerintahan, peningkatan eskalasi konflik serta penurunan partisipasi pemilih. Penegasan ketentuan *open legal policy* “dipilih secara demokratis” tertuang dalam Pasal 3 UU tersebut, yaitu:

- (1) Gubernur dipilih oleh anggota DPRD Provinsi secara demokratis berdasar asas bebas, terbuka, jujur, dan adil.
- (2) Bupati dan walikota dipilih oleh anggota DPRD kabupaten/kota secara demokratis berdasar asas bebas, terbuka, jujur, dan adil.

Namun kemudian pelaksanaan ketentuan *open legal policy* mengandung persoalan dalam dinamika politik ketatanegaraan, sehingga dikeluarkanlah Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 Tahun 2015 yang kemudian disahkan menjadi Undang-undang No. 1 Tahun 2015, kemudian dirubah dengan pembentukan Undang-undang No. 8 Tahun 2015 dan dirubah untuk kedua kalinya dengan membentuk Undang-Undang No. 10 Tahun 2016. Undang-Undang No. 1 Tahun 2015 ini menentukan bahwa *open legal policy* penafsiran hukum atas frase “dipilih secara demokratis” adalah melalui pemilihan umum oleh rakyat.

2. Makna “Kewenangan Lain” Mahkamah Agung

Persoalan dualisme pilkada yang dapat dikategorikan sebagai rezim pemilu maupun pemerintahan daerah membawa implikasi terhadap sistem penyelesaian sengketa. Hal ini tentu berkaitan dengan lembaga yang memiliki kewenangan konstitusional dalam penyelesaian sengketa pilkada. Salah satu lembaga yang pernah diberikan kewenangan hingga 2 kali oleh pembentuk undang-undang adalah Mahkamah Agung. Dalam konteks *open legal policy*, pembentuk undang-undang secara sah dan konstitusional menafsirkan Pasal 24A ayat (1) bahwa Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.

Makna kewenangan Mahkamah Agung dalam frasa: “mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang” memiliki cakupan yang sangat luas sepanjang memiliki relevansi dengan kewenangan penyelesaian sengketa yang menjadi wewenang Mahkamah Agung. Sebagai contoh bentuk nyata dari *open legal policy* pembentuk undang-undang adalah Pasal 106 Undang-undang No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dalam Pasal 106 disebutkan beberapa ayat yang memberikan kewenangan konstitusional sengketa pilkada oleh MA, yaitu: Ayat (1) Keberatan terhadap penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah hanya dapat diajukan oleh pasangan calon kepada Mahkamah Agung dalam waktu paling lambat 3 (tiga) hari setelah penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah. Ayat (3): Pengajuan keberatan kepada Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disampaikan kepada pengadilan tinggi untuk pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah provinsi dan kepada pengadilan negeri untuk pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah kabupaten/kota. Ayat (4): Mahkamah Agung memutus sengketa hasil penghitungan suara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) paling lambat 14 (empat belas) hari sejak diterimanya permohonan keberatan oleh Pengadilan Negeri/Pengadilan Tinggi/ Mahkamah Agung. Ayat (5) Putusan Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud pada ayat (4) bersifat final dan mengikat; dan Ayat (6) Mahkamah Agung dalam melaksanakan kewenangannya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat mendelegasikan kepada Pengadilan Tinggi untuk memutus

sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah kabupaten dan kota.

Open legal policy terkait wewenang lain dalam Pasal 24A tersebut telah dilakukan beberapa kali, misalnya dalam pembentukan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang, Mahkamah Agung diberikan kepercayaan lagi untuk menyelesaikan sengketa hasil pilkada yang putusannya bersifat final dan mengikat serta tidak dapat dilakukan upaya hukum lain. Beberapa ketentuan mengenai penyelesaian sengketa hasil Pilkada oleh Mahkamah Agung tertuang dalam Pasal 157 UU No. 1 Tahun 2015, yaitu: Ayat (6) Pihak yang tidak menerima Putusan Pengadilan Tinggi sebagaimana dimaksud pada ayat (5) dapat mengajukan permohonan keberatan ke Mahkamah Agung paling lama 3 (tiga) hari sejak putusan Pengadilan Tinggi dibacakan; Ayat (7): Mahkamah Agung memutuskan permohonan keberatan sebagaimana dimaksud pada ayat (6) paling lama 14 (empat belas) hari sejak diterimanya permohonan; dan Ayat (8) Putusan Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud pada ayat (7) bersifat final dan mengikat.

Selain wewenang sengketa pilkada, tafsir *open legal policy* juga tertuang dalam undang-undang sebelumnya, yakni Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Pasal 37 menyebutkan wewenang lain yang tidak diatur dalam UUD 1945 yaitu: "Mahkamah Agung dapat memberikan pertimbangan-pertimbangan dalam bidang hukum baik diminta maupun tidak kepada Lembaga Tinggi Negara yang lain"

3. Makna Penyelenggara Pemilihan Umum

Khusus tentang keberadaan lembaga penyelenggara pemilu, diatur dalam Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 menyatakan bahwa, "Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional tetap, dan mandiri". *Original intent* Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 tersebut, menurut Jimly Ashiddiqie, ketentuan pasal tersebut tidak secara tegas terkait kelembagaan penyelenggara pemilu. Ketentuan tersebut hanya menyebutkan kewenangan pokok komisi pemilihan umum, sebagai lembaga penyelenggara pemilu. Nama kelembagaan dalam klausula tersebut tidak secara tegas disebutkan. Klausula komisi pemilihan umum tidak disebutkan dengan huruf besar, sebagaimana MPR, DPR, DPD, Presiden. Penamaan kelembagaan

penyelenggara pemilu justru dimandatkan untuk diatur dengan undang-undang sebagaimana disebutkan Pasal 22E ayat (6) UUD 1945. Artinya, undang-undang dapat saja memberi nama lain kepada penyelenggara pemilu, bukan komisi pemilihan umum. Apapun nama lembaga tersebut, tapi memiliki tugas pokok penyelenggaraan pemilu maka dapat disebut sebagai komisi pemilihan umum.

Merujuk pada Putusan Mahkamah Konstitusi No. 11/PUU-VIII/2010 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 terhadap UUD 1945, Mahkamah Konstitusi dalam putusannya telah menempatkan KPU, Bawaslu dan DKPP sebagai lembaga yang mandiri, sebagaimana telah diuraikan dalam Putusan MK Nomor 11/PUU-VIII/2010 tertanggal 18 Maret 2010, yang menyatakan: “Bahwa untuk menjamin terselenggaranya pemilihan umum yang luber dan jurdil, Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 menentukan bahwa, “Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap dan mandiri”. Kalimat “suatu komisi pemilihan umum” dalam UUD 1945 tidak merujuk kepada sebuah nama institusi, akan tetapi menunjuk pada fungsi penyelenggaraan pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap dan mandiri.

Menurut Mahkamah, fungsi penyelenggaraan pemilihan umum tidak hanya dilaksanakan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU), akan tetapi termasuk juga lembaga pengawas pemilihan umum dalam hal ini Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) sebagai satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Pengertian ini lebih memenuhi ketentuan UUD 1945 yang mengamanatkan adanya penyelenggara pemilihan umum yang bersifat mandiri untuk dapat terlaksananya pemilihan umum yang memenuhi prinsip-prinsip luber dan jurdil. Penyelenggaraan pemilihan umum tanpa pengawasan oleh lembaga independen, akan mengancam prinsip-prinsip luber dan jurdil dalam pelaksanaan Pemilu. Oleh karena itu, menurut Mahkamah, Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) sebagaimana diatur dalam Bab IV Pasal 70 sampai dengan Pasal 109 UU No. 22 Tahun 2007, harus diartikan sebagai lembaga penyelenggara Pemilu yang bertugas melakukan pengawasan pelaksanaan pemilihan umum, sehingga fungsi penyelenggaraan Pemilu dilakukan oleh unsur penyelenggara, dalam hal ini Komisi Pemilihan Umum (KPU), dan unsur pengawas Pemilu, dalam hal ini Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu). Bahkan, Dewan Kehormatan yang mengawasi perilaku penyelenggara Pemilu pun harus diartikan sebagai lembaga yang

merupakan satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilihan umum. Dengan demikian, jaminan kemandirian penyelenggara pemilu menjadi nyata dan jelas.”

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, secara kelembagaan DKPP kedudukannya sejajar dengan KPU maupun Bawaslu, sama-sama sebagai lembaga penyelenggara pemilu, yang bersifat nasional, tetap dan mandiri, sebagaimana diatur oleh Pasal 22E Ayat (5) UUD 1945. Selanjutnya, berdasarkan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilu, DKPP ditempatkan sebagai lembaga yang bersifat tetap dan berkedudukan di ibu kota negara. Selain itu, DKPP adalah lembaga yang tergolong sebagai *state auxiliary organs*, atau *auxiliary institutions* yaitu lembaga negara yang bersifat penunjang. Di antara sekian banyak lembaga-lembaga tersebut adapula yang disebut sebagai *self regulatory agencies*, *independent supervisory bodies*, atau lembaga-lembaga yang menjalankan fungsi campuran (*mix-funcion*) antar fungsi-fungsi regulatif, administratif, dan fungsi penghukuman yang biasanya dipisahkan, tetapi justru dilakukan secara bersamaan oleh lembaga-lembaga baru tersebut.

Di dalam Undang-Undang No. 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum juga telah dipertegas bahwa Penyelenggara Pemilu adalah lembaga yang menyelenggarakan Pemilu yang terdiri atas Komisi Pemilihan Umum, Badan Pengawas Pemilu, dan Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu sebagai satu kesatuan fungsi penyelenggaraan Pemilu untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat, anggota Dewan Perwakilan Daerah, Presiden dan Wakil Presiden, dan untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat Daerah secara langsung oleh rakyat. Komisi Pemilihan Umum yang selanjutnya disingkat KPU adalah lembaga Penyelenggara Pemilu yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri dalam melaksanakan pemilu. Badan Pengawas Pemilu yang selanjutnya disebut Bawaslu adalah lembaga Penyelenggara pemilu yang mengawasi Penyelenggaraan Pemilu di seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Sementara Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) adalah lembaga yang bertugas menangani pelanggaran kode etik Penyelenggara Pemilu.

Makna penyelenggara pemilu yang terdiri dari KPU, Bawaslu, dan DKPP ini juga berawal dari tafsir Pasal 22E ayat (5): Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri.

Ketentuan komisi pemilihan umum yang menggunakan huruf kecil dalam UUD 1945 dapat dikategorikan *open legal policy*, pembentuk undang-undang dapat menafsirkan lembaga-lembaga mana saja yang dapat dikategorikan sebagai komisi pemilihan umum. Dengan berpijak pada tafsir komisi pemilihan umum, pembentuk undang-undang memasukkan KPU, Bawaslu, dan DKPP sebagai penyelenggara pemilu yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri.

Merujuk pada pembentukan undang-undang terhadap undang-undang organik (amanah UUD 1945) terdapat benang merah bahwa *open legal policy* dilakukan oleh pembentuk undang-undang disebabkan (1) UUD 1945 memberikan pilihan tafsir atas Pasal maupun frase yang terkandung dalam UUD 1945; (2) pembentuk undang-undang dapat menggunakan ketentuan *open legal policy* dengan pertimbangan menyesuaikan dengan dinamika ketatanegaraan yang berkembang. Hasil kajian Radita Ajie menyebutkan bahwa sesungguhnya pembentuk undang-undang diberikan keleluasaan dalam menentukan suatu aturan, larangan, kewajiban atau batasan-batasan yang dimuat dalam suatu norma undang-undang yang sedang dibuat yang merupakan pilihan kebijakan pembuat undang-undang sepanjang:²⁹

- a. tidak bertentangan secara nyata (jelas) dengan UUD 1945, misal: tidak boleh merumuskan norma menetapkan anggaran pendidikan kurang dari dua puluh (20) persen APBN dan APBD, karena jelas bertentangan dengan Pasal 31 ayat (4) UUD 1945.
- b. tidak melampaui kewenangan pembentuk undang-undang (*detournement de pouvoir*), misalnya pembentuk undang-undang menyusun perubahan/amandemen UUD 1945 yang merupakan kewenangan MPR.
- c. tidak merupakan penyalahgunaan kewenangan (*willekeur*).

Meskipun seandainya isi suatu undang-undang dinilai buruk, maka Mahkamah tidak dapat membatalkannya, kecuali kalau produk *legal policy* tersebut jelas-jelas melanggar moralitas, rasionalitas dan ketidakadilan yang *intolerable*. Apabila terdapat pihak atau warga masyarakat yang tidak setuju terhadap pilihan kebijakan tersebut dapat mengusulkannya melalui mekanisme *legislative review*, yaitu dengan mengajukan usul perubahan kepada pembentuk undang-undang.

²⁹ Radita Ajie, "Batasan Pilihan Kebijakan Pembentuk Undang-Undang (*Open Legal Policy*) Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Berdasarkan Tafsir Putusan Mahkamah Konstitusi, *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 13 NO. 02 - Juni 2016, h.117

KESIMPULAN

Pertama, konsepsi *open legal policy* dalam putusan MK belum memiliki batasan yang jelas menurut konstitusi (UUD 1945), sehingga pengertian *positive legislature* dan *negative legislature* sering dikacaukan dalam praktek pembentukan dan pengujian undang-undang. Selain itu, *open legal policy* ini sering menunjukkan adanya kepribadian yang terbelah dalam tubuh MK, antara *judicial activism* dan *judicial restraints*. *Judicial activism* merupakan legal adaptasi terhadap perubahan sosial dengan cara mengembangkan prinsip-prinsip yang diambil dari teks konstitusi dan putusan yang telah ada guna mengimplementasikan nilai-nilai dasar dari konstitusi secara progresif.³⁰ Sementara dalam doktrin *judicial restraints*, pengadilan harus dapat melakukan pengekangan diri dari kecenderungan ataupun dorongan untuk bertindak layaknya sebuah “*miniparliament*”. Salah satu bentuk tindakan pengadilan yang dapat dikategorikan sebagai tindakan parlemen adalah membentuk norma hukum baru ketika memutus sebuah perkara *judicial review*.³¹ Padahal pelaksanaan *judicial activism* dan *judicial restraints* harus merujuk pada konstitusi dan pemberian fungsi penjaga dan pelindung konstitusi. Dalam berbagai putusan argumentasi *open legal policy* justru berpihak pada *judicial restraints*, tetapi dalam putusan yang lain justru lebih mengutamakan *judicial activism*, artinya adanya ketidakjelasan tolok ukur MK dalam menerapkan *judicial activism* dan *judicial restraints* terkait argumentasi *open legal policy*, sehingga putusan yang mengandung *open legal policy* sering salah kaprah dan tidak berdasar pada konstitusi.

Kedua, *open legal policy* oleh pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden + DPD) itu dapat dilakukan jika melaksanakan amanah pembentukan undang-undang organik dan anorganik. Untuk undang-undang organik *open legal policy* dapat dilakukan jika ketentuan dalam UUD mengandung makna pilihan hukum atau kebijakan atau adanya kewenangan untuk menafsirkan frase dalam setiap ayat dan pasal dalam UUD 1945, sehingga frase tadi akan konstitusional jika dimaknai sesuai dengan pengertian konstitusi oleh pembentuk undang-undang. Untuk pembentukan undang-undang anorganik, pembentuk undang-undang jauh memiliki leluasa menentukan norma-norma yang sesuai dengan perkembangan

³⁰ Pan Muhammad Faiz Kusuma Wijaya, dalam “Dimensi *Judicial Activism* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 13, Nomor 2, Juni 2016, h.409

³¹ Wicaksana Dramanda, dalam “Menggagas Penerapan *Judicial Restraint* di Mahkamah Konstitusi *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 4, Desember 2014, h.618

zaman dan bahkan kepentingan pembentuk undang-undang. Beberapa undang-undang yang dibentuk berdasarkan *open legal policy* justru menimbulkan ketidakpastian dan kegaduhan di masyarakat, selain ini *open legal policy* justru lebih mempertimbangkan dinamika hukum masyarakat yang berkembang saat itu.

Berdasarkan problem yang dibahas sebelumnya, maka diperlukan penelitian lanjutan yang fokus pada fokus pada (1) implikasi *open legal policy* dalam pembentukan undang-undang dan putusan MK terhadap tatanan ketatanegaraan, tatanan masyarakat dan bangsa; (2) desain *open legal policy* yang ideal dalam Putusan MK dan sistem legislasi nasional.

DAFTAR PUSTAKA

- Ajie, Radita, 2016, "Batasan Pilihan Kebijakan Pembentuk Undang-Undang (Open Legal Policy) dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Berdasarkan Tafsir Putusan Mahkamah Konstitusi, *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 13 N0. 02 – Juni.
- Ali, Mahrus, 2010, "Mahkamah Konstitusi dan Penafsiran Hukum yang Progresif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 1, Februari.
- Anderson, Gary L., dan Kathryn G. Herr, 2007, (editor), *Encyclopedia of Activism and Social Justice*, California: SAGE Publication.
- Ansori, Lutfil, 2017, "Telaah terhadap Presidential Threshold Dalam Pemilu Serentak 2019, *Jurnal Yuridis*, Vol. 4 No. 1, Juni.
- Asshiddiqie, Jimly, 2005, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konpress.
- Canon, Bradley C., 1983, dalam "Defining the Dimensions of Judicial Activism", *Judicature*, Volume 66, Issue 6, December.
- Clark, Michael J., 1994, "Foucault, Gadamer and the Law: Hermeneutics in Postmodern Legal Thought", *University of Toledo Law Review*, Volume 26.
- Dramanda, Wicaksana, 2014, "Menggagas Penerapan *Judicial Restraint* di Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 4, Desember.
- Fajar, Mukti dan Yulianto Achmad, 2005, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Falaakh, M.Fajrul, 2001, "Skema Constitutional Review di Indonesia: Tinjauan Kritis", *Jurnal Mimbar Hukum* No.38/I.

- Hoesein, Zainal Arifin, 2010, "Pemilu Kepala Daerah dalam Transisi Demokrasi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 6, Desember.
- Isra, Saldi, 2014, "Jalan Panjang menuju Pemilu Serentak, HYPERLINK http://www.saldiisra.web.id/index.php?option=com_content&view=article&id=563:jalan-panjang-menuju-pemilu-serentak&catid=2:mediaindonesia&Itemid=2, diunduh pada tanggal 15 Juli.
- Kmiec, Keenan D., 2004, "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'", *California Law Review*, Volume 92, Nomor 5, Oktober.
- Lailam, Tanto, 2014, "Penafsiran Konstitusi dalam Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang terhadap UUD 1945, *Jurnal Media Hukum*, Volume 21, No.1.
- Marshall, William P., 2002, "Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism", *University of Colorado Law Review*, Volume 73, Issue 4, September.
- Martitah, 2012, "Progresifitas Hakim Konstitusi dalam Membuat Putusan: Analisis Terhadap Keberadaan Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat Positive Legislature", *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, Volume 41, Nomor 2, April.
- Nazriyah, R., "Pelaksanaan Pemilukada di Otonomi Khusus Papua (Studi terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi No.29/PUU-IX/2011).
- Saifudin, Lukman Hakim, 2014, "Keputusan MK Sudah Arif dan Bijaksana", *Majalah Majelis*, Edisi No.02/TH.VIII/Februari.
- Talmadge, Philip A., 1999, "Understanding the Limits of Power: Judicial Restraint in General Jurisdiction Court Systems", *Seattle University Law Review*, Volume 22, Nomor 695.
- Wibowo, Mardian, 2015, "Menakar Konstitusionalitas sebuah Kebijakan Hukum Terbuka dalam Pengujian Undang-Undang", *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 2, Juni.
- Wijaya, Pan Muhammad Faiz Kusuma, 2016, "Dimensi Judicial Activism dalam Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 13, Nomor 2, Juni.
- Zoelva, Hamdan, 2013, "Problematika Penyelesaian Sengketa Hasil Pemilukada oleh Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 10, 3 September.
- Zuhro, Siti, 2012, "Memahami Demokrasi Lokal: Pilkada, Tantangan, dan Prospeknya", *Jurnal Pemilu dan Demokrasi*, Volume 4 Desember.