

URGENSI REKONSTRUKSI MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM MEMBERIKAN PERTIMBANGAN KEBIJAKAN HUKUM TERBUKA (*OPEN LEGAL POLICY*)

Muhammad Addi Fauzani

Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (FH UII)
Peneliti Pusat Studi Hukum Konstitusi (PSHK FH UII)
Email: addifauz@gmail.com.

Fandi Nur Rohman

Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (FH UII)
Peneliti Pusat Studi Hukum Konstitusi (PSHK FH UII)
Email: fandirohman05@gmail.com.

ABSTRACT

This research has two problem formulations, First, how the Constitutional Court's construction in giving consideration to "open legal policy"; Second, what is the urgency of the Constitutional Court's reconstruction in giving consideration to "open legal policy"? This research uses a normative juridical study using the statutory and conceptual approach. The results of this study are: First, that is a lack of clarity and consistency from the Constitutional Court in determining benchmarks for open legal policy considerations. Second, there are new concept been proposed: a) applying the doctrine of "political question"; b) The Constitutional Court still tests a norm based on formal and substantial requirements. The advice given is that Constitutional Court should take a position in accordance with the reconstruction proposed in this study.

Keywords: *Construction; Constitutional Court; Open Legal Policy.*

INTISARI

Penelitian ini memiliki dua rumusan masalah yaitu: Pertama, bagaimana konstruksi Mahkamah Konstitusi (MK) dalam memberikan pertimbangan "*open legal policy*"; Kedua, apa urgensi rekonstruksi Mahkamah Konstitusi dalam memberikan pertimbangan "*open legal policy*"? Jenis penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif dengan menggunakan pendekatan peraturan perundangan-undangan dan konseptual. Hasil penelitian ini yaitu: Pertama, tidak adanya kejelasan dan konsistensi dari MK dalam menentukan tolak ukur pertimbangan *open legal policy*. Kedua, terdapat konsep baru yang diusulkan: a) menerapkan doktrin "*political question*"; b) MK tetap menguji suatu norma berdasarkan syarat formil dan substansial. Saran yang diberikan yaitu MK mengambil sikap sesuai dengan rekonstruksi dalam penelitian ini.

Kata Kunci: *Konstruksi; Mahkamah Konstitusi; Open Legal Policy.*

A. PENDAHULUAN

Pengujian undang-undang atau yang lebih kita dikenal sebagai *judicial review* adalah pengujian kepada produk

hukum yang dilakukan oleh lembaga yudikatif atau peradilan. Lembaga ini memiliki kewenangan yang diberikan

oleh konstitusi untuk menguji produk hukum yang dibentuk oleh lembaga legislatif. Kewenangan melakukan pengujian (*judicial review*) ini juga dipercaya dilakukan untuk menjalankan fungsi *check and balances* di antara lembaga pemegang kekuasaan negara. Secara teori, fungsi tersebut dilakukan untuk menghindari kesewenangan lembaga-lembaga negara salah satunya pembentuk undang-undang.¹ Penggunaan istilah *judicial review* lebih dikenal dalam masyarakat di Indonesia, sebenarnya lahir dari negara yang menganut asas sistem pemisahan kekuasaan (*trias politica*) yaitu Amerika Serikat.²

Dengan diberikannya lembaga peradilan kewenangan untuk melakukan *judicial review* terhadap produk politik, maka dapat dikatakan bahwa hal itu merupakan salah satu bentuk *judicialization of politics* atau suatu fenomena dimana terjadi perpindahan kewenangan dalam memutus pembuatan kebijakan publik yang bersifat politis dari lembaga politik seperti legislatif maupun eksekutif, kepada lembaga peradilan. Saat ini dengan melihat contoh-contoh di berbagai negara maka fenomena *judicialization of politics* tersebut dapat dikatakan merupakan sesuatu yang lazim dalam suatu negara demokrasi

konstitusional.³

Dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, Mahkamah Konstitusi (MK) diberikan kewenangan konstitusional untuk menilai konstitusionalitas suatu norma. MK menjadi aktor penentu terutama dalam memainkan peranannya untuk menguji suatu Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar (UUD).⁴ Telah banyak putusan MK yang membatalkan keberlakuan materi muatan dalam ayat, pasal dan/atau bagian dalam undang-undang (UU) yang bertentangan dengan UUD. Dalam beberapa putusan, MK bersikap aktif dan progresif, salah satunya dengan mengubah kebijakan yang telah ditetapkan dalam UU atau melakukan *ultra petita*.⁵ Tindakan MK tersebut tergolong sikap yang progresif

¹ Tim Penyusun, 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, hlm. 3.

² Maria Farida, 2000, *Masalah Hak Uji Terhadap Peraturan Perundang-Undangan dalam Teori Perundang-Undangan*, Seri Buku Ajar, FHUI, Jakarta, hlm.105.

³ Abdurrachman Satrio, "Kewenangan Mahkamah Konstitusi Memutus Perselisihan Hasil Pemilu Sebagai Bentuk Judicialization of Politics", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 12. No. 1 Maret 2015, hlm. 124-125.

⁴ Pasal 24 C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

⁵ Contohnya: MK mengubah kebijakan dengan memperbolehkan warga negara untuk menggunakan kartu identitas bagi warga negara yang tidak terdaftar dalam daftar pemilih tetap (DPT) untuk menggunakan hak pilihnya dalam pemilu yaitu Putusan Nomor 102/ PUU-VII/2009. Selain itu, dalam hal kebijakan mengenai obyek kewenangan yang dapat ditangani oleh praperadilan tidak hanya terbatas yang disebutkan dalam UU Hukum Acara Pidana (UU Nomor 8 Tahun 1981). MK menambahkan "penetapan tersangka, penggeledahan dan penyitaan" menjadi obyek kewenangan yang dapat diperiksa dalam praperadilan dalam Putusan Nomor 21/PUU-XII/2014. Tidak hanya terbatas pada materi muatan yang terkandung dalam UU, MK pun pernah memutus untuk membatalkan UU secara keseluruhan. Setidaknya, MK telah membatalkan UU Ketenagalistrikan (UU Nomor 20 Tahun 2002),⁴ UU Badan Hukum Pendidikan (UU Nomor 9 Tahun 2009),⁵ UU Perkoperasian (UU Nomor 17 Tahun 2012),⁶ dan UU Sumber Daya Air (UU Nomor 7 Tahun 2004).

karena MK tidak hanya sebagai corong UU yang bertugas hanya menguji UU dengan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tetapi juga ingin mewujudkan keadilan konstitusional yang hanya dapat ditemukan dengan mengutamakan nilai-nilai etika, moral dan kemanusiaan yang tidak ditemukan dalam teks konstitusi.⁶

Disisi lain, MK tidak selamanya bertindak aktif dalam ikut terlibat untuk mengubah kebijakan. Tidak sedikit putusan-putusan MK yang merupakan bentuk “sikap pengadilan dalam menahan-diri” (*judicial restraint*) untuk menguji suatu kebijakan dengan mendalilkan bahwa kebijakan tersebut adalah dalam ranah kewenangan pembentuk UU.⁷ Hanya saja, hingga kini konsep “*open legal policy*” yang dimaksudkan oleh MK masih belum jelas. Kapan suatu kebijakan termasuk dalam kategori yang disebut sebagai “*open legal policy*” dan kapan suatu kebijakan memiliki kandungan nilai konstitusional sehingga MK perlu untuk menguji kebijakan tersebut adalah pertanyaan yang perlu dijawab oleh MK. Dengan kata lain, MK perlu merumuskan serangkaian alat ukur untuk mempertimbangkan suatu kebijakan yang masuk dalam kategori konstitusional atau termasuk dalam kelompok konsep “*open legal policy*”. Sehingga dalam tulisan ini akan membahas urgensi rekonstruksi

“*open legal policy*” dalam pertimbangan Mahkamah Konstitusi di Indonesia.

Berdasarkan uraian di atas maka rumusan masalah dalam tulisan ini adalah sebagai berikut: *Pertama*, bagaimana konstruksi Mahkamah Konstitusi dalam memberikan pertimbangan “*open legal policy*”; *Kedua*, apa urgensi rekonstruksi Mahkamah Konstitusi dalam memberikan pertimbangan “*open legal policy*”?

B. METODE PENELITIAN

Jenis penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif (*legal research*)⁸ Penelitian ini menggunakan pendekatan peraturan perundangan-undangan dan konseptual.⁹ Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer dan sekunder.¹⁰ Analisis data yang digunakan adalah analisis kualitatif.

C. PEMBAHASAN

1. Konstruksi Mahkamah Konstitusi (MK) dalam Memberikan Pertimbangan “*Open Legal Policy*”

Putusan MK beberapa kali menyatakan dalam pertimbangannya bahwa ketentuan (norma) yang diuji tersebut merupakan kebijakan hukum terbuka (*open legal policy*). Suatu norma dalam undang-undang yang masuk ke dalam kategori *open legal policy*, maka menurut MK norma tersebut berada di

⁶ Nurrahman Aji Utomo, Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang, *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 4, Desember 2015, hlm. 833.

⁷ Contohnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 10/PUU-III/2005; Nomor 16/PUU-V/2007; 15/PUU-V/2007; 51-52-59/PUU-VI/2008; Nomor 3/PUU-VII/2009 yang akan dibahas dalam BAB Pembahasan.

⁸ Iqbal Hasan, 2002, *Pokok-Pokok Materi Metodologi Penelitian dan Aplikasinya*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 11.

⁹ Peter Mahmud Marzuki, 2012, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 93.

¹⁰ Bambang Waluyo, 2008, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 51.

wilayah yang bernilai konstitusional atau bersesuaian dengan UUD 1945 karena kebijakan pengaturan diserahkan kepada pembentuk undang-undang. Beberapa putusan MK yang berisi penilaian kebijakan hukum terbuka antara lain sebagai berikut:

1. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 10/PUU-III/2005

“... sepanjang pilihan kebijakan demikian tidak merupakan hal yang melampaui kewenangan pembuat undang-undang dan tidak merupakan penyalahgunaan kewenangan, serta tidak nyata-nyata bertentangan dengan ketentuan dalam UUD 1945, maka pilihan kebijakan demikian tidak dapat dilakukan pengujian oleh Mahkamah. Lagi pula pembatasan-pembatasan dalam bentuk mekanisme dan prosedur dalam pelaksanaan hak-hak tersebut dapat dilakukan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28J ayat (2) ...”¹¹

2. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 16/PUU-V/2007

“... ketentuan tentang ET sudah dikenal sejak Pemilu 1999 yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1999 tentang Pemilihan Umum yang kemudian diadopsi lagi dalam UU Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilu, yang menaikkan ET dari 2% (dua persen) menjadi 3% (tiga persen), sehingga para Pemohon seharusnya sudah sangat memahami sejak dini bahwa ketentuan tentang ET tersebut memang merupakan pilihan kebijakan dari

pembentuk undang-undang dalam rangka membangun suatu sistem multipartai sederhana di Indonesia”¹²

Selanjutnya, MK menegaskan bahwa kebijakan hukum tersebut bersifat objektif karena didasarkan untuk membentuk seleksi alamiah dan demokratis, MK berpendapat:¹³

“... kebijakan hukum (*legal policy*) di bidang kepartaian dan pemilu tersebut bersifat objektif, dalam arti sebagai seleksi alamiah dan demokratis untuk menyederhanakan sistem multipartai yang hidup kembali di Indonesia di era reformasi, setelah dianutnya sistem tiga partai pada era Orde Baru melalui penggabungan partai yang dipaksakan.”

3. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-V/2007

“... Dalam kaitannya dengan kriteria usia, UUD 1945 tidak menentukan batasan usia minimum tertentu sebagai kriteria yang berlaku umum untuk semua jabatan atau aktivitas pemerintahan. Hal itu berarti, UUD 1945 menyerahkan penentuan batasan usia tersebut kepada pembentuk undang-undang untuk mengaturnya. Dengan kata lain, oleh UUD 1945 hal itu dianggap sebagai bagian dari kebijakan hukum (*legal policy*) pembentuk undang-undang. Oleh sebab itulah, persyaratan usia minimum untuk masing-masing jabatan atau aktivitas pemerintahan diatur secara berbeda-beda dalam

¹¹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 10/PUU-III/2005, hlm. 30.

¹² Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 16/PUU-V/2007, hlm. 82.

¹³ Ibid., hlm. 82.

berbagai peraturan perundang-undangan...”¹⁴

4. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008

“... MK tidak mungkin membatalkan undang-undang atau sebagian isinya, jikalau norma tersebut merupakan delegasi kewenangan terbuka yang dapat ditentukan sebagai *legal policy* oleh pembentuk Undang-Undang. Meskipun seandainya isi suatu Undang-Undang dinilai buruk,... sebab yang dinilai buruk tidak selalu berarti inkonstitusional, kecuali *legal policy* tersebut jelas-jelas melanggar moral, rasionalitas, dan ketidakadilan yang intoleran... Sepanjang pilihan kebijakan tidak merupakan hal yang melampaui kewenangan, penyalahgunaan wewenang, tidak nyata-nyata bertentangan dengan UUD NRI 1945, maka pilihan kebijakan demikian tidak dapat dibatalkan oleh Mahkamah.”¹⁵

5. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VII/2009

“... lembaga legislatif dapat menentukan ambang batas sebagai *legal policy* bagi eksistensi Partai Politik baik berbentuk ET maupun PT. ... besarnya angka ambang batas adalah menjadi kewenangan pembentuk Undang-Undang untuk menentukannya tanpa boleh dicampuri oleh Mahkamah selama tidak bertentangan dengan hak politik, kedaulatan rakyat, dan rasionalitas.... Di mana pun di dunia ini konstitusi

selalu memberi kewenangan kepada pembentuk Undang-Undang untuk menentukan batasan-batasan dalam Undang-Undang bagi pelaksanaan hak-hak politik rakyat”¹⁶

6. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 26/PUU-VII/2009

“...Mahkamah dalam fungsinya sebagai pengawal konstitusi tidak mungkin untuk membatalkan undang-undang atau sebagian isinya, jikalau norma tersebut merupakan delegasi kewenangan terbuka yang dapat ditentukan sebagai *legal policy* oleh pembentuk undang-undang. Meskipun seandainya isi suatu undang-undang dinilai buruk, maka Mahkamah tidak dapat membatalkannya, sebab yang dinilai buruk tidak selalu berarti inkonstitusional, kecuali kalau produk *legal policy* tersebut jelas-jelas melanggar moralitas, rasionalitas dan ketidakadilan yang *intolerable*. Sepanjang pilihan kebijakan tidak merupakan hal yang melampaui kewenangan pembentuk undang-undang, tidak merupakan hal yang melampaui kewenangan pembentuk undang-undang, tidak merupakan penyalahgunaan kewenangan, serta tidak nyata-nyata bertentangan dengan UUD 1945...”¹⁷

7. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37-39/PUU-VIII/2010

“...Dalam kaitannya dengan kriteria usia, UUD 1945 tidak menentukan batasan usia minimal atau maksimal tertentu

¹⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-V/2007, hlm. 55-56.

¹⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-512-59/PUU-VI/2008, hlm. 187.

¹⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VII/2009, hlm. 130.

¹⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 26/PUU-VII/2009, hlm. 25.

sebagai kriteria yang berlaku umum untuk semua jabatan atau aktivitas pemerintahan. Hal itu berarti, UUD 1945 menyerahkan penentuan batasan usia tersebut kepada pembentuk Undang-Undang untuk mengaturnya. Dengan kata lain, oleh UUD 1945 hal itu dianggap sebagai bagian dari kebijakan hukum (*legal policy*) pembentuk Undang-Undang. Oleh sebab itulah, persyaratan usia minimal untuk masing-masing jabatan atau aktivitas pemerintahan diatur secara berbeda-beda dalam berbagai peraturan perundang-undangan sesuai dengan karakteristik kebutuhan jabatan masing-masing...¹⁸

Selanjutnya MK, juga menegaskan kembali dalam pertimbangan lainnya, yang menyatakan bahwa:¹⁹

“...seandainya pun suatu Undang-Undang tidak mencantumkan syarat usia minimal (maupun maksimal) tertentu bagi warga negara untuk dapat mengisi suatu jabatan atau turut serta dalam kegiatan pemerintahan tertentu, melainkan menyerahkan pengaturannya kepada peraturan perundang-undangan di bawahnya, hal demikian pun merupakan kewenangan pembentuk Undang-Undang dan tidak bertentangan dengan UUD 1945. Bahwa ketetapan pembentuk Undang-Undang mengenai syarat usia seseorang pejabat adalah suatu kebijakan hukum terbuka (*opened legal policy*) yang berapa pun usia minimal dan maksimal

yang ditetapkan tidak dapat dikategorikan sebagai ketentuan yang tidak konstitusional...”

8. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 52/PUU-X/2012

“...kebijakan ET tidak diskriminatif karena berlaku untuk semua Parpol, merupakan kebijakan pembentuk Undang-Undang (*legal policy*) yang diamanatkan oleh Pasal 22E ayat (6) UUD 1945 yang sifatnya sangat terbuka, yaitu “Ketentuan lebih lanjut tentang pemilihan umum diatur dengan undang-undang”, sehingga menurut MK, baik kebijakan ET maupun PT sama konstitusionalitasnya (vide Putusan Nomor 16/PUU-V/2007 bertanggal 23 Oktober 2007) ...²⁰

9. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 56/PUU-X/2012

“...Menurut Mahkamah, UUD 1945 tidak menentukan batas usia untuk semua jabatan hakim. Penentuan batas usia hakim merupakan kebijakan hukum terbuka (*opened legal policy*), yang sewaktu-waktu dapat diubah oleh pembentuk Undang-Undang sesuai dengan tuntutan kebutuhan perkembangan yang ada dan sesuai dengan jenis dan spesifikasi serta kualifikasi jabatan tersebut. Dengan demikian penentuan batas usia sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk Undang-Undang...²¹

¹⁸ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37-39/PUU-VIII/2010, hlm. 59.

¹⁹ Ibid., hlm. 60.

²⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 52/PUU-X/2012, hlm. 95.

²¹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 56/PUU-X/2012, hlm. 35.

10. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 86/PUU-X/2012

“... menurut Mahkamah, ketentuan demikian merupakan pilihan kebijakan hukum (*opened legal policy*) dari pembentuk Undang-Undang, karena UUD 1945 tidak pernah membatasi tempat/lokasi domisili lembaga tertentu. UUD 1945 juga tidak membatasi sifat lembaga bentukan Pemerintah, apakah akan bersifat struktural atau bersifat non-struktural...”²²

Dalam pertimbangannya yang lain mahkamah menggunakan kembali alasan *open legal policy*, ketika menjawab konstitusionalitas Pasal 18 ayat (2) UU 23 Tahun 2011, yang mana Mahkamah menyatakan bahwa:²³

“...UUD 1945 tidak membatasi siapa yang berhak melakukan pengumpulan, pendistribusian, dan pendayagunaan zakat, akan tetapi UUD 1945 mewajibkan negara untuk melindungi masyarakat baik sebagai muzaki maupun sebagai penerima, yang oleh karenanya UUD 1945 juga memberikan hak kepada pembentuk Undang-Undang untuk memilih kebijakan hukum (*opened legal policy*) yang paling sesuai bagi pendayagunaan zakat. Terkait dengan hal tersebut Mahkamah berpendapat bahwa pengaturan atau pembatasan oleh pembentuk Undang-Undang tidak dapat pula dilakukan dengan sebebas-bebasnya, melainkan, antara lain, harus memperhatikan tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai

agama, keamanan, dan ketertiban umum...”

11. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2/PUU-XI/2013

“...terhadap konsep pembentukan Dapil yang mengakomodasi Dapil luar negeri maupun konsep pembentukan Dapil yang tidak mengakomodasi Dapil luar negeri, Mahkamah berpendapat bahwa kedua konsep dimaksud adalah kebijakan hukum yang bersifat terbuka (*opened legal policy*) yang tidak bertentangan dengan UUD 1945. Secara konseptual keduanya telah mengakui dan menampung suara para pemilih baik yang berada di dalam negeri maupun yang berada di luar negeri...”²⁴

12. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 7/PUU-XI/2013

“...terhadap kriteria usia yang UUD 1945 tidak menentukan batasan usia tertentu untuk menduduki semua jabatan dan aktivitas pemerintahan, hal ini merupakan kebijakan hukum (*legal policy*) dari pembentuk Undang-Undang, yang sewaktu-waktu dapat diubah oleh pembentuk Undang-Undang sesuai dengan tuntutan kebutuhan perkembangan yang ada. Hal tersebut sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk Undang-Undang yang, apapun pilihannya, tidak dilarang dan tidak bertentangan dengan UUD 1945. Namun demikian, menurut Mahkamah hal tersebut dapat menjadi permasalahan konstitusionalitas jika aturan tersebut menimbulkan

²² Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 86/PUU-X/2012, hlm. 94.

²³ Ibid., hlm. 100.

²⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2/PUU-XI/2013, hlm. 44.

problematika kelembagaan, yaitu tidak dapat dilaksanakan, aturannya menyebabkan kebuntuan hukum (*dead lock*) dan menghambat pelaksanaan kinerja lembaga negara yang bersangkutan yang pada akhirnya menimbulkan kerugian konstitusionalitas warga negara...²⁵

13. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013

“...secara delegatif UUD 1945 telah menyerahkan kewenangan kepada pembentuk Undang-Undang (DPR dan Presiden) untuk mengatur tata cara pelaksanaan Pilpres, serta ketentuan lebih lanjut mengenai pemilihan umum, sehingga menjadi kebijakan hukum terbuka (*opened legal policy*) pembentuk Undang-Undang untuk merumuskan mekanisme terbaik tata cara pemilihan umum, termasuk dalam penentuan waktu antar satu pemilihan dengan pemilihan yang lain. Selain itu, aturan *presidential threshold* sebagaimana tercantum dalam Pasal 9 UU 42/2008 yang berbunyi, “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” juga merupakan kebijakan hukum terbuka yang pada prinsipnya

²⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 7/PUU-XI/2013, hlm. 31.

tidak terkait dengan pengaturan serentak atau tidaknya pemilihan umum, baik Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan atau Pilpres. Bila pembentuk Undang-Undang menginginkan Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan atau Pilpres dilaksanakan serentak, maka *presidential threshold* tetap dapat diterapkan. Sebaliknya *threshold* tersebut juga dapat dihilangkan bila Presiden dan DPR sebagai lembaga politik representasi kedaulatan rakyat menghendaknya...²⁶

14. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 38/PUU-XI/2013

“Ketika hak untuk berpartisipasi dalam penyediaan layanan kesehatan dibuka seluas-luasnya, maka pada saat yang sama negara (pemerintah) berkewajiban untuk menjamin bahwa semua fasilitas pelayanan kesehatan baik yang dilakukan oleh pemerintah maupun oleh swasta (masyarakat), memenuhi standar kualitas tertentu dengan tujuan untuk menjamin tercapainya pelayanan kesehatan yang layak. Menurut Mahkamah, penentuan standar kualitas ini berada di wilayah kebijakan hukum yang terbuka (*opened legal policy*) bagi pembentuk Undang-Undang untuk mengaturnya.”²⁷

15. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-XI/2013

“...oleh karena kasus-kasus tertentu yang ditangani oleh KPK, menurut Mahkamah, yang dalam pengambilan keputusannya harus disetujui oleh seluruh pimpinan

²⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013, hlm. 91.

²⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 38/PUU-XI/2013, hlm. 77.

KPK [vide Pasal 21 ayat (5) UU KPK] merupakan kebijakan dari pembentuk Undang-Undang yang bersifat terbuka (*opened legal policy*). Mahkamah menilai bahwa kewenangan yang kolektif kolegial tidak menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan, melainkan justru kepemimpinan kolektif kolegial adalah demi kepastian hukum serta menghindari kekeliruan dan kesalahan dalam melaksanakan kewenangannya...²⁸

16. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PUU-XI/2013

“... Pasal 9 UU 42/2008 menyatakan, “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”. Menurut Mahkamah, Putusan Mahkamah Nomor 14/PUU-XI/2013, bertanggal 23 Januari 2014 maupun Putusan Mahkamah Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 februari 2009 telah menyebutkan secara tegas bahwa ketentuan *a quo* merupakan kebijakan hukum terbuka atau delegasi kewenangan terbuka yang dapat ditentukan sebagai *legal policy* oleh pembentuk Undang-Undang...²⁹

²⁸ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-XI/2013, hlm. 32.

²⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PUU-XI/2013, hlm. 32-33.

17. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 30-74/PUU-XII/2014

“... norma yang mengatur batasan usia, Mahkamah dalam beberapa putusannya (vide Putusan Nomor 49/PUU-XI/2011 bertanggal 18 Oktober 2011, Putusan Nomor 37-39/PUU-VIII/2010 bertanggal 15 Oktober 2010, dan Putusan Nomor 15/PUU-V/2007 bertanggal 27 November 2007), telah mempertimbangkan bahwa batasan usia minimum merupakan kebijakan hukum terbuka (*open legal policy*) yang sewaktu-waktu dapat diubah oleh pembentuk Undang-Undang sesuai dengan tuntutan kebutuhan perkembangan yang ada. Hal tersebut sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk Undang-Undang yang apa pun pilihannya tidak dilarang dan selama tidak bertentangan dengan UUD 1945. Dalam perkara *a quo*, UUD 1945 tidak mengatur secara jelas perihal batasan usia seseorang disebut sebagai anak...³⁰

18. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 73/PUU-XII/2014

“... mekanisme pemilihan pimpinan DPR dan alat kelengkapan DPR adalah kebijakan hukum terbuka (*opened legal policy*) dari pembentuk Undang-Undang yang tidak bertentangan dengan UUD 1945...³¹

Mahkamah kembali menegaskan mengenai kebijakan hukum terbuka pada saat memberikan pertimbangan terhadap

³⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 30-74/PUU-XII/2014, hlm. 230.

³¹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 73/PUU-XII/2014, hlm. 216.

diskriminasi dan perbedaan mekanisme penentuan pimpinan DPR dan pimpinan DPRD, yang menyatakan bahwa:³²

“...hal tersebut bukanlah diskriminasi karena diskriminasi menurut pendapat Mahkamah dalam berbagai putusan sebelumnya adalah perbedaan yang dilakukan atas dasar ras, warna kulit, suku, dan agama. Lagi pula perbedaan demikian adalah sesuatu yang wajar dan dapat dibenarkan karena sangat tergantung dengan kebijakan politik pembentuk Undang-Undang (*opened legal policy*) ...”

Terdapat *dissenting opinion* 2 Hakim Konstitusi di dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 73/PUU-XII/2014 yaitu Arief Hidayat dan Maria Farida Indrati, yang dalam pertimbangannya Hakim Konstitusi Arief Hidayat menyatakan bahwa *opened legal policy* tetap bisa diuji konstusionalitasnya, yang dinyatakan dalam pertimbangannya yaitu:³³

“...meskipun hal ini merupakan politik hukum terbuka (*opened legal policy*) pembentuk undang-undang untuk menentukan mekanisme pemilihan pimpinan DPR dan alat kelengkapannya, namun menurut saya politik hukum yang dipilih pembentuk undang-undang ini perlu diuji konstusionalitasnya karena meskipun bersifat *opened legal policy* tidaklah berarti politik hukum demikian bersesuaian dengan konstitusi, karena bisa juga sebuah politik hukum bertentangan dengan konstitusi apabila undang-undang yang

dihasilkan tidak memenuhi syarat-syarat pembentukan hukum yang baik yang tertuang dalam UU 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan...”

Hakim Konstitusi Arief Hidayat juga memberikan batasan-batasan *opened legal policy*, hal tersebut dapat dilihat dalam pertimbangannya yang menyatakan bahwa:³⁴

“...adanya batasan untuk melakukan perubahan itu, yaitu tidak hanya semata-mata didasarkan pada kepentingan yang bersifat pragmatis sesaat sesuai dengan kepentingan sekelompok atau segolongan orang, tetapi haruslah ditujukan untuk tujuan yang ideal bagi seluruh orang. Selain itu, ada batasan terhadap jangka waktu perubahan dan pilihan kebijakannya. Jangka waktu perubahan haruslah mengingat adanya sifat kejegan suatu pengaturan, begitu juga terhadap pilihan kebijakan haruslah dapat dipertahankan dalam jangka waktu yang relatif cukup lama sehingga ada kesempatan kepada masyarakat untuk dapat mengantisipasi adanya perubahan pilihan kebijakan itu...”

19. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU-XV/2017

“...penentuan ambang batas pengajuan pasangan calon presiden dan wakil presiden (*presidential threshold*) menjadi wilayah kebijakan hukum terbuka (*opened legal policy*) pembentuk undang-undang...”³⁵

³² Ibid., hlm. 217.

³³ Ibid., hlm. 222-223.

³⁴ Ibid., hlm. 224.

³⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU-XV/2017, hlm. 138.

Pertimbangan Hakim Konstitusi Suhartoyo dan Hakim Konstitusi Saldi Isra yang lain menyatakan bahwa:³⁶

“...ketika merumuskan landasan hukum penyelenggaraan Pemilu serentak, pembentuk undang-undang memaknai frasa “*tetap mendasarkan pada ketentuan UUD 1945*” sebagai kebijakan hukum terbuka (*opened legal policy*) dengan mempertahankan angka ambang batas yang sebelumnya diatur dalam Pasal 9 UU 42/2008...”

20. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 59/PUU-XV/2017

“...sebagaimana dinyatakan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013, Mahkamah berpendapat sebagai berikut: Mahkamah Konstitusi dalam putusan sebelumnya, yaitu Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 Februari 2009, dalam pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum (UU 42/2008), telah menegaskan bahwa ambang batas minimum perolehan suara partai politik (atau gabungan partai politik) untuk dapat mengusulkan calon Presiden dan Wakil Presiden adalah kebijakan hukum pembentuk undang-undang...”³⁷

21. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 70/PUU-XV/2017

“...penentuan ambang batas minimum perolehan suara partai politik (gabungan partai politik) untuk dapat mengusulkan calon

³⁶ Ibid., hlm. 139.

³⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 59/PUU-XV/2017, hlm. 78-79.

Presiden dan Wakil Presiden adalah kebijakan hukum pembentuk undang-undang...”³⁸

22. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 71/PUU-XV/2017

“...sebagaimana dinyatakan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013, Mahkamah berpendapat sebagai berikut: Mahkamah Konstitusi dalam putusan sebelumnya, yaitu Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 Februari 2009, dalam pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum (UU 42/2008), telah menegaskan bahwa ambang batas minimum perolehan suara partai politik (atau gabungan partai politik) untuk dapat mengusulkan calon Presiden dan Wakil Presiden adalah kebijakan hukum pembentuk undang-undang...”³⁹

23. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-XVI/2018

“...merupakan kebijakan hukum (*legal policy*) yang terbuka yang didelegasikan oleh Pasal 6A ayat (5) uud 1945 yang menentukan, “Tata cara pelaksanaan pemilihan Presiden dan Wakil Presiden lebih lanjut diatur dalam undang-undang”, dan Pasal 22E ayat (6) UUD 1945 yang menentukan, “Ketentuan lebih lanjut tentang pemilihan umum diatur dengan undang-undang” ...”⁴⁰

³⁸ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 70/PUU-XV/2017, hlm. 80.

³⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 71/PUU-XV/2017, hlm. 83-84.

⁴⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-XVI/2018, hlm. 37.

Mahkamah dalam pertimbangan yang lainnya juga kembali menegaskan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013, yang dalam pertimbangan hukumnya menyatakan bahwa:⁴¹

“... Pasal 9 UU 42/2008 menyatakan, “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 “. Menurut Mahkamah, Putusan Mahkamah Nomor 14/PUU-XI/2013, bertanggal 23 Januari 2014 maupun Putusan Mahkamah Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 Februari 2009 telah menyebutkan secara tegas bahwa ketentuan *a quo* merupakan kebijakan hukum terbuka atau delegasi kewenangan terbuka yang dapat ditentukan sebagai *legal policy* oleh pembentuk Undang-Undang...”

24. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-XVI/2018

“... mengenai konstitusionalitas Pasal 222 UU Pemilu sebagaimana dituangkan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU-XV/2017 tersebut diulangi dan ditegaskan kembali dalam Nomor 59/PUU-XV/2017, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 70/PUU-XV/2017, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 71/PUU-XV/2017,

⁴¹ Ibid., hlm. 40.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 72/PUU-XV/2017 yang memohonkan substansi yang sama...”⁴²

25. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 54/PUU-XVI/2018

Mahkamah dalam pertimbangannya kembali menegaskan bahwa Pasal 222 UU Pemilu adalah konstitusional seperti putusan-putusan Mahkamah sebelumnya yang dinyatakan Mahkamah dalam pertimbangannya yaitu:⁴³

“... Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 56/PUU-VI/2008; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 26/PUU-VII/2009; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 4/PUU-XI/2013; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XI/2013; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 56/PUU-XI/2013; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PUU-XI/2013; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-XII/2014; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU-XV/2017; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 59/PUU-XV/2017; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 70/PUU-XV/2017; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 71/PUU-XV/2017; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 72/PUU-XV/2017. Pendirian Mahkamah tersebut ditegaskan kembali dalam dua putusan

⁴² Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-XVI/2018, hlm. 22.

⁴³ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 54/PUU-XVI/2018, hlm. 32.

terakhir, yaitu Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-XVI/2018 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-XVI/2018...”

26. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 58/PUU-XVI/2018

“... pembatasan untuk penyederhanaan demikian memerlukan angka, yang dapat berupa persentase maupun jumlah tertentu, sebagai syarat yang harus dipenuhi oleh partai politik maupun gabungan partai politik yang ingin mengusulkan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden. Mahkamah belum menemukan adanya metode penentuan besaran angka *presidential threshold* demikian, baik secara teoritis maupun praktik. Dengan demikian menurut Mahkamah penentuan angka demikian menjadi *legal policy* pembentuk undang-undang untuk menentukan, tentu saja melalui undang-undang...”⁴⁴

Mahkamah dalam pertimbangan yang lainnya kembali menegaskan bahwa kebijakan *threshold* merupakan suatu kebijakan hukum (*legal policy*) melalui putusan-putusan Mahkamah yang sebelumnya, hal ini dinyatakan dalam pertimbangan Mahkamah yang menyatakan bahwa:⁴⁵

“...demikian telah dikemukakan Mahkamah dalam Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008 bertanggal 18 Februari 2009, yang meskipun merupakan putusan dalam perkara pengujian undang-undang yang

berbeda yaitu Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, namun secara substansial norma yang dimohonkan pengujian mengatur hal yang sama dengan perkara *a quo* yaitu mengenai besaran angka persentase *presidential threshold* dan pertimbangan hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008 pun telah dijadikan salah satu pertimbangan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-XVI/2018, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-XVI/2018, serta Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 54/PUU-XVI/2018...”

Beberapa Putusan MK yang telah dipaparkan di atas tersebut menunjukkan definisi dari suatu konsep yang oleh MK disebut sebagai *Opened Legal Policy*, *Open Legal Policy*, atau *Legal Policy*, yang ketiganya diterjemahkan dalam bahasa Indonesia sebagai kebijakan hukum terbuka. Konsep *Open Legal Policy* itu sendiri pertama kali dipergunakan oleh MK dalam Putusan MK Nomor 10/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005 meskipun sama sekali dalam putusannya tidak disebutkan istilah *open legal policy*.⁴⁶ Istilah *open legal policy* justru baru muncul pada Putusan MK Nomor 16/PUU-V/2007.

Konsep *Open Legal Policy* adalah hal baru dan relatif tidak dikenal sebelumnya di bidang ilmu hukum. Selama ini istilah *Policy* (kebijakan) lebih dikenal luas

⁴⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 58/PUU-XVI/2018, hlm. 37.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Mardian Wibowo, Menakar Konstitusionalitas Sebuah Kebijakan Hukum Terbuka dalam Pengujian Undang Undang, *Jurnal Konstitusi* Volume 12, Nomor 2, Juni 2005, hlm. 210.

dalam bidang studi kebijakan publik, antara lain dalam istilah *Communitarian Policy* (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 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.⁴⁷

Berdasarkan beberapa putusan MK tersebut, dapat diambil beberapa unsur yang disebutkan dimana pilihan kebijakan yang diambil pembentuk UU mengandung nilai konstusionalitas sehingga MK dapat mengujinya. Dalam pengujian mengenai ketentuan persyaratan batas minimal perolehan suara partai politik atau gabungan partai politik untuk pencalonan kepala daerah/wakil kepala daerah maka pilihan kebijakan ini tidak dalam ranah kewenangan pengujian oleh MK sepanjang "... (1) tidak merupakan hal yang melampaui kewenangan pembuat undang-undang dan (2) tidak merupakan penyalahgunaan kewenangan, serta (3) tidak nyata-nyata bertentangan dengan ketentuan dalam UUD 1945."⁴⁸

Selain itu, pertimbangan MK juga menambahkan unsur-unsur dimana MK tidak dapat membatalkan suatu kebijakan kecuali bila kebijakan tersebut "...jelas-jelas (1) melanggar moralitas, (2) rasionalitas dan (3) ketidakadilan yang *intolerable*."⁴⁹ Dalam hal pemberlakuan ET dan PT, lembaga legislatif dapat menentukan ambang batas sebagai *legal policy* bagi eksistensi Partai Politik tanpa boleh dicampuri oleh Mahkamah dengan unsur: (1) selama tidak bertentangan dengan hak politik, (2) tidak bertentangan dengan kedaulatan rakyat, dan (3) tidak bertentangan dengan rasionalitas.⁵⁰ Dalam hal kebijakan penentuan batas usia minimum untuk menduduki suatu jabatan atau aktivitas pemerintahan, MK semula berpendapat bahwa penentuan batas usia minimum merupakan pilihan kebijakan hukum yang dapat diubah sewaktu-waktu oleh pembentuk UU sesuai dengan perkembangan zaman.⁵¹

Hal yang terakhir, kemudian dianulir MK ketika menguji aturan ketentuan batasan usia untuk menduduki jabatan sebagai hakim konstitusi, MK merumuskan syarat bahwa pilihan kebijakan mengenai batas usia tersebut bisa diuji konstusionalitasnya bila "... menimbulkan problematika kelembagaan, yaitu (1) tidak dapat dilaksanakan, (2) aturannya menyebabkan kebuntuan hukum (*dead lock*) dan (3) menghambat pelaksanaan kinerja lembaga negara yang

⁴⁷ G. Subarsono, *Analisis Kebijakan Publik: Konsep, Teori, dan Aplikasi*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005, h. 24. Dalam *Ibid*, hlm. 211.

⁴⁸ *Op. Cit*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 10/PUU-III/2005, hlm. 30.

⁴⁹ *Op. Cit*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-512-59/PUU-VI/2008, hlm. 187.

⁵⁰ *Op. Cit*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VII/2009, hlm. 130.

⁵¹ *Op. Cit*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-V/2007, hlm. 55-56.

bersangkutan.”⁵²

Sejatinya MK juga memiliki pendapat bahwa pengaturan atau pembatasan oleh pembentuk Undang-Undang tidak dapat pula dilakukan dengan sebebas-bebasnya, melainkan, antara lain, harus memperhatikan tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum.⁵³

Anggapan pemohon yang mendalikan bahwa terdapat diskriminasi disebabkan perbedaan dalam penentuan kebijakan dalam suatu norma MK berpendapat bahwa hal tersebut bukanlah diskriminasi karena diskriminasi menurut pendapat Mahkamah dalam berbagai putusan sebelumnya adalah perbedaan yang dilakukan atas dasar ras, warna kulit, suku, dan agama. Lagi pula perbedaan demikian adalah sesuatu yang wajar dan dapat dibenarkan karena sangat tergantung dengan kebijakan politik pembentuk Undang-Undang (*opened legal policy*).⁵⁴

Terdapat *dissenting opinion* 2 Hakim Konstitusi di dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 73/PUU-XII/2014 yaitu Arief Hidayat dan Maria Farida Indrati, yang dalam pertimbangannya Hakim Konstitusi Arief Hidayat menyatakan bahwa *opened legal policy* tetap bisa diuji konstitusionalitasnya, yang dinyatakan dalam pertimbangannya yaitu meskipun hal ini merupakan

politik hukum terbuka (*opened legal policy*) pembentuk undang-undang, namun menurutnya politik hukum yang dipilih pembentuk undang-undang ini perlu diuji konstitusionalitasnya karena meskipun bersifat *opened legal policy* tidaklah berarti politik hukum demikian bersesuaian dengan konstitusi, karena bisa juga sebuah politik hukum bertentangan dengan konstitusi apabila undang-undang yang dihasilkan tidak memenuhi syarat-syarat pembentukan hukum yang baik yang tertuang dalam UU 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.⁵⁵

Hakim Konstitusi Arief Hidayat juga memberikan batasan-batasan *opened legal policy*, hal tersebut dapat dilihat dalam pertimbangannya yang menyatakan bahwa adanya batasan untuk melakukan perubahan itu, yaitu tidak hanya semata-mata didasarkan pada kepentingan yang bersifat pragmatis sesaat sesuai dengan kepentingan sekelompok atau segolongan orang, tetapi haruslah ditujukan untuk tujuan yang ideal bagi seluruh orang. Selain itu, ada batasan terhadap jangka waktu perubahan dan pilihan kebijakannya. Jangka waktu perubahan haruslah mengingat adanya sifat keajegan suatu pengaturan, begitu juga terhadap pilihan kebijakan haruslah dapat dipertahankan dalam jangka waktu yang relatif cukup lama sehingga ada kesempatan kepada masyarakat untuk dapat mengantisipasi adanya perubahan pilihan kebijakan itu.⁵⁶

⁵² *Loc. Cit.*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 7/PUU-XI/2013, hlm. 31.

⁵³ *Loc. Cit.*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 86/PUU-X/2012, hlm. 100.

⁵⁴ *Loc. Cit.*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 73/PUU-XII/2014, hlm. 217.

⁵⁵ *Loc. Cit.*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 73/PUU-XII/2014, hlm. 222-223.

⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 224.

Dari beragam unsur yang telah disebutkan oleh MK untuk mengukur suatu kebijakan yang layak diuji konstitusionalitasnya, MK tidak menguraikan lebih lanjut ukuran tersebut dan tidak menjadikannya sebagai ukuran kelayakan atau pisau analisisnya. Sejauh ini, MK hanya sebatas menyebut unsur-unsur tersebut dalam pertimbangannya. Bahkan terjadi inkonsistensi MK ketika menguji batasan usia hakim Mahkamah Konstitusi. Sehingga perlu dikaji lebih mendalam terkait konstruksi pertimbangan "open legal policy" yang dipakai oleh Mahkamah Konstitusi.

2. Urgensi Rekonstruksi Mahkamah Konstitusi dalam Memberikan Pertimbangan "Open Legal Policy"

a. Ketidakjelasan Konsep dalam Penentuan Pertimbangan "Open Legal Policy"

Dalam pendekatan konsep "open legal policy" yang diambil oleh MK, terdapat beragam unsur yang telah diuraikan di atas. Dari beragam unsur yang telah disebutkan oleh MK untuk mengukur suatu kebijakan yang layak diuji konstitusionalitasnya, MK tidak menguraikan lebih lanjut ukuran tersebut dan tidak menjadikannya sebagai ukuran kelayakan atau pisau analisisnya. Sejauh ini, MK hanya sebatas menyebut unsur-unsur tersebut dalam pertimbangannya. Bahkan terjadi inkonsistensi MK ketika menguji batasan usia hakim Mahkamah Konstitusi.

Jika disinggung dari segi politik hukum yaitu kajian terhadap kebijakan

dasar yang menentukan arah, bentuk, maupun isi hukum yang akan dibentuk.⁵⁷ Sejatinya, politik hukum lahirnya konsep "open legal policy" di berbagai negara merupakan bentuk dari sikap menahan diri (*judicial restraint*) Mahkamah Konstitusi. Sikap Mahkamah Kontitusi tersebut guna memberi ruang gerak kepada pembentuk undang-undang. Sikap tersebut merupakan upaya untuk mengurangi ketegangan politik antar lembaga negara.⁵⁸

Analisis tersebut merupakan peninjauan konsep "open legal policy" dari segi historis yaitu dengan cara menemukan makna suatu ketentuan dengan cara mencari dan memahami latar belakang kemunculan ketentuan tersebut. Latar belakang dimaksud meliputi kondisi masyarakat, suasana kebatinan pembentuk undang-undang, tren ideologi, dan lain sebagainya. Dipahaminya kondisi atau suasana yang melatarbelakangi kemunculan suatu ketentuan hukum akan memberi petunjuk mengenai maksud dari ketentuan hukum dimaksud.⁵⁹

Pemberian ruang gerak dengan bentuk memberikan pertimbangan "open legal policy" timbul disebabkan banyaknya serangan politik yang dialami oleh Mahkamah Konstitusi. Di Polandia pada tahun 2007, dewan

⁵⁷ Moh. Mahfud, MD, 2011, *Politik Hukum di Indonesia*, Edisi Revisi, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 1.

⁵⁸ Bisyarjadi, Yudisialisasi Politik dan Sikap Menahan Diri: Peran Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang, *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 3, September 2015, hlm. 489.

⁵⁹ *Op. Cit*, Mardian Wibowo, Menakar Konstitusionalitas Sebuah ..., hlm. 202.

konstitusi (*the Polish Constitutional Tribunal*) berbeda pendapat secara tajam dengan pemerintahan rezim Kaczynski. Pemerintah Kaczynski dalam rangka peralihan dari sistem komunis menghendaki untuk membersihkan unsur-unsur dan agen-agen komunis dari sektor publik dengan menyusun rancangan UU mengenai pemutihan (*lustration law*). Sebelumnya, pemerintahan Kaczynski mengancam akan membuka semua arsip-arsip polisi rahasia jika dewan konstitusional membatalkan rancangan UU tersebut.⁶⁰

Pada tahun yang sama (2007), di Ukraina juga terjadi krisis politik mengenai pembubaran parlemen Ukraina. Presiden Ukraina saat itu, Viktor Yushchenko, memerintahkan pembubaran parlemen dan menyusun jadwal pemilu dipercepat. Perintah pembubaran parlemen tersebut diajukan kepada mahkamah konstitusi untuk menilai konstitusionalitasnya. Mahkamah konstitusi berada di tengah pusaran persoalan politik yang besar. Tekanan politik demikian berat sehingga menyebabkan ketua mahkamah konstitusi mengundurkan diri. Salah satunya dari kepala kepolisian, yang berpihak pada presiden, menyatakan bahwa polisi tetap bersikap netral dan tidak sedang menekan mahkamah konstitusi tapi membenarkan bahwa salah satu hakim konstitusi sedang diperiksa atas tuduhan korupsi. Setelah itu, 3 hakim konstitusi dicopot dari jabatannya dan 4 mengajukan cuti

sehingga Presiden menyatakan bahwa mahkamah konstitusi tidak dapat menyelenggarakan sidang hingga waktu yang belum ditentukan.⁶¹

Mahkamah Konstitusi Hongaria juga mengalami hal yang sama pada tahun 2012. Serangan politik yang dilancarkan juga demikian hebat yaitu melalui perubahan konstitusi. Dalam aturan konstitusional baru, kewenangan mahkamah konstitusi dibatasi dan tatacara pemilihan hakim konstitusi pun diubah sehingga menguntungkan rezim yang berkuasa.⁶²

Sehingga, politik hukum dari konsep “*open legal policy*” yang ditentukan oleh Mahkamah Konstitusi di beberapa Negara di atas sebenarnya muncul disebabkan guna memberi ruang gerak kepada pembentuk undang-undang. Hal ini dilakukan sebagai upaya untuk mengurangi ketegangan politik antar lembaga negara agar Mahkamah Konstitusi tidak mendapat serangan-serangan politik seperti yang telah terjadi di berbagai negara di atas. Padahal sejatinya, sikap Mahkamah Konstitusi yang tidak berani menghadapi serangan-serangan politik dan menjadikan pertimbangan politik (mengurangi ketegangan politik) sebagai pertimbangan konstitusionalnya maka sebenarnya telah menghilangkan prinsip independensi peradilan. Sehingga makna *judicialization of politics* sebenarnya telah bergeser menjadi *politization of judicial* yang sebenarnya sangat berbahaya dalam

⁶⁰ *Op Cit*, Bisyarjadi, Yudisialisasi Politik dan Sikap Menahan Diri..., hlm. 486.

⁶¹ *Ibid*, hlm. 486-487.

⁶² *Ibid*, hlm. 490.

konsep negara hukum.⁶³

Menurut Erhard Blankenburg yang dikutip oleh Saldi Isra, bahwa independensi peradilan dapat diuji melalui dua hal, yaitu ketidakberpihakan (*impartiality*) dan keterputusan relasi dengan para aktor politik (*political insularity*). Imparsialitas terlihat pada gagasan bahwa hakim akan mendasarkan pada hukum dan fakta-fakta di persidangan, bukan atas dasar keterkaitan dengan salah satu pihak yang berperkara. Imparsialitas proses peradilan hanya dapat dilakukan jika hakim dapat melepaskan diri dari konflik kepentingan atau faktor semangat pertemenan (*collegial*) dengan pihak yang berperkara. Karenanya hakim harus mengundurkan diri dari proses persidangan jika ia melihat ada potensi imparsialitas. Sementara pemutusan relasi dengan dunia politik penting bagi seorang hakim agar ia tidak menjadi alat merealisasikan tujuan-tujuan politik.⁶⁴

Jimly Asshidiqie berpendapat bahwa prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) yang menjadi prinsip penting yang dianut sistem ketatanegaraan Indonesia pasca reformasi menghendaki bahwa para hakim harus bekerja secara independen dari pengaruh kekuasaan eksekutif dan legislatif.⁶⁵ Dalam hal

ini Mahkamah Konstitusi tidak boleh mendasarkan pada pertimbangan politik dalam menggunakan konsep "*open legal policy*". Jika dikaitkan dengan prinsip negara hukum demokratis, yaitu hukum yang memegang komando tertinggi dalam penyelenggaraan negara, maka harus ada jaminan bahwa hukum itu sendiri ditegakkan menurut prinsip-prinsip demokrasi.⁶⁶ Konsep negara hukum demokrasi juga mensyaratkan adanya mekanisme *judicial review* oleh lembaga peradilan terhadap norma-norma produk politik.⁶⁷ Sehingga untuk menjaga agar hukum itu sendiri sesuai dengan prinsip-prinsip demokrasi maka perlu Mahkamah Konstitusi yang independen dan tidak berpihak.

Konsep "*open legal policy*" pertama kali dipergunakan oleh MK dalam Putusan MK Nomor 10/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005 meskipun sama sekali dalam putusannya tidak disebutkan istilah "*open legal policy*".⁶⁸ Istilah "*open legal policy*" justru baru muncul pada Putusan MK Nomor 16/PUU-V/2007. Penggunaan konsep "*open legal policy*" di Indonesia pada awalnya tidak ada kaitannya dengan latar belakang serangan politik ke Mahkamah Konstitusi, karena pada periode awal Mahkamah Konstitusi berdiri, belum ada serangan-serangan politik, bahkan kinerja hakim konstitusi telah menunjukkan perannya dalam

hlm. 311.

⁶³ Abdurrachman Satrio, "Kewenangan Mahkamah Konstitusi Memutus Perselisihan Hasil Pemilu Sebagai Bentuk Judicialization of Politics", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 12. No. 1 Maret 2015, hlm. 124-125.

⁶⁴ Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 307.

⁶⁵ Jimly, Asshidiqie, 2016, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta,

⁶⁶ Ni'matul Huda, 2013, *Hukum Tata Negara Indonesia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 88.

⁶⁷ Jimly Asshiddiqie, 2005, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Konstitusi Press, Jakarta, hlm. 246.

⁶⁸ *Loc. Cit*, Mardian Wibowo, Menakar Konstitusionalitas ..., hlm. 210.

pembaharuan hukum dan peradilan di Indonesia. Menurut Mahfud MD, periode pertama hakim konstitusi telah melakukan berbagai terobosan dalam mendobrak kebuntuan dan kebekuan hukum. MK sejak awal juga telah menunjukkan bagaimana seharusnya lembaga peradilan menjalankan tugasnya menegakkan hukum dan keadilan.⁶⁹

Dalam pertimbangannya MK hanya menyebutkan bahwa UUD atau Konstitusi mengamanahkan bahwa pengaturan suatu materi diatur lebih lanjut dengan undang-undang. Sehingga pembentuk atau pembuat undang-undang berhak mengatur sesuai kesepakatan yang terjadi. MK kemudian menilai bahwa norma tersebut merupakan pilihan kebijakan demikian “tidak dapat dilakukan pengujian oleh MK”. Hal ini justru menciderai konstitusi sendiri atau inkonstitusional karena MK telah diamanahkan untuk menguji UU terhadap UUD NRI 1945.⁷⁰

MK beberapa kali dalam putusannya menyebutkan unsur-unsur mana yang membuat suatu undang-undang masuk dalam konsep “*open legal policy*”, Tetapi, MK belum mempunyai ukuran lebih lanjut tentang unsur-unsur konsep tersebut. Bahkan, MK dalam menggunakan konsep tersebut tidak menjadikan unsur-unsur tersebut sebagai ukuran kelayakan atau pisau analisisnya

yang konsisten dan justru berubah-ubah. Mahkamah Konstitusi terkesan tidak memiliki ukuran yang pasti dalam menggunakan konsep “*open legal policy*”.

Berkaitan dengan serangan politik yang menjadi latar belakang konsep “*open legal policy*” di beberapa negara, sebaliknya, Mahkamah Konstitusi di Indonesia beberapa kali “berani” menghadapi serangan-serangan politik dengan memutus terkait undang-undang yang mengatur eksistensinya. Sehingga beberapa putusan-putusan tersebut justru memperkuat posisi Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga diberi kewenangan menguji undang-undang dengan UUD. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut di antaranya yaitu: Putusan MK Nomor: 004/PUU-I/2003, 005/PUU-IV/2006, 49/PUU-IX/2011, No.1-2/PUU-XII/2014.⁷¹ Yang perlu disayangkan adalah mengapa MK justru menggunakan dalih konsep “*open legal policy*” terhadap beberapa aturan yang telah diuraikan tersebut dan bukan mengujinya seperti yang pada putusan-putusan yang terkait eksistensi MK.

Sehingga perlu konsep yang matang dalam hal menentukan undang-undang mana yang memang masuk dalam konsep “*open legal policy*” atau memang konsep “*open legal policy*” sebenarnya tidak cocok diterapkan di Indonesia.

⁶⁹ Sambutan Ketua Mahkamah Konstitusi Moh. Mahfud MD dalam Tim, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi dan Asosiasi Pengajar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, 2010, hlm. Xi.

⁷⁰ Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

⁷¹ Tanto Lailam, Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang yang Mengatur Eksistensinya, *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 4, Desember 2015, hlm. 797.

b. Rekonstruksi Mahkamah Konstitusi dalam Memberikan Pertimbangan “*Open Legal Policy*”

Bentuk konsep rekonstruksi “*open legal policy*” yang digagas penulis dalam tulisan ini yaitu dengan cara memberikan ukuran yang jelas dalam hal memutuskan suatu norma masuk dalam konsep “*open legal policy*”. Penulis menentang konsep “*open legal policy*” yang menyatakan bahwa suatu norma tidak dapat dilakukan pengujian oleh MK. Menurut Mahfud MD yang dikutip dari Jhon Marshall, pengadilan harus menerima suatu pengujian UU didasarkan atas tiga alasan, *pertama*, ia menyatakan bahwa terdapat kewajiban konstitusional para hakim pada saat disumpah untuk menjaga konstitusi. Marshal menyandarkan argumentasi bahwa dengan pernyataan sumpah memberikan kewajiban pada MA untuk menjaga supremasi konstitusi. Kedua, konstitusi sebagai the *supreme law of the land* sehingga harus ada peluang pengujian terhadap peraturan di bawahnya agar isi konstitusi tersebut tidak dilanggar. *Ketiga*, hakim tidak boleh menolak perkara meskipun belum ada peraturan yang mengaturnya. Alasan-alasan tersebut memberikan kewajiban kepada MA untuk dapat menyatakan undang-undang tidak memiliki kekuatan yang mengikat apabila undang-undang tersebut dianggap melanggar konstitusi. Kasus untuk pertama kali tersebut dikenal dengan kasus *Marbury vs Madison* pada tahun 1803.⁷²

Sehingga MK harus tetap menguji semua permohonan pengujian undang-undang meskipun masuk dalam konsep *open legal policy*. Ada dua hal yang harus diuji MK dalam hal memutuskan suatu norma masuk dalam konsep *open legal policy*. *Pertama*, pengujian syarat formil konsep “*open legal policy*” yaitu:

- 1) UUD NRI 1945 memberikan mandat kepada pembentuk UU untuk mengatur suatu materi lebih lanjut, namun tidak memberikan batasan pengaturan materinya;
- 2) UUD NRI tidak memberikan mandat kepada pembentuk UU untuk mengatur lebih lanjut tetapi norma tersebut masih bersifat abstrak dan umum; dan
- 3) tidak melampaui kewenangan dan penyalahgunaan wewenang pembentuk undang-undang.

Kedua, syarat substansial konsep “*open legal policy*” yaitu: tidak bertentangan dengan UUD NRI 1945 terkait tujuan negara, Pancasila, sistem ketatanegaraan, dan jaminan hak asasi manusia (HAM). Sehingga ketika norma tersebut telah diuji oleh MK dan dinyatakan telah sesuai dengan syarat formil dan substansial, maka norma tersebut dapat dikatakan masuk dalam konsep “*open legal policy*”.

Dalam praktik ketatanegaraan Amerika Serikat, sudah konsisten mengenal adanya *political question doctrine*. Doktrin ini untuk membedakan kapan lembaga peradilan harus bertindak untuk memulihkan hak warga negara dan kapan harus menahan diri untuk

⁷² Mahfud MD, 2013, *Perdebatan Hukum Tata Negara: Pascaamandemen Konstitusi*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 98-99.

menghormati keputusan lembaga negara lain atas dasar *separation of power*. Asal muasal doktrin ini berawal dari pertimbangan Ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat, John Marshall, dalam *Marbury v. Madison*. Dalam pertimbangannya, Marshall mengemukakan bahwa Presiden memiliki diskresi yang diberikan oleh Konstitusi. Dalam lingkup persoalan yang menyangkut kewenangan diskresi maka penyelesaiannya adalah secara politis dan bukan melalui jalur peradilan.⁷³

Doktrin “*political questions*”, dalam perkembangannya, tidak hanya terikat pada persoalan kewenangan diskresi yang dimandatkan Konstitusi kepada Pemerintah (*executive*). Dalam *Baker vs. Carr*, Mahkamah Agung merumuskan kondisi yang masuk dalam kategori doktrin *political questions* sehingga Mahkamah Agung perlu menahan-diri untuk tidak memutus perkara dimaksud, yaitu⁷⁴

“... [1] a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or [2] a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or [3] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or [4] the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or [5] an unusual need for unquestioning

adherence to a political decision already made; or [6] the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.”

Doktrin *political question* yang didasari atas konsep *separation of power*. Mahkamah Agung Amerika Serikat pada saat memeriksa persoalan yang menyangkut kewenangan suatu lembaga negara mengambil sikap sangat hati-hati untuk memutus perkara tersebut dengan merumuskan serangkaian tes untuk mengujinya. Mahkamah Agung menganggap perlu untuk membuat batas antara kewenangan diskresi yang dimiliki oleh lembaga negara dengan implikasi dari kebijakan lembaga negara tersebut atas potensi terjadinya pelanggaran hak warga negara.

Sebenarnya Indonesia, dapat menerapkan doktrin *political question* seperti yang telah dipraktekkan secara konsisten oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat. Yaitu dengan cara mengundang pembentuk UU, dalam hal ini Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk memberikan keterangan apakah UU yang dibentuk merupakan kebijakan terbuka. Hal ini telah dipraktekkan oleh MK dalam melakukan pengujian undang-undang untuk meminta keterangan pembentuk UU tetapi keputusan final untuk menafsirkan dan menguji UU apakah UU tersebut masuk dalam konsep “*open legal policy*” harus tetap menjadi kewenangan MK.

Meskipun terdapat konsep rekonstruksi “*open legal policy*” yang

⁷³ *Op. Cit.*, Bisyariyadi, *Yudisialisasi Politik...*, hlm. 489.

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 492.

sudah dibatasi sesuai yang telah penulis uraikan di atas, terdapat bentuk konsep rekonstruksi yang lain yang digagas penulis, yaitu dengan MK mengambil sikap progresif dalam melakukan pengujian UU. Sejatinya, MK telah merumuskan konsep keadilan dalam pengujian UU yang berkesesuaian dengan konstitusi, yang dapat disebut dengan Keadilan Konstitusional. Hal tersebut menjadi pola pikir hakim dalam memutus perkara Pengujian Undang-Undang, termasuk perkembangan kekinian dalam pola pikir Hakim Konstitusi. Menurut Saldi Isra, terjadi pergeseran cara pikir tekstual menuju arah cara pikir yang progresif. Berdasar pergeseran dimaksud dapat difahami bahwa keadilan konstitusional dapat ditemukan dengan mengutamakan nilai-nilai etika, moral dan kemanusiaan yang tidak hanya ditemukan dalam teks konstitusi.⁷⁵

Sejalan dengan progresifitas cara berpikir hakim konstitusi yang tercermin dalam setiap putusannya, menjadikan adanya fenomena putusan yang menyimpang. Penyimpangan atau anomali dari putusan, sepiantas hanya seputar redaksional dari putusan, namun jika cara berpikir hakim dan akibat hukum yang dibentuk melahirkan konsekuensi hukum tertentu, maka adanya anomali perlu difahami dengan konteks lahirnya pula. Praktik anomali dalam Putusan MK dapat ditemukan dengan mencermati karakter putusan yang berkembang

selama ini. Penyimpangan dari Pasal 57 ayat (2a) UU 8/2011 melahirkan putusan bersyarat, dan/atau putusan yang memberikan norma pengganti terhadap norma yang dibatalkan.⁷⁶

Bukti lain bahwa Mahkamah Konstitusi berani mengambil sikap progresif guna mewujudkan keadilan konstitusional tercermin pada banyaknya putusan yang bersifat *positive legislature*. Hal ini terjadi pada dekade ke dua Mahkamah Konstitusi, pada tahun 2008 hingga 2013 kurang lebih 58 putusan bersifat *positive legislature*.⁷⁷ Pergeseran Pengujian Undang-Undang dari *negative legislature* menjadi *positive legislature*, menyebabkan keberadaan anomali putusan memberi warna semu atau samar dalam hal konstitusional atau inkonstitusional sebuah norma. Amar putusan yang mengabulkan permohonan pemohon untuk sebagian dan menolak permohonan pemohon untuk selain dan selebihnya, yang secara keseluruhan tetap ditentukan dalam pemaknaan (penafsiran) oleh MK. Menurut Maruarar Siahaan, secara juridis substansi dari putusan MK hanya bersifat deklaratif, namun putusan MK dalam perkara Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar memiliki sifat konstitutif, baik berupa pembentukan norma hukum baru maupun yang meniadakan satu norma hukum dalam ketentuan undang-undang yang diuji.⁷⁸

⁷⁵ Nurrahman Aji Utomo, Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang, *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 4, Desember 2015, hlm. 833.

⁷⁶ *Ibid*, hlm. 833.

⁷⁷ *Ibid*, hlm 834-836.

⁷⁸ Maruarar Siahaan, Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penegakan Hukum Konstitusi, *Jurnal Hukum* No. 3 Vol. 16 Juli 2009, hlm. 360.

Sehingga, dalam kaitannya dengan kebijakan “*open legal policy*” maka sebenarnya MK telah memiliki solusi lain dalam memutus suatu pengujian UU yaitu dengan cara mengambil sikap progresif guna mewujudkan keadilan konstitusional. Bukan mengambil sikap menahan diri dalam bentuk menyatakan suatu norma masuk dalam konsep “*open legal policy*” sehingga MK tidak berwenang. Hal ini disebabkan karena sebenarnya secara tidak langsung kewenangan melakukan pengujian (*judicial review*) ini dilakukan untuk menjalankan fungsi *check and balances* di antara lembaga pemegang kekuasaan negara. Secara teori, fungsi tersebut dilakukan untuk menghindari kesewenang-wenangan lembaga-lembaga negara salah satunya pembentuk undang-undang.⁷⁹

Sementara itu, prinsip *checks and balances* antar lembaga negara di Indonesia, dapat dilihat salah satunya pada hubungan antara kekuasaan legislatif dan yudikatif. Jika Pasal 20 ayat (1) UUD NRI 1945 menyatakan bahwa, “*Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk undang-undang*” maka untuk menciptakan keseimbangan kekuasaan (*checks and balances*) difungsikanlah Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai salah satu pemegang kekuasaan yudikatif yang kewenangannya salah satunya adalah meninjau apakah undang-undang yang telah dibuat bertentangan dengan konstitusi atau UUD. Kewenangan tersebut dikenal

pula dengan istilah *judicial review*.⁸⁰ Sebagaimana dikemukakan oleh Mahfud MD, bahwa pelembagaan *judicial review* diperlukan karena undang-undang itu adalah produk politik yang pasti tidak steril dari kepentingan politik anggota-anggota lembaga yang membuatnya. Produk politik bisa saja memuat isi yang lebih sarat dengan kepentingan politik kelompok dan jangka pendek yang secara substansial bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi.⁸¹

Dalam kaitannya dengan konsep “*open legal policy*” maka pembentuk UU sebagai lembaga politik dan UU sebagai produk politik maka MK tidak boleh berlepas tangan dalam hal pengujian UU dengan dalih bukan wilayah kewenangan MK. Justru ketika kesepakatan telah disahkan di parlemen dan menjadi sebuah undang-undang maka ketika dimohonkan pengujiannya, MK wajib mengujinya. MK tidak boleh seolah melempar tanggung jawab dengan menyerahkannya kembali ke pada pembentuk undang-undang.

D. PENUTUP

1. Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan yang telah penulis uraikan di atas, maka dapat di ambil beberapa kesimpulan, yaitu:

- a. Konsep *Open Legal Policy* pertama kali dipergunakan oleh MK dalam Putusan

⁷⁹ *Loc. Cit.*, Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, ..., hlm. 3.

⁸⁰ Jimly Asshiddiqie, 2006, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, edisi revisi, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, hlm. 127.

⁸¹ Moh. Mahfud MD, 2011, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta, hlm. 37.

MK Nomor 10/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005 meskipun sama sekali dalam putusannya tidak disebutkan istilah *open legal policy*. Istilah *open legal policy* justru baru muncul pada Putusan MK Nomor 16/PUU-V/2007. Konsep "*open legal policy*" yang digunakan MK lahir tidak ada kaitannya dengan latar belakang serangan politik ke MK seperti kelahiran penggunaan konsep "*open legal policy*" di beberapa negara, karena pada periode awal Mahkamah Konstitusi berdiri, belum ada serangan-serangan politik. Konstruksi MK dalam memberikan pertimbangan "*open legal policy*" yaitu MK hanya menyebutkan beragam unsur untuk mengukur suatu kebijakan yang layak diuji konstitusionalitasnya sesuai dengan perkara permohonan pengujiannya. MK tidak menguraikan lebih lanjut ukuran unsur tersebut dan tidak menjadikannya sebagai ukuran kelayakan atau pisau analisisnya. Bahkan terjadi inkonsistensi MK ketika menguji batasan usia hakim Mahkamah Konstitusi.

- b. Urgensi rekonstruksi MK dalam memberikan pertimbangan "*open legal policy*" di Indonesia yaitu tidak ada kejelasan MK dalam menentukan suatu norma masuk dalam konsep "*open legal policy*". Keputusan MK yang menyatakan suatu undang-undang tidak dapat diuji karena masuk dalam wilayah kewenangan pembentuk UU tanpa mengujinya terlebih dahulu, sebenarnya

menciderai konstitusi. Perlu adanya suatu konsep rekonstruksi "*open legal policy*" yaitu dengan cara memberikan ukuran yang jelas dalam hal memutuskan suatu norma masuk dalam konsep "*open legal policy*" salah satunya dengan menerapkan doktrin "*political question*". Ada dua hal yang harus diuji MK dalam hal memutuskan suatu norma masuk dalam konsep *open legal policy* yaitu syarat formil dan substantial. Selain solusi tersebut, sebenarnya penulis lebih setuju apabila MK mengambil sikap progresif daripada sikap menahan diri dalam bentuk menyatakan suatu norma masuk dalam konsep "*open legal policy*". Terlebih, sikap progresif MK sebenarnya telah terakomodir dalam Pasal 57 ayat (2a) UU 8/2011 melahirkan putusan bersyarat, dan/ atau putusan yang memberikan norma pengganti terhadap norma yang dibatalkan.

2. Saran

Berdasarkan kesimpulan di atas, maka penulis memberikan saran kepada MK untuk memberikan ukuran yang jelas dalam hal memutuskan suatu norma masuk dalam konsep "*open legal policy*". Ada dua hal yang harus diuji MK dalam hal memutuskan suatu norma masuk dalam konsep *open legal policy* yaitu syarat formil dan substantial. Selain solusi tersebut, sebenarnya penulis lebih setuju apabila MK mengambil sikap progresif daripada sikap menahan diri dalam bentuk menyatakan suatu norma masuk dalam konsep "*open legal policy*". Terlebih, sikap progresif MK

sebenarnya telah terakomodir dalam Pasal 57 ayat (2a) UU 8/2011 melahirkan putusan bersyarat, dan/atau putusan yang memberikan norma pengganti terhadap norma yang dibatalkan.

E. DAFTAR PUSTAKA

Buku

Asshiddiqie, Jimly, 2005, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Konstitusi Press, Jakarta.

Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, edisi revisi, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta.

Asshiddiqie, Jimly, 2016, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta.

Farida, Maria, 2000, *Masalah Hak Uji Terhadap Peraturan Perundang-Undangan dalam Teori Perundang-Undangan*, Seri Buku Ajar, FHUI, Jakarta.

Hasan, Iqbal, 2002, *Pokok-Pokok Materi Metodologi Penelitian dan Aplikasinya*, Ghalia Indonesia, Jakarta.

Huda, Ni'matul, 2013, *Hukum Tata Negara Indonesia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta.

Isra, Saldi, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta.

MD, Mahfud, 2011, *Politik Hukum di Indonesia*, Edisi Revisi, Raja Grafindo Persada, Jakarta.

MD, Mahfud, 2013, *Perdebatan Hukum Tata Negara: Pascaamandemen Konstitusi*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta.

MD, Mahfud, 2011, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta.

Mahmud Marzuki, Peter, 2012, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.

Tim Penyusun, 2010 *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta.

Waluyo, Bambang, 2008, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta.

Jurnal

Abdurrachman Satrio, "Kewenangan Mahkamah Konstitusi Memutus Perselisihan Hasil Pemilu Sebagai Bentuk *Judicialization of Politics*", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 12. No. 1 Maret 2015.

Bisyariyadi, Yudisialisasi Politik dan Sikap Menahan Diri: Peran Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang, *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 3, September 2015.

Nurrahman Aji Utomo, Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang, *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 4, Desember 2015.

Maruarar Siahaan, Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penegakan Hukum

- Konstitusi, *Jurnal Hukum* No 3 Vol 16 Juli 2009.
- Mardian Wibowo, Menakar Konstitusionalitas Sebuah Kebijakan Hukum Terbuka dalam Pengujian Undang Undang, *Jurnal Konstitusi* Volume 12, Nomor 2, Juni 2005.
- Tanto Lailam, Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang yang Mengatur Eksistensinya, *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 4, Desember 2015.
- Peraturan Perundang-undangan/
Putusan Hakim**
- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 10/PUU-III/2005.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 16/PUU-V/2007.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-V/2007.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VII/2009.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 26/PUU-VII/2009.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37-39/PUU-VIII/2010.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 52/PUU-X/2012.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 56/PUU-X/2012.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 86/PUU-X/2012.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2/PUU-XI/2013.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 7/PUU-XI/2013.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 38/PUU-XI/2013.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-XI/2013.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PUU-XI/2013.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1-2/PUU-XII/2014.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 30-74/PUU-XII/2014.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 73/PUU-XII/2014.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU-XV/2017.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 59/PUU-XV/2017.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 70/PUU-XV/2017.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 71/PUU-XV/2017.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-XVI/2018.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-XVI/2018.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 54/PUU-XVI/2018.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 58/PUU-XVI/2018.