

# **Menakar Konstitusionalitas sebuah Kebijakan Hukum Terbuka dalam Pengujian Undang-Undang**

## ***Appraising the Constitutionality of Open Legal Policy in Judicial Review Activity***

**Mardian Wibowo**

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia  
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta  
E-mail: mardian\_w@yahoo.com

Naskah diterima: 12/03/2015 revisi: 16/03/2015 disetujui: 06/04/2015

### **Abstrak**

Kajian ini berusaha menguraikan makna konsep “kebijakan hukum terbuka” yang oleh MK dinyatakan sebagai hak pembentuk UU ketika UUD 1945 tidak mengatur materi dari UU yang akan dibentuk. Agar kebebasan yang demikian tidak berubah menjadi kesewenang-wenangan, maka dalam Pengujian UU harus dirumuskan model penilaian terhadap “kebijakan hukum terbuka”. Salah satu model yang dapat dipergunakan MK adalah strategi "*maximin*" (memilih yang terbaik dari berbagai kemungkinan buruk) yang dikembangkan dari pendekatan pilihan rasional.

**Kata Kunci** : Kebijakan Hukum Terbuka, Pengujian Undang-Undang, "Strategi *Maximin*".

### **Abstract**

*This study attempts to elaborate the definition of the “open legal policy” concept which has stated by the Constitutional Court as the autonomy of the Law-making body whenever UUD 1945 as the constitution did not regulate particular substances of a Law that is being made. In order to prevent this autonomy leans toward arbitrariness, it is necessary to establish a model of review towards open legal policies. One feasible option that the Constitutional Court could adapt is the “maximin” strategy (selecting the best option in numbers of bad possibilities) which is developed from the rational choice approach.*

**Keywords** : Open Legal Policy, Judicial Review, "Maximin Strategy".

## I. PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Pengujian Undang-Undang (PUU) adalah tindakan pengujian oleh Mahkamah Konstitusi (MK) untuk menguji konstitusionalitas suatu UU, baik secara keseluruhan maupun sebagian. Pengujian konstitusionalitas dimaksud menggunakan konstitusi (UUD 1945) sebagai batu ujinya. UU dinyatakan konstitusional ketika normanya berkesesuaian dengan norma UUD 1945, dan dinyatakan tidak konstitusional ketika normanya bertentangan dengan UUD 1945.<sup>1</sup>

Putusan MK terdiri dari dua bentuk, yaitu i) Putusan, dan ii) Ketetapan.<sup>2</sup> Ketetapan adalah produk hukum yang dikeluarkan dalam hal permohonan dicabut atau ditarik kembali oleh Pemohon. Sedangkan Putusan adalah produk hukum yang dikeluarkan manakala suatu permohonan telah diperiksa dan diadili oleh MK.

Amar dalam Putusan MK terdiri dari dua macam, yaitu i) dikabulkan; dan ii) ditolak.<sup>3</sup> Suatu permohonan dikabulkan manakala inkonstitusionalitas suatu UU yang didalilkan Pemohon terbukti menurut hukum. Sedangkan suatu permohonan ditolak manakala Pemohon tidak dapat membuktikan atau Mahkamah tidak dapat menemukan inkonstitusionalitas UU yang dimohonkan pengujian.

Baik dalam hal amar putusan menyatakan permohonan ditolak (norma UU dinyatakan konstitusional) atau permohonan dikabulkan (norma UU dinyatakan inkonstitusional), MK dapat memberikan syarat bagi ditolak atau dikabulkannya permohonan Pemohon. Syarat yang disandangkan demikian disebut konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) maupun inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*).

Konstitusional bersyarat adalah kondisi suatu norma UU dinilai bersesuaian dengan UUD 1945 jika kelak ditafsir sesuai dengan syarat atau parameter yang telah ditetapkan oleh MK. Adapun inkonstitusional bersyarat adalah sebaliknya, yaitu norma UU yang dimohonkan pengujian secara kekinian bersesuaian dengan UUD 1945, namun ada potensi menjadi inkonstitusional ketika kelak ditafsirkan secara berbeda. Dengan kata lain, dalam putusan konstitusional bersyarat MK merumuskan syarat-syarat atau membuat tafsir agar suatu norma UU yang

<sup>1</sup> Lihat Pasal 56 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut UU MK).

<sup>2</sup> Pasal 45 dan Pasal 48A UU MK.

<sup>3</sup> Pasal 56 UU MK.

diuji dapat dinyatakan sesuai dengan UUD 1945, sedangkan dalam putusan inkonstitusional bersyarat MK membuat tafsir secara negatif, artinya suatu norma UU seketika inkonstitusional ketika ditafsirkan seperti rumusan/tafsiran MK.

## **B. Perumusan Masalah**

Dalam pengujian UU, nilai atau derajat konstitusionalitas maupun inkonstitusionalitas suatu norma tidak sama. Di balik pernyataan konstitusionalitas suatu norma sebenarnya terdapat bobot yang menempatkan setiap norma ke dalam tingkat "kepekatan" konstitusionalitas yang berbeda. Sebagai ilustrasi, seandainya pengujian tingkat "kepekatan" konstitusionalitas suatu norma UU dinilai menggunakan skala antara 0 hingga 10, dimana nilai 5 merupakan batas antara yang konstitusional dengan yang inkonstitusional, maka akan terdapat norma yang lulus uji dengan nilai 6, 7, atau bahkan 10. Namun ada pula norma yang nilainya di bawah standar konstitusionalitas, yaitu bernilai 5, 3, bahkan 0. Penilaian ini selain dipengaruhi pada kepatuhan norma UU kepada konstitusi, dipengaruhi pula oleh ketegasan tafsir/arti norma konstitusi.

Dari skala nilai konstitusionalitas tersebut, muncul permasalahan ketika suatu norma UUD 1945 ditafsirkan oleh UU menjadi norma A dan mendapat nilai konstitusionalitas 7, padahal dapat saja pembentuk UU menafsirkannya menjadi norma B agar dapat memperoleh nilai 9. Apakah norma A dimaksud benar-benar dapat bernilai konstitusional ketika lahir dari penafsiran yang minimalis, padahal tidak ada penghalang bagi pembentuk UU untuk menafsirkannya secara maksimal?

## **II. PEMBAHASAN**

### **A. Pembentukan Undang-Undang**

Pembentukan/pembuatan UU pada dasarnya adalah tindakan manasuka (*arbitrary*). Tidak ada dasar atau landasan apapun yang mengatur hal apa yang akan menjadi materi dari suatu UU. Kriteria apakah suatu materi tertentu layak diatur dalam UU adalah wilayah inisiatif pembentuk UU, yaitu DPR dan Presiden secara bersama-sama.

Penilaian apakah suatu materi atau peristiwa perlu diatur dalam UU atau tidak merupakan penilaian moral dan bersifat sosiologis. Misalnya pembunuhan sejak awal memang dianggap oleh masyarakat sebagai hal yang jahat (*mala in se*) kemudian dilarang oleh UU (c.q. KUHP). Namun ada perbuatan tertentu yang

pada awalnya tidak dianggap sebagai kejahatan namun belakangan dinyatakan oleh UU sebagai perbuatan jahat (*mala pro hibita*) seperti penggelandangan.<sup>4</sup>

Kebebasan pembentuk UU untuk memilih materi yang akan dijadikan UU harus diatur demi mewujudkan kesesuaian antar undang-undang dan kepastian hukum. Untuk menjamin agar dua atau lebih UU tidak mengatur hal yang sama secara berbeda maka disepakati norma tertentu yang akan menjadi acuan/dasar. Dalam perspektif positivisme, hal demikian disebut Hans Kelsen sebagai teori hierarki/jenjang norma (*Stufenbau Theori*) dan disebut Hans Nawiasky sebagai teori hierarki jenjang norma hukum (*die Theorie vom Stufenordnung der Rechtsnormen*).<sup>5</sup>

Gagasan Hans Kelsen yang disempurnakan Hans Nawiasky pada pokoknya menyatakan bahwa suatu norma hukum yang lebih rendah, dalam pembentukannya harus mengacu kepada norma hukum yang lebih tinggi. Adapun norma yang lebih tinggi menjadi acuan/dasar bagi pembentukan norma yang lebih rendah.<sup>6</sup> Semakin tinggi posisi suatu norma maka sifatnya akan lebih abstrak, sementara norma yang semakin rendah bersifat semakin teknis.<sup>7</sup> Adapun norma dengan nilai tertinggi atau disebut norma dasar<sup>8</sup> dalam suatu negara tidak memiliki acuan norma apapun di atasnya melainkan merujuk pada kondisi "dianggap telah ada" atau *pre-supposed* atau *given*.

Teori hierarki norma ini diterapkan di Indonesia sehingga UU harus mengacu atau bersesuaian dengan UUD 1945. Hal demikian karena rakyat Indonesia bersepakat untuk menempatkan UUD 1945 sebagai norma dasar negara (*staatsgrundnorm*), bahkan ditempatkan sebagai norma fundamental negara (*staatsfundamentalnorm*) mengingat Pancasila yang berfungsi sebagai norma fundamental bagi pembentukan pasal-pasal "batang tubuh" UUD 1945 dirumuskan/ditulis di dalam Pembukaan UUD 1945.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Penggelandangan dilarang dan diancam pidana oleh Pasal 505 ayat (1) dan ayat (2) KUHP.

<sup>5</sup> Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-Undangan 1: Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, cetakan ke-6, Yogyakarta: Kanisius, 2007, h. 41 dan h. 44.

<sup>6</sup> Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ibid.*, h. 41-45. Lihat juga Bernard L. Tanya, dkk, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, cetakan ke-3, Yogyakarta: Genta Publishing, 2010, h. 126-128.

<sup>7</sup> Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ibid.*, h. 47.

<sup>8</sup> Hans Nawiasky menyebutnya *staatsfundamentalnorm*, sedangkan Hans Kelsen menyebutnya *staatsgrundnorm*.

Maria Farida Indrati, mengutip penjelasan A. Hamid S. Atamimi, menerangkan bahwa Hans Nawiasky berpendapat norma tertinggi dalam suatu negara sebaiknya tidak disebut sebagai *staatsgrundnorm* melainkan disebut *staatsfundamentalnorm*. Hal demikian menurut Nawiasky karena *grundnorm* (norma dasar) pada dasarnya tidak berubah-ubah, sedangkan *staatsfundamentalnorm* karena merupakan norma tertinggi negara, dia dapat berubah seiring perubahan negara akibat pemberontakan, kudeta, dan lain sebagainya. Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ibid.*, h. 47-48.

<sup>9</sup> Dengan merujuk pada naskah historis Penjelasan UUD 1945 Angka III, Maria Farida Indrati berpendapat bahwa Pancasila merupakan *staatsfundamentalnorm*. Pancasila dirumuskan/dimuat di dalam Pembukaan UUD 1945 dan menciptakan/mendasari pasal-pasal dalam batang tubuh UUD 1945, sehingga Pembukaan UUD 1945 sebenarnya memiliki kedudukan lebih utama dibandingkan dengan batang tubuh UUD 1945. Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ibid.*, h. 58-59.

Menurut penulis, penempatan Pancasila menjadi satu dokumen hukum dengan batang tubuh UUD 1945 membawa implikasi berupa kesulitan teknis dalam perumusan hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia. Pancasila secara hierarkis seharusnya berada di atas "batang

Teori hierarki norma tersebut dianut dalam UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang mengatur jenjang perundang-undangan di Indonesia dari tingkat tertinggi menuju terendah adalah i) UUD 1945; ii) Ketetapan MPR; iii) UU/PERPU; iv) Peraturan Pemerintah; v) Peraturan Presiden; vi) Perda Provinsi; dan vii) PERDA Kabupaten/Kota.

## B. Pengujian Undang-Undang

Dalam praktik pembentukan peraturan perundang-undangan, untuk memastikan bahwa suatu norma hukum dibentuk dengan mengacu pada norma lain yang lebih tinggi, maka dikembangkan mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan (*judicial review*) oleh lembaga pengadilan. Pengujian demikian dalam sistem hukum Indonesia dikelompokkan menjadi dua. Kelompok pertama adalah pengujian UU terhadap UUD 1945 yang kewenangannya diberikan kepada MK. Kelompok kedua adalah pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU yang kewenangannya diserahkan kepada Mahkamah Agung (MA).

Pengujian UU disebut sebagai pengujian konstitusionalitas karena menggunakan konstitusi sebagai batu ujinya. Norma UUD 1945 diposisikan sebagai "norma perintah", sementara norma UU diposisikan sebagai "norma pelaksana". Sebagai norma pelaksana maka UU harus bersifat lebih teknis dan lebih sempit cakupannya dibandingkan dengan UUD 1945. Dengan kata lain, UU bersifat konstitusional ketika menafsirkan norma UUD 1945 secara lebih teknis sehingga dapat diterapkan dalam kehidupan ber hukum sehari-hari.

Dalam praktik pengujian konstitusionalitas, suatu norma UU dapat dinilai i) sesuai dengan UUD 1945; ii) tidak bertentangan dengan UUD 1945; atau iii) bertentangan dengan UUD 1945. Dikategorikan "bertentangan dengan UUD 1945" ketika isi suatu norma UU berlawanan dengan kehendak UUD 1945. Apakah berlawanan kehendak ini hanya dalam derajat ringan atau dalam derajat berat, tidaklah menjadi persoalan. Keduanya akan masuk dalam kategori bertentangan dengan UUD 1945 (inkonstitusional) dan secara hukum berakibat norma UU dimaksud tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.<sup>10</sup>

Adapun kategori "sesuai dengan UUD 1945" dan "tidak bertentangan dengan UUD 1945" adalah dua kategori yang terlihat sangat mirip namun sebenarnya memiliki konsekuensi lanjutan berbeda. Hubungan kedua kategori tersebut

tubuh" UUD 1945, namun karena keduanya berada dalam satu dokumen yang sama yang disebut UUD 1945, maka memunculkan kemenduaan bahkan kerancuan apakah UUD 1945 dimaksud akan dikategorikan sebagai *staatsfundamentalnorm* ataukah akan dikategorikan sebagai *staatsgrundnorm*.

<sup>10</sup> Rumusan frasa "tidak memiliki kekuatan hukum mengikat" merupakan rumusan redaksional amar putusan MK sebagaimana diatur dalam Pasal 57 UU MK.

dapat digambarkan sebagai dua buah himpunan besar, dimana himpunan "sesuai dengan UUD 1945" berada di dalam atau merupakan bagian dari himpunan "tidak bertentangan dengan UUD 1945".

Kriteria "sesuai dengan UUD 1945" dipergunakan dalam hal suatu pasal dan/ atau ayat UUD 1945 memberikan perintah yang jelas mengenai pembentukan norma UU, dan tidak memungkinkan munculnya tafsir lain. Misalnya, pembentukan Komisi Pemilihan Umum sesuai dengan UUD 1945 karena Pasal 22E UUD 1945 jelas menyatakan "*Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri*".

Adapun kriteria "tidak bertentangan dengan UUD 1945" dipergunakan dalam hal pasal dan/atau ayat UUD 1945 tidak mengatur dengan spesifik dan jelas suatu permasalahan tertentu. Misalnya, pengaturan dimensi (ukuran) lambang Garuda Pancasila dalam UU Nomor 24 Tahun 2009 tidak bertentangan dengan UUD 1945 karena UUD 1945 tidak mengatur mengenai dimensi (ukuran) lambang Garuda Pancasila namun juga tidak melarang pengaturan mengenai dimensi (ukuran) lambang negara.

### **C. Penafsiran Konstitusi**

Norma UUD 1945 sebagai konstitusi atau hukum dasar negara dirumuskan secara umum, lugas, dan ringkas.<sup>11</sup> Rumusan umum dan ringkas memudahkan UUD 1945 untuk dibaca, namun di sisi lain menyulitkan upaya pemahaman terhadap maksud dari norma UUD 1945. Dalam pengujian UU, ketika norma UUD 1945 disandingkan dengan norma UU yang lebih konkret dan teknis, timbul masalah yaitu bagaimana cara menilai apakah terdapat kesesuaian atau ketidaksesuaian antara dua norma yang meskipun mengatur hal yang sama namun memiliki perbedaan derajat konkret dan teknis. Untuk menyelesaikan permasalahan tersebut maka norma UUD 1945 yang lebih umum dan abstrak harus ditafsirkan terlebih dahulu hingga berada di derajat atau tingkat yang setara dengan norma UU yang lebih teknis dan konkret. Setelah kedua norma berada dalam derajat yang setara, baru MK dapat membandingkan atau menilai apakah di antara keduanya terdapat persesuaian.

Pengujian konstitusionalitas memerlukan dua macam penafsiran sekaligus, yaitu penafsiran konstitusi dan penafsiran UU. Kedua jenis penafsiran tersebut memiliki tujuan yang sama, yaitu menemukan makna atau arti dari suatu norma.

<sup>11</sup> Penjelasan UUD 1945 sebelum Perubahan menggunakan istilah singkat dan supel.

Perbedaannya adalah pada obyek yang ditafsirkan, yaitu obyek berupa norma UUD 1945 dan obyek berupa norma UU.

Dari sisi metode, kedua macam penafsiran yang berbeda obyek tersebut dapat menggunakan metode atau teknik penafsiran yang sama. Beberapa metode penafsiran yang pernah dipergunakan oleh MK adalah penafsiran gramatikal, penafsiran sistematis, penafsiran historis, penafsiran teleologis, dan penafsiran hermeneutik.

Penafsiran gramatikal adalah cara menemukan makna suatu norma dengan membaca rangkaian kata-kata (kalimat) pasal atau ayat yang mengandung ketentuan hukum yang sedang ditafsirkan kemudian mengkaitkannya dengan kata-kata yang berlaku secara umum di masyarakat. Atau dapat dikatakan bahwa penafsiran gramatikal adalah upaya menemukan makna secara harfiah/tersurat dengan mendasarkan pada arti kata yang telah dikenal umum.<sup>12</sup>

Penafsiran sistematis merupakan cara menemukan makna dari suatu pasal, ayat, dan/atau frasa tertentu dengan cara menghubungkan pasal, ayat, dan/atau frasa tersebut dengan seluruh ketentuan dalam peraturan perundang-undangan yang sama, atau menghubungkannya dengan dengan peraturan perundang-undangan yang berbeda namun mengatur hal yang sama.<sup>13</sup>

Penafsiran historis adalah cara menemukan makna suatu ketentuan dengan cara mencari dan memahami latar belakang kemunculan ketentuan tersebut. Latar belakang dimaksud meliputi kondisi masyarakat, suasana kebatinan pembentuk UU, tren ideologi, dan lain sebagainya. Dipahaminya kondisi atau suasana yang melatarbelakangi kemunculan suatu ketentuan hukum akan memberi petunjuk mengenai maksud dari ketentuan hukum dimaksud.<sup>14</sup> Pontier menyatakan bahwa

*“interpretasi sejarah hukum adalah penentuan makna dari formulasi sebuah kaidah hukum dengan mencari pertautan pada penulis-penulis atau secara umum pada konteks kemasyarakatan di masa lampau”.*<sup>15</sup>

Penafsiran teleologis berupaya mengetahui makna suatu ketentuan hukum dengan cara mengkaitkan ketentuan dimaksud dengan tujuan atau maksud dibentuknya peraturan perundang-undangan. Dari perspektif teleologis, setiap peraturan perundang-undangan pasti memiliki tujuan penyusunan, dan karenanya

<sup>12</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1993, h. 58-60. Pengertian tersebut merujuk juga pada Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum: Suatu Pengantar*, Edisi Kedua, Cetakan Ke-6, Yogyakarta: Liberty, 2009, h. 57-58.

<sup>13</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Ibid.*, h. 60-63. Sudikno Mertokusumo, *Ibid.*, h. 58-59.

<sup>14</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Ibid.*, h. 63-65. Sudikno Mertokusumo, *Ibid.*, h. 60-61.

<sup>15</sup> Eddy O.S. Hiariej, *Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Jakarta: Penerbit Erlangga, 2009, h. 67.

makna atau arti pasal, ayat, atau bagian dari pasal dan ayat tidak boleh lepas dari tujuan pembentukan peraturan perundang-undangan dimaksud.<sup>16</sup>

Metode penafsiran yang melingkupi semua jenis metode penafsiran tersebut adalah penafsiran *hermeneutik*. Dalam *hermeneutik* terjadi dialog dari berbagai sudut pandang mengenai ketentuan hukum yang sedang dicari maknanya. Untuk memahami makna suatu ketentuan, metode *hermeneutik* mengajak penafsir untuk memahami teks, memahami konteks, kemudian melakukan kontekstualisasi.<sup>17</sup>

#### **D. Argumentasi Hukum Mahkamah**

Argumentasi hukum pada dasarnya adalah jalinan logika (ilmiah) hukum yang mengarah pada suatu konklusi hukum. Putusan MK adalah argumentasi hukum yang berisi paparan-paparan ilmiah mengenai pendapat atau penilaian apakah terdapat kecocokan atau justru ketidakcocokan antara norma suatu UU yang diuji dengan norma-norma UUD 1945 yang dijadikan batu uji. Dalam bentuknya yang paling sederhana, dapat dikatakan bahwa argumentasi hukum MK adalah persandingan antara tafsir norma UU yang diuji dengan tafsir norma UUD 1945 yang menjadi batu uji.

Tafsir terhadap UU yang diuji maupun terhadap UUD 1945 yang menjadi batu uji memiliki tingkat kesulitan berbeda. Menafsirkan makna UU relatif lebih mudah dibandingkan menafsirkan makna UUD 1945, karena UU memiliki bagian penjelasan, yang meskipun tidak selalu jelas namun setidaknya memiliki sub bab penjelasan umum yang dapat dijadikan pijakan awal dalam melakukan penelusuran makna. Adapun UUD 1945 sejak perubahan (amandemen) UUD 1945 pada 1999 sudah tidak lagi disertai Penjelasan UUD 1945.

Dengan alasan bahwa MK menguji UU terhadap UUD 1945, atau dengan kata lain mencocokkan atau mencari kesesuaian antara norma UU dengan norma UUD 1945, apakah lalu dapat dikatakan bahwa moralitas, nurani, bahkan ideologi Hakim tidak menjadi hal yang penting? Jika merujuk pada teori hierarki norma dari Hans Kelsen dan Hans Nawiasky, maka hakim tidak perlu menyertakan penilaian moral dalam pengujian UU.<sup>18</sup> Hal demikian merupakan konsekuensi dari teori hierarki norma yang mengatur suatu norma bernilai benar jika bersesuaian

<sup>16</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Ibid.*, h. 65-66. Sudikno Mertokusumo, *Ibid.*, h. 61.

<sup>17</sup> Silakan lihat Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia: Makna, Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Jakarta: Konpress, 2006, h. 33-44. Untuk perbandingan dapat dibaca E. Sumaryono, *Hermeneutik: Sebuah Metode Filsafat*, Yogyakarta: Kanisius, 1999, h. 23-26.

<sup>18</sup> Silakan cermati pandangan Kelsen dalam Khudzaifah Dimiyati dan Kelik Wardiono, *Paradigma Rasional Dalam Ilmu Hukum: Basis Epistemologis Pure Theory of Law Hans Kelsen*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2014, h. 17-24. Bandingkan dengan Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI, 2006, h. 9-10 dan h. 20.



dengan norma lain yang tingkatnya lebih tinggi, sehingga pengujian konstitusional hanya "sekadar" pencocokan antara norma UU dengan norma UUD 1945.

Hans Kelsen tegas menyatakan bahwa norma moral dan norma hukum adalah dua wilayah yang berbeda, sehingga pengujian UU harus dilepaskan/dipisahkan dari kandungan moralnya. Apalagi secara konseptual, pengadilan konstitusi adalah lembaga peradilan yang terlahir dari konsep hierarki norma yang bertugas memastikan norma-norma berbagai ragam peraturan perundang-undangan telah disusun sesuai dengan hierarkinya.

UU adalah peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh DPR bersama Presiden. Pembentukan UU pada dasarnya bersifat manasuka, yaitu pembentuk UU memiliki kebebasan untuk memutuskan hal/perbuatan apa yang akan diatur dalam sebuah UU serta bagaimana pengaturannya. Andai pun terdapat pembatasan terhadap sifat manasuka pembentuk UU, pembatasan demikian ternyata dirumuskan atau diatur sendiri oleh pembentuk UU. Dengan kata lain, melalui UU yang dibentuknya, pembentuk UU bebas mengatur masyarakat sekaligus bebas menentukan batasan kebebasan mereka dalam mengatur masyarakat.<sup>19</sup>

### E. *Open Legal Policy*

MK dalam beberapa Putusan menyatakan adanya ketentuan (norma) yang merupakan kebijakan hukum terbuka (*open legal policy*). Ketika suatu norma UU masuk ke dalam kategori kebijakan hukum terbuka maka menurut MK norma tersebut berada di wilayah yang bernilai konstitusional atau bersesuaian dengan UUD 1945.

Beberapa putusan MK yang berisi penilaian kebijakan hukum terbuka antara lain sebagai berikut:

#### a. Putusan Nomor 10/PUU-III/2005

Putusan ini adalah putusan pengujian Pasal 59 ayat (2) UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Pasal 27 ayat (1), Pasal 28C ayat (2), dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945.

DPP Partai Nasional Banteng Kemerdekaan sebagai Pemohon pada pokoknya merasa dirugikan oleh keberadaan Pasal 59 ayat (2)<sup>20</sup> karena

<sup>19</sup> Secara rasional diciptakan mekanisme politik untuk membatasi kebebasan pembentuk UU agar tidak menjadi sewenang-wenang, antara lain dengan konsep *trias politica* dan *checks and balances*.

<sup>20</sup> Pasal 59 ayat (2) UU 32/2004 menyatakan, "Partai politik atau gabungan partai politik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat mendaftarkan pasangan calon apabila memenuhi persyaratan perolehan sekurang-kurangnya 15% (lima belas persen) dari jumlah kursi DPRD atau 15% (lima belas persen) dari akumulasi perolehan suara sah dalam Pemilihan Umum anggota DPRD di daerah yang bersangkutan."

ketentuan pembatasan persentase perolehan partai politik atau gabungan partai politik minimal 15% dari jumlah kursi DPRD atau 15% dari akumulasi perolehan suara sah dalam pemilihan umum anggota DPRD di daerah pemilihan yang bersangkutan, menyebabkan Pemohon tidak dapat mengajukan pasangan calon kepala daerah pada pemilihan umum tahun 2004. Dalam putusan ini MK menyatakan Pasal 59 ayat (2) UU Nomor 32 Tahun 2004 tidak bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28C ayat (2), dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945, dan karenanya menolak permohonan Pemohon. MK berpendapat bahwa ketentuan minimal 15% dari jumlah kursi DPRD atau dari akumulasi perolehan suara sah adalah kebijakan pembentuk UU yang tidak bertentangan dengan UUD 1945. Menurut MK pilihan kebijakan yang demikian merupakan hak pembentuk UU dan dilindungi oleh konstitusi

*"... 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) ..."*<sup>21</sup>

b. Putusan Nomor 16/PUU-V/2007

Putusan ini adalah putusan pengujian Pasal 9 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap Pasal 27 ayat (1), Pasal 28A, Pasal 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945. Perkara ini diajukan karena para Pemohon menganggap bahwa ketentuan *Electoral Threshold* dalam pasal tersebut<sup>22</sup> telah menghalangi hak konstitusionalnya sebagai partai politik untuk mengikuti Pemilu 2009.

<sup>21</sup> Putusan Nomor 10/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005, h. 30.

<sup>22</sup> Pasal 9 ayat (1) UU 12/2003 menyatakan, "Untuk dapat mengikuti Pemilu berikutnya, Partai Politik Peserta Pemilu harus: a. memperoleh sekurang-kurangnya 3% (tiga persen) jumlah kursi DPR; b. memperoleh sekurang-kurangnya 4% (empat persen) jumlah kursi DPRD Provinsi yang tersebar sekurang-kurangnya di 1/2 (setengah) jumlah provinsi seluruh Indonesia; atau c. memperoleh sekurang-kurangnya 4% (empat persen) jumlah kursi DPRD Kabupaten/Kota yang tersebar di 1/2 (setengah) jumlah kabupaten/kota seluruh Indonesia." Pasal 9 ayat (2) UU 12/2003 menyatakan, "Partai Politik Peserta Pemilu yang tidak memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya dapat mengikuti Pemilu berikutnya apabila: a. bergabung dengan Partai Politik Peserta Pemilu yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1); b. bergabung dengan partai politik yang tidak memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan selanjutnya menggunakan nama dan tanda gambar salah satu partai politik yang bergabung sehingga memenuhi perolehan minimal jumlah kursi; atau c. bergabung dengan partai politik yang tidak memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dengan membentuk partai politik baru dengan nama dan tanda gambar baru sehingga memenuhi perolehan minimal jumlah kursi."

Dalam amar putusan MK menyatakan permohonan para Pemohon ditolak. Menurut MK tindakan pembentuk UU yang memisahkan antara eksistensi partai politik dengan keikutsertaannya dalam pemilu adalah kebijakan hukum (*legal policy*) yang boleh dipilih secara bebas. MK berpendapat UUD 1945 telah memberikan mandat kepada pembentuk UU untuk mengatur syarat keikutsertaan partai politik dalam pemilu, termasuk mengenai persyaratan untuk dapat mengikuti pemilu berikutnya dengan ketentuan *Electoral Threshold*. Lebih tegas MK berpendapat,

*"... 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".*<sup>23</sup>

MK memberikan penekanan bahwa,

*"... 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."*<sup>24</sup>

Melalui putusan ini MK mengartikan pilihan kebijakan hukum sebagai kebebasan Pembentuk UU untuk menciptakan norma baru, bahkan norma baru demikian dapat saja tidak memiliki rujukan baik praktik maupun teoritis

c. Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008

Putusan ini adalah putusan pengujian Pasal 3 ayat (5) dan Pasal 9 UU Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap Pasal 1 ayat (2), Pasal 6A ayat (1) dan ayat (2), Pasal 22E ayat (1) dan ayat (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), Pasal 28H ayat (2), Pasal 28I ayat (2) dan ayat (4), Pasal 28J ayat (1) UUD 1945. Para Pemohon mendalilkan pasal-pasal dimaksud telah menghalangi hak mereka untuk mengajukan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden

<sup>23</sup> Putusan Nomor 16/PUU-V/2007, bertanggal 23 Oktober 2007, h. 82.

<sup>24</sup> Putusan Nomor 16/PUU-V/2007, bertanggal 23 Oktober 2007, h. 82.

dalam Pilpres 2009.<sup>25</sup> Dalam putusannya MK berpendapat materi muatan Pasal 9 UU 42/2008 merupakan norma konkret penjabaran Pasal 6A ayat (2) UUD 1945. Pasal 9 UU 42/2009 menurut MK tidak bertentangan dengan konstitusi, meskipun sebenarnya dapat saja pembentuk UU mengaturnya dengan cara lain. Dalam putusan ini MK menyatakan diri sebagai corong UUD 1945 yang tidak boleh menilai lain selain "sekadar" mengkategorikan apakah suatu UU bertentangan atau tidak dengan UUD 1945. MK tegas memosisikan diri sebagai penjaga konstitusi dan bukan penjaga moral. Seandainya pun berperan sebagai penjaga moral, maka acuannya adalah moralitas yang dianut oleh konstitusi, atau andai mengacu pada moralitas umum haruslah karena pelanggaran yang *intolerable*.

d. Putusan Nomor 3/PUU-VII/2009

Putusan ini adalah putusan pengujian Pasal 202 ayat (1) UU Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), serta Pasal 28I ayat (2) UUD 1945. Para Pemohon<sup>26</sup> menganggap hak konstitusional mereka dirugikan oleh Pasal 202 ayat (1)<sup>27</sup> UU 10/2008 yang mengatur *Parliamentary Threshold* (PT), karena besaran PT menghilangkan suara pemilih yang partai politik pilihannya tidak lolos PT, serta menghilangkan hak calon anggota DPR yang memperoleh suara tinggi dalam suatu dapil namun partai politiknya tidak lolos PT. MK berpendapat ketentuan Pasal 22E UUD 1945 memberikan rambu-rambu Pemilu berupa: a) Pemilu dilakukan secara periodik setiap lima tahun sekali; b) dianutnya asas Pemilu yang bersifat langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil; c) tujuan Pemilu untuk memilih anggota DPR, DPD, DPRD, Presiden dan Wakil Presiden; d) peserta Pemilu untuk memilih anggota DPR dan DPRD adalah partai politik, sedangkan peserta Pemilu untuk memilih anggota DPD adalah perseorangan; dan e) penyelenggara Pemilu adalah suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Adapun hal lain yang berkaitan dengan Pemilu, seperti sistem penyelenggaraan, daerah pemilihan, syarat ikut Pemilu, hak

<sup>25</sup> Pasal 3 ayat (5) UU 42/2008 menyatakan, "Pemilu Presiden dan Wakil Presiden dilaksanakan setelah pelaksanaan Pemilu DPR, DPRD dan DPD".

Pasal 9 UU 42/2008 menyatakan, "Pasangan calon diusulkan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik yang memenuhi persyaratan perolehan kursi paling sedikit 20% (dua puluh perseratus) dari jumlah kursi Dewan Perwakilan Rakyat atau memperoleh 25% (dua puluh lima perseratus) dari suara sah nasional dalam Pemilu Anggota Dewan Perwakilan Rakyat sebelum pelaksanaan Pemilu Presiden dan Wakil Presiden".

<sup>26</sup> Para Pemohon adalah beberapa partai politik peserta Pemilu 2009 dan beberapa calon anggota DPR peserta Pemilu 2009.

<sup>27</sup> Pasal 202 ayat (1) UU 10/2008 menyatakan, "Partai Politik Peserta Pemilu harus memenuhi ambang batas perolehan suara sekurang-kurangnya 2,5% (dua koma lima perseratus) dari jumlah suara sah secara nasional untuk diikutkan dalam penentuan perolehan kursi DPR."

pilih, dan lain sebagainya, oleh UUD 1945 didelegasikan kepada pembentuk UU untuk mengaturnya secara bebas sebagai kebijakan hukum. MK menegaskan pendiriannya dalam pertimbangan hukum yang menyatakan,

*"... 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."<sup>28</sup>*

e. Putusan Nomor 86/PUU-X/2012

Putusan ini adalah putusan pengujian Pasal 5 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3), 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 terhadap Pasal 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28E ayat (2) dan ayat (3), serta Pasal 28H ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945. Para Pemohon<sup>29</sup> telah atau setidaknya potensial mengalami kerugian konstitusional karena UU *a quo* memusatkan pengelolaan zakat nasional di bawah BAZNAS, mensubordinatkan LAZ di bawah BAZNAS, mengancam eksistensi LAZ yang berbadan hukum non organisasi kemasyarakatan Islam, dan kriminalisasi amil zakat non lembaga berizin. Terhadap perkara tersebut MK menyatakan mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian. Beberapa dalil para Pemohon yang ditolak MK antara lain mengenai kedudukan BAZNAS dan sifat kelembagaannya yang non-struktural [vide Pasal 5 ayat (2) dan ayat (3)] yang menurut MK ketentuan tersebut merupakan pilihan kebijakan hukum (*opened legal policy*) pembentuk UU. Alasan *open legal policy* juga menjadi argumen MK ketika menolak permohonan pengujian Pasal 17 UU 23/2011. MK berpendapat kata "membantu" dalam Pasal 17 UU 23/2011 yang diartikan para Pemohon sebagai subordinasi LAZ di bawah BAZNAS, bukan merupakan tindakan diskriminasi. Ketentuan demikian merupakan *opened legal policy* yang tidak bertentangan dengan UUD 1945, karena ketentuan demikian tidak menghalangi para Pemohon untuk tetap melaksanakan pengumpulan, pendistribusian, dan pendayagunaan zakat.

<sup>28</sup> Putusan Nomor 3/PUU-VII/2009, bertanggal 13 Februari 2009, paragraf [3.19].

<sup>29</sup> Para Pemohon dalam perkara ini adalah beberapa lembaga berbadan hukum dan perorangan warga negara Indonesia, antara lain, Yayasan Dompet Dhuafa, Yayasan Rumah Zakat Indonesia, Yayasan Yatim Mandiri, Rudi Dwi Setiyanto, Arif Rahmadi Haryono, dkk.

f. Putusan Nomor 02/PUU-XI/2013

Putusan ini adalah putusan pengujian Pasal 22 ayat (1) dan ayat (5) UU Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap Pasal 27 ayat (1), Pasal 28C ayat (2), dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945. Dalam perkara ini para Pemohon mendalilkan hak mereka sebagai pemilih yang berada di luar negeri dirugikan karena UU *a quo* tidak membentuk daerah pemilihan luar negeri sehingga kepentingan para Pemohon tidak terwakili secara spesifik.

Tidak diaturnya syarat-syarat pembentukan dapil dalam UUD 1945 dapat diartikan sebagai pemberian kebebasan atau pendelegasian kewenangan penentuan dapil kepada pembentuk UU. MK dalam putusannya menyimpulkan bahwa dibentuk atau tidak dibentuknya dapil merupakan kebijakan hukum bersifat terbuka yang tidak bertentangan dengan UUD 1945. Hal demikian memberikan kebebasan kepada pembentuk UU untuk membentuk atau tidak membentuk Dapil tertentu, selama mematuhi batasan-batasan lain yang ada dalam UUD 1945.

g. Putusan Nomor 38/PUU-XI/2013

Putusan ini adalah putusan 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 terhadap Pembukaan UUD 1945, Pasal 28, Pasal 28C ayat (1), Pasal 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28E ayat (3), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28H ayat (1), ayat (2), dan ayat (4), Pasal 28I ayat (1), ayat (2), ayat (4), dan ayat (5), serta Pasal 34 ayat (3) UUD 1945. Dalam pengujian ini MK mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian. Salah satu permohonan yang dikabulkan adalah permohonan Pasal 7 ayat (4)<sup>30</sup> yang mengatur bahwa rumah sakit swasta hanya boleh didirikan oleh badan hukum yang khusus bergerak di bidang Perumahsakitian. Terkait ketentuan tersebut, MK antara lain berpendapat bahwa penentuan standar kualitas pelayanan kesehatan merupakan wilayah kebijakan hukum yang terbuka untuk diatur oleh pembentuk UU.

h. Putusan Nomor 73/PUU-XII/2014

Putusan ini adalah putusan pengujian Pasal 84 ayat (1), Pasal 97 ayat (2), Pasal 104 ayat (2), Pasal 109 ayat (2), Pasal 115 ayat (2), Pasal 121 ayat

<sup>30</sup> Pasal 7 ayat (4) UU 44/2009 menyatakan, "Rumah Sakit yang didirikan oleh swasta sebagaimana yang dimaksud pada ayat (2) harus berbentuk badan hukum yang kegiatan usahanya hanya bergerak di bidang perumahsakitian."

(2), dan Pasal 152 ayat (2) UU Nomor 17 Tahun 2014 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD terhadap Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3), Pasal 20 ayat (2), Pasal 22E ayat (3), Pasal 27 ayat (1), serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Para Pemohon mendalilkan bahwa tata cara pemilihan pimpinan DPR dan pimpinan alat kelengkapan DPR yang diatur dalam pasal-pasal dimaksud bertentangan dengan UUD 1945. MK dalam putusannya menyatakan menolak permohonan para Pemohon untuk seluruhnya. MK berpendapat bahwa penentuan tata cara atau mekanisme pemilihan pimpinan DPR dan alat kelengkapan DPR adalah kebijakan hukum terbuka dan tidak bertentangan dengan UUD 1945. Namun dalam putusan ini MK tidak memberikan argumen lebih lanjut mengapa ketentuan yang demikian termasuk dalam kategori kebijakan hukum terbuka.

Berbagai pertimbangan hukum tersebut menunjukkan definisi dari suatu konsep yang oleh MK disebut *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 Nomor 10/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005.

Di bidang ilmu hukum, konsep *Open Legal Policy* adalah hal baru dan relatif tidak dikenal sebelumnya. Selama ini istilah *Policy* (kebijakan) lebih dikenal luas dalam bidang studi kebijakan publik, antara lain dalam istilah *Communitarian Policy* (kebijakan masyarakat), *Public Policy* (kebijakan publik), dan *Social Policy* (kebijakan sosial).<sup>31</sup> 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.

Hukum mendapatkan keabsahannya karena selalu menjaga konsistensi atau kesesuaian antar norma. Peraturan perundang-undangan memiliki kewajiban untuk selalu konsisten dan menjaga agar tidak terjadi tabrakan

<sup>31</sup> Subarsono mengatakan bahwa masalah publik dipahami sebagai belum terpenuhinya kebutuhan publik, sementara pemenuhannya hanya mungkin dilakukan melalui pembuatan kebijakan pemerintah. Silakan lihat dalam A.G. Subarsono, *Analisis Kebijakan Publik: Konsep, Teori, dan Aplikasi*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005, h. 24.  
William N. Dunn merumuskan lima fase/tahap kebijakan publik, yaitu: i) penyusunan agenda; ii) formulasi kebijakan; iii) adopsi kebijakan; iv) implementasi kebijakan; dan v) penilaian kebijakan. William N. Dunn, *Analisis Kebijakan Publik*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1999.

yang berakibat saling meniadakan antar norma hukum. Hal demikian menjadi alasan kuat dibutuhkannya teori *hierarki* norma hukum sebagaimana digagas Kelsen.

Dengan kata lain, pembuat kebijakan publik memerlukan fleksibilitas tinggi dalam pembuatan kebijakan, karena memang kebijakan publik adalah wilayah implementasi atau wilayah yang bersentuhan langsung dengan aktivitas keseharian masyarakat. Sementara pembentukan peraturan perundang-undangan dibatasi agar "kaku" agar tidak banyak perbedaan dengan peraturan lain, apalagi dengan peraturan yang lebih tinggi secara hierarki. Sifat kaku dalam pembentukan peraturan perundang-undangan adalah demi menjamin tercapainya kepastian hukum, yang pada akhirnya berkaitan dengan sifat *Erga Omnes* atau Universal (berlaku mengikat bagi semua orang).

Jika suatu peraturan perundang-undangan dibuat dengan fleksibilitas tinggi, yang artinya dibuat dengan mendasarkan pertimbangan pada kondisi masyarakat tertentu, hal demikian dikuatirkan berakibat peraturan perundang-undangan tersebut sulit diterapkan pada masyarakat lain yang memiliki kondisi berbeda. Pembuatan kebijakan hukum tidak dapat dilakukan se bebas pembuatan kebijakan publik, karena adanya perbedaan dimensi implementasi dari kedua bidang tersebut.

Dengan memperhatikan pengertian kebijakan pada bidang kebijakan publik dan pertimbangan MK pada beberapa putusan yang disebutkan di atas, maka kebijakan hukum dapat diartikan sebagai tindakan pembentuk UU 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 UU untuk mengambil kebijakan hukum.

Kata "terbuka" dalam logika oposisi biner memiliki lawan berupa kata "tertutup". Makna tertutup dalam pembuatan hukum diartikan sebagai pembatasan kewenangan pembentuk hukum dalam menentukan subyek, obyek, perbuatan, peristiwa, dan/atau akibat hukum yang diatur dalam peraturan perundang-undangan tertentu. Pembatasan demikian dilakukan oleh norma hukum yang secara hierarkis lebih tinggi dari norma hukum yang sedang dibentuk.

Ketika norma hukum yang lebih tinggi memberi batasan-batasan tertentu, maka hal demikian menjadi rem bagi "*improvisasi*" pembentuk peraturan



perundang-undangan sehingga kebijakannya bersifat "close". Adapun ketika norma hukum yang lebih tinggi menyerahkan atau mendelegasikan sepenuhnya pengaturan kepada norma hukum yang lebih rendah, atau bahkan tidak mengatur sama sekali, maka hal demikian membuat suatu kebijakan hukum bersifat "open".

Dalam konteks peraturan perundang-undangan berbentuk UU, kebijakan pembentukan UU dikatakan bersifat terbuka ketika UUD 1945 sebagai norma hukum yang lebih tinggi tidak mengatur atau tidak memberikan batasan jelas mengenai apa dan bagaimana materi tertentu harus diatur oleh UU. Secara berkebalikan, kebijakan pembentukan UU dikatakan bersifat tertutup manakala UUD 1945 telah memberikan batasan jelas mengenai apa dan bagaimana suatu materi harus diatur dalam UU.

Dari pengkajian terhadap putusan MK, yang sebagian pertimbangan hukumnya dikutip di atas, ditemukan kondisi-kondisi yang menjadi dasar suatu pembentukan dan/atau materi UU dinilai bersifat *Open Legal Policy*, yaitu:

- 1) UUD 1945 memberikan mandat kepada pembentuk UU untuk mengatur suatu materi lebih lanjut, namun tidak memberikan batasan pengaturan materinya.
- 2) UUD 1945 tidak memberikan mandat kepada pembentuk UU untuk mengatur suatu materi lebih lanjut.

## **F. Memaksimalkan Manfaat *Open Legal Policy***

Kebebasan yang diberikan UUD 1945 kepada pembentuk UU 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 UU bertindak sewenang-wenang dalam menentukan apa dan bagaimana suatu materi akan diatur.

Pengaturan cara pemilihan kepala daerah (Pemilukada) menunjukkan potensi bahaya *Open Legal Policy*. Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 menyatakan, "*Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis*".<sup>32</sup> Terminologi "demokratis" dalam ketentuan dimaksud merujuk pada sifat yang harus dipenuhi oleh proses dan hasil Pemilukada tanpa menunjukkan cara apa yang harus ditempuh.

<sup>32</sup> Pasal ini muncul dalam Perubahan Kedua UUD 1945 yang ditetapkan pada 18 Agustus 2000.

Karena UUD 1945 tidak menentukan apakah Pemilukada dilakukan secara langsung atau perwakilan, maka pengaturan tersebut menjadi komoditas politik bagi pembentuk UU. Hal demikian terlihat jelas pada kronologi perubahan UU yang mengatur Pemilukada sejak Perubahan Kedua UUD 1945, sebagai berikut:

- 1) UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah mengatur bahwa kepala daerah dipilih secara langsung.
- 2) UU Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah mengatur bahwa kepala daerah dipilih secara langsung, bahkan UU ini membuka pencalonan kepala daerah dari jalur perseorangan (non partai).
- 3) UU Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah mengatur bahwa kepala daerah dipilih oleh DPRD.
- 4) UU Nomor 2 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Menjadi Undang-Undang menghapuskan kewenangan DPRD untuk memilih kepala daerah.
- 5) UU Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, Dan Walikota Menjadi Undang-Undang mengatur bahwa pemilihan kepala daerah dilakukan secara langsung.

Kebebasan pembentuk UU demikian tentu dikuatirkan akan berubah menjadi kesewenang-wenangan yang merugikan bangsa dan negara. Oleh karenanya disusun berbagai batasan baik secara politik maupun hukum. Dari sisi hukum, salah satu batasan terhadap *Open Legal Policy* dirumuskan MK melalui Putusan Nomor 86/PUU-X/2012 mengenai Pengujian UU Pengelolaan Zakat. Paragraf [3.17.4] putusan tersebut menyatakan bahwa UUD 1945 tidak memberikan pembatasan sehingga,

”... memberikan hak kepada pembentuk Undang-Undang untuk memilih kebijakan hukum (*Opened Legal Policy*) yang paling sesuai bagi pendayagunaan zakat.”

Pada kalimat berikutnya MK memberikan batasan dengan menyatakan,

”... pengaturan atau pembatasan oleh pembentuk Undang-Undang tidak dapat pula dilakukan dengan sebebaskan-bebasnya, melainkan, antara lain, harus memperhatikan tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum [vide Pasal 28] ayat (2) UUD 1945;”

Dalam praktek pembuatan UU, "tuntutan yang adil" yang diminta Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 sebagaimana dinyatakan MK dalam putusan di atas, dapat diwujudkan dengan mengadopsi konsep keadilan yang digagas John Rawls. Keadilan bagi Rawls dapat didekati melalui strategi *maximin* yang mengajarkan bahwa suatu pilihan kebijakan hukum yang adil harus diambil setelah "... dengan sungguh-sungguh memperhatikan hasil-paling-buruk yang bisa timbul sebagai implikasi dari konsep keadilan yang dipilih."<sup>33</sup> Maximin itu sendiri merupakan kependekan dari *maximum minimorum*, yang kurang lebih artinya memilih konsep yang efek kerugiannya paling kecil dari berbagai pilihan lain. Menurut Azhar Kasim, *maximin* merupakan tindakan pembuat kebijakan dengan cara "... berusaha memperhitungkan hal-hal yang paling tidak menguntungkan (payoff yang minimum), kemudian baru memilih payoff yang terbaik di antara yang minimum tersebut."<sup>34</sup>

Sebagai contoh dapat diperhatikan tabel nilai kebijakan hukum berikut ini.

Alternatif Kebijakan Hukum	Kelompok Sosial		
	I	II	III
A	7	9	-5
B	-3	4	10
C	1	9	-1
D	1	4	2

Tabel di atas menunjukkan empat alternatif kebijakan hukum dan perkiraan akibat masing-masing pada tiga kelompok berbeda, yaitu:

1. Alternatif A menimbulkan keuntungan maksimal bagi Kelompok II sebesar 9, namun menimbulkan kerugian maksimal bagi Kelompok III sebesar (-5).
2. Alternatif B menimbulkan keuntungan maksimal bagi Kelompok III sebesar 10, namun menimbulkan kerugian maksimal bagi Kelompok I sebesar (-3).
3. Alternatif C menimbulkan keuntungan maksimal bagi Kelompok II sebesar 9, namun menimbulkan kerugian maksimal bagi Kelompok III sebesar (-1).
4. Alternatif D menimbulkan keuntungan maksimal bagi Kelompok II sebesar 4, namun menimbulkan kerugian maksimal bagi Kelompok I sebesar 1.

Dari empat pilihan/alternatif kebijakan hukum tersebut, berdasarkan perspektif *rational choice*, idealnya pembentuk UU menjatuhkan pilihan pada

<sup>33</sup> Andre Ata Ujan, *Keadilan dan Demokrasi: Telaah Filsafat Politik John Rawls*, Yogyakarta: Kanisius, 2007, h. 66

<sup>34</sup> Azhar Kasim, *Teori Pembuatan Keputusan*, Jakarta: LPFE Universitas Indonesia, 1995, h. 47-48.

Alternatif D karena potensi kerugian maksimal yang ditimbulkan hanya bernilai 1, lebih baik dibandingkan dengan alternatif lain, meskipun potensi keuntungan rata-rata yang dihasilkan Alternatif D tidak setinggi alternatif lain.

Perspektif *rational choice* yang diuraikan sebagai strategi *maximin* inilah, yang sebaiknya dipergunakan oleh MK sebagai pembatasan terhadap tindakan bebas pembentuk UU dalam perumusan kebijakan hukum. Tindakan yang memilih pasal-pasal dengan dampak negatif terkecil bagi semua kelompok alih-alih memilih pasal-pasal yang memiliki dampak positif besar bagi sebagian kelompok namun memiliki dampak negatif besar bagi salah satu kelompok- merupakan jantung dari frasa "tuntutan yang adil" di Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Lebih lanjut, Pasal 28J ayat (2) yang secara tidak langsung mensyaratkan agar UU meminimalisir adanya kerugian moral, pelanggaran norma agama, gangguan keamanan, serta gangguan terhadap ketertiban umum, akan dapat terpenuhi dengan menerapkan strategi *maximin*.

### III. KESIMPULAN

Konsep *open legal policy* yang ditafsirkan MK sebagai kebebasan bagi pembentuk UU untuk sebebas-bebasnya menyusun kebijakan hukum, ternyata kemudian dibatasi sendiri oleh MK dengan merujuk pada Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Dengan menafsirkan Pasal 28J ayat (2) secara ekstensif dan lebih progresif ditemukan pembatasan bagi konsep *open legal policy*. Dengan demikian suatu *Open Legal Policy* akan konstitusional jika telah menerapkan metode yang menjamin keadilan, salah satunya melalui penerapan "strategi *maximin*".

Pembatasan demikian, karena dituangkan dalam Putusan MK tentu berakibat mengikat bagi semua pihak (*erga omnes*), terutama bagi pembentuk UU yang menjadi "adresat" Putusan MK. Namun demikian "strategi *maximin*" tentu bukan harga mati. Selalu mungkin ditemukan metode yang lebih tepat dalam upaya mendekati keadilan. Ketika metode itu ditemukan, baik MK maupun pembentuk UU, dalam konteks pembentukan dan/atau pengujian UU, harus bersedia untuk secara rasional memperbaiki tindakan, pendapat, dan/atau penilaiannya.

## **DAFTAR PUSTAKA**

- A.G. Subarsono, 2005, "*Analisis Kebijakan Publik: Konsep, Teori, dan Aplikasi*", Cetakan Pertama, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Andre Ata Ujan, 2007, "*Keadilan dan Demokrasi: Telaah Filsafat Politik John Rawls*", Yogyakarta: Kanisius.
- Azhar Kasim, 1995, "*Teori Pembuatan Keputusan*", Jakarta: LPFE Universitas Indonesia.
- Bernard L. Tanya, dkk, 2010, "*Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*", cetakan ke-3, Yogyakarta: Genta Publishing.
- E. Sumaryono, 1999, "*Hermeneutik: Sebuah Metode Filsafat*", Yogyakarta: Kanisius.
- Eddy O.S. Hiariej, 2009, "*Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*", Jakarta: Penerbit Erlangga.
- Jazim Hamidi, 2006., "*Revolusi Hukum Indonesia: Makna, Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*", Jakarta: Konpress
- Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, 2006, "*Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*", Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI.
- Khudzaifah Dimiyati dan Kelik Wardiono, 2014, "*Paradigma Rasional Dalam Ilmu Hukum: Basis Epistemologis Pure Theory of Law Hans Kelsen*", Yogyakarta: Genta Publishing.
- Maria Farida Indrati Soeprapto, 2007, "*Ilmu Perundang-Undangan 1: Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*", cetakan ke-6, Yogyakarta: Kanisius.
- Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, 1993, "*Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*", Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- \_\_\_\_\_, 2009, "*Penemuan Hukum: Suatu Pengantar*", Edisi Kedua, Cetakan Ke-6, Yogyakarta: Liberty.
- William N. Dunn, 1999, "*Analisis Kebijakan Publik*", Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.