

Judul

Dibalik Konstitusionalitas Bersyarat Putusan Mahkamah Konstitusi

Oleh:

Yance Arizona, S.H.

**Peneliti pada Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum
Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa)
Jakarta**

Dibalik Konstitusionalitas Bersyarat Putusan Mahkamah Konstitusi

ABSTRAK

Tulisan ini menganalisa Konstitusionalitas Bersyarat (*conditionally constitutional*) dalam putusan Mahkamah Konstitusi. Menelusuri syarat konstitusionalitas apa saja yang muncul dalam beberapa putusan Mahkamah Konstitusi kemudian menganalisa hal yang tersembunyi dibalik syarat konstitusionalitas itu. Keberadaan klausula Konstitusionalitas Bersyarat (*conditionally constitutional*) dapat dijadikan sebagai tema diskursus tentang konstitusionalitas norma yang tidak saja diukur dari norma itu sendiri (*validity*) dengan bersandar pada teks konstitusi, tetapi juga dengan keberlakuan penerapan norma (*efficacy*) oleh lembaga negara terkait. Diskursus Konstitusionalitas Bersyarat (*conditionally constitutional*) diharapkan bisa berkembang menjadi salah satu argumentasi mendorong agar Mahkamah Konstitusi dilekatkan kewenangan *constitutional complaint* dan *constitutional question*.

Keyword: Konstitusionalitas Bersyarat (*conditionally constitutional*), *non bis in idem*, *constitutional complaint* dan *constitutional question*.

*Hukum itu mengandung harapan-harapan, tetapi tidak mampu mewujudkannya sendiri.
Hanya melalui mobilisasi hukum apa yang semula berupa harapan bisa diwujudkan.¹*

Satjipto Rahardjo
Hukum dalam Jagat Ketertiban

I. PENGANTAR

Kehadiran Mahkamah Konstitusi (MK) di Indonesia telah menjadikannya sebagai salah satu sentral dalam diskursus hukum tata negara Indonesia. Berdasarkan kewenangan untuk menyelesaikan sengketa kewenangan antarlembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, MK menjadi lembaga penyeimbang sesuai dengan prinsip *check and balances*. Sedangkan lewat kewenangan menguji UU terhadap UUD, MK menjadi penjamin terpenuhinya hak konstitusional warganegara serta melindungi warganegara dari UU buatan legislator yang dapat menimbulkan kerugian konstitusional.² Kewenangan demikian membuat MK sering disebut sebagai penjaga konstitusi (*the guardian of constitution*) sekaligus melekat sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of constitution*). Keberadaan MK menjadi perwujudan salah satu unsur dari doktrin *Rule of Law*, yaitu adanya suatu peradilan tata negara (*constitutional court*).³

¹ Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006. h. 155

² Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN) menyebutkan setidaknya ada 4 (empat) hal yang melatarbelakangi dibentuknya MK, yaitu (1) Sebagai implikasi paham konstitusionalisme; (2) Mekanisme *check and balances*; (3) Penyelenggaraan negara yang bersih; dan (4) Perlindungan terhadap hak asasi manusia. Lihat A. Fickar Hadjar, dkk., *Pokok-pokok Pikiran dan Rancangan Undang-undang Mahkamah Konstitusi*, KRHN dan Kemitraan, Jakarta, 2003. h. 3.

³ Jimly Asshiddiqie menyebutkan bahwa keberadaan Peradilan Tata Negara (*Constitutional Court*) merupakan salah satu unsur dari doktrin Negara Hukum yang disamakan dengan *Rule of Law* atau *Rechtsstaat*. Selain Peradilan Tata Negara, Jimly menyebutkan ada 11 (sebelas) unsur lainnya, sehingga semua unsur itu berjumlah 12 (duabelas).

Kewenangan menguji UU terhadap UUD adalah kewenangan yang paling banyak dijalankan oleh MK. Dalam literatur Belanda, kewenangan menguji UU ini dikenal dengan istilah *Toetzingrechts* atau Hak Menguji Hukum. Dalam hak menguji itu terdapat tiga lembaga yang dapat diberikan oleh konstitusi untuk melakukan pengujian norma hukum, yaitu pengujian oleh lembaga legislatif (*legislative review*), pengujian oleh lembaga eksekutif (*executive review*) atau pengujian oleh lembaga peradilan (*judicial review*). Pilihan kewenangan menguji UU oleh MK (*judicial review*) mengikuti tradisi yang dibangun oleh Hans Kelsen di Austria. Pada bulan Oktober 1920, di Austria dibentuk MK yang diketuai oleh Hans Kelsen.⁴ Sebelumnya pada bulan Februari 1920 di Ceko Slowakia dibentuk MK pertama di dunia. Indonesia merupakan negara ke 78 yang membentuk MK.

Karena standar pengujian suatu UU adalah UUD atau konstitusi, maka kewenangan MK menguji UU lazim juga disebut *constitutional review*. Hal ini karena istilah *judicial review* juga dapat dilakukan pada norma peraturan pelaksana dari suatu UU terhadap UU. Di Indonesia, pengujian terhadap peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU dilakukan oleh Mahkamah Agung. Pada Mahkamah Agung, konstitusi bukan merupakan alat ukur langsung dalam pengujian suatu peraturan yang dihadapkan padanya. Jadi, *judicial review* tidak selalu menjadikan konstitusi sebagai landasan pengujiannya.

Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945⁵ dan Pasal 10 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 24/2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Selanjutnya disebut UU MK) mengatur tentang wewenang MK. Pada intinya MK memiliki empat kewenangan dan satu kewajiban.

- (1) MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:
 - a. Menguji undang-undang terhadap UUD 1945;
 - b. Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945;
 - c. Memutus pembubaran partai politik; dan
 - d. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum
- (2) MK wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945.

Putusan MK merupakan putusan pada tingkat pertama dan terakhir, sehingga tidak dapat dilakukan upaya hukum, seperti banding atau kasasi yang dijumpai pada Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung. Disamping itu, putusan MK juga bersifat final yang memiliki konsekuensi

Lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004. h. 124-130.

⁴ *Ibid.* h. 187

⁵ Dalam Revisi UU Pemerintah Daerah, MK diberikan kewenangan untuk menyelesaikan sengketa hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah. Meskipun tidak dinyatakan secara tegas, pengalihan kewenangan penyelesaian sengketa hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah dari MA ke MK merupakan koreksi atas tidak efektifnya penyelesaian sengketa pemilihan kepada daerah oleh MA. Dikatakan tidak efektif karena putusan MA masih menimbulkan persoalan sosial dan penggunaan argumentasi putusan yang “kurang” kontekstual.

bahwa putusan tersebut langsung mengikat sebagai hukum (*legaly binding*) sejak diucapkan di dalam persidangan.

UU MK lebih lanjut menyebutkan bahwa putusan MK dalam pengujian UU terhadap UUD 1945 dapat berbentuk salah satu dari 3 (tiga) jenis amar putusan, yaitu: *Dikabulkan*, *Ditolak* atau *Tidak dapat diterima*. Permohonan pengujian UU tidak dapat diterima apabila pemohonnya tidak memenuhi *legal standing* sebagai pemohon (*vide* Pasal 56 ayat 1). Permohonan dikabulkan apabila permohonan yang diajukan beralasan atau bertentangan dengan UUD 1945. Pada permohonan yang dikabulkan, MK menyatakan secara tegas bagian dari permohonan yang dikabulkan dan menyatakannya bertentangan dengan UUD 1945. Sehingga ketentuan dimaksud tidak memiliki kekuatan hukum lagi (*vide* Pasal 56 ayat 2 dan ayat 3). Permohonan juga dapat Dikabulkan apabila pembentukan suatu UU tidak memenuhi ketentuan pembentukan UU berdasarkan UUD 1945 (*vide* Pasal 56 ayat 4). Sedangkan permohonan Ditolak apabila permohonan yang diajukan tidak bertentangan dengan UUD 1945 baik pembentukannya maupun materinya sebagian atau keseluruhan (*vide* Pasal 56 ayat 5).

Dalam UU MK dijelaskan bahwa putusan MK dalam pengujian UU terhadap UUD 1945 terdiri dari 3 jenis, yaitu: Dikabulkan, Ditolak, dan Tidak Dapat Diterima. Tetapi dalam kenyataannya terdapat 6 jenis amar putusan MK dalam pengujian UU terhadap UUD 1945, yaitu:

1. Dikabulkan;
2. Dikabulkan keseluruhan;
3. Dikabulkan untuk sebagian;
4. Ditolak;
5. Ditolak (dengan syarat konstusionalitas tertentu); dan
6. Tidak dapat diterima.

Salah satu jenis putusan yang menarik adalah putusan yang amar putusannya “ditolak” tetapi dalam pertimbangan hukumnya memberikan syarat konstusionalitas atau menyatakan salah satu ketentuan dalam UU Konstusionalitas Bersyarat (*conditionally constitutional*).⁶ Konstusionalitas Bersyarat (*conditionally constitutional*) dalam putusan MK adalah putusan yang menyatakan bahwa suatu ketentuan UU tidak bertentangan dengan konstitusi dengan memberikan persyaratan kepada lembaga negara dalam pelaksanaan suatu ketentuan UU untuk memperhatikan penafsiran MK atas konstusionalitas ketentuan UU yang sudah diuji tersebut. Apabila syarat tersebut tidak dipenuhi atau ditafsirkan lain oleh lembaga negara yang melaksanakannya, maka ketentuan undang-undang yang sudah diuji tersebut dapat diajukan untuk diuji kembali oleh MK.⁷

Istilah *conditionally constitutional* pertama kali diperkenalkan MK dalam putusan perkara No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 mengenai pengujian UU Sumberdaya Air (UU No. 7/2004). Selanjutnya beberapa putusan MK juga mengadopsi klausula tersebut, diantaranya putusan perkara No. 003/PUU-IV/2006 mengenai pengujian UU Pemberantasan

⁶ Dalam putusan perkara No. 21-22/PUU-V/2008 mengenai pengujian UU Penanaman Modal, frasa *conditionally constitutional* oleh MK dipadankan sebagai Konstusionalitas Bersyarat.

⁷ Yance Arizona, *Penafsiran Mahkamah Konstitusi terhadap Pasal 33 UUD 1945: Perbandingan Putusan Pengujian UU No. 20/2002 tentang Ketenagalistrikan dengan Putusan Pengujian UU No. 7/2004 tentang Sumberdaya Air*, Skripsi S1, Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 2007. h. 130.

Tindak Pidana Korupsi (UU No. 31/1999 jo UU No. 20/2001), putusan perkara No. 14-17/PUU-V/2007 terkait beberapa UU yang mengatur pembatasan mantan narapidana untuk dapat mencalonkan diri dalam jabatan publik (UU No. 23/2003 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden, UU No. 24/2003 tentang Mahkamah Konstitusi, UU No. 14/1985 jo UU No. 5/2004 tentang Mahkamah Agung, UU No. 32/2004 tentang Pemerintah Daerah, UU No. 15/2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan). Kemudian putusan perkara Nomor 21-22/PUU-V/2007 tentang pengujian UU Penanaman Modal (UU No. 25/2007).

Kajian ini mencoba memaparkan beberapa persyaratan konstitusional yang dinyatakan oleh MK dalam 4 (empat) putusan di atas. Mempertentangkan unsur-unsur dari Konstitusionalitas Bersyarat terhadap sifat dan jenis putusan MK yang diatur di dalam UUD 1945, UU MK dan beberapa asas-asas hukum yang dikembangkan mewartakan konsep putusan MK. Kemudian memaparkan secara spekulatif konsekuensi yang mungkin terjadi dari adanya Konstitusionalitas Bersyarat. Untuk menjawab pertanyaan tersebut, kajian ini menggunakan pendekatan konsep (*conceptually approach*).

II. SYARAT-SYARAT KONSTITUSIONAL YANG MUNCUL

1) UU Sumberdaya Air

Pengujian UU Sumberdaya Air merupakan permohonan pengujian UU yang paling banyak jumlah pemohonnya selama berdirinya MK. Ada 5 berkas perkara permohonan dalam pengujian ini, yaitu perkara Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005. Dalil-dalil atau alasan para pemohon dalam pengujian UU Sumberdaya Air diantaranya:

1. Pemohon mendalilkan bahwa hak atas air merupakan hak asasi manusia, sehingga negara memiliki kewajiban untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhi (*to fulfill*) hak warganegara untuk menikmati hak atas air.
2. UU Sumberdaya Air melegalisasi privatisasi, komersialisasi dan swastanisasi pengelolaan sumber daya air. Sehingga air menjadi hanya dapat dinikmati melalui transaksi ekonomi. Hal ini menyebabkan berkurangnya tanggungjawab negara dalam penyediaan fasilitas pelayanan umum dan penyediaan air yang bersih dan sehat sebagai bagi rakyat.
3. Masalah Kedaulatan Indonesia, kemakmuran rakyat dan demokrasi ekonomi.
4. Keberadaan masyarakat hukum adat dan pembatasan penggunaan air untuk pertanian rakyat. Hal ini juga berpotensi memicu konflik antar masyarakat.
5. Prioritas penyediaan Sumber Daya Air dan modifikasi cuaca

Dalam putusannya, MK menilai bahwa permohonan yang didalilkan oleh pemohon tidak beralasan sehingga lima permohonan pengujian undang-undang sumberdaya air tersebut DITOLAK oleh MK. Dalam putusan disebutkan:

Bahwa Undang-undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air telah cukup memberikan kewajiban kepada Pemerintah untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak atas air, yang dalam peraturan pelaksanaannya pemerintah haruslah memperhatikan pendapat Mahkamah yang telah disampaikan dalam pertimbangan hukum yang dijadikan dasar atau alasan putusan.

MK berpandangan bahwa UU Sumberdaya Air sudah cukup menjamin terpenuhinya hak warga negara atas air. Bahkan MK menyatakan bahwa hak atas air merupakan Hak Asasi Manusia. Karena hak atas air merupakan HAM, maka negara harus menghormati (*respect*), melindungi (*protect*), dan memenuhi (*fulfill*) hak warganegara atas air. Negara wajib menjamin hak setiap orang untuk mendapatkan air bagi kebutuhan pokok minimal sehari-hari. Argumentasi MK dibangun dengan menggunakan sumber-sumber hukum Internasional HAM di dalam pertimbangan hukumnya.

Mengenai komersialisasi air, MK menyatakan bahwa: Prinsip “pemanfaat air membayar biaya jasa pengelolaan sumber daya air” adalah menempatkan air bukan sebagai objek yang dikenai harga secara ekonomi, ini sesuai dengan status air sebagai “*res commune*”. Dengan prinsip ini seharusnya pemanfaat air membayar lebih murah dibandingkan apabila air dinilai dalam harga secara ekonomi, karena dalam harga air secara ekonomi, pemanfaat harus membayar di samping harga air juga ongkos produksi serta keuntungan dari perusahaan air.

Terkait dengan swastanisasi yang dipersoalkan pemohon, MK menyatakan bahwa UUD 1945 tidak “mengharamkan” peran swasta dalam kegiatan penyediaan sumberdaya air. Pihak swasta nasional maupun internasional dapat terlibat melakukan kegiatan penyediaan sumberdaya air melalui izin yang diberikan oleh Pemerintah. Izin merupakan salah satu instrumen kontrol dimana kegiatan swasta dievaluasikan. Hak Guna Usaha Air (HGUA) dan Hak Guna Pakai Air (HGPA) bukanlah konversi atas volume air menjadi nominal rupiah. HGUA dan HPA adalah hak atas penyediaan sumberdaya air yang menjadi landasan bagi pemenuhan hak asasi manusia atas air.

Pada pokoknya MK berpendapat bahwa UU SDA mengatur hal-hal yang pokok dalam pengelolaan sumber daya air, dan meskipun UU SDA membuka peluang peran swasta untuk mendapatkan Hak Guna Usaha Air dan izin perusahaan sumber daya air namun hal tersebut tidak akan mengakibatkan penguasaan air akan jatuh ke tangan swasta. Dalam melaksanakan hak penguasaan atas air oleh Negara dilakukan dalam 5 (lima) fungsi yang bersifat publik, yaitu:

1. Merumuskan kebijaksanaan (*beleid*);
2. Melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*);
3. Melakukan pengaturan (*regelendaad*);
4. Melakukan pengelolaan (*beheersdaad*); dan
5. Melakukan pengawasan (*toezichthoudendaad*);

Lima fungsi itu bersifat publik yang dalam bidang disiplin ilmu hukum termasuk dalam lingkup hukum tata negara dan hukum administrasi negara. Penguasaan negara atas sumberdaya air tidak berkonsekuensi pada hubungan keperdataan, misalkan jual-beli, sewa-menyewa atau gadai yang diwujudkan dalam bentuk hubungan hukum perjanjian antara negara dengan pihak swasta. Hubungan hukum yang konstitusional adalah peraturan, perizinan dan keputusan yang dibuat sebagai hasil dari pengawasan.

Namun dalam putusan tersebut MK memasukkan klausula konstitusionalitas bersyarat (*conditionally constitutional*). UU Sumberdaya Air bersifat konstitusional sepanjang dalam pelaksanaannya Pemerintah mengacu kepada pertimbangan hukum yang disampaikan MK dalam putusannya.

Sehingga, apabila Undang-undang a quo dalam pelaksanaan ditafsirkan lain dari maksud sebagaimana termuat dalam pertimbangan Mahkamah di atas, maka terhadap Undang-undang a quo tidak tertutup kemungkinan untuk diajukan pengujian kembali (Conditionally Constitutional).

Syarat konstitusional itu adalah sepanjang UU Sumberdaya Air dilaksanakan sebagai implementasi doktrin kewajiban negara dalam HAM, yaitu menghormati (*respect*), melindungi (*protect*), dan memenuhi (*fulfill*) hak warganegara atas air. Disamping itu, hubungan hukum yang dibangun oleh MK harus merupakan **manifestasi dari hubungan publik**, yaitu dalam 5 (lima) fungsi, (1) merumuskan kebijaksanaan (*beleid*); (2) melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*); (3) melakukan pengaturan (*regelendaad*); (4) melakukan pengelolaan (*beheersdaad*); dan (5) melakukan pengawasan (*toezichthoudendaad*). Apabila dalam pelaksanaannya Pemerintah tidak memperhatikan pertimbangan MK atau persyaratan yang disampaikan di dalam putusannya, maka UU Sumberdaya Air dapat diuji kembali.

2) UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Pengujian UU No. 31/1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Tipikor) dalam tulisan ini yang dimaksud adalah perkara yang diajukan oleh Dawud Djatmiko dengan Nomor Perkara 003/PUU-IV/2006. Perkara ini pada pokoknya mempermasalahkan tiga hal: (a) soal sifat melawan hukum materil (penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK); (b) Soal percobaan melakukan tindak pidana korupsi (Pasal 15 UU PTPK); dan (c) Soal delik formil tindak pidana korupsi (Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor, yaitu sepanjang frasa "dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara."

(Pasal 2 ayat (1) UU No. 31/1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi)
Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

MK mengabulkan permohonan berkaitan dengan sifat melawan hukum materil dalam UU Tipikor sehingga pemberantasan korupsi dikurung hanya pada konkretisasi pelanggaran aturan yang sudah diatur sebelumnya di dalam UU Tipikor. Bagi sebagian kalangan, pembatalan sifat melawan hukum materil UU Tipikor oleh MK sebagai titik balik pemberantasan korupsi. Sedangkan tentang percobaan melakukan tindak pidana korupsi dan sifat delik formil tindak pidana korupsi yang berkaitan dengan kerugian keuangan negara, ditolak oleh MK.

Berbeda dengan aturan tentang percobaan melakukan tindak pidana korupsi, aturan tentang sifat delik formil tindak pidana korupsi ditolak dengan konstitusionalitas bersyarat (*conditionally constitutional*). MK berpendapat bahwa frasa "dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara", tidaklah bertentangan dengan hak atas kepastian hukum yang adil sebagaimana dimaksudkan oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, sepanjang sesuai dengan tafsiran Mahkamah di dalam putusannya.

*Menimbang dengan demikian Mahkamah berpendapat bahwa frasa "dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara", tidaklah bertentangan dengan hak atas kepastian hukum yang adil sebagaimana dimaksudkan oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, sepanjang ditafsirkan sesuai dengan tafsiran Mahkamah di atas (**conditionally constitutional**).*

MK Menegaskan bahwa kategori tindak pidana korupsi digolongkan sebagai delik formil, dimana unsur-unsur perbuatan harus telah dipenuhi, dan bukan sebagai delik materil, yang mensyaratkan akibat perbuatan berupa kerugian yang timbul tersebut harus telah terjadi. MK membandingkan bahwa Kata "dapat" sebelum frasa "merugikan keuangan negara atau perekonomian negara", dapat dilihat dalam arti yang sama dengan kata "dapat" yang mendahului frasa "membahayakan keamanan orang atau barang, atau keselamatan negara dalam keadaan perang", sebagaimana termuat dalam Pasal 387 KUHP.

Andi Hamzah dalam memberikan keterangan di persidangan menyatakan bahwa, frasa "dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara" dalam UU PTPK mensyaratkan dalam proses pembuktian di persidangan agar masing-masing pihak dapat mengajukan Akuntan atau Ahli. Apabila hakim masih ragu atas keterangan Akuntan atau Ahli yang diajukan oleh masing-masing pihak, maka atas pertimbangan sendiri hakim dapat memerintahkan diadirkannya Akuntan atau Ahli ketiga. Jika setelah diadirkan Akuntan atau Ahli ketiga pun hakim tetap ragu, maka hakim harus memutuskan bebas (*in dubio proreo*). Merujuk dari pendapat Andi Hamzah, maka Pasal 2 ayat (1) UU PTPK bersifat konstitusional sepanjang di dalam persidangan, yang mendakwakan pelanggaran terhadap Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor, **dilakukan pembuktian melalui keterangan akuntan atau ahli**.

Kata "dapat" dalam Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor harus dikaitkan dengan pelaksanaan dan penegakan hukum, bukan menyangkut konstitusionalitas norma. Pernyataan MK yang menyatakan bahwa konstitusionalitas norma "dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara" harus dilihat dalam pembuktian di persidangan menunjukkan bahwa putusan tersebut dapat bersifat inkonstitusional dalam penerapannya di pengadilan.

3) Sejumlah UU berkaitan dengan pembatasan Mantan Narapidana untuk mencalonkan diri dalam jabatan publik

Perkara No. 14-17/PUU-V/2007 ini berkaitan dengan ketentuan yang membatasi seseorang untuk dapat menjadi pejabat publik karena pernah dipidana penjara dengan pidana ketentuan yang ancaman pidananya lima tahun atau lebih. Ketentuan yang dimaksud adalah Pasal 58 huruf f UU Pemda, Pasal 6 huruf t UU Pilpres, Pasal 16 Ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 Ayat (2) huruf d UU MA, dan Pasal 13 huruf g UU BPK, yang berbunyi:

"tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau lebih"

Tabel. 1
Ketentuan yang Dimohonkan dalam Perkara Nomor 14-17/Puu-V/2007

No	Jabatan	Ketentuan
1	Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah	Pasal 58 huruf f UU Pemda
2	Presiden dan Wakil Presiden	Pasal 6 huruf t UU Pilpres
3	Hakim Konstitusi	Pasal 16 Ayat (1) huruf d UU MK
4	Hakim Agung	Pasal 7 Ayat (2) huruf d UU MA
5	Anggota Badan Pemeriksa Keuangan	Pasal 13 huruf g UU BPK

MK menyatakan bahwa ketentuan yang dimohonkan tidak dapat diputus diantara 3 (tiga) jenis amar putusan MK (mengabulkan, menolak atau tidak diterima). Oleh sebab itu, satu-satunya jalan adalah dengan menyatakan dalam Pertimbangan Hukum putusannya bahwa Pasal 6 huruf t UU Pilpres, Pasal 16 Ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 Ayat (2) huruf d UU MA, Pasal 58 huruf f UU Pemda, Pasal 13 huruf g UU BPK “konstitusional bersyarat” (*conditionally constitutional*).

Oleh sebab itu, satu-satunya jalan adalah dengan menyatakan dalam Pertimbangan Hukum putusan ini bahwa Pasal 6 huruf t UU Pilpres, Pasal 16 Ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 Ayat (2) huruf d UU MA, Pasal 58 huruf f UU Pemda, Pasal 13 huruf g UU BPK “konstitusional bersyarat” (conditionally constitutional). Syarat dimaksud adalah sebagaimana diuraikan dalam huruf a dan b pada pertimbangan angka 3) di atas. Dengan kata lain penyelesaian atas persoalan sebagaimana yang diharapkan oleh Pemohon a quo lebih tepat melalui proses legislative review oleh pembentuk undang-undang.

Dalam putusan ini MK lebih jelas menyatakan bahwa amar putusan atas permohonan yang dihadapkan kepadanya tidak dapat diputuskan dalam salah satu dari jenis amar putusan yang diatur dalam UU MK. Oleh karena itu, MK melakukan “penyimpangan” dengan menggunakan klausula “konstitusional bersyarat” (*conditionally constitutional*). MK juga menyatakan bahwa penyelesaian atas persoalan sebagaimana yang diharapkan oleh Pemohon lebih tepat melalui proses *legislative review* oleh pembentuk undang-undang. Dalam putusan ini, MK mengharapkan agar dilakukan perubahan terhadap sejumlah UU yang mengatur tentang pembatasan mantan narapidana untuk menduduki jabatan publik.

MK berpendapat agar pembentuk undang-undang memperhatikan dengan sungguh-sungguh keharmonisan suatu undang-undang baik secara internal maupun eksternal, dan juga secara horizontal antar berbagai undang-undang yang berisikan persyaratan untuk jabatan publik tertentu.

Konstitusionalitas bersyarat norma yang diuji dalam putusan ini dirinci menjadi 2 (dua) syarat konstitusional oleh MK, yaitu:

- a. Tidak mencakup tindak pidana yang timbul karena kealpaan ringan (*culpa levis*), meskipun ancaman pidananya 5 (lima) tahun atau lebih;
- b. Tidak mencakup kejahatan politik (yang merupakan tindakan diskriminatif).

Dalam penerapan dan penegakan hukum atas ketentuan syarat pembatasan mantan narapidana untuk menjadi pejabat publik, maka konstitusionalitas norma tersebut dilihat dari bagaimana norma itu dilaksanakan. Misalkan bila ada calon Presiden yang tidak diloloskan oleh KPU karena calon tersebut pernah menjadi narapidana kejahatan politik, maka SK penetapan KPU itu

bersifat konstitusional. Demikian pula Keputusan Tata Usaha Negara lainnya yang bertentangan dengan putusan MK. Tapi, bila suatu Keputusan Tata Usaha Negara bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi di atasnya, misalkan terhadap UU yang sudah dijelaskan dalam putusan MK, maka jalan yang paling umum ditempuh adalah melakukan gugatan administrasi kepada Pengadilan Tata Usaha Negara, atau melakukan gugatan Perbuatan Melawan Hukum atas tindakan pejabat tata usaha negara, kepada pengadilan umum. Pertanyaan yang belum terjawab dari konstruksi putusan MK yang bersifat konstitusionalitas bersyarat dalam putusan ini adalah, apakah pihak yang dirugikan dari penerapan dan penegakan ketentuan yang sudah diuji itu dapat mengadu kembali kepada MK atas tindakan yang dia alami. Bila jawabannya “dapat,” mekanisme apa yang bisa ditempuh dalam hukum acara MK? Sedangkan MK belum memiliki kewenangan untuk menyelesaikan keluhan konstitusional (*constitutional complaint*) yang terjadi atas tindakan administrasi negara.

4) UU Penanaman Modal.

Perkara Nomor 21-22/PUU-V/2007 mengenai pengujian UU No. 25/2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) diajukan oleh dua kelompok. Diah Astuti, dkk. (Perkara No. 21/PUU-V/2007) mengajukan permohonan pengujian Penjelasan Pasal 3 ayat (1) huruf d, Pasal 4 ayat (2) huruf a, Pasal 8 ayat (1), Pasal 12 ayat (4), dan Pasal 22 ayat (1) huruf a, b, dan c UU PM. Sedangkan Daipin, dkk. (Perkara No. 22/PUU-V/2007) mengajukan permohonan pengujian Pasal 1 ayat (1), Pasal 4 ayat (2) huruf a, Pasal 8 ayat (1) dan (3) Pasal 12 ayat (1) dan (3) Pasal 21, Pasal 22 ayat (1) dan (2) UU PM. Pemohon mendalilkan bahwa berlakunya ketentuan yang dimohon menimbulkan pelanggaran terhadap hak-hak pemohon (*legal standing*) karena ketentuan tersebut dianggap bertentangan dengan Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3), Pasal 27 ayat (2) Pasal 28A dan Pasal 28C UUD 1945

Dari sekumpulan ketentuan yang dimohonkan dapat disederhanakan ke dalam beberapa persoalan sebagai berikut:

1. Asas perlakuan yang sama tanpa membedakan asal negara
2. Kemudahan pengalihan aset (*capital flight*)
3. Masalah penentuan bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan.
4. Perpanjangan di muka hak-hak atas tanah dan jangka waktu hak-hak atas tanah yang melebihi UUPA.

MK menolak permohonan pengujian ketentuan yang berkaitan dengan (1) Asas perlakuan yang sama tanpa membedakan asal negara, dan (2) Kemudahan pengalihan aset (*capital flight*). Dalam menolak permohonan atas dua persoalan tersebut MK menjadikan prinsip-prinsip internasional tentang pelayanan perlakuan non-diskriminasi dalam perdagangan bebas yang terdapat dalam perjanjian General Agreement Tariff and Trade/World Trade Organization (GATT/WTO) sebagai basis pertimbangan hukumnya. Apalagi prinsip-prinsip GATT/WTO itu sudah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia menjadi UU No. 7/1995 tentang Ratifikasi Pengesahan *Agreement Establishing the World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia).

Dalam putusan itu MK mengabulkan sebagian permohonan terkait ketentuan yang mengatur perpanjangan di muka hak-hak atas tanah. Hal ini terkait frasa “dimuka sekaligus” dalam Pasal 22

ayat (1), ayat (2), dan ayat (4) UU PM. Sehingga Pasal 22 ayat (1), ayat (2) dan ayat (4) berbunyi sebagai berikut:

Tabel. 2
Perbandingan Frasa Pasal 22 ayat (1), ayat (2), dan ayat (4) UU Penanaman Modal

Ketentuan	Sebelum Putusan	Setelah Putusan MK
Pasal 22 ayat (1)	<p>Kemudahan pelayanan dan/atau perizinan hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21 huruf a dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus dan dapat diperbarui kembali atas permohonan penanam modal, berupa:</p> <ol style="list-style-type: none"> Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluh lima) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 (enam puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 35 (tiga puluh lima) tahun; Hak Guna Bangunan dapat diberikan dengan jumlah 80 (delapan puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 30 (tiga puluh) tahun; dan Hak Pakai dapat diberikan dengan jumlah 70 (tujuh puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 45 (empat puluh lima) tahun dan dapat diperbarui selama 25 (dua puluh lima) tahun. 	<p>Kemudahan pelayanan dan/atau perizinan hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21 huruf a dapat diberikan dan diperpanjang dan dapat diperbarui kembali atas permohonan penanam modal.</p>
Pasal 22 ayat (2)	<p>Hak atas tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus untuk kegiatan penanaman modal, dengan persyaratan antara lain:</p> <ol style="list-style-type: none"> penanaman modal yang dilakukan dalam jangka panjang dan terkait dengan perubahan struktur perekonomian Indonesia yang lebih berdaya saing; penanaman modal dengan tingkat risiko penanaman modal yang memerlukan pengembalian modal dalam jangka panjang sesuai dengan jenis kegiatan penanaman modal yang dilakukan; penanaman modal yang tidak memerlukan area yang luas; penanaman modal dengan menggunakan hak atas tanah negara; dan penanaman modal yang tidak mengganggu rasa keadilan masyarakat dan tidak merugikan kepentingan umum. 	<p>Hak atas tanah sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) dapat diberikan dan diperpanjang untuk kegiatan penanaman modal, dengan persyaratan antara lain:</p> <ol style="list-style-type: none"> penanaman modal yang dilakukan dalam jangka panjang dan terkait dengan perubahan struktur perekonomian Indonesia yang lebih berdaya saing; penanaman modal dengan tingkat risiko penanaman modal yang memerlukan pengembalian modal dalam jangka panjang sesuai dengan jenis kegiatan penanaman modal yang dilakukan; penanaman modal yang tidak memerlukan area yang luas; penanaman modal dengan menggunakan hak atas tanah negara; dan penanaman modal yang tidak mengganggu rasa keadilan masyarakat dan tidak merugikan kepentingan umum.

Pasal 22 ayat (4)	Pemberian dan perpanjangan hak atas tanah yang diberikan sekaligus di muka dan yang dapat diperbarui sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dapat dihentikan atau dibatalkan oleh Pemerintah jika perusahaan penanaman modal menelantarkan tanah, merugikan kepentingan umum, menggunakan atau memanfaatkan tanah tidak sesuai dengan maksud dan tujuan pemberian hak atas tanahnya, serta melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan.	Pemberian dan perpanjangan hak atas tanah yang diberikan dan yang dapat diperbarui sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) dan Ayat (2) dapat dihentikan atau dibatalkan oleh Pemerintah jika perusahaan penanaman modal menelantarkan tanah, merugikan kepentingan umum, menggunakan atau memanfaatkan tanah tidak sesuai dengan maksud dan tujuan pemberian hak atas tanahnya, serta melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan.
-------------------	---	--

Terkait dengan penentuan bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan yang diatur dalam Pasal 12 ayat (2) huruf b UU PM, MK menolak dengan memberikan persyaratan konstitusional. Pasal 12 ayat (2) berbunyi:

Bidang usaha yang tertutup bagi penanam modal asing adalah:

a. Produksi senjata, mesiu, alat peledak, dan peralatan perang; dan

b. Bidang usaha yang secara eksplisit dinyatakan tertutup berdasarkan undang-undang.

Pemohon mendalilkan bahwa tidak diatur secara rinci bidang usaha yang boleh dan yang tidak boleh untuk modal asing bertentangan dengan UUD 1945. Pemohon juga menyatakan bahwa (a) berhubung adanya ketentuan tentang penguasaan oleh negara dalam Pasal 33 Ayat (2) dan Ayat (3) UUD 1945 maka tidak seluruh bidang usaha boleh dinyatakan terbuka terhadap penanaman modal; (b) pembatasan terhadap bidang-bidang usaha yang tertutup bagi penanaman modal harus dinyatakan terlebih dahulu, bukan kemudian; (c) pengaturan tentang pembatasan terhadap bidang-bidang usaha yang tertutup bagi penanaman modal tersebut harus dilakukan dengan peraturan setingkat undang-undang; (d) Pasal 12 UU Penanaman Modal ternyata tidak memenuhi ketiga persyaratan di atas sehingga bertentangan dengan Pasal 33 Ayat (2) dan Ayat (3) UUD 1945.

MK menyatakan bahwa pada dasarnya semua bidang usaha atau jenis usaha adalah terbuka bagi penanaman modal, kecuali dinyatakan tertutup bagi penanaman modal dengan atau berdasarkan undang-undang. Peraturan Presiden dapat dijadikan sebagai aturan untuk menambang bidang usaha atau jenis usaha yang tertutup bagi penanaman modal, namun tidak dapat mengurangi atau menambah suatu bidang atau jenis usaha menjadi terbuka bagi penanaman modal asing. Untuk mengubah suatu bidang usaha menjadi terbuka bagi penanaman modal asing harus ditentukan “oleh undang-undang.”

*“ ... Sepanjang kata-kata “berdasarkan undang-undang” dalam Pasal 12 Ayat (2) huruf b UU Penanaman Modal dipahami sama pengertiannya dengan “oleh undang-undang”, sehingga Pasal 12 Ayat (2) huruf b UU Penanaman Modal adalah **konstitusional bersyarat (conditionally constitutional)**. Jika di kemudian hari syarat dimaksud tidak dipenuhi, sesuai dengan ketentuan Pasal 42 Ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) Nomor 06/PMK/2005, maka Pasal 12 Ayat (2) huruf b UU Penanaman Modal dapat diuji kembali karena terdapat syarat-syarat konstitusionalitas yang berbeda.”*

Jadi sepanjang mengurangi atau menambah suatu bidang atau jenis usaha menjadi terbuka bagi penanaman modal asing ditentukan “oleh undang-undang” yang dibuat melalui proses legislasi

di DPR, maka Pasal 12 ayat (2) bersifat konstitusional. Namun bila menambah suatu bidang atau jenis usaha menjadi terbuka bagi penanaman modal asing ditentukan oleh Pemerintah dengan peraturan perundang-undangan selain dari UU, maka hal itu bersifat inkonstitusional.

Tabel. 3
Konstitusionalitas Bersyarat dalam 4 (empat) Putusan Mahkamah Konstitusi

UU Sumberdaya Air	UU Tipikor	UU mengenai Hak Politik Mantan Narapidana	UU Penanaman Modal
Sepanjang peraturan pelaksana UU Sumberdaya Air sesuai dengan doktrin Panca Fungsi penguasaan negara atas sumberdaya alam (mengatur, mengurus, membuat kebijakan, mengelola dan mengawasi) dan peraturan tersebut merupakan manifestasi kewajiban negara atas hak asasi manusia atas air (<i>to promote, to respect, dan to fullfill</i>)	Sepanjang dalam tahap pembuktian dalam persidangan yang mendakwakan pelanggaran terhadap Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor dilakukan dengan menghadirkan akuntan atau ahli keuangan untuk mengetahui apakah frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”	Norma yang diuji konstitusional apabila: a. tidak mencakup tindak pidana yang timbul karena kealpaan ringan (<i>culpa levis</i>), meskipun ancaman pidananya 5 (lima) tahun atau lebih; b. Tidak mencakup kejahatan politik (yang merupakan tindakan diskriminatif).	Sepanjang mengurangi atau menambah suatu bidang atau jenis usaha menjadi terbuka bagi penanaman modal asing ditentukan “oleh undang-undang” yang dibuat melalui proses legislasi di DPR, maka Pasal 12 ayat (2) bersifat konstitusional.

III. DIBALIK KONSTITUSIONALITAS BERSYARAT

Sifat dan Jenis Putusan MK

Di atas sudah disinggung, berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, putusan MK itu memiliki sifat: (a) merupakan putusan pada tingkat pertama dan terakhir, sehingga tidak dapat dilakukan upaya hukum atau perlawanan hukum; dan (b) bersifat final (*legaly binding*), maksudnya putusan MK mengikat sebagai norma hukum sejak diucapkan dalam persidangan. Dan jenis dari amar putusan MK terdiri dari tiga jenis, yaitu: Ditolak (*ontzigd*), Dikabulkan, atau Tidak dapat diterima (*niet onvankelijk verklaard*).

Maruarar Siahaan menyebutkan bahwa sifat dari amar putusan MK memiliki sifat *declaratoir*, *condemnatoir* dan *constitutif*.⁸ Suatu putusan dikatakan *condemnatoir* kalau putusan tersebut berisi penghukuman terhadap tergugat atau termohon untuk melakukan satu prestasi (*tot het verrichten van een prestatie*). Akibat dari putusan *condemnatoir* ialah diberikannya hak kepada penggugat/pemohon untuk meminta tindakan *eksekutorial* terhadap penggugat/termohon.⁹ Sifat putusan *condemnatoir* ini dapat dilihat dalam putusan perkara sengketa kewenangan lembaga negara.

⁸ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006. h. 240 – 242.

⁹ *Ibid.*

Sedangkan putusan *declaratoir* adalah putusan dimana hakim menyatakan apa yang menjadi hukum. Putusan hakim yang menyatakan permohonan atau gugatan ditolak merupakan satu putusan yang bersifat *declaratoir*.¹⁰ Putusan yang bersifat *declaratoir* dalam pengujian undang-undang oleh MK nampak jelas dalam amar putusannya. Tetapi setiap putusan yang bersifat *declaratoir* khususnya yang menyatakan bagian undang-undang, ayat dan/atau pasal bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat juga sekaligus merupakan putusan yang bersifat *constitutief*.¹¹

Putusan *constitutief* adalah putusan yang menyatakan satu keadaan hukum atau menciptakan satu keadaan hukum baru.¹² Menyatakan suatu undang-undang tidak memiliki kekuatan hukum mengikat karena bertentangan dengan UUD 1945 adalah meniadakan keadaan hukum yang timbul karena undang-undang yang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Putusan MK dalam pengujian undang-undang bersifat *declaratoir constitutief*. Artinya putusan MK meniadakan satu keadaan hukum baru atau membentuk hukum baru sebagai *negative-legislator*.¹³ Sifat *declaratoir* tidak membutuhkan satu aparat yang melakukan pelaksanaan putusan MK.¹⁴

Lebih lanjut Maruarar menyatakan bahwa putusan MK sejak diucapkan di Pengadilan memiliki 3 (tiga) kekuatan, yaitu (1) kekuatan mengikat, (2) kekuatan pembuktian, dan (3) kekuatan eksekutorial.¹⁵ Hal ini dijelaskan sebagai berikut:

1. *Kekuatan Mengikat*

Kekuatan mengikat putusan Mahkamah Konstitusi, berbeda dengan putusan pengadilan biasa, yaitu tidak hanya meliputi pihak-pihak yang berperkara (*interpartes*) yaitu pemohon, pemerintah, DPR/DPD ataupun pihak terkait yang diizinkan memasuki proses perkara, tetapi putusan tersebut juga mengikat semua orang, lembaga negara dan badan hukum yang ada di wilayah Republik Indonesia. Ia berlaku sebagai hukum sebagaimana hukum diciptakan pembuat undang-undang. Hakim MK dikatakan sebagai *negative legislatoir* yang putusannya bersifat *erga omnes*, yang ditujukan pada semua orang.¹⁶

2. *Kekuatan Pembuktian*

Pasal 60 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menentukan bahwa materi muatan, ayat, pasal dan/atau bagian dari undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan untuk diuji kembali. Dengan demikian adanya putusan Mahkamah Konstitusi yang telah menguji satu undang-undang, merupakan alat bukti yang dapat digunakan bahwa telah diperoleh satu kekuatan pasti (*gezag van gewijsde*).

Kekuatan pasti satu putusan secara negatif diartikan bahwa hakim tidak boleh lagi memutus perkara permohonan yang sebelumnya pernah diputuskan. Dalam perkara konstitusi putusannya bersifat *erga omnes*, maka permohonan pengujian yang menyangkut materi yang

¹⁰ *Ibid*, hal. 241.

¹¹ *Ibid*, hal. 242.

¹² *Ibid*.

¹³ A. Fickar Hadjar, *Op. Cit*, h. 34.

¹⁴ *Ibid*, hal. 250.

¹⁵ Maruarar Edisi Revisi, *Op.cit.*, hal. 252-258.

¹⁶ A. Fickar Hadjar, *Loc. Cit*.

sama sudah pernah diputus tidak dapat lagi diajukan untuk diuji oleh siapa pun. Putusan Mahkamah Konstitusi yang telah berkekuatan tetap demikian dapat digunakan sebagai alat bukti dengan kekuatan pasti secara positif bahwa apa yang diputuskan oleh hakim itu telah benar.

3. *Kekuatan Eksekutorial*

Hakim Mahkamah Konstitusi adalah *negative-legislator* dan putusannya berlaku sebagai undang-undang tetapi tidak memerlukan perubahan yang harus dilakukan dengan amandemen atas undang-undang yang bagian tertentu dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945. Untuk itu, putusan Mahkamah Konstitusi perlu dimuat dalam berita negara agar setiap orang mengetahuinya.

Konstitusionalitas Bersyarat Bukan *Non bis In Idem*

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) dan Pasal 10 UU MK disebutkan bahwa putusan MK bersifat final dan mengikat, pada tingkat pertama dan terakhir yang tidak dapat dilakukan upaya hukum lain baik vertikal maupun horizontal. Hal ini diperkuat oleh Pasal 60 UU MK yang berbunyi:

Terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali.

Ketentuan Pasal 60 UU MK itu sekilas disamakan dengan asas *non bis in idem* atau *nebis in idem* yang umum dikenal dalam hukum acara pidana dan hukum acara perdata.¹⁷ *Non bis in idem* diartikan bahwa suatu perkara yang sudah pernah diputus oleh pengadilan tidak boleh diajukan lagi. Pada dasarnya asas ini hadir untuk melindungi hak asasi tergugat atau terdakwa dihadapan hukum. Disamping itu secara teknis, asas ini mengatasi berlarutnya suatu perkara, sebab bila perkara yang sudah diputuskan diperkarakan kembali di pengadilan maka akan memperpanjang proses pencarian keadilan.

Pasal 60 UU MK sering dikaitkan dengan asas *non bis in idem*. Hal ini wajar karena hukum acara MK memang diadopsi dari hukum acara pidana dan hukum acara perdata. Tetapi bila dicermati terdapat perbedaan mendasar, yaitu terkait posisi putusan yang dihasilkan oleh MK dengan putusan dari pengadilan pidana dan perdata. Bila objek dari *non bis in idem* dalam hukum acara pidana dan hukum acara perdata adalah **suatu perkara yang sama atas orang yang sama (subjektif)**, maka berbeda dengan Pasal 60 UU MK, yaitu **materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji (objektif)**.

Pemberlakuan asas *non bis in idem* dalam perkara pidana atau perkara perdata terdiri dari unsur kumulatif atau alternatif berikut: (a) satu subjek hukum yang sama, (b) satu tindakan atau peristiwa hukum yang sama dan (c) didakwa atau bersengketa atas satu ketentuan perundang-undangan yang sama. Sedangkan yang dimaksud oleh Pasal 60 UU MK bersandar pada materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, terlepas apakah

¹⁷ Dalam Black's Law Dictionary, *Non bis in idem* diartikan "Not twice for the same thing. The phrase usu. Referred to the law forbidding more than one trial for the same offense. It essentially refers to the double-jeopardy bar." (Dilarang duakali untuk hal yang sama. Frasa ini biasanya ditujukan agar hukum tidak mengadili lebih dari satu kali atas dakwaan yang sama.) Lihat Bryan A. Garner (edt), *Black's Law Dictionary, Eight Edition*, Thomson West Publishing, Texas, USA, 1999. h. 1077

pemohon yang akan menguji kembali ketentuan itu berbeda (subjektif) maupun atas dasar dalil-dalil konstitusional yang berbeda dari yang diuji sebelumnya.

Pembatasan yang dilakukan oleh Pasal 60 UU MK kurang sesuai dengan asas keadilan dan kemanfaatan karena inkonstitusionalitas suatu ketentuan UU bisa terjadi karena perbedaan kondisi sosial dan waktu. Suatu norma yang dianggap konstitusional hari ini bisa saja dianggap tidak konstitusional belasan atau puluhan tahun kedepan dalam kondisi sosial yang berbeda, sehingga dibutuhkan penyesuaian dengan nilai konstitusional pada masanya. Argumen lain adalah suatu ketentuan UU bisa dianggap konstitusional terhadap salah satu bagian dari UUD 1945, tapi bisa bertentangan dengan bagian lain dari UUD 1945. Pembatasan untuk menguji kembali ketentuan yang sudah diuji oleh MK dengan dalil konstitusional berbeda sama halnya dengan mengurangi hak konstitusional warga negara untuk mencari keadilan konstitusional. Bukan malah melindungi hak konstitusional warga negara.

Bila *non bis in idem* dalam hukum acara pidana dan perdata bertujuan untuk melindungi hak seseorang untuk tidak diperkarakan di pengadilan lebih dari satu kali, Maka bila *non bis in idem* dalam pengujian UU (bila mengacu kepada Pasal 60 UU MK) malah tidak melindungi hak konstitusional untuk dapat mengajukan permohonan pengujian suatu UU dengan alasan konstitusionalitas berbeda dari yang sudah pernah diputus oleh MK. Asas *non bis in idem* tidak serta merta bisa diterapkan dengan Pasal 60 UU MK.

Sebenarnya MK menyadari bahwa Pasal 60 UU MK memiliki persoalan karena membatasi hak konstitusional warga negara. Hal ini terlihat dalam rumusan Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 6/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-undang (PMK No. 6/2005). Pasal 42 ayat (2) PMK No. 6/2005 memberikan pengecualian terhadap Pasal 60 UU MK.

- (1) Terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam UU yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali.
- (2) Terlepas dari ketentuan ayat (1) diatas, permohonan pengujian UU terhadap muatan ayat, pasal, dan/atau bagian yang sama dengan perkara yang pernah diputus oleh Mahkamah dapat dimohonkan pengujian kembali dengan syarat-syarat konstitusionalitas yang menjadi alasan permohonan yang bersangkutan berbeda.

Bahkan dalam Putusan Perkara Nomor 21-22/PUU-V/2007 mengenai pengujian UU Penanaman Modal, MK secara tegas menyatakan bahwa "... Pasal 12 ayat (2) UU PM adalah **konstitusional bersyarat (conditionally constitutional)**. Jika di kemudian hari syarat dimaksud tidak dipenuhi, sesuai dengan ketentuan **Pasal 42 Ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) Nomor 06/PMK/2005**, maka Pasal 12 Ayat (2) huruf b UU Penanaman Modal dapat diuji kembali karena terdapat syarat-syarat konstitusionalitas yang berbeda."

Bila Pasal 60 UU MK sudah disadari memiliki kelemahan, maka dalam proses revisi UU MK yang sedang berlangsung perlu meninjau keberadaan Pasal 60 UU MK untuk disesuaikan dengan kebutuhan praktik beracara di MK, yaitu dengan menyatakan **bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam UU yang telah diuji dapat dimohonkan pengujian kembali dengan syarat-syarat konstitusionalitas atau dengan dalil yang berbeda dengan putusan yang sudah pernah diputus oleh MK.**

Konstitusionalitas Bersyarat, Sebuah *Contra Legem*

Dimasukkannya klausula Konstitusionalitas Bersyarat (*conditionally constitutional*) di dalam putusan MK yang menyatakan bahwa norma yang sudah pernah diuji dapat diuji kembali menunjukkan MK mengenyampingkan Pasal 60 UU MK. Hakim mempunyai kewenangan untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang telah ada yang tidak mampu memenuhi rasa keadilan masyarakat. Cara ini disebut *Contra Legem*.¹⁸ Hakim dalam menggunakan lembaga *contra legem* harus mencukupkan pertimbangannya secara jelas dan tajam dengan mempertimbangkan berbagai aspek kehidupan hukum.

Tabel. 4

Perbandingan Sifat Putusan MK dengan Konstitusionalitas Bersyarat

Sifat putusan MK	Conditionally Constitutional
Final dan mengikat sehingga tidak ada upaya hukum yang bisa ditempuh (Pasal 24C ayat 1)	<i>Conditionally Constitutional</i> memberi peluang bahwa suatu undang-undang yang telah diuji dapat diuji kembali, sehingga membuat putusan MK tidak bersifat final, maksudnya masih ada upaya hukum yang bisa ditempuh, meskipun tidak upaya hukum vertikal.
Materi muatan, ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang telah diuji tidak dapat dimohonkan pengujian kembali (Pasal 60 UU MK)	Materi muatan, ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang permohonannya ditolak oleh MK dapat diajukan kembali, apabila dalam pelaksanaannya dilakukan tidak sesuai dengan tafsir MK
Pasal 42 PMK Nomor 6 Tahun 2005 memberikan pengecualian, bahwa materi muatan, ayat, pasal atau bagian dari undang-undang tidak dapat dimohonkan pengujian kembali adalah karena alasan atau dalil yang sama	Dalil atau alasan hukum yang dapat diajukan dengan <i>Conditionally Constitutional</i> adalah kesalahan penerapan dari putusan MK, misalkan peraturan pemerintah. Jadi tidak terkait langsung dengan norma undang-undang

Klausula Konstitusionalitas Bersyarat dalam putusan MK “mengubah” makna dari sifat putusan MK yang bersifat final, khusus terhadap putusan yang menggunakan klausula konstitusionalitas bersyarat. Hal ini tidak saja mengubah makna Pasal 60 UU MK, tetapi juga memberikan makna baru atas Pasal 24C ayat (1) UUD 1945.¹⁹ Dengan adanya klausula Konstitusionalitas Bersyarat, MK menjadi pencipta hukum, meskipun tidak melalui proses legislasi – karena memang bukan kompetensi MK, tetapi putusan MK yang memasukkan klausula Konstitusionalitas Bersyarat sudah menjadi preseden yang digunakan secara berulang.

Dalam kategori penafsiran konstitusi yang digariskan oleh Jon Roland, Konstitusional Bersyarat (*conditionally constitutional*) merupakan bentuk dari penafsiran fungsional (*functional interpretation*), Penafsiran fungsional melihat hukum sebagai suatu sistem yang harmonis. Harmonisasi hukum itu dapat berupa keterkaitan secara horizontal, sesama undang-undang, maupun yang bersifat vertikal. Disamping meninjau keterkaitan antara norma hukum, penafsiran fungsional juga mempertimbangkan bagaimana kemungkinan-kemungkinan yang terjadi dalam

¹⁸ Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Kencana, Jakarta, 2004. h. 9

¹⁹ KC Wheare menyebutkan bahwa penafsiran hukum dalam putusan pengadilan (*judicial interpretation*) dapat menjadi salah satu sarana untuk mengubah konstitusi. Selain *judicial interpretation*, konstitusi juga dapat diubah melalui *formal amandemen* dan *constitutional usage and conventions*. K.C. Wheare, *Modern Constitution*, Oxford University Press, 1966 dalam Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jilid I*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta. 2006. h. 273.

operasionalisasi suatu undang-undang. Jadi dia juga melihat bagaimana suatu perundang-undangan dijalankan sebagai suatu sistem yang lintas institusi.²⁰

Keterkaitan Fungsional Konstitusionalitas Bersyarat

Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa *“hukum itu mengandung harapan-harapan, tetapi tidak mampu mewujudkannya sendiri. Hanya melalui mobilisasi hukum apa yang semula berupa harapan bisa diwujudkan.”*²¹ Senada dengan yang disampaikan oleh Satjipto Rahardjo, sebagai suatu norma hukum, (pertimbangan hukum) putusan MK mengandung harapan-harapan, tetapi ia tidak mampu mewujudkannya sendiri. Untuk itu diperlukan mobilisasi hukum yang memungkinkan harapan-harapan tadi terwujud. Konstitusionalitas Bersyarat mengharapkan agar lembaga negara yang terkait dengan pelaksanaan ketentuan UU dipatuhi dan dilaksanakan dalam praktiknya sesuai dengan persyaratan konstitusional yang disampaikan oleh MK.

Dengan kata lain Konstitusionalitas Bersyarat membutuhkan keterkaitan yang bersifat fungsional karena terkait dengan kewenangan lembaga negara lain. Dari empat putusan MK yang menggunakan klausula Konstitusionalitas Bersyarat terdapat skema keterkaitan sebagaimana dijelaskan dalam tabel di bawah:

Tabel. 5
Keterkaitan Konstitusionalitas Bersyarat Dengan Cabang Kekuasaan Negara Lainnya

	UU Sumberdaya Air	UU Tipikor	UU mengenai Hak Politik Mantan Narapidana	UU Penanaman Modal
Eksekutif	✓		✓	✓
Legislatif			✓	✓
Yudikatif		✓		

Dalam putusan UU Sumberdaya Air, MK memberikan persyaratan bahwa dalam pelaksanaan UU tersebut, Pemerintah harus memperhatikan pertimbangan MK. Peraturan pelaksana yang dimaksud, meskipun tidak dinyatakan secara eksplisit, adalah peraturan yang levelnya di bawah UU, baik Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Menteri dan peraturan lainnya yang berada dibawah cabang kekuasaan eksekutif. Dalam praktiknya, Pemerintah tidak mengindahkan syarat konstitusional yang disampaikan oleh MK di dalam putusan pengujian UU Sumberdaya Air. Hal ini terlihat dalam PP No. 16/2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum (PP SPAM). Pasal Pasal 64 ayat (3) dan ayat (5) yang memberikan peluang keterlibatan swasta dalam penyediaan sumberdaya air melalui hubungan hukum

²⁰ Menurut Roland, “Functional interpretation Also called structural. Decision based on analysis of the structures the law constituted and how they are apparently intended to function as a coherent, harmonious system. A Latin maxim is *Nemo aliquam partem recte intelligere potest antequam totum perlegit*. No one can properly understand a part until he has read the whole.” Jon Roland, *Principles of Constitutional Interpretation*, the Constitution Society, diakses dari http://www.constitution.org/cons/prin_cons.html, (4 April 2006). Lihat Juga Yance Arizona, *Op.Cit.*, h. 71.

²¹ Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006. h. 155

“perjanjian” dengan Pemerintah atau Pemerintah Daerah.²² Padahal hubungan hukum yang konstitusional dalam penguasaan negara atas sumberdaya air dalam putusan MK adalah hubungan hukum yang bersifat publik, diantaranya: (a) Merumuskan kebijaksanaan (*beleid*); (b) Melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*); (c) Melakukan pengaturan (*regelendaad*); (d) Melakukan pengelolaan (*beheersdaad*); dan (e) Melakukan pengawasan (*toezichthoudendaad*). Pengaturan bahwa negara dapat melakukan perjanjian dengan pihak swasta dalam penyediaan air minum menurunkan derajat negara sebagai representasi “Yang Publik.”²³

Sedangkan putusan pengujian UU Tipikor mensyaratkan bahwa dalam persidangan pembuktian kerugian keuangan negara atau perekonomian negara dilakukan berdasarkan keterangan dari akuntan atau ahli keuangan. Hal ini menunjukkan syarat konstitusionalitas norma yang diberikan oleh MK terkait dengan proses peradilan yang merupakan cabang kekuasaan yudikatif.

Putusan pengujian perkara No. 14-17/PUU-V/2007, yang berkaitan dengan ketentuan pembatasan hak seseorang untuk dapat menjadi pejabat publik karena pernah dipidana penjara dengan pidana ketentuan yang ancaman pidananya lima tahun atau lebih, memberikan persyaratan konstitusional kepada cabang kekuasaan legislatif dan eksekutif. Kepada cabang kekuasaan legislatif MK mengharapkan dilakukan perubahan peraturan (*legislative review*) atas persyaratan pencalonan jabatan publik (Pasal 58 huruf f UU Pemda, Pasal 6 huruf t UU Pilpres, Pasal 16 Ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 Ayat (2) huruf d UU MA, dan Pasal 13 huruf g UU BPK). Ketentuan tersebut perlu dirubah untuk (a) Tidak mencakup tindak pidana yang timbul karena kealpaan ringan (*culpa levis*), meskipun ancaman pidananya 5 (lima) tahun atau lebih; dan (b) Tidak mencakup kejahatan politik (yang merupakan tindakan diskriminatif). Demikian juga kepada pemerintah dalam membuat peraturan (*regeling*) yang berkaitan dengan pembatasan mantan narapidana untuk dapat mencalonkan diri sebagai pejabat publik.

Putusan pengujian UU PM memberikan persyaratan konstitusional bahwa penambahan suatu bidang atau jenis usaha menjadi terbuka bagi penanaman modal asing ditentukan “oleh undang-undang” yang dibuat melalui proses legislasi di DPR, bukan dibuat dalam bentuk Peraturan Presiden atau peraturan perundang-undangannya lainnya selain undang-undang. Sehingga konstitusionalitas bersyarat dalam putusan ini terkait dengan kewenangan legislatif dan kewenangan eksekutif.

Konstitusionalitas Bersyarat yang secara fungsional terkait dengan kewenangan lembaga negara lain tidak berarti bahwa lembaga negara terkait tersebut menjadi eksekutor putusan MK. Melainkan pada lembaga negara tersebut “dipertaruhkan” konstitusionalitas norma yang syarat-syarat konstitusionalitasnya ditentukan oleh MK di dalam putusannya.

²² Pasal 64 ayat (3): *Pelibatan koperasi dan/atau badan usaha swasta sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan berdasarkan prinsip persaingan yang sehat melalui proses pelelangan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.* Pasal 64 ayat (5): *Koperasi dan/atau badan usaha swasta yang mendapatkan hak berdasarkan pelelangan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) mengadakan perjanjian dalam penyelenggaraan SPAM dengan Pemerintah atau Pemerintah Daerah sesuai kewenangannya.*

²³ Yance Arizona, *Konstitusi dalam Intaian Neoliberalisme: Konstitusionalitas Penguasaan Negara atas Sumberdaya Alam dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, Makalah disampaikan dalam Konferensi Warisan Otoritarianisme: Konstitusi Indonesia dan Tirani Modal. Panel Tirani Modal dan Ketatanegaraan, Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik – Universitas Indonesia, 5 Agustus 2008, Jakarta. h. 14.

Dalam praktiknya, putusan MK tidak selalu diperhatikan atau dijalankan oleh pemerintah, DPR dan penegak hukum. Dinamika pemerintahan membuat terganggunya implementasi putusan MK. Persoalan ini terlihat jelas pasca MK membatalkan UU No. 20/2002 tentang Ketenagalistrikan. Karena UU tersebut merupakan pintu masuk bagi ekspansi investor negara-negara kapitalis yang menginginkan liberalisasi pasar untuk memenuhi urgensi pasokan tenaga listrik di Indonesia. Pasca putusan MK tersebut, Pemerintah dengan sigap mempersiapkan instrumen hukum yang letaknya di bawah UU. Instrumen hukum ini ditenggarai akan menjadi landasan hukum baru bagi kontinuitas swastanisasi sektor ketenagalistrikan yang dicanangkan oleh pemerintah. Tujuan utamanya adalah menjustifikasi hak swasta (individu) untuk maksud penimbunan uang yang relatif tidak diinginkan oleh pembentuk UUD 1945.²⁴

Persoalan implementasi putusan MK juga terlihat ketika Ketua MK, Jimly Asshiddiqie, pernah melayangkan surat kepada Presiden Susilo Bambang Yudhoyono untuk mempertanyakan konsistensi Perpres No. 55/2005 tentang Harga Jual Eceran BBM domestik dengan putusan MK dalam pengujian UU No. 22/2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.²⁵ Demikian juga dengan PP SPAM yang sudah disinggung di atas.

Persoalan ketidakpatuhan dalam implementasi putusan MK merupakan persoalan serius sebab disana letak wibawa putusan MK. Untuk menjaga kewibawaan putusan MK, terutama putusan yang Konstitusionalitas Bersyarat, diperlukan suatu mekanisme komplain atas tindakan lembaga negara yang tidak memenuhi syarat konstitusionalitas norma yang ditentukan dalam putusan MK.

Konstitusionalitas Bersyarat tanpa *Constitutional Complaint* dan *Constitutional Question*

Konstitusionalitas Bersyarat melepas sifat konstitusionalitas suatu ketentuan UU dalam penerapan dan penegakan hukum. Tapi MK belum memiliki kewenangan jelas untuk mengontrol penerapan syarat konstitusionalitas norma yang dipersyaratkan itu. Satu-satunya cara yang ditawarkan MK apabila syarat konstitusionalitas ketentuan UU yang dinyatakan MK dalam putusannya tidak diperhatikan atau ditafsirkan lain oleh lembaga negara terkait adalah dengan menguji kembali ketentuan UU yang sudah pernah diuji oleh MK (*rejudicial review*).

Sebenarnya ada mekanisme lain yang bisa didorong agar kesalahan penerapan konstitusionalitas suatu ketentuan UU dalam pelaksanaannya bisa diajukan kepada MK. Pada beberapa negara mekanisme yang berkembang adalah *constitutional complaint* dan *constitutional question*. *Constitutional complaint* lazim dikenal sebagai pengaduan, keluhan atau gugatan konstitusional atas suatu perundang-undangan, keputusan administrasi negara atau putusan pengadilan yang menegaskan keputusan administrasi negara tersebut.²⁶ Sedangkan *constitutional question* adalah pertanyaan yang diajukan oleh lembaga negara kepada MK tentang apakah suatu norma bersifat konstitusional atau inkonstitusional untuk diterapkan. Baik *constitutional complaint* dan

²⁴ Ahmad Syahrizal, *Promblem Implementasi Putusan MK*, Jurnal Konstitusi Volume 4 Nomor 1, Maret 2007, diterbitkan oleh Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta. h. 107-108.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Fadjar Laksono, *Meretas "Constitutional Complaint" ke dalam UUD 1945 Menuju Konstitusi yang lebih Demokratis*, Jurnal Konstitusi Volume 4 Nomor 4, Desember 2007, diterbitkan oleh Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta. h. 131.

constitutional question diperlukan guna melindungi warga negara dari ketidakadilan formal kekuasaan instansi pemerintah. Penerapan *constitutional complaint* di berbagai negara seperti Jerman dan Afrika Selatan dilakukan guna melindungi hak-hak dasar warga negara (*basic rights*).

Ide tentang *constitutional complaint* sudah berkembang dalam putusan MK. 2 (dua) orang Hakim Konstitusi dalam *dissenting opinion*-nya pada Putusan Nomor 001/PUU-IV/2006 mengenai perkara Badrul Kamal, terlepas dari putusan akhir dari keduanya, secara tegas dapat dikatakan telah mulai menanamkan benih-benih *constitutional complaint* dengan cara melakukan penafsiran bahwa MK seharusnya dapat menampung pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) atas pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara karena sesungguhnya telah memiliki dasar hukum yang cukup berdasarkan prinsip-prinsip konstitusi yang terdapat dalam UUD 1945.²⁷

Kebutuhan dimasukkan *constitutional complaint* di Indonesia juga disuarakan oleh Mahfud MD yang sekarang menjabat sebagai Ketua MK. menurut Mahfud perlu dipikirkan memasukkan *constitutional complaint* dan *constitutional question* ke dalam amandemen UUD 1945. Menurut Mahfud yang disebut *constitutional complaint* adalah pengajuan perkara oleh warga negara karena hak-hak konstitusional mereka dilanggar akibat penerapan norma, sementara tidak ada saluran hukum yang tidak tersedia lagi. Sedangkan *constitutional question* dimaksudkan bahwa hakim yang tengah mengadili suatu perkara menanyakan ke MK terlebih dahulu apakah suatu undang-undang konstitusional atau tidak.²⁸

Rumusan Konstitusionalitas Bersyarat tidak lengkap bila tidak diikuti oleh adanya mekanisme *constitutional complaint* dan/atau *constitutional question*. Salah satu kasus yang bisa dijadikan contoh adalah ketika Eggi Sudjana dituduh mencemarkan nama baik Presiden, dan ia dijerat dengan pasal-pasal penghinaan dalam KUHP. Hakim yang menangani perkara Eggi bisa menanyakan ke MK apakah pasal-pasal yang didakwakan jaksa konstitusional atau tidak. Sebab pasal penghinaan terhadap Presiden sudah dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum lagi oleh MK.

Jadi ide untuk memasukkan mekanisme *constitutional complaint* dan *constitutional question* dalam sistem hukum Indonesia bisa dikaitkan dengan praktik dan keberadaan Konstitusionalitas Bersyarat dalam putusan MK. Pada tahap awal, *constitutional complaint* dan *constitutional question* dapat dilakukan terhadap ketentuan UU yang sudah pernah diuji (ditolak) oleh MK dengan persyaratan konstitusional. Bila persyaratan konstitusional ketentuan UU dalam putusan MK tidak diperhatikan atau ditafsirkan lain oleh instansi pemerintah (eksekutif, legislatif, dan yudikatif), maka pihak yang dirugikan dapat mengajukan *constitutional complaint*. Sedangkan apabila instansi pemerintah ragu akan konstitusionalitas ketentuan UU yang pernah diuji (ditolak) oleh MK dengan persyaratan konstitusional, maka instansi pemerintah tersebut bisa mengajukan *constitutional question* kepada MK. Dengan masuknya mekanisme *constitutional*

²⁷ Pan Mohamad Faiz, *Menabur Benih Constitutional Complaint*, diunduh dari <http://jurnalhukum.blogspot.com/2006/09/constitutional-complaint-dan-hak-asasi.html> (22 Oktober 2008)

²⁸ Constitutional Complaint Sebaiknya Masuk UUD, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/berita.php?newscode=1652> (22 Oktober 2008)

complaint dan *constitutional question*, maka persyaratan konstiusionalitas ketentuan UU yang ditolak permohonannya oleh MK memiliki tiga saluran konstiusional, yaitu:

1. Pengujian kembali ketentuan yang pernah diuji (*rejudicial review*);
2. Pengaduan konstiusional (*constitutional complaint*); dan
3. Pertanyaan konstiusionalitas (*constitutional question*).

Sedangkan pilihan hukum untuk mempertegas dan memasukkan tiga mekanisme itu dalam sistem hukum Indonesia dapat dilakukan dengan revisi UU MK atau dilakukan putusan MK yang bersifat konstiusionalitas bersyarat disertai dengan perincian tiga mekanisme konstiusional untuk menjaga agar persyaratan konstiusional dipenuhi dengan benar oleh instansi pemerintah terkait. Atau yang lebih ideal adalah memasukkannya melalui amandemen UUD 1945.

IV. PENUTUP

Konstiusionalitas Bersyarat (*conditionally constitutional*) dalam putusan MK adalah putusan yang menyatakan bahwa suatu ketentuan UU tidak bertentangan dengan konstiusi sepanjang dalam pelaksanaannya (baik oleh eksekutif, legislatif maupun yudikatif) ditafsirkan sesuai dengan persyaratan konstiusional yang ditentukan oleh MK. Apabila syarat tersebut tidak dipenuhi atau ditafsirkan lain oleh lembaga negara yang melaksanakannya, maka ketentuan undang-undang yang sudah diuji tersebut dapat diajukan untuk diuji kembali oleh MK (*rejudicial review*).

Keberadaan klausula Konstiusionalitas Bersyarat dalam putusan MK mengoreksi ketentuan Pasal 60 UU MK yang membatasi hak konstiusional warga negara untuk menguji kembali suatu ketentuan yang sudah pernah diuji dengan dalil konstiusionalitas yang berbeda dari sebelumnya. Hal ini juga disadari oleh MK dan dikoreksi dengan Pasal 42 ayat (2) PMK No. 6/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Dalam proses revisi UU MK yang sedang berlangsung perlu meninjau keberadaan Pasal 60 UU MK untuk disesuaikan dengan kebutuhan praktik beracara di MK, yaitu dengan menyatakan **bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam UU yang telah diuji dapat dimohonkan pengujian kembali dengan syarat-syarat konstiusionalitas atau dengan dalil yang berbeda dengan putusan yang sudah pernah diputus oleh MK.**

Ide untuk memasukkan mekanisme *constitutional complaint* dan *constitutional question* dalam sistem hukum Indonesia bisa dikaitkan dengan praktik dan keberadaan Konstiusionalitas Bersyarat dalam putusan MK. Kedepan perlu memperjelas dan mempertegas keberadaan konstiusionalitas bersyarat yang diikuti dengan tiga jenis saluran hukum yang dapat ditempuh untuk memastikan atau mengontrol dipenuhinya persyaratan konstiusional yang ditentukan oleh MK dalam pertimbangan putusannya. 3 saluran hukum itu antara lain: (1) Pengujian kembali ketentuan yang pernah diuji (*rejudicial review*); (2) Pengaduan konstiusional (*constitutional complaint*); dan (3) Pertanyaan Konstiusionalitas (*constitutional question*).

Cara untuk memperjelas keberadaan klausula Konstiusionalitas Bersyarat serta memasukkan *constitutional complaint* dan *constitutional question* dalam sistem hukum Indonesia dapat

dilakukan melalui tiga cara: (1) Melalui revisi UU MK; (2) Pertimbangan hukum putusan MK; atau (3) Amandemen UUD 1945.

Daftar Pustaka

A. Fickar Hadjar, dkk., (2003). *Pokok-pokok Pikiran dan Rancangan Undang-undang Mahkamah Konstitusi*, KRHN dan Kemitraan, Jakarta.

Ahmad Kamil dan M. Fauzan, (2004). *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Kencana, Jakarta.

Ahmad Syahrizal, (2007). *Promblem Implementasi Putusan MK*, Jurnal Konstitusi Volume 4 Nomor 1, Maret 2007, diterbitkan oleh Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta.

Bryan A. Garner (edt), (1999). *Black's Law Dictionary, Eight Edition*, Thomson West Publishing, Texas, USA.

Constitutional Complaint Sebaiknya Masuk UUD,
<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/berita.php?newscode=1652> (22 Oktober 2008)

Fadjar Laksono, (2007). *Meretas "Constitutional Complaint" ke dalam UUD 1945 Menuju Konstitusi yang lebih Demokratis*, Jurnal Konstitusi Volume 4 Nomor 4, Desember 2007, Jakarta.

Jimly Asshiddiqie, (2004). *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta.

_____*Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jilid I*, (2006). Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta.

Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Syafaat, (2006). *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta.

Jon Roland, *Principles of Constitutional Interpretation*, the Constitution Society, diakses dari http://www.constitution.org/cons/prin_cons.html, (4 April 2006).

Maruarar Siahaan, (2006). *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta.

Pan Mohamad Faiz, *Menabur Benih Constitutional Complaint*, diunduh dari <http://jurnalhukum.blogspot.com/2006/09/constitutional-complaint-dan-hak-asasi.html> (22 Oktober 2008)

Satjipto Rahardjo, (2006). *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta.

Yance Arizona, (2007). *Penafsiran Mahkamah Konstitusi terhadap Pasal 33 UUD 1945: Perbandingan Putusan Pengujian UU No. 20/2002 tentang Ketenagalistrikan dengan Putusan Pengujian UU No. 7/2004 tentang Sumberdaya Air*, Skripsi Sarjana Hukum, Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang.

_____ (2008). *Konstitusi dalam Intaian Neoliberalisme: Konstitusionalitas Penguasaan Negara atas Sumberdaya Alam dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, Makalah disampaikan dalam Konferensi Warisan Otoritarianisme: Konstitusi Indonesia dan Tirani Modal. Panel Tirani Modal dan Ketatanegaraan, Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik – Universitas Indonesia, 5 Agustus 2008, Jakarta.

Tentang Penulis



Yance Arizona, dilahirkan di Kerinci, Jambi tanggal 24 Maret 1983. Mendapatkan gelar Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, pada Program Kekhususan Hukum Tata Negara (2007). Semasa mahasiswa aktif pada sejumlah organisasi mahasiswa diantaranya Ketua Lembaga Advokasi Mahasiswa dan Pengkajian Kemasyarakatan (LAM&PK), Presiden Badan Eksekutif Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Andalas (BEM-FHUA), dan Ketua Dewan Wilayah Ikatan Senat Mahasiswa Hukum Indonesia (ISMAHI) Sumatera Bagian Tengah (Sumatera Barat, Riau, Jambi). Aktif di Badan Anti Korupsi (BAKo) Sumatera Barat pada tahun 2006 dan sejak bulan April 2007 sampai sekarang menjadi Peneliti pada Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa), Jakarta. Tulisannya dapat dijumpai pada sejumlah media lokal dan nasional diantaranya Padang Ekspres, Singgalang, Mimbar Minang, Koran Jakarta dan Jurnal Konstitusi.

Contac: yancearizona@yahoo.co.id dan <http://yancearizona.wordpress.com>