

BAB IV

PEMBAHASAN

A. Penerapan Asas Kepastian Hukum Dalam Putusan Konstitusional Bersyarat.

Menurut data yang dihimpun oleh penulis mengenai putusan konstitusional bersyarat (*Conditionally Constitution*) dari awal berdirinya Mahkamah Konstitusi sampai tahun 2015 sudah ada 17 putusan yang di dalamnya memuat tentang konstitusional bersyarat, maka penulis mencoba menganalisis 4 (empat) putusan terkait putusan konstitusional bersyarat sebagai berikut :

1. Analisis terhadap Putusan konstitusional bersyarat Mahkamah Konstitusi

- a. Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004, 008/PUU-III/2005, dan 85/PUU-XII/2013 perihal Pengujian Undang-Undang 7 Tahun 2004 tentang Pengelolaan Sumber Daya Air

Dalam rumusan UUD 1945 terdapat secara eksplisit ataupun implisit pandangan-pandangan dan nilai-nilai fundamental, Undang Undang Dasar 1945 disamping sebagai konstitusi politik (*political constitution*), juga merupakan konstitusi ekonomi (*economic constitution*), bahkan konstitusi sosial (*social constitution*). Undang Undang Dasar 1945 sebagai sebuah konstitusi negara secara substansi, tidak hanya terkait dengan pengaturan lembaga-lembaga kenegaraan dan struktur pemerintahan semata. Namun lebih

dari itu, konstitusi juga memiliki dimensi pengaturan ekonomi dan kesejahteraan sosial yang tertuang di dalam pasal 33 Undang Undang Dasar 1945.¹ Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 sebagai landasan bagi sistem ekonomi Pancasila, yang lebih dikenal dengan demokrasi ekonomi. konstitusi ekonomi tersebut terlihat pada materi, yang berbunyi :²

- 1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan.
- 2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara.
- 3) Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.
- 4) perekonomian Indonesia diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.
- 5) ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang.

Jiwa Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 berlandaskan semangat sosial, yang menempatkan penguasaan barang untuk kepentingan publik (seperti sumber daya alam) pada negara.

¹ Kuntana Magnar, Inna Junaenah, dan Giri Ahmad Taufk, "Tafsir MK Atas Pasal 33 UUD 1945": *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 1, Februari 2010, hlm, 112

² Yance Arizona, *Op.Cit*, hlm.11.

Pengaturan ini berdasarkan anggapan bahwa pemerintah adalah pemegang mandat untuk melaksanakan kehidupan kenegaraan di Indonesia. Untuk itu, pemegang mandat ini seharusnya punya legitimasi yang sah dan ada yang mengontrol kebijakan yang dibuatnya dan dilakukannya, sehingga dapat tercipta peraturan perundang-undangan sebagai penjabaran Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 yang sesuai dengan semangat demokrasi ekonomi.

Keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai penjaga konstitusi (*the guardian of the constitution*) dan sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*), telah melindungi hak dasar dalam konstitusi sebagai kesepakatan bersama (*general agreement*) di mana setiap warga negara mendapatkan jaminan perlindungan, pemajuan, penegakan, serta pemenuhan hak konstitusionalnya.³ Mahkamah Konstitusi dalam hal ini berperan menegakkan dan melindungi hak-hak konstitusional warga negara (*protector of the citizen's constitutional rights*) dan sebagai pelindung hak asasi manusia (*protector of human rights*).⁴

Salah satu hal yang masih menjadi perdebatan mengenai Pasal 33 UUD 1945 adalah tercantum didalam ayat (3) mengenai pengertian “hak penguasaan negara” atau ada yang menyebutnya dengan “hak menguasai negara”. Sebenarnya ketentuan yang dirumuskan dalam Pasal 33 ayat (2) dan

³ Mahkamah Konstitusi, *Menegakkan Konstitusionalisme dalam Dinamika Politik, Laporan Tahunan Mahkamah Konstitusi RI 2014*, Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2014, hlm. 9.

⁴ *Ibid*, hlm. 10.

ayat (3) UUD 1945 tersebut sama persisnya dengan apa yang dirumuskan dalam Pasal 38 ayat (2) dan ayat (3) UUDS 1950, sehingga ada anggapan bahwa hal itu merupakan cerminan nasionalisme ekonomi Indonesia.⁵

Bahwa berdasarkan uraian putusan mahkamah konstitusi terhadap Judicial Review Undang-undang Nomor 7 Tahun 2004 terhadap Pasal 33 UUD 1945 tersebut diatas adalah untuk pengertian “dikuasai oleh negara” haruslah diartikan mencakup makna penguasaan oleh negara dalam luas yang bersumber dan diturunkan dari konsepsi kedaulatan rakyat Indonesia atas segala sumber kekayaan “bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya”, termasuk pula di dalamnya pengertian kepemilikan publik oleh rakyat atas sumber-sumber kekayaan dimaksud.

Fungsi pengaturan oleh negara (*regelendaad*) dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama Pemerintah, dan regulasi oleh Pemerintah. Fungsi pengelolaan (*beheersdaacf*) dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*share-holding*) dan/atau melalui keterlibatan langsung dalam manajemen Badan Usaha Milik Negara atau Badan Hukum Milik Negara sebagai instrumen kelembagaan, yang melaluinya Negara. Pemerintah mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Demikian pula fungsi pengawasan oleh Negara dilakukan oleh negara. Pemerintah dalam rangka

⁵ Luthfi Chakim, “Analisis Penafsiran Pasal 33 UUD 1945”, diakses dari <http://www.lutfichakim.com/2011/12/analisis-penafsiran-pasal-33-uid-1945.html> pada tanggal 11 Juli 2017 pada pukul 22.50.

mengawasi dan mengendalikan agar pelaksanaan penguasaan oleh negara atas sumber-sumber kekayaan dimaksud benar-benar dilakukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat.

Dalam perkembangannya, ketentuan yang terdapat dalam Pasal 42 ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tersebut dapat dilihat dari adanya putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan suatu ketentuan dalam Undang-Undang adalah Konstitusional Bersyarat. Dalam putusan Pengujian Undang-Undang Sumberdaya Air, Mahkamah Konstitusi menilai bahwa permohonan yang didalilkan oleh pemohon tidak beralasan sehingga lima permohonan pengujian undang-undang sumberdaya air tersebut Ditolak oleh Mahkamah Konstitusi. Dalam putusannya tersebut Mahkamah Konstitusi memasukkan klausula konstitusionalitas bersyarat (*conditionally constitutional*). Undang Undang Sumberdaya Air bersifat konstitusional sepanjang dalam pelaksanaannya Pemerintah mengacu kepada pertimbangan hukum yang disampaikan Mahkamah Konstitusi dalam putusannya. Sehingga, apabila Undang-undang tersebut dalam pelaksanaan ditafsirkan lain dari maksud sebagaimana termuat dalam pertimbangan Mahkamah di atas, maka terhadap Undang-undang tersebut tidak tertutup kemungkinan untuk diajukan pengujian kembali.

Syarat konstitusional itu adalah sepanjang Undang-Undang Sumberdaya Air dilaksanakan sebagai implementasi doktrin kewajiban negara

dalam Hak Asasi Manusia (HAM), yaitu menghormati (*respect*), melindungi (*protect*), dan memenuhi (*fulfill*) hak warganegara atas air. Disamping itu, hubungan hukum yang dibangun oleh Mahkamah Konstitusi 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*).⁶ Apabila dalam pelaksanaannya Pemerintah tidak memperhatikan pertimbangan Mahkamah Konstitusi atau persyaratan yang disampaikan di dalam putusannya, maka Undang-Undang Sumberdaya Air dapat diuji kembali. Faktanya setelah muncul putusan tersebut banyak sekali badan hukum privat maupun perseorangan yang menguji kembali Undang-Undang tersebut sampai beberapa kali. Berarti putusan Mahkamah Konstitusi tersebut tidak dilaksanakan oleh pemerintah, sehingga diujimaterikan oleh beberapa pemohon.

Setelah beberapa kali dimohonkan uji kembali, ditahun 2013 melalui Putusan Nomor 85/PUU-XII/2013 Mahkamah Konstitusi membatalkan keberlakuan seluruhnya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air karena tidak memenuhi syarat-syarat yang diberikan oleh Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa Undang-

⁶ Sudiyatmiko, "Putusan Konstitusional bersyarat oleh Mahkamah Konstitusi". diakses dari <https://sudiyatmikolawoffice.wordpress.com/2017/02/27/putusan-konstitusional-bersyarat-oleh-mahkamah-konstitusi/> pada tanggal 5 Juli 2017 pukul 11.45 WIB.

Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Dalam putusannya sudah dipertimbangkan putusan terdahulu yaitu Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005. Dalam pertimbangannya, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Sumber Daya Air merupakan bagian dari Hak Asasi. Sumber Daya Air sangat diperlukan oleh manusia untuk memenuhi kebutuhannya seperti, untuk pengairan pertanian, pembangkit tenaga listrik, dan untuk keperluan industri, yang mempunyai andil penting bagi kemajuan kehidupan manusia dan menjadi factor penting juga bagi manusia untuk dapat hidup layak.

Dengan pembatalan Undang-Undang Sumber Daya Air oleh Mahkamah Konstitusi, maka peraturan hukum pengelolaan air kembali menggunakan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan. Tetapi Undang-Undang Pengairan tersebut tidak cukup untuk mengatur tentang hak guna usaha air oleh pihak swasta. akhirnya pemerintah menerbitkan Peraturan Pemerintah Nomor 121 Tahun 2015 tentang Pengusahaan Sumber Daya Air. Peraturan Pemerintah tersebut merupakan tindak lanjut pemerintah sebagai konsekuensi batalnya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.

- b. Analisis mengenai Perkara Nomor 21-22/PUU-V/2007 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

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 Undang-Undang Penanaman Modal dalam Perkara No. 21/PUU-V/2007. Sedangkan dalam Perkara Nomor 22/PUU-V2007 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) Undang-Undang Penanaman Modal. 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 beberapa 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 Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA).

Mahkamah Konstitusi menolak permohonan pengujian ketentuan yang berkaitan dengan Asas perlakuan yang sama tanpa membedakan asal negara, dan Kemudahan pengalihan aset (*capital flight*). Dalam menolak permohonan atas dua persoalan tersebut Mahkamah Konstitusi 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 Undang-Undang No. 7 tahun 1994 tentang Ratifikasi Pengesahan *Agreement Establishing the World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia). Dalam putusan itu Mahkamah Konstitusi mengabulkan sebagian permohonan terkait ketentuan yang mengatur perpanjangan dimuka hak-hak atas tanah. Hal ini terkait frasa “dimuka sekaligus” dalam Pasal 22 ayat (1), ayat (2), dan ayat (4) Undang-Undang Penanaman Modal.

Jika melihat Pasal 12 ayat (2) huruf b Undang-Undang Penanaman Modal, Mahkamah Konstitusi menolak dengan memberikan persyaratan. 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

Mahkamah Konstitusi 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 Undang-Undang 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 Nomor 06/PMK/2005, maka Pasal 12 Ayat (2) huruf b Undang-Undang Penanaman Modal dapat diuji kembali karena terdapat syarat-syarat konstitusionalitas tidak tercapai atau tidak dipenuhi. 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 Undang-Undang, maka hal itu bersifat inkonstitusional.

- c. Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 147/PUU-VII/2009 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah.

Putusan Mahkamah Konstitusi “menyatakan Pasal 88 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah adalah konstitusional bersyarat terhadap pasal 28C ayat (1) dan (2) Undang-undang dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sehingga kata “mencoblos” dalam Pasal 88 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah diartikan pula menggunakan metode *e-votting*. hal ini tidak melanggar asas langsung, umum, bebas, jujur, dan adil.

Mengenai putusan ini Mahkamah Konstitusi memberikan pendapat bahwa Pemerintah Daerah merupakan fungsi otonomi daerah dimana Pemerintah Daerah dapat mengurus rumah tangganya sendiri dalam mekanisme pemilihan kepala daerah serta agar pemilihan kepala daerah dapat berjalan efisien dan efektif. Melalui *electronic votting* juga dapat meminimalisir kesalahan dalam perhitungan dan juga meningkatkan kualitas pemilihan umum di daerah yang melaksanakannya.

Dalam pertimbangannya Mahkamah berpendapat bahwa Pasal 88 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 yang menyatakan, “pemberian suara untuk pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah dilakukan dengan

mencoblos salah satu pasangan calon dalam surat suara” apabila isi pasal isi pasal tersebut mengenai tata cara pemberian suara hanya diartikan dengan cara mencoblos salah satu pasangan calon dalam surat suara dan tidak bisa melalui metode lain, termasuk *e-votting*, maka pasal tersebut tidak sejalan dengan ketentuan Pasal 28C ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, karena pemohon merasa haknya tidak didapat untuk memperoleh manfaat ilmu pengetahuan dan teknologi, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya. Kemudian Mahkamah berpendapat bahwa pemberian suara yang dilakukan dengan cara mencentang salah satu calon sepanjang tidak bertentangan dengan asas-asas pemilu yang langsung, umum, bebas, jujur dan adil tidak mengurangi keabsahan pemilu karena masih dalam batas-batas yang wajar, demikian juga dengan cara “e-voting”, adalah konstitusional sepanjang tidak melanggar asas pemilu yang luber dan jurdil.

Dalam Putusan Nomor 147/PUU-VII/2009 Mahkamah Konstitusi memberikan syarat dalam amar putusannya berupa :

- a. Tidak melanggar asas langsung, umum, bebas, jujur, dan adil.
- b. Daerah yang menerapkan metode *e-votting* sudah siap dari sisi teknologi, pembiayaan, sumber daya manusia, maupun perangkat lunaknya, kesiapan masyarakat di daerah yang bersangkutan, serta persyaratan lain yang ditentukan.

- d. Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-VIII/2010 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 Tentang Kejaksaan.

Mahkamah Konstitusi dalam amar putusannya menyatakan menolak permohonan Provisi Pemohon, dan mengabulkan pokok permohonan pemohon untuk sebagian dan menyatakan Pasal 22 ayat (1) huruf d Undang-Undang Kejaksaan adalah sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945 secara konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), yaitu konstitusional sepanjang dimaknai “masa jabatan Jaksa Agung itu berakhir dengan berakhirnya masa jabatan Presiden Republik Indonesia dalam satu periode bersama-sama masa jabatan anggota kabinet atau diberhentikan dalam masa jabatannya oleh Presiden dalam periode yang bersangkutan”, serta menyatakan Pasal 22 ayat (1) huruf d Undang-Undang Kejaksaan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “masa jabatan Jaksa Agung itu berakhir dengan berakhirnya masa jabatan Presiden Republik Indonesia dalam satu periode bersama-sama masa jabatan anggota kabinet atau diberhentikan dalam masa jabatannya oleh Presiden dalam periode yang bersangkutan.”

Masalah pemberhentian Jaksa Agung Hendarman Supandji menjadi alasan uji materil Pasal 22 ayat (1) huruf d Undang-Undang Kejaksaan Republik Indonesia, namun sebelum itu, masa jabatan Jaksa Agung sudah menjadi polemik. Polemik pemberhentian Jaksa Agung sebelumnya bermula ketika kedudukan institusi Kejaksaan berada dalam kekuasaan yang tidak jelas

yaitu antara eksekutif dan yudikatif. Tidak di disebutnya Kejaksaan dalam Undang-Undang Dasar 1945 hingga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 serta adanya penyebutan Kejaksaan Republik Indonesia secara tidak eksplisit dalam Pasal 24 ayat (3) UUD NRI 1945, membuat banyak politisi dan akademisi yang berpendapat bahwa Kejaksaan RI berada dalam lembaga yudisial, sebab Kejaksaan RI adalah lembaga penegak hukum yang tugas utamanya dalam bidang penuntutan. Namun jika dilihat dari sisi lain, Kejaksaan Republik Indonesia bisa disebut sebagai lembaga eksekutif karena Jaksa Agung sebagai pemimpin tertinggi Kejaksaan RI berdasarkan Pasal 19 ayat (2) UU Kejaksaan RI, Jaksa Agung diangkat dan diberhentikan oleh Presiden serta bertanggungjawab kepada Presiden.⁷

Dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-VIII/2010 yang putusannya berjenis Konstitusional Bersyarat (*Conditionally Constitutional*) maka Pasal 60 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi tersebut dapat dikesampingkan, sebab putusan Konstitusional Bersyarat (*Conditionally Constitutional*) mempunyai syarat-syarat mengikat dalam proses pembentukan undang-undang sehingga apabila dalam hal pembentukan undang-undang ini tidak sesuai dengan syarat-syarat yang ditentukan, maka

⁷ Rio Sandy Pribadi, Hananto Widodo. "Analisis Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/Puu-Viii/2010 Tentang Masa Jabatan Jaksa Agung", *Jurnal Novum*, Volume. 1, Nomor 2, 2016. hlm. 6.

MK dapat menguji kembali materi muatan ayat, Pasal yang telah 22 ayat (1) huruf d Undang-Undang Kejaksaan Republik Indonesia.⁸

Akibat hukum dari putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-VIII/2010 Selain dapat diujikan kembali juga dapat berupa batal demi hukum. Akibat hukum berupa batal demi hukum terjadi manakala pemerintah tidak mematuhi syarat konstitusional yang ada dalam putusan tersebut, dengan cara tidak memaknai masa jabatan Jaksa Agung sebagai mana syarat yang telah ditetapkan oleh MK dalam putusannya, yaitu memaknai “masa jabatan Jaksa Agung itu berakhir dengan berakhirnya masa jabatan Presiden Republik Indonesia dalam satu periode bersama-sama masa jabatan anggota kabinet atau diberhentikan dalam masa jabatannya oleh Presiden dalam periode yang bersangkutan”.

2. Asas kepastian hukum

Putusan-Putusan yang Mahkamah Konstitusi juga didasarkan pada Undang-Undang dan sudah semestinya Mahkamah Konstitusi taat pada Undang-Undang yang melahirkan dan mengatur (juga membatasi) kinerjanya. Dalam asas hukum di manapun ketaatan terhadap asas ini menjadi dasar sebuah nilai

⁸ Yance Arizona, Dibalik Konstitusional Bersyarat Putusan Mahkamah Konstitusi, diakses dari https://yancearizona.files.wordpress.com/2008/11/di-balik-konstitusionalitas-bersyarat-putusan-mk_final.pdf pada tanggal 5 juli 2017 pada pukul 00.27 WIB.

kepastian hukum.⁹ Maka dari itu Mahkamah Konstitusi harusnya dapat menjaga kepastian hukum dan juga keadilan dinilai relatif.

Menurut Anang Zubaidy, dalam penyelenggaraan bernegara itu tidak hanya membutuhkan hukum tetapi juga butuh moral. Antara hukum dan juga moral itu harus jalan bersama dan beriringan yang terjadi kita punya hukum tapi tidak punya moral. Sebagai contoh pada putusan Mahkamah Konstitusi itu adalah hukum dibentuk berdasarkan produk hukum (Undang-Undang Dasar 1945 dan Undang-Undang Mahkamah Konstitusi) yang dikeluarkan adalah produk hukum (Putusan Mahkamah Konstitusi). Undang-Undang juga Hukum dikeluarkan oleh lembaga yang diproduksi oleh hukum (Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden), sama-sama hukum. Tetapi seringkali putusan Mahkamah Konstitusi tidak langsung ditindaklanjuti dengan perubahan Undang-Undang, padahal dalam kenyataannya banyak putusan Mahkamah Konstitusi yang dipahami tidak sama dengan dengan Undang-Undang. Meskipun banyak yang mengatakan sama.¹⁰ Berarti putusan Mahkamah Konstitusi itu hanya menegaskan bahwa Undang-Undang tersebut bertentangan, dan yang dapat merubah atau menindaklanjuti adalah lembaga legislatif. Karena pada dasarnya Mahkamah Konstitusi hanyalah *negative legislature* bukan *positive legislature*. Hal tersebut bukan hanya terkait dengan putusan konstitusional bersyarat saja, tetapi juga putusan-putusan lainnya.

⁹ H. M. Erham Amin, Putusan Mahkamah Konstitusi Antara Keadilan Dan Kepastian Hukum, *Jurnal Konstitusi*, Vol. 1, 1 November 2012. Hlm. 11.

¹⁰ Wawancara dengan Anang Zubaidy, S.H.,M.H. Tanggal 9 Juni 2017 di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

Merujuk pada kepastian, Meskipun sebagian para ahli berpendapat bahwa antara kepastian hukum dan keadilan terkadang tidak sejalan dan malahan bertentangan jika dilihat dari tujuan dibuatnya hukum¹¹. Meskipun terkadang bertentangan, namun antara keadilan dan kepastian hukum tidaklah dapat dipisahkan karena keduanya saling mengisi. Pendapat yang demikian pada dasarnya hanyalah semata bahwa keduanya adalah hal yang berbeda sehingga timbulah sintesi dan teori yang mengklasifikasi bahwa antara hukum sebagai penjelmaan kepastian hukum dan moral sebagai penjelmaan keadilan harus dipisahkan.

Sebagaimana yang kita ketahui bahwa tujuan hukum itu sangat beragam dan berbeda-beda. Dari pendapat itu Ahmad Ali mengklasifikasikan 3 (tiga) tujuan hukum yang selama ini berkembang :¹²

1. Aliran etis, yang menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu semata-mata hanya untuk mencapai keadilan.
2. Aliran utilities, yang menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu hanyalah untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan di masyarakat.
3. Aliran normatif yuridis, yang menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu adalah menciptakan kepastian hukum.

¹¹ M. Rezha Fahlevie, 2013, "Hukum Indonesia : Antara Kepastian Hukum Dan Keadilan Yang Substantif Dalam Rangka Penegakan Hukum Yang Responsif Dan Progresif Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 39/PUU-XI/2013 Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Partai Politik", Tesis Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Andalas.

¹² Achmad ali, 2002, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Jakarta, Penerbit Toko Gunung Agung. Hlm. 84.

Dalam hal ini Mahkamah Konstitusi harusnya mencakup 3 (tiga) aliran tersebut dan yang paling utama adalah kepastian hukum. Dalam perkara yang diujikan, hakim mencoba untuk merespon gejala-gejala yang sedang dihadapi oleh masyarakat, dimana masyarakat menghendaki perubahan paradigma sehingga jika diterapkan maka tidak mengakibatkan pelanggaran hak bagi setiap warga negara.

Keadilan yang substantif dapat dikatakan sebagai sebenarnya keadilan (*true justice*) yang pencariannya, penegakannya dibutuhkan substansi, pemikiran dan tindakan progresif serta sebuah keberanian untuk keluar dari kungkungan kotak sistem (*out of the box*). Karakter-karakter tersebut terpenuhi dalam Teori Hukum Progresif. Satjipto Raharjo sebagai penggagas hukum progresif mengatakan bahwa *rule breaking* sangat penting dalam sistem penegakan hukum.¹³

Menurut Satjipto Raharjo, ada 3 cara untuk melakukan *rule breaking*, yaitu :¹⁴

1. Mempergunakan kecerdasan sprituil untuk bangun dari keterpurukan hukum dan tidak membiarkan diri terkekang cara lama;
2. Pencarian makna lebih dalam hendaknya menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum dan bernegara hukum;

¹³ Suteki, 2012, *Dialektika Pembaharuan Sistem Hukum : Budaya Oriental dan Implikasinya terhadap cara ber hukum dalam perspektif Hukum Progresif*, Jakarta, Setjen Komisi Yudisial RI, hlm 277.

¹⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif : Hukum yang membebaskan*, Jurnal Hukum Progresif, Vol.1, No.1 April 2005, *PDIH UNDIP* Semarang, hlm. 5.

3. Hukum hendaknya dijalankan tidak menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan, kepedulian dan keterlibatan (*compassion*) kepada kelompok yang lemah.

Terkait dalam hal tersebut Mahfud MD berpendapat bahwa soal keadilan substantif, dalam beberapa kesempatan, banyak kalangan mempersoalkan bahwa upaya untuk mencapai keadilan substantif sulit dilakukan karena sulit diukur dan tidak ada kriteria baku untuk menentukan apa itu keadilan substantif. Keadilan itu bersifat nisbi atau relatif karena tergantung pandangan subyektif, berbeda dengan bunyi undang-undang yang isinya menekankan unsur kepastian.¹⁵

Jika keadilan substantif sulit diukur dan juga tidak ada karakteristiknya maka yang pertama ditegakan adalah kepastian hukumnya. Putusan konstitusional bersyarat harusnya diatur terlebih dahulu agar masyarakat bahwa putusan konstitusional bersyarat merupakan wujud dari keadilan substantif yang dapat dirasakan keberadaannya. Sehingga tidak ada lagi perdebatan mengenai putusan bersyarat baik itu konstitusional bersyarat maupun inkonstitusional bersyarat.

Dalam kaitannya dengan praktik hasil uji materi Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 khususnya tatkala Mahkamah Konstitusi memberi tafsir terhadap isi ketentuan pasal atau ayat dari undang-undang yang dimohonkan pengujiannya yang bersifat konstitusional bersyarat, jika ditelisik lebih jauh, sesungguhnya adalah sinyal agar *addresat* putusan yang terkait dengan pelaksanaan ketentuan undang-undang mematuhi dan melaksanakan persyaratan

¹⁵ Martitah, 2013, *Mahkamah Konstitusi dari Negative Legislature ke Positive Legislature*, Konstitusi Press, Jakarta. hlm xvi.

konstitusional yang dimandatkan oleh Mahkamah Konstitusi. Hal ini berarti putusan konstitusional bersyarat secara fungsional terkait dengan kewenangan lembaga negara lain, kendati lembaga negara terkait itu bukan menjadi eksekutor putusan Mahkamah Konstitusi, melainkan pada lembaga tersebut “dipertaruhkan” konstitusionalitas norma yang syarat-syarat konstitusionalitasnya ditentukan Mahkamah Konstitusi di dalam putusannya.¹⁶ Maka dari itu, sikap DPR dan Pemerintah menjadi sangat penting dalam merespon putusan yang dikeluarkan Mahkamah Konstitusi, karena putusan Mahkamah Konstitusi wajib dijadikan rujukan dalam proses pembuatan undang-undang bahkan seharusnya menjadi paradigma politik hukum ke depan. Hal ini dimaksudkan agar undang-undang yang akan dibentuk sesuai dengan jiwa yang terkandung dalam putusan Mahkamah Konstitusi, sehingga materinya tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Lebih-lebih terhadap putusan yang dinyatakan bersyarat oleh Mahkamah Konstitusi, sebab pada tahap inilah peran pembentuk undang-undang dituntut untuk menjaga konsistensi penafsiran putusan Mahkamah Konstitusi yang nantinya akan dituangkan dalam bentuk Undang-Undang.

Seperti yang sudah dijelaskan diatas bahwa Mahkamah Konstitusi adalah penjaga dan penafsir final konstitusi, dalam memutuskan dengan model konstitusional

¹⁶ Yance Arizona, Dibalik Konstitusional Bersyarat Putusan Mahkamah Konstitusi, diakses dari https://yancearizona.files.wordpress.com/2008/11/di-balik-konstitusionalitas-bersyarat-putusan-mk_final.pdf pada tanggal 5 juli 2017 pada pukul 00.27 WIB.

bersyarat Mahkamah Konstitusi menggunakan berbagai penafsiran. Jimly Assidiqie mengemukakan bahwa penafsiran dibagi menjadi 3 (tiga) yaitu :¹⁷

- a. Teori formalisme atau instrumental sama dengan penafsiran legistik-formal, penafsiran menurut bunyi teks konstitusi.
- b. Teori realisme hukum sesuai dengan penafsiran teleologis, dimana penafsiran sesuai dengan tujuan hukum, yaitu : keadilan, kepastian, dan kemanfaatan.
- c. Teori post realis sesuai dengan penafsiran non formal-legalistik, yakni menafsirkan menurut perkembangan ilmu dan teknologi.

Teori formalisme atau instrumental menjelaskan bahwa hakim dapat memutus perkara pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 sesuai perundang-undangan yang mengaturnya. Sebagaimana yang diketahui dalam pasal 54 Undang-Undang nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa amar putusan yang dijatuhkan kepada perkara pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 ialah berupa mengabulkan, menolak, dan menyatakan permohonan tidak dapat diterima. Sedangkan teori realisme hukum yang menafsirkan sesuai dengan tujuan hukum (keadilan, kepastian, dan kemanfaatan). Inilah yang menjadikan alasan kemunculan putusan Konstitusional bersyarat. Putusan Mahkamah Konstitusi memberi tafsir (petunjuk, arah, dan pedoman serta syarat bahkan membuat norma baru) yang dapat diklasifikasi sebagai putusan konstitusional bersyarat

¹⁷ I Dewa Gede Atmadja Dkk, *Teori Konstitusi Dan Konsep Negara Hukum*, Malang, SETARA Press, 2015, hlm. 76.

(*conditionally constitutional*) dan putusan inkonstitusional bersyarat (*Conditionally Unconstitutional*)¹⁸

Apabila tafsir yang ditentukan oleh Mahkamah Konstitusi dipenuhi, maka suatu norma atau undang-undang tetap konstitusional, namun apabila tafsir yang ditentukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusannya tidak terpenuhi maka suatu norma hukum atau undang-undang menjadi inkonstitusional sehingga harus dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.¹⁹ Mengenai persoalan ketidakpatuhan dalam implementasi putusan Mahkamah Konstitusi merupakan persoalan serius sebab disana letak wibawa putusan Mahkamah Konstitusi. Untuk menjaga kewibawaan putusan Mahkamah Konstitusi, terutama putusan yang Konstitusionalitas Bersyarat, diperlukan suatu mekanisme komplain atas tindakan lembaga negara yang tidak memenuhi syarat konstitusionalitas norma yang ditentukan dalam putusan Mahkamah Konstitusi.²⁰

Sedangkan untuk teori post realis dapat digunakan Mahkamah Konstitusi untuk menafsirkan Undang-Undang yang berkaitan dengan kemajuan ilmu dan teknologi. Sebagai contoh seperti putusan Mahkamah Konstitusi nomor 147/PUU-VII/2009 yang menjelaskan tentang *e-voting* atau pemilihan umum

¹⁸ Faiz Rahman dan Dian Agung Wicaksono, Eksistensi dan Karakteristik Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi, *Jurnal Konstitusi*, Volume 3, nomor 2, juni 2016. hlm 352.

¹⁹ *Ibid*, hlm. 352.

²⁰ Yance Arizona, Dibalik Konstitusional Bersyarat Putusan Mahkamah Konstitusi, diakses dari https://yancearizona.files.wordpress.com/2008/11/di-balik-konstitusionalitas-bersyarat-putusan-mk_final.pdf pada tanggal 4 Agustus 2017, pukul 13.38 WIB.

secara elektronik dimana amar putusannya menjelaskan bahwa Undang-Undang yang diujikan konstitusional bersyarat selama masih dalam tafsiran Mahkamah Konstitusi dengan memberikan syarat kepada seluruh daerah yang akan melakukan pemilihan kepala daerah dengan menggunakan *e-voting* harus mempersiapkan dari segala aspek baik dari mekanisme maupun sumber daya manusianya. Penafsiran ini melalui teori post realis dapat digunakan untuk pengujian Undang-Undang yang sudah tidak sesuai dengan perkembangan ilmu dan kemajuan teknologi.

Mengenai kepastian hukum dalam putusan konstitusional bersyarat, Ada hal yang menarik untuk dicermati terkait ketentuan Pasal 60 UU Nomor 24 Tahun 2003 yang menyatakan: “Terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali”. Ketentuan pasal 60 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tersebut, ternyata oleh Mahkamah Konstitusi dibuat pengecualian yang terlihat dari adanya rumusan Pasal 42 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 yang menyatakan:

- (1) Terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam Undang-Undang 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 konstiusionalitas yang menjadi alasan permohonan yang bersangkutan berbeda.

Sampai saat ini masih menjadi problema terkait kepastian hukum dalam putusan konstiusional bersyarat ini. Terbukti didalam beberapa kasus yang terjadi masih banyak kasus yang diujikan kembali seperti Undang-Undang Sumber Daya Air yang beberapa kali diujikan dan akhirnya di tahun 2013 Mahkamah Konstitusi membatalkan seluruhnya. Sebenarnya selain putusan konstiusional bersyarat juga masih banyak putusan jenis lainnya yang sering diujimaterikan, karena pokok pembahasan hanya sebatas sampai putusan konstiusional bersyarat maka tidak semua putusan dibahas. Sama halnya batas pengujian kembali juga tidak diatur maka untuk saat ini pengujian bisa dilakukan berkali-kali dengan catatan batu ujinya harus berbeda. Untuk saat ini konstiusional bersyarat masih jauh dari kepastian hukum walaupun sejatinya konstiusional bersyarat mengedepankan keadilan.

Seperti halnya yang dikemukakan oleh Ni'matul Huda bahwa bila norma yang sudah jelas yaitu putusan Mahkamah Konstitusi belum bisa di laksanakan oleh pemerintah maka yang terjadi adalah kekacauan hukum bukan kepastian

hukum yang dirasa masih jauh²¹. Hal yang sama juga dikemukakan oleh Anang Zubaidy bahwa untuk saat ini belum mencapai idealnya (kepastian hukum). Jika dipertanyakan kembali mengenai kepastian hukum dalam putusan konstitusional bersyarat maka kembali lagi kita lihat selain putusan konstitusional bersyarat masih banyak putusan yang tidak memenuhi kepastian hukum apalagi putusan konstitusional bersyarat yang belum ada aturan yang mengatur.²² Oleh sebab itu harusnya ada pengaturan secara terstruktur mengenai putusan konstitusional bersyarat dan juga tindak lanjut putusan tersebut. selain itu juga kita kembali ke amanat Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 dimana peradilan Mahkamah Konstitusi merupakan peradilan tingkat pertama dan terakhir dan putusannya bersifat final.²³ Maka kita harus berkeyakinan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi itu hanya sekali saja dan juga harus dihormati oleh seluruh lembaga yang *Addresat*-nya terkena pengujian Undang-Undang agar tercapai kepastian hukum yang semestinya. Tetapi juga jangan biarkan hukum menjadi kaku agar dapat mencapai keadilan.

²¹ Wawancara dengan Prof. Dr. Hj. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum. Tanggal 24 Mei 2017 di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

²² Wawancara dengan Anang Zubaidy, S.H.,M.H. Tanggal 9 Juni 2017 di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

²³ *Ibid.*

B. Pengujian Kembali Putusan Konstitusional Bersyarat Mahkamah Konstitusi

Terkait Asas *Nebis In Idem*.

1. Pengujian Kembali

Berkembangnya model putusan ini, terdapat adanya putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan suatu ketentuan dalam Undang-Undang adalah Konstitusional Bersyarat (*Conditionally Constitutional*). Hal tersebut semakin jelas terlihat dari amar putusan disetiap putusan yang konstitusional bersyarat, istilah Konstitusional Bersyarat selain dinyatakan dalam bagian pendapat mahkamah, juga dinyatakan secara tegas dalam amar putusan.

Jika ditinjau berdasarkan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang maka terdapat inkonsistensi yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi terhadap pelaksanaan Hukum Acara Pengujian Undang-Undang. Hal tersebut berkaitan dengan hal-hal sebagai berikut:

1. Ketentuan Pasal 60 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang penerapannya dikecualikan dengan ketentuan Pasal 42 ayat (2) PMK Nomor 06/PMK/2005. Seharusnya ketika Mahkamah Konstitusi menyadari bahwa tersebut memiliki persoalan karena membatasi hak konstitusional warga negara, maka seharusnya Mahkamah Konstitusi

segera mengajukan revisi atas keberadaan pasal tersebut untuk disesuaikan dengan kebutuhan praktik beracara di Mahkamah Konstitusi.

2. Istilah Konstitusional Bersyarat (*conditionally constitutional*) yang sebelumnya dicantumkan dalam bagian pertimbangan putusan, dalam perkembangannya dijadikan amar putusan tersendiri. Hal tersebut sangat bertentangan dengan ketentuan Pasal 56 UU Nomor 24 Tahun 2003 jo. Pasal 36 PMK Nomor 06/PMK/2005.

Bila dikaitkan dengan pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang jelas mengatakan “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar...”. Perlu digarisbawahi kata final yang berarti terakhir dan tidak dapat di upaya hukum lainnya. Hal ini sangat bertolak belakang dengan karakteristik putusan konstitusional bersyarat yang salah satu karakteristiknya adalah putusan konstitusional bersyarat dapat diujikan kembali bilamana tafsir suatu norma Undang-Undang yang telah ditentukan oleh Mahkamah Konstitusi tidak ditaati oleh warga Negara maupun Institusi atau tidak lagi sesuai dengan keadaan dimasyarakat yang telah diatur didalam Undang-Undang yang diujikan.

Syarat diujikan kembali suatu Undang-Undang hanyalah dengan syarat-syarat konstitusionalitas yang menjadi alasan permohonan yang bersangkutan berbeda dan Mahkamah Konstitusi terikat oleh peraturan yang dibentuknya

sendiri sehingga tidak dapat mengingkarinya dan memungkiri permohonan uji materiil guna menghidupkan kembali ketentuan Undang-Undang yang dalam putusan sebelumnya telah dibatalkan. Pemohon yang berbeda jelas mempunyai kepentingan yang berbeda, dan hal ini harus diakomodasi oleh Mahkamah Konstitusi.²⁴

Sesuai dengan penjelasan diatas, kewenangan Mahkamah Konstitusi yang diatur secara limitatif dalam Undang-Undang Dasar ialah melakukan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar. Melalui kewenangan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar, Mahkamah Konstitusi sebagai penjaga dan penafsir final konstitusi serta sebagai pelindung hak konstitusional warga Negara, yang bertujuan untuk menegakkan hak-hak konstitusional warga negara yang terlanggar atau dirugikan akibat berlakunya suatu ketentuan undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, yang mana undang-undang tersebut memiliki sifat mengikat umum ketika undang-undang tersebut diundangkan. Putusan pengujian tersebut menjadikan kepentingan negara yang berakibat pembatasan hak-hak konstitusional warga negara serta menjaga hak konstitusional itu sendiri agar tidak dikurangi, dibatasi, atau bahkan dilanggar.

²⁴ Shietra dkk, "Menghidupkan Kembali Pasal Yang Dibatalkan, Terhindar Dari Resiko Nebis In Idem dalam persepsi Uji Materil Di Mahkamah Konstitusi", diakses dari <http://www.hukum-hukum.com/2016/10/menghidupkan-kembali-pasal-yang-dibatalkan.html> pada tanggal 4 juli 2017 pukul 11.58 WIB.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar adalah wujud terlembaganya supremasi dalam ketatanegaraan. Dengan menghilangkan keberlakuan suatu undang-undang, Mahkamah Konstitusi sering disebut sebagai *negative legislator*.²⁵ Perkembangan pengujian undang-undang terhadap konstitusi (*Constitutional Review*) dalam kerangka *cheks and balance* yang dilakukan badan yudikatif yang semula dikatakan *hans kelsen* sebagai “*negative legislation*”. Justru sekarang dikatakan oleh Christopher Wolfe menjadi “*positive legislation*”.²⁶

Terkait dengan putusan Konstitusional Bersyarat, putusan tersebut muncul karena permohonan pemohon beralasan sehingga Undang-Undang yang diujikan tetap konstitusional dengan beberapa syarat yang sudah ditentukan oleh Mahkamah Konstitusi tetapi tidak merubah norma didalamnya karena Mahkamah Konstitusi tidak mempunyai kewenangan untuk membuat norma. Hal ini bertujuan untuk mewujudkan keadilan didalam masyarakat.

2. Pengujian kembali tidak melanggar asas *Nebis In Idem*

Putusan Konstitusional Bersyarat memunculkan problema yaitu mengenai pengujian kembali suatu Undang-Undang. Secara umum suatu perkara yang telah digugat dan berkekuatan hukum tidak dapat digugat/diujikan kembali karena

²⁵ Martitah, “Progresivitas Hakim Konstitusi Dalam Membuat Putusan (Analisis Terhadap Keberadaan Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Positive Legislature), *MMH*, Jilid 41, (April 2014), hlm. 317.

²⁶ Maruarar Siahaan, *Undang-Undang Dasar 1945 Konstitusi Yang Hidup*, Jakarta, Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2008, hlm. 56.

merupakan *Nebis In Idem*. Prinsip hukum ini dalam hukum perdata mengandung pengertian sebuah perkara dengan objek sama, para pihak sama dan materi pokok perkara yang sama, yang diputus oleh pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap yang mengabulkan atau menolak, tidak dapat diperiksa kembali untuk kedua kalinya. Syarat-syarat diatas harus terpenuhi untuk dapat dikatakan perkara *ne bis in idem*. Jadi, misalkan sebuah perkara dengan objek dan materi perkara yang sama, akan tetapi pihak-pihak yang bersengketa berbeda, hal demikian tidak termasuk *ne bis in idem*.

Seperti yang dijelaskan oleh mantan hakim Mahkamah Konstitusi Harjono di awal bahwa jika suatu pengujian Undang-Undang diputus Konstitusional Bersyarat dapat diujikan kembali apabila sudah tidak sesuai lagi. Pengujian kembali tersebut dinilai *Nebis In Idem*, pada dasarnya hukum Indonesia juga menggunakan asas *Nebis In Idem* tetapi faktanya saat ini Mahkamah Konstitusi yang notabene adalah lembaga tinggi pengawal konstitusi yang melanggar asas *Nebis In Idem*. Tetapi hal tersebut diklarifikasi oleh Mahkamah Konstitusi jika Undang-Undang dan materi sama tetapi berbeda alasan bukan merupakan *Nebis In Idem*.

Sifat putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat final dan mengikat (*binding*), melahirkan sejumlah akibat hukum dalam penerapannya. Namun dalam tataran penerapannya, tidak semua akibat hukum yang ditimbulkan memberi dampak positif terhadap perkembangan ketatanegaraan Indonesia. Ada juga

akibat hukum yang ditimbulkan oleh sifat putusan Mahkamah Konstitusi yang justru perlu mendapat perhatian lebih lanjut, khususnya putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang berujung kontroversial dalam masyarakat.

Dalam hukum acara perdata juga, berlaku asas *Nebis in Idem*, dalam artian putusan dengan objek sengketa, subjek yang terlibat sengketa, dasar hukum yang sama dan telah mendapat kekuatan hukum tetap tidak dapat dipersengketakan ulang di pengadilan. Namun untuk beberapa kasus spesifik tertentu, keberlakuan asas *Nebis in Idem* yang mendasarkan diri pada asas kepastian hukum dapat disimpangi dengan asas keadilan dan kemanfaatan. Itulah sebabnya Mahkamah Konstitusi tidak menutup diri untuk menguji materiil undang-undang atau pasal yang sama dengan yang dahulu pernah diujimaterikan, dengan ketentuan pengajuan uji materiil memaparkan argumentasi dan dasar bernalar yang berbeda dari sebelumnya dengan suatu alasan yang memadai yang mampu menyimpangi kemutlakan asas *Nebis in Idem*. jika ditemukan suatu bukti baru yang kuat, maka *nebis in idem* pun bisa disimpangi.²⁷ Tetapi jika kita lihat penyimpangan asas tersebut sangat mengganggu kepastian hukum yang bilamana suatu pengujian kembali dilakukan atas dasar kepentingan politik bukan karena keadilan dan kemanfaatan.

²⁷ Muhammad Yusuf Ibrahim, Implementasi Asas *Nebis In Idem* Dalam Perkara Yang Telah Memiliki Kekuatan Hukum Tetap Yang Digugat Kembali Dengan Sengketa Obyek Yang Sama Tetapi Dengan Subyek Yang Berbeda, *Jurnal Ilmiah FENOMENA*, Volume XII, Nomor 1, mei 2014, hlm. 1169.

Demikian halnya dalam hukum pidana, juga melarang seorang terdakwa diadili lebih dari satu kali atas satu perbuatan yang sudah ada keputusan yang menghukum atau membebaskannya. Memang prinsip ini semata-mata melindungi hak asasi manusia seseorang, agar seseorang tidak diadili untuk perkara yang sama dan mengedepankan kepastian hukum. Dengan dasar *ne bis in idem*, sebuah perkara yang diperiksa di pengadilan dapat dihentikan penyidikan atau penuntutannya jika ditemukan *ne bis in idem*. Sebuah perkara yang *nebis in idem* yang tetap diperiksa ke pengadilan, maka seorang hakim harus memutuskan tuntutan jaksa tidak dapat diterima.

Mahkamah Konstitusi sendiri menganut prinsip *Nebis In Idem* sesuai dengan ketentuan yang menyatakan: "*Terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/ atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali*" (Pasal 60 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi) Sedangkan larangan menguji terhadap materi muatan yang sama telah dijabarkan dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi yang memungkinkan pengujian terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/ atau bagian undang-undang yang telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi dapat dimohonkan pengujian kembali dengan syarat-syarat konstitusionalitas yang menjadi alasan permohonan yang bersangkutan berbeda (Pasal 42 Ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 06/PMK/2005) Dengan demikian, seseorang yang pernah mengajukan pengujian materi sebuah undang-undang atau oleh pemohon baru, dapat mengajukan untuk kedua kalinya terhadap

materi yang sama, asalkan alasan-alasan yang digunakan untuk menguji norma berbeda dengan sebelumnya.²⁸ Dari ketentuan diatas tidak dinyatakan bahwa yang dapat dimohonkan pengujian kembali merupakan amar putusan yang ditolak. Yang artinya adalah putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa putusan dengan amar mengabulkan permohonan pemohon juga dapat diujikan kembali sehingga bila Mahkamah Konstitusi menyatakan “mengabulkan permohonan pemohon sebagian”, maka permohonan uji materiil dapat dapat diajukan ulang agar :

- a. Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa permohonan pemohon dikabulkan sepenuhnya; atau
- b. Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa putusan sebelumnya dianulir sehingga pasal yang telah dibatalkan kembali hidup/aktif berlaku kembali.

Bila Mahkamah Konstitusi menyatakan “Menolak permohonan pemohon untuk seluruhnya”, maka permohonan dapat diajukan kembali agar :

- a. Mahkamah Konstitusi dapat mengabulkan seluruh permohonan dengan membatalkan suatu ketentuan dari Undang-Undang, atau
- b. Mahkamah Konstitusi mengabulkan sebagian dari permohonan meski dalam putusan sebelumnya sudah ditolak seluruhnya.

²⁸ Miftakhul Huda, “Nebis In Idem”, diakses dari <https://miftakhulhuda.wordpress.com/2009/06/29/ne-bis-in-idem/> pada tanggal 4 juli 2017, pukul 10.41 WIB.

Bila Mahkamah Konstitusi menyatakan “mengabulkan permohonan pemohon untuk seluruhnya”, maka permohonan uji materi dapat diajukan kembali oleh masyarakat yang merasa keberatan karena kepentingannya dirugikan akibat dibatalkannya suatu norma dalam Undang-Undang, sehingga :

- a. Mahkamah Konstitusi mengaktifkan kembali norma Undang-Undang tersebut untuk seluruhnya; atau
- b. Mahkamah Konstitusi mengaktifkan kembali norma Undang-Undang yang sebelumnya dibatalkan agar hanya dibatalkan separuhnya saja.

Menurut Ni'matul Huda pengujian kembali dalam pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi bukan merupakan *Nebis In Idem* Sepanjang batu ujinya berbeda. Jadi jika ada pengujian Undang-Undang dengan pasal yang sama tetapi batu ujinya berbeda maka bukan merupakan *Nebis In Idem*, berarti satu pasal dapat diujikan berulang-ulang dengan catatan batu ujinya berbeda.²⁹ Sama halnya dengan yang dikemukakan oleh Anang Zubaidy bahwa suatu pengujian Undang-Undang yang sama dengan alasan yang berbeda bukan merupakan *Nebis In Idem*. Banyak sekali kasusnya yang sudah terjadi.³⁰ Yang ditakutkan jika ditafsir oleh orang yang tidak memahami mengenai alasan yang berbeda, bisa jadi pemohon sangat percaya diri membuat alasan yang berbeda tetapi substansinya sama. Itu menjadi kekacauan karena ketidakpastian hukum. Untuk itu perlunya

²⁹ Wawancara dengan Prof. Dr. Hj. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum. Tanggal 24 Mei 2017 di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

³⁰ Wawancara dengan Anang Zubaidy, S.H.,M.H. Tanggal 9 Juni 2017 di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

diatur mengenai pengujian kembali di Mahkamah Konstitusi agar dapat mencapai tujuan hukum yaitu kepastian yang nanti akan disusul oleh keadilan dan kemanfaatan.

3. Analisis Penerapan Asas Kepastian Hukum Dalam Putusan Konstitusional Bersyarat.

Munculnya putusan konstitusional bersyarat banyak menuai problema, di satu sisi banyak menganggap bahwa Mahkamah Konstitusi melebihi kewenangannya dari *Negative Legislature* menjadi *Positive Legislature* karena Mahkamah Konstitusi memberikan tafsir didalam Undang-Undang yang diujikan, disisi lain menganggap bahwa hal tersebut sudah menjadi keharusan untuk Mahkamah Konstitusi menciptakan kreasi dalam membuat putusan sehingga tidak melanggar maupun merugikan hak-hak konstitusional setiap warga Negara maupun Lembaga Negara. Selain itu karakter putusan konstitusional bersyarat belum juga diatur di dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi maupun Peraturan Mahkamah Konstitusi sehingga hal tersebut hanya menjadi kebiasaan dalam ketatanegaraan di Mahkamah Konstitusi.

Problematika saat ini adalah putusan konstitusional bersyarat belum mencapai kepastian hukum dikarenakan belum adanya pengaturan mengenai putusan konstitusional bersyarat, sehingga jika Mahkamah Konstitusi ketika mengeluarkan putusan yang sifatnya konstitusional bersyarat tidak langsung di tindaklanjuti bahkan tidak ditindaklanjuti oleh lembaga legislatif dalam hal ini

DPR. DPR sendiri juga tidak bisa menjalankan tugasnya jika tidak ada Undang-Undang yang memerintahkannya. Padahal banyak sekali putusan Mahkamah Konstitusi yang ditafsirkan berbeda dengan Undang-Undang sehingga membutuhkan penormaan oleh DPR untuk segera merevisi. Tetapi ada juga para ahli yang menaggap bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi setara dengan Undang-Undang sehingga bisa langsung dijalankan oleh lembaga yang Undang-Undangnya diujikan. Hal ini yang membuat putusan konstitusional bersyarat tidak menerapkan kepastian hukum. Sehingga banyak menimbulkan permasalahan dalam masyarakat.

Penyelesaian masalah dalam ketidakpastian hukum tersebut ialah dikembalikan dalam pasal 24C Undang-Undang Dasar 1945 bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili di tingkat pertama dan terakhir dan putusannya bersifat final. Jadi jika Mahkamah Konstitusi sudah mengeluarkan putusan harus ditaati oleh seluruh warga Negara ataupun lembaga Negara yang terkait sehingga tidak memunculkan kekacauan hukum.