

**IMPLEMENTASI FUNGSI NEGATIVE LEGISLATOR MK DALAM PUTUSAN
NO 46/PUU-XIV/2016
NASKAH PUBLIKASI**



Disusun Oleh :

Nama : FACHRI AKEP HAULUSSY
Nim : 20120610260
Program Studi : Ilmu Hukum
Bagian : HTN

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH YOGYAKARTA
2018**

HALAMAN PERSETUJUAN

IMPLEMENTASI FUNGSI NEGATIVE LEGISLATOR MK DALAM PUTUSAN NO 46/PUU-

XIV/2016

NASKAH PUBLIKASI

Diajukan Oleh :

Nama : FACHRI AKEP HAULUSSY

NIM : 20120610260

Naskah Publikasi ini telah disetujui oleh Dosen Pembimbing pada tanggal 29 November 2018

Dosen Pembimbing

Nanik Prasetyoningsih, SH., MH.

NIK. 19700706199904 153 043

Mengesahkan

Dekan Fakultas Hukum

Universitas Muhammadiyah Yogyakarta



Dr. Trisno Raharjo, S.H., M.Hum.

NIK. 197104091997020 153 028.

IMPLEMENTASI FUNGSI NEGATIVE LEGISLATOR MK DALAM PUTUSAN

NO 46/PUU-XIV/2016

Fachri Akep Haulussy

Program Studi Ilmu Hukum, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta

e-mail: Betahaulussytamaela@gmail.com

Abstrak

Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga Negara yang menjalankan kekuasaan kehakiman di Indonesia serta memiliki wewenang untuk melakukan *Judicial Review* (uji materiil). Dan putusan yang dihasilkan mahkamah konstitusi bersifat final, tidak memiliki upaya hukum untuk ditinjau kembali. pada tanggal 14 desember 2017 Mahkamah Konstitusi menolak gugatan pemohon tentang uji materiil Pasal Kesusilaan dalam KUHP untuk seluruhnya tentang permohonan Pasal 284, Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP dalam Perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016.

Penelitian yang digunakan dalam penulisan ini adalah penelitian hukum normatif,. Dan metode pendekatan menggunakan perundang-undangan sebagai dasar untuk menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi tersebut. Sumber dan jenis data dalam penulisan ini meliputi data sekunder yaitu data yang di peroleh dari studi dokumentasi berupa bahan kepustakaan hukum.

Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan mengenai implementasi fungsi *Negative Legislator* Mahkamah Konstitusi dalam putusan No 46/PUU-XIV/2016, sebagaimana di dalam pertimbangan hukum MK menyatakan menolak permohonan pemohon untuk seluruhnya karena tidak bertentangan dengan UUD, dan Secara normatif Mahkamah Konstitusi di dalam pengujian Undang-Undang ialah sebagai *Negative Legislator* (pembatalan norma), jadi Mahkamah Konstitusi bukanlah sebagai *Positive Legislator* (pembuat norma). sebagaimana tertuang jelas di dalam Pasal 56 ayat (3) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Karena dalam pengujian Mahkamah Konstitusi tidak diperkenankan membuat putusan yang bersifat mengatur; pembatalan Undang-Undang tidak boleh disertai pengaturan, karena Karena bidang pengaturan ialah wilayah legislatif, jadi Mahkamah Konstitusi hanya boleh mengatakan suatu Undang-Undang atau isi dari Undang-Undang tersebut konstitusional atau inkonstitusional yang disertai dengan pernyataan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.

Kata Kunci: Putusan, Mahkamah Konsitusi, Negative Legislator.

A. PENDAHULUAN

Dalam Putusan Perkara No.46/PUU-XIV/2016 Tanggal 14 Desember 2017 Mahkamah Konstitusi menolak Perkara permohonan *Judicial Review* Nomor 46/PUU-XIV/2016 tentang pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP. Dalam Putusannya Mahkamah Konstitusi menyatakan menolak permohonan para pemohon untuk seluruhnya, Namun dari sembilan hakim MK terdapat empat hakim yang memiliki perbedaan pendapat atau dissenting opinion atas putusan tersebut. yakni Arief Hidayat, Anwar Usman, Wahiduddin Adams dan Aswanto. Menurut mereka, dengan menyatakan bahwa zina seharusnya meliputi *Adultery* (perselingkuhan) dan *Fornication* (hubungan seksual di luar nikah), Mahkamah tidak menjadi "*Positive Legislator*" atau memperluas ruang lingkup suatu tindak pidana, melainkan mengembalikan kembali konsep zina sesuai dengan nilai hukum dan keadilan menurut berbagai nilai agama dan hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia. Sehingga putusan ini menuai perdebatan. Perdebatan terjadi akibat substansi materi putusan, atau yang diajukan pemohon, terkait dengan delik kesusilaan di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292.

Permohonan didasarkan Pasal 284, Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP yang tidak mampu menjerat kejahatan kesusilaan yang dikategorikan sebagai perbuatan yang dilakukan sejenis, namun tidak dapat menjangkau penindakan kasus-kasus seperti zinah di luar pernikahan, perkosaan kepada laki-laki, maupun cabul sesama jenis bagi pelaku yang sama-sama dewasa maupun dilakukan oleh anak-anak kepada anak-anak. Hal ini sangat meresahkan masyarakat, berkali-kali kita digemparkan dengan isu kekerasan Seksual terhadap sesama jenis, baik itu yang karena didasarkan suka sama suka maupun dipaksa.

Perkara *a quo* pada intinya berkuat pada persoalan bagaimana Indonesia sebagai "negara hukum yang berdasar atas KeTuhanan Yang Maha Esa" menentukan konsep dan ruang lingkup zina, perkosaan, dan hubungan seksual sejenis (homo seksual) dalam sistem hukum pidananya. Putusan MK *a quo* sangat menarik dan tentu akan sangat signifikan pengaruhnya bagi perkembangan hukum pidana Indonesia di masa mendatang, sebab soal zina, perkosaan, dan hubungan seksual sejenis (homo seksual).

Sesuai data Kemenkes pada 2012, ada 1.095.970 pria yang hidup dengan perilaku seks sesama pria. Kini, populasi kaum gay diperkirakan tiga persen dari total populasi atau sekitar 7.000.000 orang. Belum lagi dengan lesbian. Berdasarkan data yang dihimpun KPAI, ada 8 provinsi yang membuat aduan yakni Jakarta, Jawa Barat, Jawa Tengah, Jawa Timur, Banten, Lampung, Kalimantan Barat, dan Nusa Tenggara Barat (NTB). Jumlah aduan tertinggi berada di Jakarta yakni sebanyak 58 persen, Jawa Barat 16 persen, dan Banten 8 persen.

Mahkamah Konstitusi sebagai *The Guardian of Constitution* memiliki Fungsi untuk mengawal Konstitusi, yang dimana salah satunya yaitu *Judicial Review*. Kurun 2015, MK mengadili 220 perkara *Judicial Review*, 140 perkara di antaranya adalah perkara baru. Apabila dihitung mundur sejak tahun 2012 tren pengujian UU ke MK cenderung naik yaitu pada 2012 sebanyak 118 perkara, pada 2013 sebanyak 109 perkara, pada 2014 sebanyak 140 perkara. Dari banyaknya perkara permohonan *Judicial Review* sangat menunjukkan bahwa keberadaan Mahkamah Konstitusi memberikan angin segar untuk membuka lebar ruang demokrasi di Indonesia.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi mengatur mengenai hukum acara yang dijadikan sebagai pedoman Mahkamah Konstitusi dalam melaksanakan berbagai kewenangan yang dimilikinya, salah satunya adalah kewenangan dalam melakukan pengujian suatu undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar (*Judicial Review*). Ketentuan tersebut mengatur mengenai mekanisme pengajuan suatu permohonan pengujian, pemeriksaan pengujian, hingga dikeluarkannya putusan oleh majelis hakim konstitusi. Yang menjadi pemohon dalam permohonan pengujian suatu undang-undang di Mahkamah Konstitusi adalah subjek hukum yang memenuhi persyaratan menurut undang-undang untuk mengajukan permohonan perkara konstitusi kepada Mahkamah Konstitusi, dengan cara membuktikan bahwa ia memiliki kedudukan hukum (*Legal Standing*) sehingga permohonan yang diajukan dapat diperiksa, diadili, dan diputus sebagaimana mestinya oleh Mahkamah Konstitusi. Persyaratan kedudukan hukum (*Legal Standing*) tersebut mencakup syarat formal sebagaimana yang telah ditentukan dalam undang-undang, maupun syarat materiil berupa kerugian hak atau kewenangan konstitusional dengan berlakunya undang-undang yang dipermasalahkan yang di produksi oleh Parlemen (*Positive Legislator*).

Dalam menjalankan fungsi ini, pemegang kekuasaan kehakiman bertindak sebagai *Negative Legislator*. Gagasan itulah yang kemudian meletakkan keniscayaan akan adanya kekuasaan

khusus untuk mengontrol hasil legislasi yang dikeluarkan lembaga legislatif. Kemudian, gagasan ini dibaca oleh Bojan Bugaric sebagai upaya Hans Kelsen untuk memunculkan legislatif positif (*Positive Legislator*) yang diperankan oleh parlemen, sedangkan model legislatif negatif (*Negative Legislator*) diperankan oleh Mahkamah Konstitusi¹. Di Indonesia sendiri berdasarkan norma-norma yang diatur di dalam konstitusi yaitu UUD NRI 1945 kewenangan *Negative Legislator* dimiliki oleh 2 (dua) lembaga kekuasaan kehakiman yaitu MK dan MA. Untuk MK *Negative Legislator* digunakan untuk membatalkan UU yang bertentangan dengan UUD 1945. sementara untuk Mahkamah Agung, *Negative Legislator* digunakan untuk membatalkan peraturan perundang-undangan di bawah UU yang bertentangan dengan UU.

Untuk *Positive Legislator*, kewenangannya dimiliki oleh 2 (dua) lembaga negara yaitu: DPR dan Presiden sebagaimana yang diatur di dalam Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 20 UUD NRI 1945. Dalam melakukan "*Constitutional Review*" UU terhadap UUD maka MK Konstitusi hanya mempunyai Hak untuk menyatakan batal atau tidak sah UU tersebut. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 57 ayat 1 UU No. 24 tahun 2003 jo UU No. 8 tahun 2011, yang berbunyi: "*Putusan Mahkamah Konstitusi yang amar putusannya menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat*".

Dalam kaitan ini, maka dalam melaksanakan kewenangannya, terutama dalam melakukan pengujian atau judicial review undang-undang terhadap UUD, MK hanya boleh menafsirkan isi UUD sesuai dengan *Original Intent* yang dibuat melalui perdebatan oleh lembaga yang berwenang menetapkannya. MK boleh menyatakan sebuah undang-undang bertentangan atau tidak dengan UUD dan tidak boleh memasuki ranah legislatif (ikut mengatur) dengan cara apapun. ²

¹ Saldi Isra, 2010, Negative Legislator, <http://www.saldiisra.web.id/index.php/21-makalah/makalah1/302-negative-legislator.html>, diakses tgl 10 april 2018 (21.15)

² Mahfud MD., M., 2009, *Rambu Pembatas Dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi*. Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia , hlm 11

B. PERUMUSAN MASALAH

Berdasarkan uraian dalam latar belakang di atas maka dapat dirumuskan permasalahan adalah Bagaimana Implementasi Fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai Negatif Legislator ?

C. METODE PENELITIAN

Jenis Penelitian **Penelitian Hukum Normatif** Yaitu penelitian hukum yang meletakkan hukum sebagai bangunan sistem norma, norma yang dimaksud adalah mengenai asas-asas, norma, kaidah dari peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan.³ Penelitian ini akan dilakukan dengan menggunakan pendekatan perundang-undangan. Hal ini dimaksudkan bahwa peneliti menggunakan peraturan perundang-undangan sebagai dasar untuk menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi No.46/PUU-XIV/2016 Tentang Pengujian Pasal 284, 285, 292 KUHP.

Data yang digunakan dalam penelitian ini meliputi **Data Sekunder** yaitu data yang diperoleh dari studi dokumentasi berupa bahan kepustakaan hukum yang terdiri dari **Bahan Hukum Primer, Bahan Hukum Sekunder** dan **Bahan Hukum Tersier**.

Bahan Hukum Primer adalah bahan hukum yang mengikat, yang mencakup peraturan perundang-undangan terkait dengan topik masalah yang dibahas yaitu: UNDANG-UNDANG DASAR TAHUN 1945, UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA No 24 TAHUN 2003 TENTANG MAHKAMAH KONSTITUSI, UNDANG-UNDANG NO. 31 TAHUN 1999 TENTANG KETENTUAN DAN POKOK-POKOK KEKUASAAN KEHAKIMAN, KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA, PERMA NO. 02 TAHUN 2002 TENTANG TATA CARA PENYELENGGARAAN WEWENANG MAHKAMAH KONSTITUSI OLEH MAHKAMAH AGUNG, Putusan Mahkamah Konstitusi NO.46/PUU-XIV/2016 TENTANG PENGUJIAN Pasal, 285, 285, 292 KUHP. **Bahan Hukum Sekunder** yaitu bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer meliputi buku-buku teks, bahan-bahan hukum yang bersumber dari literatur-literatur, jurnal ilmiah dan lain-lain yang relevan dengan materi skripsi ini. **Bahan Hukum Tersier** yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk

³ Mukti Fajar ND & Yulianto Achmad, 2015 *Dualisme Penelitian Hukum : Normatif & Empiris*. Yogyakarta. Pustaka pelajar. hlm. 34

maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder seperti kamus hukum, kamus besar Bahasa Indonesia dan ensiklopedia.

Metode Pengumpulan dan Pengolahan Data menggunakan **Studi Kepustakaan** Untuk mendapat data sekunder, penulis akan melakukan pengkajian terhadap bahan-bahan kepustakaan atau sumber data lainnya. Selain itu mencatat mengutip dan meresume teori-teori dan peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan objek penelitian. **Pengolahan Data** Pengelolaan data dilakukan setelah data terkumpul baik melalui studi kepustakaan dan dokumentasi diolah kembali dengan cara memeriksa terhadap kelengkapan dan relevansinya pada permasalahan yang ada dalam tulisan ini, kemudian data tersebut diklasifikasikan secara sistematis sehingga dengan jelas dapat diketahui data yang mana dipergunakan untuk dapat menjawab permasalahan di atas. **Analisis Data** Bahan-bahan dari penelitian yang telah diperoleh dan disusun secara sistematis. kemudian dianalisis dengan metode Pendekatan kasus yang digunakan untuk mempelajari penerapan norma-norma atau kaidah hukum yang dilakukan dalam praktik hukum.⁴ Proses ini akan menempatkan konsepsi-konsepsi hukum, baik kaidah-kaidah hukum dalam peraturan perundang-undangan, prinsip-prinsip hukum, pendapat-pendapat ahli, atau pun doktrin secara sistematis untuk mengkaji dan menganalisa Peran Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Legislator*.

PEMBAHASAN.

A. MAHKAMAH KONSTITUSI SEBAGAI PENAFSIR KONSTITUSI

Demokrasi sebagai dasar hidup bernegara memberi pengertian bahwa pada tingkat terakhir rakyat memberikan ketentuan dalam masalah-masalah pokok mengenai kehidupannya, termasuk kebijaksanaan negara, karena kebijaksanaan tersebut menentukan kehidupan rakyat.⁵ Pertama-tama demokrasi merupakan gagasan yang mengandaikan bahwa kekuasaan itu adalah dari rakyat oleh dan untuk rakyat. Dalam pengertian yang lebih partisipatif, demokrasi itu bahkan disebut sebagai konsep kekuasaan dari, oleh, untuk dan bersama rakyat. Artinya kekuasaan itu pada pokoknya diakui berasal dari rakyat, dari arena itu rakyatlah yang

⁴ Johnny Ibrahim. 2005. *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayumedia Publishing, hlm 321

⁵ Septi Nurwijanti dan Nanik Prasetyoningsih, 2009, *Politik Ketatanegaraan*, Yogyakarta, Lab Hukum UMY, hlm. 36

sebenarnya menentukan dan memberi arah serta yang sesungguhnya menyelenggarakan kehidupan kenegaraan.⁶

Pembentukan Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu pengembangan dari asas-asas demokrasi di mana hak-hak politik rakyat dan hak-hak asasi merupakan hal yang paling dasar dalam pemikiran politik ketatanegaraan.⁷ Keberadaan lembaga tersebut dalam kehidupan negara-negara modern dianggap sebagai suatu hal yang baru dalam mengisi sistem ketatanegaraan yang sudah ada dan cukup mapan, Bagi Negara-negara yang mengalami perubahan sistem dari otoritarian menjadi demokrasi. pembentukan Mahkamah Konstitusi menjadi sesuatu yang penting karena ingin mengubah atau memperbaiki sistem kehidupan ketatanegaraan yang lebih ideal dan sempurna, khususnya dalam penyelenggaraan pengujian konstitusional (*Constitutional Review*) terhadap undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi sebagai hukum dasar tertinggi Negara.⁸ Yang diawali pada tahun 1970-an dengan perjuangan Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI) yang memperjuangkan agar Mahkamah Agung Indonesia untuk diberi kewenangan menguji undang-undang terhadap Undang Undang Dasar (UUD 1945). Tuntutan ini tidak pernah ditanggapi karena dilatarbelakangi oleh suasana juga paradigma kehidupan ketatanegaraan dalam kehidupan politik yang monolitik pada saat itu, dan juga tidak diperkenankan adanya perubahan konstitusi bahkan Undang-Undang Dasar cenderung disakralkan.

Berdirinya Mahkamah Konstitusi sebagai Spesial Tribuna, Secara terpisah dari mahkamah agung, yang mengemban tugas khusus merupakan konsepsi yang dapat ditelusuri jauh sebelum negara kebangsaan yang modern (*modern nation-state*), yang pada dasarnya menguji keserasian norma hukum yang lebih rendah dengan norma yang lebih tinggi. Dalam perkembangannya, Tujuan pembentukan Mahkamah Konstitusi dilandasi upaya serius untuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak konstitusional kepada warga negara dan semangat penegakan konstitusi sebagai “*Grundnorm*” atau “*Highest Norm*” yang artinya segala peraturan perundang-undangan yang berada dibawahnya tidak boleh bertentangan dengan apa yang sudah diatur dalam konstitusi. Sebab konstitusi merupakan salah satu bentuk dari pelimpahan

⁶ Jimly Assididqie, 2011, *Hukum Tata Negara & Pilar-Pilar Demokrasi*, Jakarta, Sinar Grafika, hlm. 293.

⁷ Soimin dan Mashuriyanto, 2013, *Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, hlm 50

⁸ Iriyanto A. Baso Ence, 2008, *Negara Hukum Dan Hak Uji Konstitusionalitas Mahkamah Konstitusi*, Makasar: PT Alumni, hlm 130

kedaulatan rakyat (*the sovereignty of the people*) kepada negara. melalui konstitusi rakyat membuat statement kerelaan pemberian sebagian hak-haknya kepada negara. Oleh karena itu, konstitusi seharusnya dikawal dan dijaga dengan baik. Sebab, semua bentuk penyimpangan baik oleh pemegang kekuasaan maupun aturan hukum di bawah konstitusi merupakan wujud nyata pengingkaran terhadap kedaulatan rakyat. Ide demikian yang turut melandasi pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia.

B. SEJARAH MAHKAMAH KONSTITUSI DI INDONESIA

Ide pembentukan MK di Indonesia muncul dan menguat di era reformasi pada saat dilakukan perubahan terhadap UUD 1945. Namun demikian, dari sisi gagasan *Judicial Review* sebenarnya telah ada sejak pembahasan UUD 1945 oleh BPUPK pada tahun 1945. Anggota BPUPK, Prof. Muhammad Yamin, telah mengemukakan pendapat bahwa “Balai Agung” (MA) perlu diberi kewenangan untuk membanding Undang-Undang. Namun Prof. Soepomo menolak pendapat tersebut karena memandang bahwa UUD yang sedang disusun pada saat itu tidak menganut paham trias politika dan kondisi saat itu belum banyak sarjana hukum dan belum memiliki pengalaman *Judicial Review*.⁹

Pembentukan Mahkamah Konstitusi RI dapat dipahami dari dua sisi, yaitu dari sisi politik dan dari sisi hukum. Dari sisi politik ketatanegaraan, keberadaan Mahkamah Konstitusi diperlukan guna mengimbangi kekuasaan pembentukan undang-undang yang dimiliki oleh DPR dan Presiden. Hal itu diperlukan agar undang-undang tidak menjadi legitimasi bagi tirani mayoritas wakil rakyat di DPR dan Presiden yang dipilih langsung oleh mayoritas rakyat. Di sisi lain, perubahan ketatanegaraan yang tidak lagi menganut supremasi MPR menempatkan lembaga-lembaga negara pada posisi yang sederajat. Hal itu memungkinkan dan dalam praktik sudah terjadi muncul sengketa antar lembaga negara yang memerlukan forum hukum untuk menyelesaikannya. Kelembagaan paling sesuai adalah Mahkamah Konstitusi.

Dari sisi hukum, keberadaan Mahkamah Konstitusi adalah salah satu konsekuensi perubahan dari supremasi MPR menjadi supremasi konstitusi, prinsip negara kesatuan, prinsip demokrasi, dan prinsip negara hukum. Pasal 1 Ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa Negara

⁹ Muhammad Yamin, 1959, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Jilid I Jakarta: Yayasan Prapanca, hlm. 341 – 342

Indonesia ialah negara kesatuan yang berbentuk republik. Negara kesatuan tidak hanya dimaknai sebagai kesatuan wilayah geografis dan penyelenggaraan pemerintahan. Di dalam prinsip negara kesatuan menghendaki adanya satu sistem hukum nasional. Kesatuan sistem hukum nasional ditentukan oleh adanya kesatuan dasar pembentukan dan pemberlakuan hukum, yaitu UUD 1945. Substansi hukum nasional dapat bersifat pluralistik, tetapi keragaman itu memiliki sumber validitas yang sama, yaitu UUD 1945.

Berdasarkan pasal III Aturan Peralihan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang memerintahkan dibentuknya Mahkamah Konstitusi selambat-lambatnya 17 Agustus 2003 dan sebelum dibentuk maka kewenangannya dilakukan oleh Mahkamah Agung. Tanggal 13 Agustus 2003 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi disahkan kemudian pada tanggal 16 Agustus 2003 para hakim konstitusi dilantik dan mulai bekerja secara efektif pada tanggal 19 Agustus 2003.

Berdasarkan Pasal 24 ayat (2) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menetapkan bahwa Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) merupakan salah satu lembaga yudikatif selain Mahkamah Agung yang melaksanakan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.¹⁰ Hal ini berarti bahwa Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara yang mempunyai kedudukan setara dengan lembaga-lembaga negara lainnya, seperti Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Dewan Perwakilan Daerah (DPD), Presiden, Mahkamah Agung (MA), dan yang terakhir terbentuk yaitu Komisi Yudisial (KY). Mahkamah Konstitusi (MK) adalah merupakan salah satu lembaga yudikatif selain Mahkamah Agung (MA) yang bertugas melaksanakan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.¹¹

C. TUGAS DAN FUNGSI MAHKAMAH KONSTITUSI

Pelaksanaan *Judicial Review* yang dipelopori oleh John Marshall memberikan pengaruh yang sangat penting bagi negara lain di dunia. karena fondasi ketatanegaraan mengalami

¹⁰ Perubahan ketiga Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 BAB IX Kekuasaan Kehakiman.

¹¹ Pan Mohamad Faiz Kusumawijaya, mahkamah konstitusi: the guardian and the interpreter of the constitution diakses dari <http://jurnalhukum.blogspot.co.id/2006/09/mahkamah-konstitusi-ri.html> 10 april 2018

perubahan drastis dan hampir meliputi berbagai bidang kehidupan. Mengenai pengaturan hukum tentang *Judicial Review* sendiri di Indonesia selalu saja menjadi suatu hal yang sangat sering diperdebatkan secara serius sejak “*Founding Fathers*” membicarakan tentang undang-undang dasar yang akan diberlakukan apabila Indonesia nantinya telah merdeka. Apakah nantinya akan memasukkan *Judicial Review* atau tidak dalam konstitusinya. Dan di dalam Sepanjang sejarah kekuasaan kehakiman di Indonesia, kebebasan kekuasaan kehakiman, selalu saja mengalami pasang surut yang artinya dimana selalu saja menjadi perdebatan tergantung pada kondisi sosial politik yang melingkupi sistem peradilan dan kekuasaan kehakiman.

Mengenai pelaksanaan hak menguji undang-undang (*Judicial Review*) dalam prakteknya belum optimal karena masih mengandung beberapa kelemahan-kelemahan, Hak menguji yang menjadi wewenang Mahkamah Agung sangat terbatas kepada peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang. Dimana tidak sepenuhnya berada dibawah kekuasaan mahkamah agung, Tetapi masih dibawah kendali para elit-elit politik pada masa itu. mengingat akan kondisi sosial politik pada masa reformasi yang dinamis dan menghendaki praktek kehidupan demokrasi yang lebih baik, maka Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) menginisiasi untuk membentuk lembaga Mahkamah Konstitusi untuk menjaga agar sistem di dalam pemerintahan berjalan seimbang dan tidak sewenang-wenang. lahir lah undang-undang tentang Mahkamah Konstitusi. Dengan lahirnya undang-undang tentang Mahkamah Konstitusi tersebut beberapa kewenangan dari Mahkamah Agung yang ada sekarang akan dialihkan kepada Mahkamah Konstitusi yaitu hak untuk menguji undang-undang (*Judicial Review*).

Mahkamah konstitusi sendiri mempunyai fungsi untuk mengawal (*to guard*) konstitusi, agar nantinya dapat dilaksanakan dan dihormati baik penyelenggara kekuasaan Negara maupun warga Negara sendiri.¹² Di Negara-Negara yang mengadopsi lembaga Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraannya juga menjadikan MK sebagai penafsir paling akhir dari konstitusi. Bahkan juga dikatakan bahwa Mahkamah Konstitusi menjadi menjadi pelindung (*protector*) konstitusi. Dan di indonesia sendiri setelah di-inkorporasikannya hak-hak asasi manusia di dalam Undang Undang Dasar 1945, bahwasanya fungsi dari pelindung konstitusi dalam arti melindungi hak-hak asasi manusia “*Fundamental Rights*” juga benar adanya.¹³

¹² *Ibid* hlm. 7

¹³ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, jakarta, 2011, Hlm. 11

Prof. Jimly assiddiqie mencoba untuk menguraikan sebagai berikut : *“Dalam konteks ketatanegaraan, Mahkamah Konstitusi dikonstruksikan sebagai pengawal konstitusi yang berfungsi menegakkan keadilan konstitusional di tengah kehidupan masyarakat. Mahkamah Konstitusi bertugas mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen negara secara konsisten dan bertanggungjawab. Di tengah kelemahan sistem konstitusi yang ada, Mahkamah Konstitusi berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat”*.¹⁴

Mahkamah Konstitusi adalah lembaga Negara yang mempunyai kewenangan untuk melakukan penafsiran Konstitusi yang mengikat secara hukum, dikarenakan lembaga tersebut diberikan hak langsung oleh Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 24C Ayat 1 dan 2, ditambah kewenangan tersebut kembali diatur di dalam pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Yakni sebagai berikut :

- a. Pengujian Undang-undang terhadap UUD 1945
- b. Sengketa Kewenangan Konstitusional Antar Lembaga Negara
- c. Pembubaran Partai Politik
- d. Perselisihan Hasil Pemilu

Sementara, berdasarkan Pasal 7 ayat (1) sampai dengan (5) dan Pasal 24 C ayat (2) UUD 1945 yang ditegaskan dalam Pasal 10 ayat (2) UU Nomor 24 Tahun 2003, kewajiban MK adalah memberi keputusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum, atau perbuatan tercela, atau tidak memenuhi syarat sebagai Presiden dan atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945.

Fungsi dan peran utama dari Mahkamah Konstitusi adalah menjaga konstitusi guna untuk menegaknya prinsip konstitusionalitas hukum. Demikian hal itu juga yang melandasi negara-negara yang mengakomodir pembentukan MK¹⁵ dalam sistem ketatanegaraannya yang berguna untuk menjaga konstitusi. fungsi pengujian undang-undang tidak dapat lagi dihindari penerapannya dalam ketatanegaraan Indonesia sebab UUD 1945 menegaskan bahwa panutan sistem bukan lagi supremasi parlemen melainkan supremasi konstitusi.

¹⁴ Cetak Biru, *Membangun Mahkamah Konstitusi, Sebagai Institusi Peradilan Konstitusi Yang Modern Dan Terpercaya*, Sekretariat Jenderal MKRI, 2004, Hal. IV.

¹⁵ <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.Berita&id=10958#.Ws7jLohubIU> peran dan fungsi mahkamah konstitusi, diakses tgl 10 april 2018

Tujuan pembentukan Mahkamah Konstitusi untuk menjamin tidak akan ada lagi produk hukum yang keluar dari koridor konstitusi sehingga hak-hak konstitusional warga negara terjaga dan konstitusi itu sendiri terkawal konstitusionalitasnya dengan baik. Yang bertujuan untuk menguji apakah suatu undang-undang bertentangan atau tidak dengan undang-undang dasar (UUD 1945), mekanisme yang disepakati adalah *Judicial Review*¹⁶ yang sepenuhnya menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi. Jika suatu undang-undang atau salah satu bagian daripadanya dinyatakan terbukti tidak selaras dengan konstitusi maka produk hukum itu akan dibatalkan MK. Sehingga semua produk hukum harus mengacu dan tidak boleh bertentangan dengan konstitusi. Melalui kewenangan *Judicial Review* ini, MK menjalankan fungsinya mengawal agar tidak ada lagi terdapat ketentuan hukum yang keluar dari koridor konstitusi.

D. ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 46/PUU-XIV/2016

Putusan MK No. 46/PUU-XIV/2016 tentang *Judicial Review* Pasal 284 Ayat 1, 2, 3, 4, 5, Pasal 285, Pasal 292 KUHP yang memutuskan Menolak untuk seluruhnya permohonan dari Prof. Dr. Ir. Euis Sunarti M.S, Rita Hendrayanti Soebagio M.Si, Dr. Dinar Dewi Kania, Dr. Sitaresmi Suliatyawati Soekanto, Nurul Hidayati Kusumahastuti Ubaya, S.S., MBA, r. Sabriaty Aziz, Fithra Faisal Hastiadi, S.E., M.A. M.Sc., Ph.D, Dr. Tiar Anwar Bachtiar, S.S., M.Hum, Sri Vira Chandra D, S.S., MA, Qurrata Ayuni, S.H, Akmal Sjafril, S.T., M.Pd.I, Dhona El Furqon, karena menurut beberapa hakim Mahkamah Konstitusi Pasal-Pasal tersebut tidaklah bertentangan dengan UUD 1945. Ditambah pemohon di dalam petitumnya meminta kepada mahkamah konstitusi untuk menambahkan norma , padahal mahkamah konstitusi tidak boleh masuk dalam ranah politik hukum pidana, Karena Mahkamah Konstitusi adalah lembaga Yudisial yang sejatinya adalah *Negative Legislator*, hal-hal inilah yang dimana telah menimbulkan berbagai tanggapan baik dari para ahli Hukum Tata Negara, maupun ahli di bidang Hukum pidana pun tidak ketinggalan untuk angkat bicara terkait polemik yang terjadi.

Dari uraian singkat di atas terdapat dua analisis yang akan disampaikan *pertama*, apakah sudah tepat Mahkamah Konstitusi memutuskan untuk menolak permohonan tersebut *Kedua*, kenapa mahkamah konstitusi tidak boleh masuk ranah politik hukum pidana.

¹⁶ Kedudukan fungsi dan peran Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan indonesia, proposal/makalah_makalah_17_oktober_2009.pdf, janedjri M. Gaffar, diakses tgl 10 april 2018

Pertama, Dalam putusan perkara No 46/PUU-XIV/2016 yang ditolak Mahkamah Konstitusi pada tanggal 14 Desember 2017 tentang pengujian Pasal 284 ayat (1), (2), (3), (4), (5), Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP, Menurut pandangan penulis, keputusan Mahkamah Konstitusi telah tepat dalam menjalankan peran sebagai *Negative Legislator*, yang memang semata-mata sebagai lembaga yang diberikan wewenang dalam melakukan pengujian norma dalam peraturan perundang-undangan. Dikarenakan tertuang jelas di dalam permohonan para pemohon yang secara tegas di dalam petitumnya bukan saja menyatakan Undang-Undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945, melainkan juga meminta Mahkamah Konstitusi untuk memperluas cakupan ruang lingkup bahkan mengubah jenis-jenis perbuatan pidana di dalam Pasal-Pasal KUHP yang dimohonkan pengujiannya. dikarenakan, menurut para Pemohon sudah tidak lagi sesuai dengan perkembangan masyarakat Indonesia sat ini. Ditambah lagi tidak adanya kejelasan mengenai Proses Legislasi Nasional tentang Rancangan KUHP yang baru belum menemukan titik terang, dengan kata lain para pemohon meminta agar Mahkamah Konstitusi membuat kebijakan pidana "*Criminal Policy*" dalam merumuskan perbuatan yang sebelumnya bukanlah tindakan perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan pidana "*Delict*".

Sebagaimana menurut Prof. Mahfud MD di dalam bukunya, Undang-Undang Mahkamah Konstitusi perlu adanya pembatasan mengenai putusan yang isi putusan tersebut mengatur. Mahkamah Konstitusi sendiri hanya di bolehkan menyatakan bahwa UU atau sebagian di dalamnya batal karena memang bertentangan dengan UUD. Lebih lanjut lagi menurut Prof Mahfud MD walaupun Mahkamah Konstitusi sendiri mempunyai pemikiran yang tepat sebagai alternatif atas Undang-Undang atau sebageaian dari Undang-Undang yang ingin dibatalkan, karena pada hakikatnya dalam urusan mengatur itu ialah hak dari lembaga legislatif.¹⁷ Terkait dengan perkara *Judicial Review* Pasal 284 Ayat (1), Ayat (2), Ayat (3), Ayat (4), Ayat (5), Pasal 285, Pasal 292 KUHP tersebut, Mahfud MD sendiri pernah menyampaikan pendapatnya di dalam *Indonesian Lawyers Club* dengan judul "*benarkah MK melegalkan ZINA dan LGBT ?*" pada tanggal 19 desember 2017, beliau menyampaikan Mahkamah Konstitusi memang bisa memperluas tafsir mengenai norma Undang-Undang, tetapi mempunyai beberapa persyaratan yakni :

¹⁷ Moh Mahfud MD, 2007, *perdebatan Hukum Tata Negara*, LPES, Jakarta. Hlm 98-99

- a. Jika memang putusan tersebut mengakibatkan adanya kekosongan hukum, maka Mahkamah Konstitusi diperbolehkan membuat norma baru. Contohnya, dalam putusan mengenai Undang-Undang Pemilihan Umum. Penejelasan di dalam Undang-Undang tersebut yang diperbolehkan memilih adalah yang terdaftar di dalam DPT, tetapi hal tersebut jelas-jelas mengurangi hak warga Negara lain yang dimana tidak terdaftar di dalam DPT. Berangkat dari hal tersebutlah yang mendorong Mahkamah Konstitusi untuk membuat norma baru “*siapapun yang memiliki KTP ataupun Paspor berhak untuk memilih di dalam pemilihan umum*”. Norma tersebut dibuat karena memang ketika Mahkamah Konstitusi memutus hanya pada pemilih yang terdaftar di dalam DPT yang berhak memilih pada saat pesta demokrasi maka sudah dapat dipastikan adanya kekosongan hukum di dalam penyelenggaraan pemilu. oleh karena itulah Mahkamah Konstitusi harus membuat norma baru yang bertujuan agar penyelenggaraan pemilu tetap berjalan walaupun sebagian masyarakat tidak termasuk di dalam DPT.
- b. Penafsiran oleh Undang-Undang kabur, Sehingga menimbulkan tafsir konstitusional bersyarat. Contoh di dalam kasus pengujian mengenai Undang-Undang Perkawinan yang diajukan oleh pemohon macihca muhtar. “*anak diluar perkawinan yang sah memiliki hubungan keperdataan dengan ayahnya*”. mengenai kasus ini Mahkamah Konstitusi di dalam kaitannya dengan *Guardian Of Human Right* (pengawal Hak Asasi Manusia) sehingga MK memberikan hak asasi atas kewarganegaraannya. Contoh selanjutnya adalah putusan Mahkamah Konstitusi No 84/PUU-/2012 tentang penodaan Agama.

Maruar siahaan juga berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Legislator*.¹⁸ Seperti diketahui, bahwa memang adanya perluasan makna di dalam suatu peraturan perundang-undangan maka hal tersebut adalah tupoksi dari lembaga legislatif (DPR) dan juga presiden yang pada hakikatnya adalah sebagai *Positive Legislator*. Presiden dan DPR selaku *positive legislator* mempunyai peran penting di dalam pembentukan peraturan-peraturan hukum berdasarkan kebijakannya. konstruksi mengenai pembentukan peraturan-peraturan hukum bisa dialih fungsikan kepada Mahkamah Konstitusi, sebagaimana yang tertuang di dalam Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyebutkan bahwasanya

¹⁸ Maruar Siahaan, 2015, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* Edisi II, Sinar Garfika, Jakarta. Hlm 218

Mahkamah Konstitusi mempunyai wewenang mengadili pada tingkatan pertama dan terakhir yang mana putusan Mahkamah Konstitusi tersebut bersifat final untuk melakukan pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Kewenangan tersebut telah dilaksanakan oleh Mahkamah Konstitusi di dalam putusan No 46/PUU-XIV/2016 pengujian tersebut mempunyai tujuan untuk membuktikan apa memang benar norma yang terdapat di dalam satu peraturan perundang-undangan bersifat inkonstitusional atau tidak. berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XIV/2016 tersebut, mengenai aturan dalam norma Pasal 284 Ayat (1), Ayat (2), Ayat (3), Ayat (4), dan Ayat (5), Pasal 285, dan juga pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) bukan suatu bentuk yang inkonstitusional sebagaimana ada di dalam petitum yang dimohonkan oleh pemohon. Sehingga apabila memang pemohon menginginkan perluasan makna dan turut serta ingin menambahkan “frasa” baru di dalam Pasal-Pasal tersebut, maka sesungguhnya Mahkamah Konstitusi tidak mempunyai kewenangan dalam merumuskan dan atau ikut ambil andil di dalam perluasan makna dari Pasal-Pasal demikian. Dalam arti kata lain kewenangan tersebut ialah hak dan kewajiban dari lembaga pembentuk Undang-Undang.

Mengenai putusan Mahkamah Konstitusi No 46/PUU-XIV/2016 menurut hemat penulis, pengaturan di dalam pasal 284 Ayat (1), Ayat (2), Ayat (3), Ayat (4), Ayat (5), Pasal 285, dan juga Pasal 292 KUHP bukan satu bentuk inkonstitusional. Sehingga jikalau memang pemohon berharap untuk Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan pemohon dengan mengatakan bahwa Pasal-Pasal tersebut bertentangan dengan UUD 1945 sebagaimana yang diinginkan oleh para pemohon, menurut hemat penulis sangatlah tidak tepat apalagi menginginkan Mahkamah Konstitusi untuk memperluas makna dari Pasal-Pasal tersebut, sebab kewenangan itu bukanlah tupoksi nya Mahkamah Konstitusi. melainkan kewenangan dari legislatif sebagai salah satu lembaga yang merupakan representasi dari *Positive Legislator* sedangkan Mahkamah Konstitusi harus tetap menjaga kehormatannya sebagai *Negative Legislator* tidak boleh melampaui batas atau masuk ke ranah kekuasaan lain (*Legislative*). Karena akan terjadi Pergeseran dari *Negative Legislator* menjadi *Positive Legislator*.¹⁹ sebagaimana pendapat dari Prof Mahfud MD, di dalam pengujian Mahkamah Konstitusi tidak diperkenankan membuat putusan yang bersifat

¹⁹ Nurrahman Aji Utomo, “Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang”, *Jurnal Hukum*, XII (Desember, 2015) Hlm 836

mengatur; pembatalan Undang-Undang tidak boleh disertai pengaturan, contoh dengan putusan pembatalan yang disertai isi, cara, dan lembaga yang berhak mengatur kembali isi Undang-Undang yang telah dibatalkan tersebut. Karena bidang pengaturan ialah wilayah legislative, jadi Mahkamah Konstitusi hanya boleh mengatakan suatu Undang-Undang atau isi dari Undang-Undang tersebut konstitusional atau inkonstitusional yang disertai dengan pernyataan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.²⁰ Oleh karena itulah pandangan penulis Mahkamah Konstitusi telah melaksanakan wewenang dan juga fungsinya sebagai pengawal konstitusi, dikarenakan permohonan para Pemohon bukan lagi sekadar memohon kepada Mahkamah untuk memberi pemaknaan tertentu terhadap norma undang-undang yang dimohonkan pengujian dalam Permohonan *a quo*, bahkan bukan pula sekadar memperluas pengertian yang terkandung dalam norma undang-undang yang dimohonkan pengujian itu, melainkan benar-benar merumuskan tindak pidana baru; sesuatu yang hanya pembentuk undang-undang yang berwenang melakukannya.

Kedua, mengenai kebijakan pidana atau seringkali disebut politik hukum pidana jika dikaitkan dengan permohonan *a quo*, benar bahwa putusan Mahkamah Konstitusi memiliki kedudukan setara dengan undang-undang sehingga daya ikatnya pun setara dengan undang-undang. Namun kesetaraan itu adalah dalam konteks pemahaman akan kedudukan Mahkamah sebagai *Negative Legislator*, bukan dalam pemahaman sebagai pembentuk undang-undang (*Positive Legislator*). Benar pula bahwa Mahkamah melalui putusannya telah berkali-kali menyatakan suatu norma undang-undang konstitusional bersyarat (*Conditionally Constitutional*) ataupun inkonstitusional bersyarat (*Conditionally Unconstitutional*) yang mempersyaratkan pemaknaan tertentu terhadap suatu norma undang-undang untuk dapat dikatakan konstitusional, yang artinya jika persyaratan itu tidak terpenuhi maka norma undang-undang dimaksud adalah inkonstitusional. Namun, ketika menyangkut norma hukum pidana, Mahkamah dituntut untuk tidak boleh memasuki wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana (*Criminal Policy*).

Menurut Jamaludin Ghafur selaku dosen Hukum Tata Negara FH UII, beliau berpendapat Bahwa merumuskan suatu tindak pidana baru bukanlah wilayah mahkamah konstitusi yang

²⁰ Mahfud MD, "Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Hukum Universitas Islam Indonesia*, IV (Oktober, 2009.), hlm. 453

merupakan lembaga Yudisial, melainkan adalah kewenangan absolut dari lembaga Legislatif dan Eksekutif (pembentuk Undang-Undang) yakni Presiden bersama dengan DPR hal tersebut sejalan dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Oleh karenanya suatu Undang-Undang yang merupakan produk legislasi menyatakan ini pidana atau bukan pidana maka tidak boleh ada lembaga lainnya yang boleh menambahkan ini tindak pidana ini bukan tindak pidana.

Dikarenakan Pengujian undang-undang yang pada pokoknya berisikan permohonan kriminalisasi maupun dekriminalisasi terhadap perbuatan tertentu tidak dapat dilakukan oleh Mahkamah karena hal itu merupakan salah satu bentuk pembatasan hak dan kebebasan seseorang di mana pembatasan demikian, sesuai dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, adalah keenangan eksklusif pembentuk undang-undang. Hal ini penting ditegaskan sebab sepanjang berkenaan dengan kebijakan pidana atau politik hukum pidana, hal itu adalah sepenuhnya berada dalam wilayah kewenangan pembentuk undang-undang.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menegaskan bahwa materi muatan mengenai pidana hanya dapat dimuat dalam produk perundang-undangan yang harus mendapatkan persetujuan wakil rakyat di lembaga perwakilan, yaitu DPR atau DPRD, seperti Undang-Undang dan Peraturan Daerah. Sedangkan Mahkamah berada dalam posisi menguji apakah pembatasan yang dilakukan dengan undang-undang itu telah sesuai dengan Konstitusi atau justru melampaui batas-batas yang ditentukan dalam Konstitusi. Oleh karena itu, sepanjang berkenaan dengan hukum pidana, selama ini permohonan yang diajukan justru memohon agar dilakukan dekriminalisasi terhadap suatu perbuatan yang diatur dalam undang-undang karena dinilai bertentangan dengan hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara sehingga harus dapat diuji konstitusionalitasnya. Sebab, kewenangan pengujian undang-undang memang ditujukan untuk menjaga agar hak dan kebebasan konstitusional warga negara yang dijamin oleh Konstitusi tidak dilanggar oleh kebijakan kriminalisasi yang dibuat oleh pembentuk undang-undang.

Sebenarnya Mahkamah Konstitusi telah menyatakan pendiriannya tatkala memutus permohonan dengan substansi yang hampir serupa dengan permohonan *a quo*, sebagaimana yang tertuang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015, bertanggal 5 April 2017. Dimana di Dalam pertimbangan hukum putusan tersebut, Mahkamah telah menegaskan, yakni:

“Namun demikian apabila hal yang diminta oleh Pemohon kepada Mahkamah, yaitu memasukkan perzinahan yang sudah tercantum dalam Pasal 284 ayat (1) KUHP dan memasukkan perbuatan perzinahan antara laki-laki dewasa yang tidak terikat pernikahan dengan perempuan dewasa yang tidak terikat pernikahan atas dasar suka sama suka menjadi bagian dari Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP maka hal tersebut menjadikan Mahkamah sebagai pembuat kebijakan kriminal (*Criminal Policy Maker*). Padahal, pembuat kebijakan kriminal adalah negara dalam hal ini Pembentuk Undang-Undang (DPR bersama Pemerintah). Permohonan Pemohon yang meminta Mahkamah menafsirkan Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP tidak dapat dilepaskan dari sejarah dibentuknya Mahkamah Konstitusi. Secara *Doktriner*, pembentukan Mahkamah Konstitusi dimaksudkan untuk memiliki kewenangan sebagai *Negative Legislator*. Artinya, Mahkamah Konstitusi hanya dapat membatalkan Undang-Undang dan tidak dapat mengambil kewenangan Parlemen dalam membuat Undang-Undang atau peraturan. Doktrin tersebut dimaksudkan untuk membedakan antara kewenangan DPR dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi. Doktrin demikian pada saat ini telah diterima oleh para jurist sebagai pandangan yang berlaku sebagai hukum (*Opinio Jurist Sive Necessitatis*). Dengan demikian, jelas bahwa pada dasarnya Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar adalah sebagai *Negative Legislator*.

Doktrin yang senada dengan *Negative Legislator* adalah doktrin *Judicial Restraint*. Doktrin tersebut berkembang di Negara Amerika yang merupakan implementasi dari penerapan prinsip pemisahan kekuasaan (*Separation of Power*). Dalam doktrin *Judicial Restraint*, pengadilan harus dapat melakukan pengekangan atau pengendalian diri dari kecenderungan ataupun dorongan untuk bertindak layaknya sebuah “*Miniparliament*”. Salah satu bentuk tindakan pengadilan yang dapat dikategorikan sebagai tindakan parlemen adalah membentuk norma hukum baru ketika memutus sebuah perkara *Judicial Review*. Dari dua doktrin di atas, maka pengadilan khususnya Mahkamah Kontitusi dalam memutus suatu perkara *Judicial Review* terdapat batasan yang juga harus diperhatikan yaitu pembatasan untuk tidak menjadi “*miniparliament*” atau mengambil kewenangan dari legislatif (DPR)”

Sebagaimana penjelasan diatas, Menurut hemat penulis permohonan tersebut tidak tepat sasaran. dikarenakan Mahkamah Konstitusi hanya berfungsi untuk melakukan pengujian peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan UUD 1945, dalam artian pengujian tersebut hanya menyatakan ketentuan pasal atau peraturan tersebut sejalan dengan UUD 1945 ataukah tidak sejalan (inkonstitusional). Jika tidak sejalan dengan UUD 1945 maka putusannya hanya sebatas mencabut atau membatalkan ketentuan tersebut sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum (tidak berlaku lagi). Dengan demikian dalam hal ini, Mahkamah Konstitusi tidak mempunyai kewenangan untuk membentuk suatu norma baru sebagaimana yang dikehendaki oleh para pemohon. Sebab kewenangan itu hanya dimiliki oleh DPR dan Pemerintah sebagai positive legislator dalam membentuk Undang-Undang. Mengenai kriminalisasi atau dekriminalisasi suatu perbuatan tidak dapat dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi, karena untuk menjadikan sesuatu dari tidak menjadi tindak pidana menjadi pidana ialah kewenangan eksklusif pembentuk Undang-Undang.

E. AKIBAT HUKUM MAHKAMAH KONSTITUSI SEBAGAI NEGATIVE LEGISLATOR

Berbicara *Negative Legislator* berarti berbicara mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji konstitusionalitas suatu undang-undang. *Negative Legislator* merupakan suatu fungsi lembaga peradilan untuk membatasi kekuasaan *legislative* dimana pemegang fungsi legislator hanya bisa menyatakan isi suatu norma atau bahkan keseluruhan norma dalam suatu peraturan perundang-undangan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat apabila norma apabila norma tersebut bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Sebagai *Negative Legislator* MK tidak memiliki kewenangan untuk menambah norma baru ke dalam suatu perundang-undangan yang di-*Constitutional Review* olehnya. Sebab, Mahkamah Konstitusi tidaklah bertindak sebagai *Positive Legislator* yang mana merupakan fungsi yang telah diberikan oleh konstitusi kepada lembaga legislatif dan eksekutif sebagai pembuat norma.

1. Urgensi Permasalahan

Sangatlah perlu untuk dipahami urgensi dari pada permasalahan dalam tulisan ini guna memberikan penekanan bahwa permasalahan status Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative*

Legislator layak untuk mendapat perhatian. Sebagaimana yang telah dijelaskan sebelumnya, Mahkamah Konstitusi digariskan sebagai *Negative Legislator* dalam mengembang tugasnya mengawal konstitusi, namun demikian secara realita Mahkamah Konstitusi seringkali menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan Pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 yang isi putusannya menambah ataupun mengubah norma dari ketentuan/pasal dalam undang-undang yang diujinya tersebut, padahal kewenangan untuk membentuk suatu norma dalam undang-undang merupakan kewenangan Dewan Perwakilan Rakyat sebagai Positif Legislator. Sebut saja dalam putusan Mahkamah Konstitusi tentang UU Pengadilan Anak. Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa frasa 8 tahun dalam pasal 1 angka 1, pasal 4 ayat (1) dan pasal 5 ayat (1) dibatalkan, sehingga anak-anak usia 8 tahun tidak boleh di pidana, dalam putusnya tersebut Mahkamah Konstitusi membuat norma baru yang menyatakan bahwa batas usia anak yang bisa dimintai pertanggungjawaban hukum adalah 12 tahun. Hal ini sangatlah bertentangan dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Legislator* yang secara limitatif diberikan oleh UUD NRI 1945, dengan demikian apabila Mahkamah Konstitusi menjatuhkan putusan yang menambah ataupun merubah norma dalam suatu undang-undang maka Mahkamah Konstitusi secara nyata telah melakukan tindakan yang melampaui kewenangan yang dimilikinya yang telah digariskan dalam konstitusi secara terbatas.

2. Landasan Filosofis

Menurut Afiuka Hadjar secara filosofis pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia dilatarbelakangi oleh 4 hal, salah satunya adalah paham konstitusionalisme. Carl J. Friedrich mengartikan konstitusionalisme sebagai serangkaian aktifitas yang diatur dan dilaksanakan demi kepentingan rakyat tetapi tunduk pada sederetan batasan, sejalan dengan pemikiran itu CJ Bax dan G.f.M van der Tang memaparkan bahwa konstitusionalisme mengandung pengertian esensial bahwa kekuasaan yang dijalankan dalam suatu negara harus sejalan dengan peraturan-peraturan dan prosedur hukum yang tegas. Dengan demikian maka dapatlah dipahami bahwa secara filosofis Mahkamah Konstitusi tidak diperkenankan melakukan perbuatan-perbuatan yang melewati batasan-batasan kewenangan yang telah digariskan oleh UU NRI 1945, karena kewenangan yang

diberikan kepada MK oleh konstitusi digolongkan sebagai pelaksanaan kekuasaan kehakiman (*Judicial Power*), sehingga Mahkamah Konstitusi harus tunduk pada sekat-sekat dan batasan-batasan konstitusional antara dirinya sebagai pelaksana *Judicial Power* yang merupakan bagian daripada lembaga yudikatif dengan lembaga legislatif sebagai pelaksana *Legislative Power*.

Banyak pihak dan bahkan pakar hukum yang menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka. hal tersebut menurut pendapat penulis sedikit keliru dan perlu diluruskan, sebab meskipun kekuasaan kehakiman bersifat merdeka, namun demikian kekuasaan kehakiman itu sendiri dibatasi oleh konstitusi. Selengkapnya pasal 1 angka 1 Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa “Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.”

Lebihnya lagi perlu kiranya untuk dipahami dan ditekankan bahwa kebebasan dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman haruslah sesuai dengan produk hukum lembaga yudikatif itu sendiri sebagai hasil akhir dari pelaksanaan kekuasaan itu. Produk hukum lembaga legislatif (*positive legislator*) adalah regeling yang bersifat mengatur, sedangkan produk hukum lembaga yudikatif adalah vonis, yang menurut KBBi adalah putusan kehakiman yang berkaitan dengan persengketaan di antara pihak yang maju ke pengadilan. Penting untuk ditegaskan bahwa Vonis tidak bersifat mengatur, namun bersifat menyatakan benar atau salah dan juga bersifat menghukum. Oleh karena vonis bersifat menyatakan, maka produk hukum lembaga yudikatif pelaksana kekuasaan kehakiman selalu diawali dengan “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”, karena yang diputuskan adalah benar atau salahnya suatu perkara, konstitusional atau inkonstitusionalnya suatu undang-undang apabila dikaitkan dengan Mahkamah Konstitusi sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman, sedangkan produk hukum dari lembaga pelaksana *Legislative Power* diawali dengan “Dengan Rahmat Tuhan Yang Maha Esa”, yang artinya produk legislatif bersifat membentuk pengaturan akan suatu hal/perbuatan/keadaan. Dengan demikian dapatlah dipahami secara filosofis Mahkamah Konstitusi tidak dapat melaksanakan *Legislative Power*.

3. Landasan Historis

Sebagai hukum yang memberlakukan *Ius Constitutum*, sejak awal Mahkamah Konstitusi didesain untuk mengawal konstitusi dalam arti menjaga agar UU tetap konsisten, sejalan, dan tidak bertentangan dengan UUD. Dalam hal ini, ada semacam sekat konstitusionalisme yang membatasi secara tegas tugas dari Mahkamah Konstitusi sebagai peradilan konstitusi untuk tidak ikut mencampuri ranah kekuasaan legislatif. Oleh karenanya sebagai lembaga yudikatif Mahkamah Konstitusi pada prinsipnya hanya diperbolehkan menyatakan bahwa pasal/ayat/bagian atau seluruh UU bertentangan atau tidak bertentangan dengan konstitusi. Mahkamah Konstitusi hanya boleh menyatakan sebuah undang-undang bertentangan atau tidak dengan UUD dan tidak boleh ikut memasuki ranah legislatif (ikut mengatur) dengan cara apapun. Pada umumnya pembatasan tugas yang demikian dikaitkan dengan pengertian bahwa DPR dan Pemerintah adalah *Positive Legislator* (pembuat norma) sedangkan MK adalah *Negative Legislator* (penghapus atau pembatal norma). Ini penting untuk ditekankan, karena secara historis dan filosofis UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak membolehkan Mahkamah Konstitusi mengintervensi legislatif dengan ikut menjadi *Positive Legislator* (pembuat norma), yang dapat dilakukan oleh MK hanyalah sebagai *Negative Legislator* (membatalkan norma) atau membiarkan norma yang diberlakukan oleh lembaga legislatif tetap berlaku dengan menggunakan *original intent* UUD sebagai tolak ukurnya.

4. Landasan Yuridis

Secara tegas tertuang di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 menetapkan posisi Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Legislator*. dengan eksplisit menjelaskan di dalam Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 yang memberikan kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya menjadi final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Sedangkan kewenangan sebagai *positive legislator* secara jelas dan terang berada di tangan DPR, hal ini ditegaskan secara terang dalam Pasal 20 ayat (1) yang menyatakan bahwa "DPR membentuk undang-undang".

Penting untuk mengetahui bahwa kewenangan-kewenangan yang digariskan dalam konstitusi adalah bersifat limitatif hanya pada yang digariskan atau disebutkan secara tegas. Apabila hendak menambah, maka secara legal formal haruslah dilakukan perubahan terhadap rumusan limitatif tersebut terlebih dahulu.

Selanjutnya dalam Pasal 57 ayat (2a) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi digariskan secara tegas bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat:

- a. amar selain daripada: materi muatan ayat, pasal. dan /atau bagian undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, atau undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
- b. Perintah kepada pembuat undang-undang; dan
- c. Rumusan norma sebagai pengganti norma dari undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pasal 45 (a) UU tersebut juga berbunyi “Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh membuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon atau melebihi Permohonan pemohon, kecuali terhadap hal tertentu yang terkait dengan pokok Permohonan (*ultra petita*)”.

Berdasarkan seluruh uraian tersebut di atas maka telah tegas dan terang bahwa Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga pelaksana kekuasaan kehakiman yang berkedudukan sebagai *Negative Legislator* murni, sehingga dengan demikian MK tidak diperkenankan untuk melakukan tindakan-tindakan yang merupakan kewenangan dari lembaga negara lain (dalam hal ini lembaga legislatif). MK harus konsisten dalam kedudukannya sebagai *Negative Legislator* dengan tidak menerobos sekat-sekat konstitusi dan/atau menyerobot kewenangan lembaga negara lain yang telah dirancang sedemikian rupa oleh UUD NRI 1945, sehingga dengan demikian dapat terwujud pelaksanaan kekuasaan lembaga-lembaga negara yang tertib dan konsisten sesuai dengan maksud dan tujuan kekuasaan itu diberikan kepada masing-masing lembaga negara yang bersangkutan.

F. KEDUDUKAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM MELAKSANAKAN PERANNYA SEBAGAI NEGATIVE LEGISLATOR.

Penegakan hukum konstitusi yang tercermin dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai bagian dari sistem pemisahan kekuasaan (*Separation of Power*).²¹ Dalam konteks anutan sistem *Separation of Power*, lembaga Negara dibedakan berdasarkan fungsi dan perannya sebagaimana diatur dalam UUD 1945. Mahkamah Konstitusi menjadi salah satu lembaga negara baru yang oleh konstitusi diberikan kedudukan sejajar dengan lembaga-lembaga lainnya, tanpa mempertimbangkan adanya kualifikasi sebagai lembaga negara tertinggi. Prinsip pemisahan kekuasaan tegas antara cabang-cabang legislatif, eksekutif dan yudikatif dengan mengedepankan adanya hubungan *Checks and Balances* antara satu sama lain.²²

Mengenai penerapan prinsip '*Check and Balances*' berdasarkan sistem pemisahan kekuasaan Negara (*Separation of Power*) lembaga ketatanegaraan yang mendasarkan pada prinsip pemisahan kekuasaan, kekuasaan kehakiman dalam hal ini adalah Mahkamah Konstitusi mempunyai kedudukan hukum yang tidak dapat diintervensi oleh Lembaga Negara lain (Lembaga yang *independent*) seperti DPR sebagai pemegang kekuasaan legislatif dalam menentukan Undang-Undang, dan Pemerintah dalam menjalankan kekuasaan eksekutif sebagai kekuasaan pelaksana. Mahkamah Konstitusi berwenang menguji Undang-Undang yang merupakan produk politik dari Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. sehingga ketika suatu Undang-Undang dinyatakan bertentangan dengan konstitusi dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Selanjutnya, UUD 1945 memberikan otoritas kepada Mahkamah Konstitusi untuk menjadi pengawal konstitusi. Mengawal konstitusi berarti menegakkan konstitusi yang sama artinya dengan "menegakkan hukum dan keadilan" atau sebagai *Judiciary Law*. Sebab, Undang-Undang Dasar 1945 adalah hukum dasar yang melandasi sistem hukum yang berlaku di Indonesia.

²¹ Maruar Siahaan, "Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Penegekan Hukum Konstitusi", *Jurnal Hukum*, XVI (Juli, 2009), hlm. 376

²² Aninditya Eka Bintari, "Mahkamah Konstitusi sebagai Negative Legislator dalam Penegakan Hukum Tata Negara", *Jurnal Hukum Pandecta*, VIII (Januari, 2013) hlm. 87

Mahkamah Konstitusi yang independen merupakan wujud dari implementasi gagasan negara hukum, yang salah satu cirinya adalah menempatkan konstitusi sebagai hukum tertinggi, sehingga konstitusi tersebut harus dilindungi atau dijaga dari tindakan yang menyimpang. artinya Mahkamah Konstitusi dibentuk guna terciptanya kehidupan bernegara hukum yang demokratis dan negara demokrasi berdasarkan hukum di Indonesia.²³ Berfungsinya MK sebagai kekuasaan kehakiman yang independen merupakan katup penekan atas tindakan pelanggaran hukum di bidang ketatanegaraan tanpa terkecuali. Selain itu, keberadaan MK merupakan keharusan bagi suatu Negara hukum yang demokratis dan merupakan konsekuensi perkembangan ketatanegaraan, serta politik hukum konstitusi.²⁴

Mahkamah Konstitusi bertugas mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen negara secara konsisten dan bertanggung jawab, ditengah kelemahan sistem konstitusi yang ada Mahkamah Konstitusi berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat”. Fungsi Mahkamah Konstitusi yaitu sebagai pengawal konstitusi, penafsir konstitusi, juga adalah pengawal demokrasi (*The Guardian and The Sole Interpreter Of The Constitution, As Well As Guardian Of The Process Of Democratization*). Selain itu, keberadaan Mahkamah Konstitusi sekaligus untuk menjaga terselenggaranya pemerintahan negara yang stabil dan merupakan koreksi terhadap pengalaman kehidupan ketatanegaraan dimasa lalu yang ditimbulkan tafsir ganda terhadap konstitusi. Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 bahwa “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD”.

Merujuk pada pandangan Mahfud MD bahwa Mahkamah Konstitusi pada dasarnya dilarang untuk membuat ultra petita, membuat aturan mengenai norma baru. Sebab, dalam ultra petita dan juga membuat aturan mengenai norma baru hanya akan membawa Mahkamah Konstitusi masuk ke ranah *Legislative*,²⁵ sejalan dengan pemikiran Prof. Mahfud MD, Jimly Asshiddiqie mengatakan bahwa posisi Mahkamah Konstitusi adalah sebagai *Negative Legislator*, yang berarti Mahkamah Konstitusi hanya dapat memutus sebuah norma dalam satu undang-undang

²³ Tanto Lailam, “Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Mengatur Undang-Undang yang Mengatur Eksistensinya”, *Jurnal Konstitusi*, XII (Desember, 2015) hlm 796

²⁴ Abdul Latif, *Fungsi Mahkamah Konstitusi: Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*, Yogyakarta, Total Media, 2009, hlm 77

²⁵ Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta, Rajawali Pers, 2009, hlm. 281-284.

bertentangan dengan konstitusi, tanpa boleh memasukan norma baru ke dalam undang-undang.²⁶ Mahkamah Konstitusi boleh menafsirkan isi Undang-Undang Dasar 1945 sesuai dengan *Original Intent* yang dibuat melalui perdebatan oleh lembaga yang berwenang menetapkannya. Mahkamah Konstitusi hanya boleh menyatakan sebuah undang-undang bertentangan atau tidak dengan Undang-Undang Dasar dan tidak boleh memasuki ranah legislatif (ikut mengatur) dengan cara apapun. Pada umumnya pembatasan tugas yang demikian dikaitkan dengan pengertian bahwa DPR dan pemerintah adalah *Positive Legislator*,²⁷ *Negative Legislator* berarti kewenangan mengesampingkan dan membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi.

Dalam kaitan dengan kewenangannya untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, MK dilandasi oleh Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, kemudian diatur kembali dalam produk turunannya, yakni Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Teknis pelaksanaannya selanjutnya diatur dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06 Tahun 2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Permohonan pengujian undang-undang sendiri, dapat digolongkan dalam dua jenis, yaitu pertama, pengujian terhadap isi materi perundang-undangan atau norma hukum, biasa disebut pengujian materil, dan kedua, pengujian terhadap prosedur pembentukan produk perundang-undangan, biasa disebut pengujian formil.

Catatan itu menjadi penting dikarenakan secara historis dan filosofis Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak membolehkan Mahkamah Konstitusi untuk mengintervensi ranah legislatif dengan ikut menjadi *Positive Legislator* (memberlakukan norma). Mahkamah Konstitusi hanya diperkenankan menjadi *Negative Legislator* (membatalkan norma) atau membiarkan norma yang diberlakukan oleh lembaga legislatif tetap

²⁶ Jimly Asshidiqi, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta:PT Bhuana Ilmu Populer, 2007, hal. 609

²⁷ Mahfud MD, *Makalah Penuangan Nilai-Nilai Pancasila dalam Peraturan Perundang-undangan*, 2008, hlm 11

berlaku dengan menggunakan *Original Intent* Undang-Undang Dasar 1945 sebagai tolak ukurnya.²⁸

Kesimpulan dan Saran

A. Kesimpulan

Dari hasil kajian yang telah dipaparkan, bahwa dalam Putusan Perkara No 46/PUU-XIV/2016 Mahkamah Konstitusi menolak permohonan pemohon untuk seluruhnya. Dari putusan tersebut maka, *pertama* Mahkamah Konstitusi telah melaksanakan kewenangan yang dimilikinya sesuai dengan amanat Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 24C ayat (1) yakni menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. *Kedua*, Pada dasarnya pemohon keliru ketika meminta Mahkamah Konstitusi untuk membuat Norma baru apalagi menginginkan Mahkamah Konstitusi Untuk Merumuskan tindak pidana baru sebagaimana di dalam isi petitum pemohon. karena secara *doktriner*, pembentukan Mahkamah Konstitusi untuk memiliki kewenangan sebagai *Negative Legislator*, artinya Mahkamah Konstitusi hanya dapat membatalkan undang-undang dan tidak dapat mengambil kewenangan parlemen dalam membentuk Undang-Undang. *Ketiga*, Pengujian pada Pasal 284, 285, dan 292 KUHP yang pada pokoknya permohonan kriminalisasi maupun dekriminalisasi terhadap perbuatan tertentu tidak dapat dilakukan oleh Mahkamah karena hal itu merupakan salah satu bentuk pembatasan hak dan kebebasan seseorang di mana pembatasan demikian, sesuai dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, adalah kewenangan eksklusif pembentuk undang-undang. Sehingga jika berkenaan dengan kebijakan pidana atau politik hukum pidana, hal itu adalah sepenuhnya berada dalam wilayah kewenangan pembentuk undang-undang sebagaimana tertuang di dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan yang telah menegaskan bahwa materi muatan mengenai pidana hanya dapat dimuat dalam produk perundang-undangan yang harus mendapatkan persetujuan wakil rakyat di lembaga perwakilan, yaitu DPR atau DPRD, seperti Undang-Undang dan Peraturan Daerah. Sedangkan Mahkamah Konstitusi baik secara historis maupun yuridis dalam menjalankan perannya sebagai *Negative Legislator* memang semata-mata sebagai lembaga yang diberikan wewenang

²⁸ Steven Supranto, "Daya Ikat Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang "Testimonium De Audit" Dalam Peradilan Pidana", *Jurnal Yudisial*, VII (Maret, 2014), hlm 42

dalam melakukan pengujian norma peraturan perundang-undangan apakah bertentangan tidak dengan Undang-Undang Dasar 1945.

B. Saran

Diharapkan agar Mahkamah Konstitusi di dalam memutus suatu perkara terkhususnya pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945 tetap memperhatikan fungsi Mahkamah Konstitusi hanyalah sebagai *Negative Legislator* (pembatalan norma), maka dari itu perlu adanya pembatasan mengenai putusan yang dimana isi putusan tersebut mengatur. Karena di dalam pengujian norma perundang-undangan Mahkamah Konsitusi tidak di perkenankan membuat putusan yang bersifat mengatur; pembatalan Undang-Undang tidak boleh disertai pengaturan seperti, isi, cara, dan lembaga yang yang berhak mengatur kembali isi Undang-Undang yang telah dibatalkan tersebut. Karena bidang pengaturan ialah wilayah legislatif (pembuat norma). sebab Mahkamah Konstitusi sendiri hanya boleh menyatakan bahwa Undang-undang atau sebagian di dalamnya batal karena memang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945.

Daftar Pustaka

Buku

Abdul Latif, *Fungsi Mahkamah Konstitusi: Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*, Yogyakarta, Total Media, 2009.

Iriyanto A. Baso Ence, *Negara Hukum Dan Hak Uji Konstitusionalitas Mahkamah Konstitusi*, Makasar: PT Alumni. 2008

Jimly Assiddiqie, *Hukum Tata Negara & Pilar-Pilar Demokrasi*, Jakarta, Sinar Grafika, 2011

Jimly Asshidiqi, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta:PT Bhuana Ilmu Populer, 2007.

Johnny Ibrahim. *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayumedia Publishing, 2005

Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Pers, 2007.

Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta, Rajawali Pers, 2009.

Mahfud MD. *Rambu Pembatas Dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi*. Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2009

Maruar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Edisi II*, Jakarta, Sinar Garfika, 2015

Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Jilid I Jakarta: Yayasan Prapanca, 1959

Septi Nurwajanti dan Nanik Prasetyoningsih, 2009, *Politik Ketatanegaraan*, Yogyakarta, Lab Hukum UMY.

Soimin dan Mashuriyanto, 2013, *Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Yogyakarta: UII Press.

Website

<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.Berita&id=10958#.Ws7jLohubIU>
peran dan fungsi mahkamah konstitusi.

Pan Mohamad Faiz Kusumawijaya, S.H, Mahkamah Konstitusi: the guardian and the interpreter of the constitution diakses dari <http://jurnalhukum.blogspot.co.id/2006/09/mahkamah-konstitusi-ri.html>.
kedudukan fungsi dan peran Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan indonesia, proposal/makalah_makalah_17_oktober_2009.pdf, janedjri M. Gaffar.
Saldi Isra, 2010, Negative Legislator, <http://www.saldiisra.web.id/index.php/21-makalah/makalah1/302-negative-legislator.html>

Jurnal

Aninditya Eka Bintari, “Mahkamah Konstitusi sebagai Negative Legislator dalam Penegakan Hukum Tata Negara”, *Jurnal Hukum Pandecta*, Vol. 8 No. 1 (Januari, 2013)

Nurrahman Aji Utomo, “Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang”, *Jurnal Hukum*, Vol. 12 No. 4 (Desember, 2015)

Mahfud MD, “Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi”, *Jurnal Hukum Universitas Islam Indonesia*, Vol. 16 No. 4 (Oktober, 2009)

Maruar Siahaan, "Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Penegekan Hukum Konstitusi", *Jurnal Hukum*, Vol. 16 No. 2 (Juli, 2009).

Steven Suprancio, “Daya Ikat Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang "Testimonium De Auditu" Dalam Peradilan Pidana", *Jurnal Yudisial*, Vol. 7 No. 1 (Maret, 2014).

Tanto Lailam, “Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Mengatur Undang-Undang yang Mengatur Eksistensinya”, *Jurnal Konstitusi*, Vol. 12 No. 4 (Desember, 2015).

Steven Suprancio, “Daya Ikat Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang "Testimonium De Auditu" Dalam Peradilan Pidana", *Jurnal Yudisial*, Vol. 7 No. 1 (Maret, 2014).

Makalah

Mahfud MD, *Makalah Penuangan Nilai-Nilai Pancasila dalam Peraturan Perundang-undangan*, 2008.