

## **BAB 1**

### **PENDAHULUAN**

#### **A. Latar Belakang**

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 zina 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 berfokus 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 (homoseksual) 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 (homoseksual).

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*).

Mengenai *Negative Legislator*, yakni merupakan wewenang legislasi yang bersifat negatif/pasif, hanya untuk menghapus/membatalkan suatu norma atau menyatakan suatu norma hukum yang tidak mengikat. Wewenang inilah yang berada dibawah lembaga yudikatif terutama berkaitan dengan pengujian sebuah norma. Hal inilah yang ditegaskan oleh Hans Kelsen, bahwa lembaga peradilan berwenang membatalkan suatu undang-undang atau menyatakan suatu undang-undang tidak mengikat secara hukum.<sup>1</sup>

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 Bugarcic sebagai upaya Hans Kelsen untuk memunculkan legislatif positif (*Positive Legislator*) yang diperankan oleh parlemen, sedangkan model legislatif negatif (*Negative Legislator*) diperankan oleh Mahkamah Konstitusi<sup>2</sup>. Di Indonesia sendiri berdasarkan norma-norma yang diatur di dalam konstitusi yaitu UUD NRI 1945 kewenangan *Negative*

---

<sup>1</sup>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)

<sup>2</sup>*ibid*

*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 Inten* 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.<sup>3</sup>

## **B. RUMUSAN MASALAH**

Berdasarkan uraian dalam latar belakang di atas maka dapat dirumuskan permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimana Implementasi Fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai Negatif Legislator ?

## **C. TUJUAN PENELITIAN**

Penulisan ini secara umum bertujuan untuk memenuhi kewajiban sebagai Mahasiswa Fakultas Hukum yang akan menyelesaikan pendidikan guna memperoleh gelar Sarjana Hukum. Jika dilihat dari rumusan masalah yang telah dikemukakan, maka tujuan dari penelitian ini adalah :

1. Untuk mengetahui dan mengkaji fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Legislator*.
2. Menganalisis pelaksanaan fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Legislator* dan problem yang di hadapi.
3. Memberikan saran terkait pelaksanaan fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Legislator* kedepan.

---

<sup>3</sup> Mahfud MD., M., 2009, *Rambu Pembatas Dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi*. Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia , hlm 11

#### **D. MANFAAT PENELITIAN**

Adapun manfaat yang diperoleh dari penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Manfaat Ilmu pengetahuan
  - a. Secara teoritis hasil penelitian ini diharapkan dapat mengembangkan Ilmu Pengetahuan yang didapat selama kuliah di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.
  - b. Untuk lebih memperkaya khasanah keilmuan bagi penulis baik dibidang hukum secara umum dan secara khusus dibidang Hukum Tata Negara, serta dapat mengetahui keserasian antara ilmu hukum yang didapatkan dibangku kuliah dengan praktek yang ada di lapangan.
2. Manfaat Pembangunan Secara praktis hasil penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat bagi penulis serta dapat menjadi bahan masukan dan pertimbangan bagi seluruh pihak-pihak yang terkait, dalam hal ini baik masyarakat, pemerintah, maupun para penegak hukum.