

BAB IV

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. 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.

Pertama, hakim Konstitusi di dalam dasar pertimbangan putusannya menolak putusan Nomor 46/PUU-XIV/2016 tentang pengujian Pasal 284 Ayat (1), (2), (3), (4), (5), Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP secara keseluruhan dengan dalih yakni:

1. Mahkamah Konstitusi melihat adanya inkonsistensi antara posita dan petitum dalam permohonan. Karena di dalam permohonan yang diajukan oleh pemohon bukan lagi hanya memberikan pemaknaan baru atas norma yang sudah ada atau bukan lagi sekedar memperluas pengertian yang terdapat dalam norma yang dimohonkan oleh pemohon, melainkan pemohon menginginkan Mahkamah Konstitusi Untuk merumuskan tindak pidana baru. menurut Mahkamah Konstitusi sendiri wewenang untuk merumuskan suatu tindak pidana baru ialah tupoksi dari pembentuk Undang-Undang yang mempunyai wewenang tersebut.
2. menurut Mahkamah Konstitusi, apabila menghilangkan frasa tertentu dan atau menambah makna baru mengenai suatu norma hukum pidana, berarti juga harus mengubah sifat melawan hukum perbuatan tersebut. Karena jikalau tanpa melakukan penyesuaian di dalam ancaman pidana serta bentuk pengenaan pidana nya tidaklah bisa diterima oleh penalaran hukum dalam membuat satu norma hukum pidana, karena memang hal tersebut melekat pada jenis kualifikasi perbuatan yang bisa di pidana atau tidak bisa di pidana.

3. Pokok penting mengenai permohonan ini berhadapan dengan asas legalitas, dimana menjadi satu kewajiban penting yang harus diterapkan secara ketat dalam hukum pidana. Terutama mengenai kaitannya dengan *asas nullum crimen nula poena sine lege stricta*, tidak ada perbuatan pidana dan karenanya tidak ada pidana jika tidak ada hukum tertulis yang ketat. karena di dalam terminologi Undang-Undang yang terdapat di dalam keempat makna mengenai asas legalitas ialah merujuk pada pengertian Undang-Undang dalam arti yang sesungguhnya. Yakni produk hukum yang tertulis dan dibuat oleh lembaga pembentuk Undang-Undang di Indonesia yakni, (DPR) dan juga Presiden yang memang hakikatnya sebagai *Positive Legislator*, artinya produk hukum tersebut haruslah lahir dari kebijakan pidana atau politik hukum pidana "*criminal policy*".
4. Bahwa di dalam ingin melakukan kriminalisasi harus juga melihat kriteria-kriteria umum yang menjadi syarat apabila ingin mengkriminalisasi sebuah perbuatan.
5. Bahwa hukum pidana ialah *ultimatum remedium* atau sering disebut obat terakhir. Sehingga semua masalah sosial tidaklah harus diselesaikan melalui kebijakan hukum pidana. artinya, hukum pidana baru digunakan ketika memang kaidah-kaidah seperti halnya kaidah kesopanan, kaidah agama, kaidah kesusilaan, serta kaidah hukum di dalam bidangnya sudah tidak lagi mampu menjangkau atau memadai, oleh karena itu maka hukum pidana sering dikatakan sebagai obat paling akhir "*ultimum remedium*". Dengan demikian ketika membebankan permasalahan atau tanggung

jawab mengenai penataan perilaku sosial berupa perilaku yang dianggap menyimpang “*deviant behaviour*” semata-mata hanya kepada kaidah hukum, apalagi hanya kepada kaidah hukum pidana maka tidaklah proporsional, bahkan sama saja cenderung menyederhanakan segala persoalan. Karena belum tentu titik permasalahan ada pada fenomena sosial yang berkaitan erat karena lemahnya kaidah hukum tersebut, *in casu* hukum pidana. sehingga obat yang sebenarnya diperlukan untuk menyelesaikan masalah-masalah tersebut belum tentu semata-mata berupa perbaikan kaidah hukum, khususnya kaidah di dalam hukum pidana

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 sebagaian dari Undang-Undang yang ingin dibatalkan, karena pada hakikatnya dalam urusan mengatur itu ialah hak dari lembaga legislatif.³⁴ 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 :

³⁴ Moh Mahfud MD, 2007, *perdebatan Hukum Tata Negara*, LPES, Jakarta. Hlm 98-99

1. 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 Paspur berhak untuk memilih di dalam pemilihan umum*". Norma tersebut dibuat karena memang ketika Mahkamah Konstitusi memutuskan 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.
2. 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*.³⁵ 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 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)

³⁵ Maruar Siahaan, 2015, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* Edisi II, Sinar Garfika, Jakarta. Hlm 218

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 Legislators* sedangkan Mahkamah Konstitusi harus tetap menjaga kehormatannya sebagai *Negative Legislator* tidak boleh melampaui batas atau masuk ke ranah kekuasaan lain (legislatif). Karena akan terjadi Pergeseran

dari *Negative Legislator* menjadi *Positive Legislator*.³⁶ sebagaimana pendapat dari Prof Mahfud MD, di dalam pengujian Mahkamah Konstitusi tidak diperkenankan membuat putusan yang bersifat mengatur; pembatalan Undang-Undang tidak boleh disertai pengaturan, contoh dengan putusan pembatalan yang disertai isi, cara, dan lembaga yang yang berhak mengatur kembali isi Undang-Undang yang telah dibatalkan tersebut. 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.³⁷ 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.

³⁶ Nurrahman Aji Utomo, “Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang”, *Jurnal Hukum*, XII (Desember, 2015) Hlm 836

³⁷ Mahfud MD, “Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi”, *Jurnal Hukum Universitas Islam Indonesia*, IV (Oktober, 2009.), hlm. 453

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 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 kewenangan 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. Berbeda dengan bidang hukum lainnya, hukum pidana dengan sanksinya yang keras dan dapat mencakup perampasan kemerdekaan seseorang, bahkan nyawa seseorang, maka legitimasi negara untuk merumuskan perbuatan yang dilarang dan diancam pidana serta jenis sanksi yang diancamkan terhadap perbuatan itu dikonstruksikan harus datang dari persetujuan rakyat, yang dalam hal ini mewujud pada organ negara pembentuk undang-undang (Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden yang keduanya dipilih langsung oleh rakyat), bukan melalui putusan hakim atau pengadilan. Hanya dengan undang-undanglah hak dan kebebasan seseorang dapat dibatasi. Sejalan dengan dasar pemikiran ini, 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 dekriminialisasi terhadap suatu perbuatan yang diatur dalam undang-undang karena dinilai bertentangan dengan hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara sehingga harus dapat diuji konstiusionalitasnya. 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. Oleh karena itu, meskipun secara konstitusional memiliki kewenangan menetapkan kebijakan kriminalisasi, pembentuk undang-undang pun harus sangat berhati-hati. Pembentuk undang-undang harus benar-benar memperhatikan bukan hanya perkembangan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai pandangan hidup Bangsa Indonesia tetapi juga perkembangan dunia. Simposium Pembaruan Hukum Nasional yang dilakukan di Semarang pada bulan Agustus 1980, untuk menunjuk sebuah referensi, merekomendasikan bahwa untuk menetapkan kebijakan kriminalisasi perlu diperhatikan kriteria umum, yaitu:

1. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan, atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban;
2. Apakah biaya mengkriminalisasi seimbang dengan hasilnya yang akan dicapai, artinya cost pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai;
3. Apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya;
4. Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa Indonesia, sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.

Berbagai kriteria umum di atas tentu harus dipertimbangkan dari berbagai aspek. Penilaian terhadap kriteria pertama akan bersentuhan dengan aspek norma-norma moral, adat, dan agama. Pada ranah ini, kesepakatan-kesepakatan politik melalui lembaga perwakilan antara kelompok yang berbeda agama, aliran, dan golongan di Indonesia amat diperlukan. Sementara kriteria kedua harus dipenuhi dengan melakukan penghitungan secara cermat ihwal dampak dikriminalkannya suatu perbuatan. Sedangkan kriteria ketiga mesti dipenuhi dengan mempertimbangkan beban kerja aparat penegak hukum jika suatu perbuatan ditetapkan sebagai tindak pidana. Adapun untuk kriteria

terakhir dibutuhkan simulasi dan antisipasi yang memadai ihwal akibat dari penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana agar keseimbangan hak individu dan masyarakat sebagai salah satu tujuan pemidanaan tetap dapat dijaga. Sekali lagi, meskipun pembentuk undang-undang secara konstitusional memiliki kewenangan untuk menetapkan kebijakan kriminalisasi, hanya dengan dukungan hasil riset yang intensiflah kiranya segala argumentasi yang akan dipakai untuk memenuhi keempat kriteria umum di atas memperoleh legitimasinya

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)”

Ketika memeriksa secara saksama dalil-dalil yang dikemukakan para Pemohon, nyata kalau Permohonan *a quo* bertolak dari anggapan bahwa semua persoalan yang merupakan fenomena sosial dalam masyarakat berupa perbuatan yang oleh para Pemohon dinilai sebagai perbuatan atau perilaku menyimpang, bahkan sebagai persoalan besar bangsa, akan terselesaikan secara efektif apabila perbuatan atau perilaku menyimpang yang menjadi fenomena sosial itu dinyatakan sebagai tindak pidana dan menghukum atau menjatuhkan pidana terhadap pelakunya. Dalam hubungan ini, penting direnungkan bahwa hukum hanyalah salah satu kaidah sosial atau kaidah kemasyarakatan yang bertujuan menciptakan sekaligus memelihara tertib sosial dalam kehidupan masyarakat. Terdapat banyak kaidah sosial atau kaidah kemasyarakatan lainnya yang juga bertujuan menciptakan dan memelihara tertib sosial dimaksud, yaitu kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan, dan kaidah agama. Pandangan para sosiolog yang telah diterima secara umum menyatakan bahwa ketertiban sosial akan tercipta manakala segenap kaidah kemasyarakatan itu bekerja atau berfungsi dengan baik, dimulai dari kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan, kaidah agama, dan terakhir barulah kaidah hukum. Tugas hukum akan menjadi jauh lebih ringan manakala kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan, dan kaidah agama itu ditaati oleh masyarakat yang lahir dari kesadaran bahwa kaidah-kaidah itu dibutuhkan dalam kehidupan bermasyarakat sehingga menimbulkan rasa wajib moral untuk

mentaatinya. Khusus dalam kaitannya dengan kaidah hukum, kaidah yang ada dalam bidang atau lapangan hukum pidana menempati urutan terakhir. Artinya, hukum pidana baru akan digunakan apabila kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan, kaidah agama, dan kaidah hukum dalam bidang atau lapangan hukum lainnya telah tidak memadai lagi. Oleh karena itulah hukum pidana dikatakan sebagai “obat terakhir” (*ultimum remedium*).

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.

B. AKIBAT HUKUM MAHKAMAH KONSTITUSI SEBAGAI NEGATIVE LEGISLATOR

Berbicara negatif legislator berarti berbicara mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji konstusionalitas suatu undang-undang. *Negative Legislator* merupakan suatu fungsi lembaga peradilan untuk membatasi kekuasaan legislatif 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 negatif 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 *Positive 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 putusanya 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 negatif 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.³⁸ Carl J. Friedrich mengartikan konstitusionalisme sebagai serangkaian aktifitas yang diatur dan dilaksanakan demi kepentingan rakyat tetapi tunduk pada sederetan batasan,³⁹ 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.⁴⁰ 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 *Legislatif Power*.

Banyak pihak dan bahkan pakar hukum yang menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman adalah

³⁸ Afiuka Hadjar dalam Ni'matul Huda, *Politik Ketatanegaraan Indonesia (Kajian terhadap Dinamika Perubahan UUD 1945)*, Yogyakarta, FH UII Press, 2003, hlm. 223

³⁹ Carl J. Fredrich dalam Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Jakarta: Gramedia, 2008) hal. 171

⁴⁰ C.J Bax dan G.F.M van der Tang, "*Theses on CONTROL IN constitutional Law*" dalam Carla M. Zoethout, Ger van der TANG, Piet Akkermans (editor), *Control in Constitutional Law*, Dordrecht, The Netherlands: Martinu Nijhoff Publishers, 1993, hlm. 88.

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 (*Positif 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 legislatif 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 legislatif *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 di perbolehkan 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 positif 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 negatif 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.

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

Penegakan hukum konstitusi yang tercermin dalam kewenangan MahkamahKonstitusi sebagai bagian dari sistem pemisahan kekuasaan (*separation of power*).⁴¹ 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

⁴¹ Maruar Siahaan, "Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Penegekan Hukum Konstitusi", *Jurnal Hukum*, XVI (Juli, 2009), hlm. 376

cabang-cabang legislatif, eksekutif dan yudikatif dengan mengedepankan adanya hubungan *checks and balances* antara satu sama lain.⁴²

Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis, menganut kedaulatan rakyat dan juga sekaligus kedaulatan hukum. sebagai negara hukum, segala bentuk tindakan yang dilakukan oleh penyelenggara negara dan warga negara harus sesuai dengan aturan hukum yang berlaku. di dalam hal ini hukum adalah hierarki tatanan norma yang puncaknya adalah konstitusi, yaitu Undang-Undang Dasar 1945 (UUD). dengan demikian pelaksanaan dari konteks demokrasi juga harus berdasarkan pada setaip aturan hukum yang berpuncak pada Undang-Undang Dasar 1945 (UUD). sebagai bentuk pelaksanaan dari konsepsi negara yang demokratis maka diterapkanlah prinsip saling mengimbangi dan juga mengawasi antara sesama lembaga negara (*Check and Balances*).

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 di intervensi 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

⁴² Aninditya Eka Bintari, "Mahkamah Konstitusi sebagai Negative Legislator dalam Penegakan Hukum Tata Negara", *Jurnal Hukum Pandecta*, VIII (Januari, 2013) hlm. 87

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. Dalam hal ini Mahkamah Konstitusi memiliki kedudukan, kewenangan serta kewajiban konstitusional menjaga atau menjamin terselenggaranya konstitusionalitas hukum.

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.⁴³ Berfungsinya MK sebagai kekuasaan kehakiman yang independen merupakan katup penekan atas tindakan pelanggaran hukum di bidang ketatanegaraan

⁴³ Tanto Lailam, “Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Mengatur Undang-Undang yang Mengatur Eksistensinya”, *Jurnal Konstitusi*, XII (Desember, 2015) hlm 796

tanpa terkecuali. Selain itu, keberadaan MK merupakan keharusan bagi suatu Negara hukum yang demokratis dan merupakan konsekuensi perkembangan ketatanegaraan, serta politik hukum konstitusi.⁴⁴

Dalam konteks ketatanegaraan, Mahkamah Konstitusi dikonstruksikan sebagai pengawal konstitusi yang berfungsi menegakkan keadilan konstitusional ditengah masyarakat, Mahkamah Konstitusi bertugas mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen negara secara konsisten dan bertanggungjawab, 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”, pasal tersebut sudah jelas bahwa Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan pengujian undang-

⁴⁴ Abdul Latif, *Fungsi Mahkamah Konstitusi: Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*, Yogyakarta, Total Media, 2009, hlm 77

undang. sebab Mahkamah Konstitusi di desain untuk menguji undang-undang tanpa boleh ikut campur dalam pekerjaan legislasi.⁴⁵

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 legislatif,⁴⁶ Meski begitu ada juga yang berpendapat bahwa boleh dilakukan oleh Mahkamah Konsitusi jika isi undang-undang yang dimintakan *Judicial Review* berkaitan langsung dengan pasal-pasal lain yang tak dapat dipisahkan. Pemikiran seperti itu wajar, tetapi kalau sebuah pasal undang-undang yang dimintakan uji materi ada kaitan dengan pasal-pasal lain yang tidak diminta untuk dibatalkan maka pembatalan tak bisa dilakukan atas pasal yang tidak diminta itu karena kalau itu dilakukan berarti merambah ke ranah legislatif. Bahwa pasal yang dibatalkan itu berkaitan dengan pasal lain, biarkan pembetulan/revisinya dilakukan oleh lembaga legislatif sendiri melalui *Legislative Review*. Jika ada pasal di dalam undang-undang menjadi tidak berlaku karena ada pasal lain yang dibatalkan oleh MK dengan sendirinya pasal tersebut tak dapat dilaksanakan sehingga dengan sendirinya pula lembaga legislatif dituntut untuk melakukan *Legislative Review*.⁴⁷

⁴⁵ Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Pers, 2007, hlm.76

⁴⁶ Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta, Rajawali Pers, 2009, hlm.281-284.

⁴⁷ Mahfud MD, *Konstitusi...Op.Cit.*, hlm 454

Sebagaimana yang di jelaskan oleh Jimly Asshiddiqie, bahwa posisi MK adalah sebagai negative legislator, yang berarti Mahkamah Konstitusi hanya dapat memutus sebuah norma dalam satu undang-undang bertentangan dengan konstitusi, tanpa boleh memasukan norma baru ke dalam undang- undang.⁴⁸ 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*,⁴⁹*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

⁴⁸ Jimly Asshidiqi, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta:PT Bhuana Ilmu Populer,2007, hal. 609

⁴⁹ Mahfud MD, *Makalah Penuangan Nilai-Nilai Pancasila dalam Peraturan Perundang-undangan*, 2008, hlm 11

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 materiil, 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 berlaku dengan menggunakan original intent Undang-Undang Dasar 1945 sebagai tolak ukurnya.⁵⁰

⁵⁰ Steven Supranto, "Daya Ikat Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang "Testimonium De Audit" Dalam Peradilan Pidana", *Jurnal Yudisial*, VII (Maret, 2014), hlm 42