

PROGRESIVITAS HAKIM KONSTITUSI DALAM MEMBUAT PUTUSAN (Analisis Terhadap Keberadaan Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat Positive Legislature)

Martitah

Fakultas Hukum Universitas Negeri Semarang
Sekaran Gunungpati Semarang
Email : martitahlatif@yahoo.co.id

Abstract

Under Article 56 and Article 57 of Law Number 24 Year 2003 regarding the Constitutional Court, the position of the Constitutional Court in testing the law merely as a negative legislator. But from some of the existing ruling, the Constitutional Court made several decisions that sometimes are not just cancel the norm, but also make decisions that are set (positive Legislature). In the juridical-normative perspective, the actions of the judicial activism that led to the positive position of the Legislature is a violation of boundary signs. However, if the study, some of the Constitutional Court ruling that the Legislature containing positive showing a progressive law enforcement side. Therefore, the next question is, why the judge in the Constitutional Court Act makes testing positive verdict Legislature. To answer these questions, is used qualitative research methods with the paradigms of constructivism and hermeneutic approach to the socio-legal research. From this research can be concluded that positive legislature decisions made □ □ are based on legal considerations, philosophical and sociological considerations which can not be separated from interpretation of the law. Law is not only seen from the perspective of law texts, but in context to realize the benefits and justice. In this context, the law enforcement of the Constitutional Court can be categorized as a form of progressive law enforcement.

Key words: progression, decision, Positive Legislature

Abstrak

Berdasarkan ketentuan Pasal 56 dan Pasal 57 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, kedudukan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang hanya sebatas sebagai negative legislator. Namun dari beberapa putusan yang ada, Mahkamah Konstitusi terkadang membuat beberapa putusan yang tidak hanya membatalkan norma, melainkan juga membuat putusan yang bersifat mengatur (positive legislature). Dalam perspektif yuridis-normatif, tindakan aktivisme yudisial yang mengarah pada kedudukan positive legislature tersebut adalah sebuah pelanggaran rambu pembatas. Namun demikian, apabila telaah, beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang mengandung positive legislature tersebut menampakkan segi penegakan hukum yang progresif. Karena itu yang menjadi pertanyaan selanjutnya adalah, mengapa hakim MK dalam pengujian UU membuat putusan positive legislature. Untuk menjawab pertanyaan tersebut, digunakanlah metode penelitian kualitatif dengan paradigma konstruktivisme dan pendekatan hermeneutik pada penelitian socio-legal. Dari penelitian yang dilakukan, didapatkanlah kesimpulan bahwasanya dibuatnya putusan yang bersifat mengatur tersebut didasarkan pada pertimbangan hukum, filosofis dan sosiologis yang tidak terlepas dari penafsiran hukum. Hukum tidak hanya dilihat dari kacamata teks undang-undang belaka, melainkan menghidupkan kemaslahatan dalam kontekstualitasnya. Dalam kontek ini penegakan hukum di Mahkamah Konstitusi dapat dikategorikan sebagai bentuk penegakan hukum yang progresif.

Kata kunci : Progresifitas, Putusan , Positive Legislature

A. Pendahuluan

Mahkamah Konstitusi sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*) dibentuk berdasarkan amanat Pasal 24C UUD NRI Tahun 1945 yang ditindaklanjuti dengan diterbitkannya UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.¹ Dibentuknya Mahkamah Konstitusi ini dimaksudkan sebagai pengawal konstitusi sebagai hukum tertinggi (*supreme law of the land*) agar benar-benar ditegakkan dalam penyelenggaraan kehidupan kenegaraan sesuai dengan prinsip negara hukum modern.

Dalam menegakkan konstitusi, Mahkamah Konstitusi diberikan seperangkat kewenangan pokok dan kewajiban konstitusional, sebagaimana diatur dalam Pasal 24C ayat (1) UUD NRI Tahun 1945. Kewenangan Mahkamah Konstitusi yaitu: (1) Berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; (2) Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; (3) Memutus pembubaran partai politik, dan (4) Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Mahkamah Konstitusi mempunyai kewajiban memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Sebagai lembaga penegak konstitusi, Mahkamah Konstitusi dalam melaksanakan kewenangannya menguji undang-undang tidak mungkin melepaskan dirinya dari pertimbangan aspek politik, hukum, moral maupun sosial dan budaya bangsa. Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara di bidang kekuasaan kehakiman, harus senantiasa berperan sebagai "penjaga keseimbangan" antara konstitusi dengan berbagai kepentingan, sehingga putusan yang ditetapkan oleh Mahkamah Konstitusi akan dirasakan adil dan benar dalam pemenuhan

kehidupan berbangsa dan bernegara.

Putusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi memiliki dampak yang sangat luas, bukan saja bagi pihak pemohon, lembaga legislatif dan penegak hukum, akan tetapi juga bagi masyarakat pada umumnya. Selain berdampak luas, putusan Mahkamah Konstitusi juga mempengaruhi aspek-aspek fundamental dalam sistem hukum, sistem bernegara dan bermasyarakat.

Berdasarkan ketentuan Pasal 56 dan Pasal 57 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Putusan Mahkamah Konstitusi dalam menguji Undang Undang sebatas pada membatalkan peraturan apabila peraturan tersebut dianggap bertentangan dengan UUD 1945 (*negative legislator*), atau membiarkan peraturan tetap berlaku apabila dianggap tidak bertentangan. Dalam perkembangannya sekarang ini, Mahkamah Konstitusi terkadang membuat putusan yang bersifat mengatur (*positive legislature*). Putusan Mahkamah Konstitusi yang substansi mengaturnya lebih banyak, misalnya: Putusan No. 4/PUU-VII/2009, Putusan No. 102/PUU-VII/2009, dan Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009. Penetapan putusan tersebut menunjukkan Mahkamah Konsitusi melaksanakan fungsinya tidak hanya sebagai *negative legislator*, akan tetapi juga membuat putusan yang berisi norma pengaturan (*positive legislature*).

Apabila ditelaah, beberapa putusan Mahkamah Konstitusi *positive legislature* tersebut menampakkan segi penegakan hukum yang progresif. Hakim konstitusi lebih memilih keadilan dan kemanfaatan dari pada terpaku pada aspek prosedural. Penafsiran hukum oleh para hakim cenderung menampakkan penafsiran yang ekstensif dan meluas dalam rangka menegakkan pilar-pilar demokrasi dan perlindungan konstitusional warga negara. Putusan Mahkamah Konstitusi ini secara normatif dan teoritik memiliki keunikan yang dapat menjadikan wacana dan diskursus baru untuk dielaborasi secara akademik. Berdasarkan uraian di atas, dapat dirumuskan

1. Undang-Undang Mahkamah Konstitusi telah diubah dengan jo Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

permasalahan berikut:

1. Apa yang menjadi dasar pertimbangan hakim MK dalam membuat putusan *positive legislature*?
2. Apakah dengan putusan *positive legislature* itu MK telah melakukan *rule breaking*?

B. Pembahasan

1 Mahkamah Konstitusi antara *Negative Legislator vs. Positive Legislator*

Menurut John Marsall, kewenangan untuk melakukan *judicial review* terhadap produk hukum legislatif dilandasi oleh tiga sebab. *Pertama*, Hakim bersumpah menjunjung tinggi Konstitusi, sehingga jika ada peraturan yang bertentangan dengan konstitusi, maka hakim harus melakukan pengujian terhadap peraturan tersebut. *Kedua*, konstitusi adalah *the supreme law of the land*, sehingga harus ada peluang pengujian terhadap peraturan yang di bawahnya agar isi konstitusi tidak dilanggar. *Ketiga*, hakim tidak boleh menolak perkara, sehingga kalau ada yang mengajukan *judicial review* permintaan tersebut harus dipenuhi.² Berdasarkan hasil penelitiannya, Moh. Mahfud MD menambah satu alasan lagi mengapa *judicial review* penting untuk menjaga konsistensi politik hukum agar tetap pada rel konstitusi (politik konstitusi), karena hukum merupakan produk politik, sehingga bisa saja undang-undang berisi hal-hal yang bertentangan dengan UUD atau konstitusi.³

Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar adalah wujud terlembagakannya supremasi konstitusi dalam sistem ketatanegaraan. Dengan kewenangannya menghilangkan keberlakuan suatu norma undang-undang, Mahkamah Konstitusi sering disebut sebagai *negative legislator*, sebaliknya parlemen sebagai pembuat undang-undang (*positive legislator*). Hans Kelsen⁴ menyatakan, *the annulment of a law is legislative function, an-ac-so to speak-of*

positive legislation. A court wich is competent to abolish laws-individually or generally-function as a negative legislator. Dalam perspektif yuridis-normatif, keberadaan ketentuan Pasal 56 dan Pasal 57 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi secara ketat hanya memberikan ruang bagi Mahkamah Konstitusi sebagai *negative legislator*.

Perkembangan pengujian undang-undang terhadap konstitusi (*constitutional review*) dalam kerangka *checks and balances* yang dilakukan badan yudikatif yang semula dikatakan Kelsen sebagai "*negative legislation*", justru sekarang dikatakan oleh Christopher Wolfe,⁵ telah menjadi "*positive legislation*", melalui apa yang disebut "*judge made law*" di bidang konstitusi yang menurutnya sekarang telah diterima di Amerika Serikat. Melalui beberapa putusannya, Mahkamah Konstitusi Indonesia juga telah memasuki wilayah yang dalam tradisi *common law* dikenal dengan *judicial activism*, ialah suatu pemikiran hakim dalam putusan yang kadang-kadang terlihat liberal-progresif dalam pertimbangan hukum putusan.⁶ Aktivisme yudisial juga dipahami sebagai dinamika para hakim yang memegang kekuasaan kehakiman ketika membuat putusan tanpa melampaui batas-batas konstitusi. Aktivisme yudisial lebih melihat makna filosofis penafsiran konstitusi yang memandang konstitusi tidak hanya sebagai *rule and logic*, namun lebih sebagai prinsip-prinsip pemerintahan konstitusional yang wajib dijalankan.

Dewasa ini, aktivisme yudisial berkembang cepat hampir di seluruh negara dunia. Gagasan yang dahulu lahir dalam praktik atau tradisi *common law*, saat ini juga merambah di negara-negara yang bertradisi *civil law system*. Namun demikian, diskursus mengenai hal ini turut pula melahirkan pro-kontra di kalangan para elit, akademisi, praktisi, hingga hakim. Di sinilah letak dinamika pemikiran hukum.

2. Moh. Mahfud MD, 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen*, Jakarta, LP3ES, hlm. 96-97.

3. Moh. Mahfud MD, 1999, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, Jakarta, LP3ES, hlm. 130.

4. Hans Kelsen, 1961, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, New York, Russell & Russell, hlm. 268.

5. Maruarar Siahaan, 2008, *Undang-Undang dasar 1945 Konstitusi yang Hidup*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, hlm. 56.

6. *Black's Law Dictionary* mendefinisikan *judicial activism* sebagai "*philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions*". Aktivisme yudisial merupakan proses pengambilan putusan pengadilan melalui pendekatan berbeda. Lihat Pan Mohamad Faiz, *Konstitusi Dan Aktivisme Yudisial*, Kolom Opini Jurnal Nasional - Selasa, 25 Agustus 2009. hlm 5.

Tentu selalu ada pihak-pihak yang tidak puas terhadap tindakan-tindakan Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan dengan menerapkan prinsip *rule breaking* sebagaimana dalam putusan yang bersifat *positive legislature*. Hal ini tidak terlepas dari mazhab dan paradigma pemikiran positivisme hukum yang memang menguasai sebagian besar praktisi dan akademisi hukum. Kekhawatiran seperti ini tidak hanya terjadi di Indonesia, melainkan juga di beberapa negara yang melembagakan pengujian konstitusional dalam sistem ketatanegaraanya.

Terhadap masalah ini, Rupert Scholz⁷ berpandangan bahwa Mahkamah Konstitusi tetap saja harus selalu mentaati batas-batas politik konstitusi dan politik pembuatan undang-undang yang mandiri. Tarik-menarik antara yudikatif dan politik haruslah selalu dijaga, hakim harus selalu hati-hati dan membatasi diri secara ketat. Ia terangnya terang tidak menampik bahwa Mahkamah Konstitusi Federal Jerman dalam beberapa waktu telah melanggar batas politik konstitusional dengan menjadi pengganti pembuat undang-undang yang mandiri. Namun demikian, ia menyatakan bahwa betapa dalam perjalanan waktu tersebut, Mahkamah Konstitusi Federal Jerman dalam beberapa dasawarsa terakhir telah memainkan peranan yang besar dan tidak dapat diabaikan secara konstitusional, bahwa Mahkamah Konstitusi Federal Jerman telah menjadi pelindung konstitusi yang sesungguhnya.

Akhirnya, dapatlah diibaratkan sebagai sebuah pintu darurat, sikap aktivisme yudisial dengan membuat putusan *positive legislature* dapat menjadi salah satu jalan dalam mempertahankan sistem demokrasi konstitusional. Sebaliknya, jika digunakan bukan dalam kondisi kasus yang tepat justru berpotensi menghasilkan dampak yang kontra-produktif. Antusiasme yang berlebihan justru dapat menyebabkan iklim yang tidak sehat bagi pertumbuhan demokrasi itu sendiri. Untuk

menjaganya, maka aktivisme yudisial perlu selalu dikawal dengan kritis akademik yang konstruktif, sehingga pengadilan tidak akan kehilangan legitimasinya.

2 *Ratio Decidendi* Putusan *Positive Legislature* (Telaah Beberapa Putusan Terpilih)

Sejak Mahkamah Konstitusi menjalankan kewenangannya dalam menguji undang-undang terdapat beberapa putusan yang bersifat mengatur (*positive legislature*). Putusan-putusan *positive legislature* tersebut umumnya terdapat pada putusan *conditionally constitutional* maupun *conditionally unconstitutional*.⁸ Dari penelusuran dokumen putusan Mahkamah Konstitusi sejak tahun 2003 sampai dengan 22 September 2011 setidaknya terdapat 21 putusan konstitusional bersyarat. Dari dua puluh satu putusan bersyarat tersebut, hanya diambil tiga putusan untuk dianalisis dalam tulisan ini, yaitu Putusan No. 4/PUU-VII/2009, Putusan No. 102/PUU-VII/2009, dan Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009. Pengambilan ketiga putusan tersebut didasarkan atas pertimbangan bahwa isi putusan-putusan tersebut memiliki lebih banyak substansi norma pengaturan dan terlebih melihat dari kualitas akibat hukum yang ditimbulkannya, putusan ini dapat dikategorikan sebagai *landmark decision*.

a. Putusan MK Nomor 102/PUU-VII/2009

"Pilpres Boleh Memakai KTP atau Paspor", itulah kiranya rumusan kalimat singkat yang tepat untuk menggambarkan amanat dari Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009. Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan Refly Harun dan Maheswara Prabandono atas pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden untuk sebagian dan menyatakan bahwa Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*)

7. Ibid. hlm. 12.

8. Putusan *conditionally constitutional* merupakan jenis putusan yang menyatakan bahwa suatu norma adalah konstitusional atau tidak bertentangan dengan konstitusi bila dimaknai sesuai dengan yang ditentukan Mahkamah Konstitusi. Sedangkan putusan *conditionally unconstitutional* merupakan jenis putusan yang menyatakan bahwa suatu norma adalah bertentangan dengan konstitusi bila tidak sesuai dengan yang ditentukan Mahkamah Konstitusi.

pada hari Senin 6 Juli 2009 di Ruang Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi, tepatnya dua hari menjelang proses pemungutan suara Pilpres tahun 2009 berlangsung.

Dalam pertimbangan hukumnya Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa hak-hak warga negara untuk memilih telah ditetapkan sebagai hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara (*constitutional rights of citizen*), sehingga oleh karenanya hak konstitusional tersebut tidak boleh dihambat atau dihalangi oleh berbagai ketentuan dan prosedur administratif apapun yang mempersulit warga negara untuk menggunakan hak pilihnya. Mahkamah Konstitusi menganggap bahwa ketentuan yang mengharuskan seorang warga negara terdaftar sebagai pemilih dalam DPT adalah lebih merupakan prosedur administratif semata dan karenanya pula tidak boleh menafikkan hal-hal yang bersifat substansial, yang dalam hal ini adalah hak warga negara untuk memilih (*right to vote*) dalam pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden.

Di sisi lain, dalam konteks kasus Pilpres 2009, mengingat mendesaknya waktu pelaksanaan pemungutan suara Pilpres menyebabkan pembenahan DPT melalui pemutakhiran data menjadi sangat sulit dilakukan oleh penyelenggara pemilu (KPU). Terkait dengan kondisi tersebut, dalam rangka tetap menjaga pemenuhan hak konstitusional warga negara dan tidak menimbulkan kerugian hak konstitusional warga negara, Mahkamah Konstitusi memandang bahwa penggunaan KTP atau Paspor yang masih berlaku untuk memilih adalah solusi yang paling logis, bahkan juga umum diterapkan dalam pemilu di negara-negara lain. Tentu pilihan Mahkamah Konstitusi dalam waktu yang sangat mepet ini memiliki banyak resiko dalam penyelenggaraan pemilu, baik di tataran pelaksana pusat sampai di tingkat Tempat Pemungutan Suara (TPS).

Dalam konklusinya Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa permohonan para Pemohon terhadap Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 beralasan hukum, namun

Mahkamah menilai bahwa permohonan para Pemohon adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) sepanjang tidak menghilangkan hak pilih warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dalam Pilpres. Menyadari potensi-potensi kekacuan dalam penyelenggaraan pemungutan suara dalam Pilpres tersebut, akhirnya Mahkamah Konstitusi melekatkan seperangkat amar yang sesungguhnya mengandung muatan *positive legislature* (menemukan norma baru dan bersifat mengatur) yang terumus dalam amar putusannya.

b. Putusan Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009

Perkara Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009 merupakan permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang diajukan oleh 4 (empat) Pemohon sekaligus dalam register perkara yang berbeda. Mereka adalah Partai Hanura, Ahmad Yani dkk. (berkedudukan sebagai Caleg PPP), Partai Gerindra dan Partai Keadilan Sejahtera.

Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangan hukumnya menganggap bahwa keberadaan Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3), dan Pasal 212 ayat (3) UU 10/2008 telah menimbulkan tafsir yang berbeda-beda. Multi tafsir tersebut telah menimbulkan kontroversi yang tajam di tengah-tengah masyarakat. Multi tafsir ini setidaknya termuat dalam Peraturan Komisi Pemilihan Umum Nomor 15 Tahun 2009, sebagaimana telah diubah dengan Peraturan KPU Nomor 26 Tahun 2009 dan penafsiran yang termuat dalam Putusan Mahkamah Agung (MA) Nomor 012 P/HUM/2009, Nomor 015 P/HUM/2009, dan Nomor 016P/HUM/2009.

Mahkamah Konstitusi berpandangan bahwa asas pemilu yang dianut oleh UU No.10 Tahun 2008 adalah asas proporsional terbuka, sehingga dikehendaki adanya proporsionalitas atau kedekatan antara persentase perolehan suara dan persentase perolehan kursi dengan deviasi yang sedapat mungkin dihindari. Dengan prinsip tersebut, maka

apabila Pasal 205 ayat (4) UU 10/2008 yang berkaitan dengan frasa "suara sekurang-kurangnya 50% (lima puluh perseratus) dari BPP DPR ditafsirkan untuk memperhitungkan kembali perolehan suara secara utuh partai politik yang telah mendapatkan kursi berdasarkan tahap pertama dengan dasar BPP akan menyebabkan terjadinya penghitungan lebih dari satu kali, oleh karenanya jika penafsiran ini diterapkan maka akan tidak sesuai dengan sistem proporsional yang menjadi sistem yang dipilih oleh UU No.10/2008.

Terhadap Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU No.10/2008, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa maksud frasa "sisa suara" bukan hanya sisa suara dari perolehan suara partai politik setelah dikonversikan menjadi kursi berdasarkan BPP, akan tetapi juga mencakup perolehan suara partai politik yang tidak memenuhi BPP dan belum digunakan dalam penghitungan kursi tahap sebelumnya. Dengan serangkaian pertimbangannya tersebut, akhirnya Mahkamah Konstitusi berkesimpulan bahwa Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU No.10/2008 adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) yang berarti tetap konstitusional sepanjang diartikan sebagaimana amar putusan Mahkamah Konstitusi.

c. Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009

Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa dari perspektif moralitas hukum yaitu keadilan, rumusan norma yang demikian meskipun telah memenuhi persyaratan prosedural, tidak serta merta dapat dikategorikan sebagai *legal policy* yang tidak dapat diuji konstitusionalitasnya sebagaimana keterangan Pemerintah, karena norma hukum *a quo* jelas tidak memenuhi rasa keadilan. Bahkan dalam konklusinya⁹ Mahkamah Konstitusi menyatakan sebagai berikut: "Norma hukum tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih" yang terkandung dalam Pasal 12

huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU 10/2008 serta Pasal 58 huruf f UU 12/2008 jika diberlakukan tanpa syarat-syarat tertentu tidak dapat menegasi prinsip persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan serta melanggar hak seseorang atau warga negara atas perlakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, dan hak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan, yang pada hakikatnya merupakan moralitas hukum dan moralitas konstitusi.

Meskipun demikian, sebagaimana Pertimbangan Hukum Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (*elected officials*) – "hal tersebut tidaklah sepenuhnya diserahkan kepada rakyat tanpa persyaratan sama sekali dan semata-mata atas dasar alasan bahwa rakyatlah yang akan memikul segala resiko pilihannya". Oleh karena itu, agar rakyat dapat secara kritis menilai calon yang akan dipilihnya, maka Mahkamah Konstitusi memberikan pembatasan-pembatasan (baca pengaturan lebih lanjut), dengan ketentuan bahwa keberadaan pasal-pasal dimaksud harus dianggap inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*), sepanjang:

- (1) berlaku bukan untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (*elected officials*) sepanjang tidak dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak pilih oleh putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
- (2) berlaku terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun setelah mantan terpidana selesai menjalani pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
- (3) kejujuran atau keterbukaan mengenai latar belakang jati dirinya sebagai mantan terpidana;
- (4) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

Berdasarkan analisis dokumen di atas, dapatlah disimpulkan bahwa dasar pertimbangan hakim

9. Lihat Putusan MK Nomor 4/PUU-VII/2009.

Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang isinya mengatur (*positive legislature*) mencakup pertimbangan hukum, yaitu untuk menjamin hak-hak konstitusional warga negara dan pertimbangan argumentasi. Pertimbangan menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Pertimbangan tersebut dalam rangka mewujudkan keadilan substantif. Pertimbangan argumentasi yaitu melalui metode penafsiran untuk menemukan hukum. Pada kasus putusan *positive legislature* yang dikaji dalam tulisan ini, misalnya Hakim MK mendasarkan pada penafsiran restriktif dan ekstensif. Penafsiran restriktif yaitu penyempitan arti, pada Putusan No. 4/PUU-VII/2009. Putusan MK sebelumnya yaitu Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 tanggal 11 Desember 2007, Mahkamah dalam amar putusannya telah menolak permohonan pengujian Pasal 58 huruf f UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (UU 32/2004), Pasal 6 huruf t UU Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (UU 23/2003), Pasal 16 ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 ayat (2) huruf d UU Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (disingkat UU MA), dan Pasal 13 huruf g UU Nomor 16 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan (UU BPK), yang kesemuanya memuat norma hukum mengenai syarat "tidak pernah dijatuhi pidana dengan pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih", meskipun formulasinya tidak persis sama. Norma hukum yang terkandung dalam pasal-pasal berbagai Undang-Undang yang dimohonkan pengujian dinyatakan sebagai konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), yakni dikecualikan untuk tindak pidana yang bersifat kealpaan ringan (*culpa levis*) dan tindak pidana karena alasan perbedaan pandangan politik.

Sementara Putusan MK 4/PUU-VII/2009 menguji Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10/2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan Pasal 58 huruf f UU No. 12/2008 tentang Perubahan Kedua

Atas UU No. 32/2004 tentang Pemerintah Daerah, sehingga meskipun norma yang diuji sama tetapi karena Pasal dan UU serta pemohonnya berbeda, maka penyempitan arti dalam Putusan MK 4/PUU-VII/2009 dibenarnya. Kekhususan karakter jabatan-jabatan publik tertentu menyebabkan tidak semua jabatan publik dapat demikian saja ditentukan persyaratan dengan menggunakan rumusan norma yang bersifat umum, sehingga perlu pembedaan persyaratan.

Penyempitan arti dari norma" tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam hukuman penjara 5 tahun atau lebih, dalam putusan sebelumnya" tidak termasuk delik culpa dan delik politik", yang sudah pernah diuji MK pasal a quo telah mengalami "penyempitan arti" yang kemudian dilanjutkan dengan adanya putusan MK No 4/PUU-VII/2009, lebih disempitkan lagi.

Penafsiran ekstensif tampak pada perluasan arti pada Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009 dan Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009. Pada Putusan No.102/PUU-VII/2009, norma "pemilih pemilu Presiden dan Wakil Presiden adalah pemilih yang terdaftar dalam DPT" mengalami perluasan yaitu meliputi juga warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan syarat-syarat yang ditentukan oleh MK. Pada Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009, norma "sisa suara" mengalami perluasan makna yang meliputi sisa suara baik yang belum digunakan maupun sisa suara yang telah dihitung.

3. Putusan *Positive Legislature* dan Penegakan Hukum yang Progresif

Laica Marzuki (hasil wawancara) melihat bahwa tindakan Mahkamah Konstitusi dalam mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur sebagai bentuk dari *judicial activism*. Mantan Hakim Agung sekaligus Hakim Konstitusi yang pernah menjabat Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi ini menyatakan, "Biarkan saja tindakan Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang bernuansa *positive legislature*

berkembang sesuai dengan dinamika perkembangan dalam masyarakat.¹⁰ Kecenderungan *judicial activism* memang berkembang di berbagai negara, tidak hanya di negara-negara yang bertradisi *common law* yang memang bersendikan *judge made law*, akan tetapi juga merambah pada praktik pengujian konstitusional di negara-negara yang bertradisi *civil law*.

Terkait dengan putusan *positive legislature* ini Ahmad Fadlil Sumadi (hasil wawancara)¹¹ berpendapat, bahwa pertimbangan hakim Mahkamah Konstitusi membuat putusan ialah *ratio decidendi*, yang dapat berdasarkan hukum, argumentasi, ataupun pendapat hakim. Kalau pendapat berdasarkan peraturan perundang-undangan disebut *ratio legis*. Hukum dalam bentuk perundang-undangan tidak lengkap dan tidak pernah akan lengkap, karena itu hakim dapat menemukan hukum manakala hukumnya tidak jelas.

Sejalan dengan pendapat di atas, Maria Farida (hasil wawancara)¹², mengatakan bahwa dasar Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang bersifat mengatur adalah unsur mendesak, unsur keadilan substansial serta unsur kemanfaatan. Demikian pula, Muhammad Alim (hasil wawancara)¹³, mengemukakan dasarnya adalah pasal 45 ayat 1 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, yang intinya adalah Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan bukti dan keyakinan (kebenaran materiil), keadilan dan kemanfaatan, serta situasi yang mendesak, sehingga harus diselesaikan. Menurut Harjono (hasil wawancara)¹⁴, hakim konstitusi membuat putusan dasarnya adalah adanya permohonan dari masyarakat, kemudian diselesaikan persoalannya dengan menafsirkan UUD 1945, jadi bukan masalah benar atau salah tetapi lebih cenderung kepada keadilan dan kemanfaatan

masyarakat.

Dalam laporan tahunan MK¹⁵ ditegaskan, bahwa bagi Mahkamah Konstitusi nilai keadilan yang ingin dicapai tidak semata-mata keadilan prosedural, yakni keadilan yang "dibaca" melalui teks rumusan Undang-Undang semata. Sebagaimana amanat Pasal 24 ayat (1), Mahkamah Konstitusi sebagai bagian dari kekuasaan kehakiman di Indonesia bertugas untuk mewujudkan hukum dan keadilan dalam posisi yang sama, tanpa ada yang lebih diutamakan.¹⁶ Keadilan yang ditegaskan adalah keadilan yang substansial, hakiki, dan dirasakan oleh publik sebagai keadilan sesungguhnya. Hakim-hakim Mahkamah Konstitusi tidak akan terbelenggu dengan apa yang ditetapkan dalam teks undang-undang (*procedural*). Hakim Konstitusi lebih memilih konteks hukum daripada mengedepankan teks undang-undang. Menurut Moh. Mahfud MD¹⁷, alasan Mahkamah Konstitusi 'mengesampingkan' rambu-rambu tersebut adalah berdasar kepada hukum progresif; atau demi terwujudnya keadilan substantif. Mahfud MD menegaskan, "kita (hakim konstitusi-pen) tidak mau terikat dengan undang-undang yang tidak memberikan jalan hukum. Karena kalau tidak memberi jalan, maka tidak memberi kemanfaatan. Padahal Undang-Undang Dasar di mana pun selalu bertumpu pada tiga hal: kepastian, keadilan dan kemanfaatan."

Dalam setiap putusan pastilah terdapat pihak-pihak yang tidak sependapat, namun jika pengambilan putusan tersebut karena telah melalui sebuah proses peradilan yang jujur, transparan dan terbuka untuk umum, maka penerimaan pihak-pihak tersebut sudah mendekati pada nilai-nilai keadilan yang diharapkan. Putusan-putusan yang didasarkan pada pemahaman nilai-nilai keadilan dalam masyarakat akan menjelma menjadi putusan yang

10. Martitah, *Fungsionalisasi Jaringan Sosial Dalam Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi yang Bersifat Mengatur (Positive Legislature)*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Undip, Semarang, tahun 2012. hlm. 386.

11. *Ibid.*, hlm 287.

12. *Ibid.*, hlm.

13. *Ibid.*, hlm.

14. *Ibid.*, hlm.

15. Setjen Mahkamah Konstitusi RI, *Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif: Laporan Tahunan MKRI Tahun 2009*, Setjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2009, hlm. 10.

16. *Ibid.*, hlm. 10.

17. Mahfud MD, *Menabrak Rambu-Rambu Demi Keadilan Substantif*, akses tanggal 3 Nopember 2010. hlm. 6.

bernilai keadilan substantif. Dalam perspektif hukum progresif, inilah yang disebut dengan keadilan yang prorakyat dan keadilan yang membahagiakan manusia. Keringnya pertimbangan hukum dari nilai-nilai kemasyarakatan karena lebih mengutamakan pada aspek normatif, akan menjadikan keringnya filosofi keadilan yang sifatnya substansial.

Menurut perspektif teori bekerjanya hukum dari Robert B. Seidman dan William J. Chambliss¹⁸, dapat dilukiskan bahwa tindakan yang akan diambil oleh lembaga pembuat undang-undang sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-saksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi. Teori bekerjanya hukum ini dapat memberi gambaran bahwa pembentukan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature* sesungguhnya tidak hanya dikendalikan oleh peraturan hukum yang ada (konstitusi maupun undang-undang) saja, tetapi dikendalikan juga oleh kekuatan sosial dan politik, dalam arti harapan-harapan publik atas keadilan. Kekuatan sosial ataupun kehendak sosial yang tercermin pada tuntutan keadilan sosial jelas perlu dipertimbangkan dalam membuat putusan. Kekuatan sosial berkenaan dengan keadilan yang diharapkan masyarakat yaitu keadilan substantif. Dengan demikian keadilan substantif merupakan aspek utama yang harus dipertimbangkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature*.

Ratio decidendi dalam putusan Mahkamah Konstitusi yang mendasarkan bahwa hak-hak warga negara untuk memilih dan hak konstitusional warga negara (*constitutional rights of citizen*), sehingga oleh karenanya hak konstitusional tersebut di atas tidak boleh dihambat atau dihalangi oleh berbagai

ketentuan dan prosedur administratif apapun yang mempersulit warga negara untuk menggunakan hak pilihnya, adalah pemikiran yang sesungguhnya keluar dari konteks *legal justice* atau keadilan prosedural semata. Terobosan hukum (*rule breaking*) yang dilakukan Mahkamah Konstitusi pada hari-hari terakhir menjelang pelaksanaan pemungutan suara Pilpres jelas keluar dari logika pemikiran legisme.

Dibuatnya putusan yang mengandung *positive legislature* merupakan suatu keberanian yang luar biasa di bidang hukum, oleh karena kewenangan Mahkamah Konstitusi sebenarnya hanya sebatas menyatakan pembatalan atas suatu norma dalam undang-undang. Keberanian untuk melakukan lompatan di bidang hukum itu disebut sebagai "*rule breaking*".¹⁹

Putusan Mahkamah Konstitusi yang mengandung norma mengatur dalam pengujian Undang-Undang, dalam perspektif hukum responsif Henry Merryman ataupun teori hukum responsif Nonet dan Selznick²⁰, menunjukkan bahwa para Hakim Konstitusi telah menunjukkan sikap yang mampu mengadopsi paradigma baru dan meninggalkan paradigma lama. Dari paradigma positivisme yang berorientasi pada formalistik-legalistik menuju paradigma post positivisme dengan nuansa hukum progresifnya. Hakim harus merubah hukum terhadap kondisi/kenyataan yang berubah-ubah. Perundangan bukan sesuatu yang pasti dalam penggunaannya khususnya pada hakim yang bijaksana²¹. Hukum tidak lagi dilihat sebagai entitas yang berdiri sendiri, melainkan harus mampu berinteraksi dengan entitas lain dengan tujuan pokok, untuk mengadopsi kepentingan-kepentingan yang ada di masyarakat. Hukum tidak hanya dilihat dari kacamata teks undang-undang belaka, melainkan menghidupkannya dalam kontekstualitasnya.

Sikap hakim konstitusi dalam beberapa putusan yang bernuansa mengatur menunjukkan bahwa tidak

18. Satjipto Rahadjo, 2009, *Lapisan-Lapisan dalam Studi Hukum*, Malang, Banyumedia Publishing, hlm. 74.

19. R. Soeroso, 1996, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Sinar Grafika, hlm. 257.

20. Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive, Law*, Harper and Row. Terjemahan Mutaqien, Raisul. 2008, *Hukum Responsif*. Bandung, Nusamedia, hlm. 97.

21. John Henry Merryman, 1985, *The Civil Law Tradition An Introduction to The Legal System Western Eurpe and Latin America*, Second Edition, California, Stanford University Press, hlm. 43.

selalu mendasarkan pada pertimbangan yuridis dan otonom teks undang-undang, melainkan mencoba melihat sebuah persoalan dari berbagai perspektif dalam rangka mengejar apa yang disebut keadilan substantif. Dengan demikian, asumsi yang dikembangkan menjadi hukum untuk manusia, bukan sebaliknya manusia untuk hukum. Hukum bukan merupakan institusi yang mutlak dan final tetapi selalu dalam proses menjadi (*law as a process law in the making*). Hukum yang dibangun dengan asumsi yang demikian akan memiliki tujuan untuk kesejahteraan dan kebahagiaan manusia dan oleh karenanya memandang hukum selalu dalam proses menjadi.²²

C. Simpulan

Hakim Konstitusi dalam membuat putusan yang bersifat mengatur (*positive legislature*) dalam Pengujian Undang-Undang, didasarkan atas pertimbangan dan argumentasi hukum. Dalam memberikan pertimbangan pengambilan putusan, hakim menggunakan beberapa penafsiran sebagai metode penemuan hukum. Dasar pertimbangan hukum dalam membuat putusan yang bersifat mengatur *positive legislature*, di antaranya adalah untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara; mewujudkan persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan; melindungi dan menjamin hak asasi manusia dari warga negara; memberikan penjelasan agar tidak menimbulkan multitafsir, dan untuk memberikan pengakuan, jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Dasar pertimbangan filosofis, yaitu dengan menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat; norma hukum tidak dapat dilepaskan dari moralitas yang mendasarinya, yaitu keadilan, karena kehadiran moral dalam hukum dilambangkan keadilan; dan dasar pertimbangan sosiologis meliputi: norma yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi berada dalam kondisi mendesak untuk segera dilaksanakan, adanya kekosongan hukum (*recht vacuum*) yang dapat

memungkinkan munculnya *chaos* dalam masyarakat, serta adanya kebutuhan dasar hukum dari pihak-pihak yang berkepentingan.

Pertimbangan yang dijadikan landasan oleh Mahkamah Konstitusi untuk membuat putusan yang bersifat mengatur pada prinsipnya adalah bentuk dari kebebasan hakim untuk menafsirkan peraturan dengan melakukan "*judicial activism*". Proses peradilan dilakukan semata-mata untuk memenuhi keadilan substantif sebagai revolusi di bidang hukum dan terobosan hukum (*rule breaking*) yang dapat mendatangkan kemanfaatan dan kemaslahatan bagi masyarakat. Hukum tidak hanya dilihat dari kacamata teks undang-undang belaka, melainkan menghidupkan kemaslahatan dalam kontekstualnya. Dalam konteks ini penegakan hukum di Mahkamah Konstitusi dapat dikategorikan sebagai bentuk penegakan hukum yang progresif.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Kelsen, Han, 1961. *General Theory of Law and State*. Translated by Anders Wedberg. New York: Russell & Russell.
- Merryman, John Henry, 1985, *The Civil Law Tradition An Introduction to The Legal System Western Eurpe and Latin America*. Second Edition. California: Stanford University Press.
- Moh. Mahfud MD 2007. *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen*. Jakarta: LP3ES.
- Moh. Mahfud MD. 1999. *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*. Jakarta: LP3ES.
- Nonet, Philipe dan Philip Selznick, 2008, *Law and Society in Transition : Toward Responsive, Law*, Harper and Row. Terjemahan Raisul Mutaqien. *Hukum Responsif*, Bandung: Nusamedia.
- R. Soeroso, 1996, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Satjipto Rahadjo. 2009. *Lapisan – Lapisan dalam Studi Hukum*. Malang: Banyumedia Publishing.
- Siahaan, Maruarar, 2008. *Undang-Undang dasar*

22. Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif. Hukum yang Membebaskan*. Jurnal Hukum Progresif, Vol. 1/No. 1/April 2005, Semarang, PDIH UNDIP, hlm 6.9

1945 Konstitusi yang Hidup, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.

B. Perundang-Undangan

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 jo. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 4/PUU-VII/2009.

Putusan Mahkamah Konstitusi No.102/PUU-VII/2009.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009.

C. Disertasi, Makalah, Laporan

Martitah. 2012. *Fungsionalisasi Jaringan Sosial Dalam Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi yang Bersifat Mengatur (Positive Legislature)*. Disertasi. Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Undip.

Mahfud MD. *Menabrak Rambu-Rambu Demi Keadilan Substantif*. akses 3 Nopember 2010.

Faiz, Pan Mohamad *Konstitusi Dan Aktivisme Yudisial*. Jurnal Nasional. Selasa, 25 Agustus 2009.

Rahardjo, Satjipto, *Hukum Progresif. Hukum yang Membebaskan*. Semarang: Jurnal Hukum PDIH UNDIP. Vol. 1/No. 1/April 2005.

Setjen Mahkamah Konstitusi RI. *Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif : Laporan Tahunan MKRI Tahun 2009*. Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI.