

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Sebagai negara demokratis, Negara Kesatuan Republik Indonesia juga memiliki konstitusi tertulis yang dikenal dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (untuk selanjutnya penulis singkat menjadi UUD NRI Tahun 1945). Sebagai konstitusi negara, Undang-Undang Dasar (untuk selanjutnya penulis singkat menjadi UUD) ditetapkan oleh Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (untuk selanjutnya penulis singkat menjadi PPKI) pada hari Sabtu tanggal 18 Agustus 1945, tepatnya sehari setelah Bung Karno dan Bung Hatta memproklamirkan kemerdekaan Indonesia.¹ Sebelum ditetapkannya istilah UUD NRI Tahun 1945, dalam sejarah konstitusi Indonesia, UUD NRI Tahun 1945 sempat mengalami perubahan dan beberapa kali telah dilaksanakan sebagai dasar konstitusi negara. Berdasarkan sejarah konstitusi dan ketatanegaraan Indonesia sejak kemerdekaan Indonesia diproklamirkan, UUD NRI Tahun 1945 dalam teks asli sebagaimana yang telah disahkan pada tanggal 18 Agustus 1945, pernah berlaku dua kali dalam suasana ketatanegaraan dan kurun waktu yang berbeda. Dengan teks yang berbeda UUD NRI Tahun 1945 mengalami perubahan melalui empat kali amandemen, istilah UUD NRI Tahun 1945 juga berlaku seperti yang kita miliki sekarang. Selain UUD NRI Tahun 1945, sebelumnya Indonesia juga sempat memiliki dua macam konstitusi, yaitu Konsitusi Republik Indonesia Serikat, berlaku antara 27 Desember 1949 sampai dengan 17 Agustus 1950 dan Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS), berlaku antara 17 Agustus 1950 sampai dengan Juli 1959.²

¹ Pada awalnya UUD NRI Tahun 1945 yang kita kenal sekarang, oleh PPKI hanya diberi nama "*Oendang-Oendang Dasar*". Begitupun saat UUD diundangkan dalam Berita Republik Indonesia Tahun II tanggal 15 Februari 1946. Istilah UUD 1945 dikenal sebagai dasar konstitusi NKRI setelah dikeluarkannya Dekrit Presiden pada Tanggal 5 Juli 1959 sebagaimana diundangkan dalam Lembar Negara No. 75 Tahun 1959. Lihat Soimin dan Mashuriyanto, *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 2013, hlm 41

² *Ibid.*, hlm. 42

Selain itu, yang menjadi pokok dan dasar dalam kehidupan kenegaraan yang diatur dan ditentukan dalam UUD NRI Tahun 1945 menyangkut hak-hak setiap warga negara, dasar-dasar ketatanegaraan, serta penegakan hak konstitusional dalam sistem ketatanegaraan. Namun mengenai ukuran materinya dalam beberapa konstitusi negara di dunia tidak ada satu kesatuan ukuran yang pasti. Hal ini terbukti bahwa materi yang diatur dan ditentukan dalam masing-masing UUD suatu negara bisanya tidak sama, sangat tergantung pada dinamika politik dan suasana kebatinan suatu negara disaat UUD tersebut disusun. Dalam suasana kehidupan bernegara, adanya UUD NRI Tahun 1945 baik bagi penguasa maupun masyarakat, kedua pihak akan dengan mudah mengetahui, mengarahkan dan menjaga agar selalu dijunjung tinggi nilai-nilai dan pokok-pokok ketatanegaraan yang terkandung didalamnya. Dengan kesadaran konstitusional bersama dapat dijamin suatu sistem ketatanegaraan serta cara penyelesaian kekuasaan negara dilaksanakan dengan pasti dan dapat dimengerti oleh rakyat, sehingga dengan pasti dapat dijamin juga apa yang menjadi hak-hak konstitusional warga negara beserta keseluruhan kewajibannya yang dapat dituntut oleh negara kepada rakyatnya.³

Dalam keputusan Majelis Permusyawaratan Rakyat (untuk selanjutnya penulis singkat menjadi MPR) mengenai hasil Pemilihan Umum (Pemilu) pada tahun 1999 juga menjadi peristiwa penting dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia. Karena dalam keputusan tersebut MPR memberikan kewenangan kepada badan kehakiman untuk menguji undang-undang (untuk selanjutnya penulis singkat menjadi UU) terhadap UUD.⁴ Akan tetapi kewenangan tersebut tidak diberikan kepada Mahkamah Agung (untuk selanjutnya penulis singkat menjadi MA) sebagai pelaksana tertinggi kekuasaan kehakiman, melainkan badan tersendiri, yakni Mahkamah Konstitusi⁵ (untuk selanjutnya penulis singkat menjadi MK).

³ *Ibid.*, hlm. 44

⁴ Kesepakatan ini merupakan hasil perubahan ketiga UUD NRI Tahun 1945 yang diputuskan dalam Rapat Paripurna MPR RI ke-7 tanggal 9 November 2001 Sidang Tahunan MPR RI. Lihat Benny K. Harman, *Mempertimbangkan Mahkamah Konstitusi Sejarah Pemikiran Pengujian UU terhadap UUD*, Jakarta: PT Gramedia, 2013, hlm. 1

⁵ Sejarah berdirinya MK sendiri dalam sistem ketatanegaraan Indonesia diawali dengan diadopsinya ide Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) dalam amandemen konstitusi yang dilakukan oleh MPR pada tahun 2001 sebagaimana dirumuskan dalam ketentuan Pasal 24 ayat (2), Pasal 24C, dan Pasal 7B UUD NRI Tahun 1945 hasil Perubahan Ketiga yang disahkan pada 9 Nopember 2001. Setelah disahkannya Perubahan Ketiga UUD NRI Tahun 1945 maka dalam rangka

Dalam menjalankan tugasnya, MK diberi wewenang oleh UUD NRI Tahun 1945 untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji UU terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan hasil pemilu.⁶ Dalam wewenang MK untuk menguji UU terhadap UUD, bilamana MK berpendapat bahwa permohonan untuk menguji konstiusionalitas UU dari pemohon beralaskan, maka amar putusan MK menyatakan permohonan dikabulkan,⁷ untuk selanjutnya dilakukan pemeriksaan untuk kemudian memutus bertentangan atau tidaknya suatu UU. Dan dalam putusannya, MK dapat menyatakan bahwa materi rumusan dari suatu UU tidak mempunyai kekuatan hukum karena bertentangan dengan UUD, dan selanjutnya MK dapat membatalkan keberlakuannya karena tidak sesuai dan tidak berdasarkan UUD.⁸

Dalam membuat putusan, hakim tidak diperbolehkan mengatakan bahwa hukum tidak jelas, dan karena itu mengabaikan tindakan. Masalah penafsiran menjadi salah satu pembenaran keputusan oleh hakim bila arah legislatif tidak jelas. Keduanya membuat hakim dalam hal menyelesaikan kasus bertindak sebagai legislatif, dan menunjukan kepada pihak-pihak yang tidak bertanggung jawab atas hukum.⁹ Menurut teori John Henry Merryman, hakim dalam membentuk hukum mendasarkan pada UU, melakukan interpretasi ketika UU tidak jelas atau tidak ada aturan yang dapat diterapkan pada kasus konkret, dan sesuai dengan kebutuhan masyarakat.¹⁰ Dan didalam persidangan hakim menjalankan tugasnya mengikuti perkembangan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, supaya dapat memberikan putusan yang sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.¹¹ Misalnya pada tahun 2013

menunggu pembentukan MK, MPR menetapkan MA menjalankan fungsi MK untuk sementara sebagaimana diatur dalam Pasal III Aturan Peralihan UUD NRI Tahun 1945 hasil Perubahan Keempat, *Ibid.*, hlm. 28

⁶ Lihat pasal 24C ayat (1) UUD NRI Tahun 1945

⁷ Lihat pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316

⁸ Ikhsan Rosyada Parluhutan Daulay, *Mahkamah Konstitusi: Memahami Keberadaannya Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Jakarta: PT Rineka Cipta, 2006, hlm. 29

⁹ Martitah, *Mahkamah Konstitusi Daris Negative Legislature ke Positive Legislature?* Jakarta: Konstitusi Press, 2013, hlm. 58

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 60

¹¹ *Ibid.*, hlm. 72

MK melakukan uji materiil pasal 28 dan pasal 111 UU Nomor 42 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, MK pada saat itu mengabulkan sebagian permohonan pemohon untuk memperluas ketentuan Pasal 111 yang sebagaimana dalam pasal tersebut tertulis bahwa hak memilih setiap warga harus terdaftar di Daftar Pemilih Tetap (untuk selanjutnya penulis singkat menjadi DPT). Akan tetapi sejak dikeluarkannya putusan Nomor Putusan MK Nomor 102/PUU-VII/2009, setiap warga negara bisa menggunakan hak pilihnya dengan menggunakan Kartu Tanda Penduduk dengan menunjukan Kartu Keluarga jika tidak terdaftar di DPT. MK menganggap pasal 111 tersebut menghalangi hak memilih dengan hanya membolehkan mereka yang terdaftar di DPT saja yang boleh memberi suara.¹²

Berbeda dengan putusan MK diatas, dalam putusan Nomor 46/PUU-XIV/2016 timbul problematika, salah satunya dengan ketidak fahaman masyarakat tentang putusan MK mengira bahwa dengan ditolaknya permohonan tersebut berarti MK melegalkan LGBT¹³. Dalam putusan tersebut MK dalam amar putusannya menyatakan menolak permohonan pemohon untuk melakukan perluasan makna perzinahan dari yang hanya terbatas pada salah satu pelaku yang terikat perkawinan menjadi kepada siapapun baik diluar maupun didalam perkawinan.¹⁴ Hal itu menunjukkan bahwa MK dalam hal ini bersikap pasif terhadap legislasi (*negative legislature*), seperti pertama kali ketika dicetuskannya lembaga MK oleh Hans Kelsen.¹⁵ Akan tetapi dalam pertimbangan putusan tersebut ada empat hakim berpendapat bahwa eksistensi kepastian hukum dalam norma pasal 284 KUHP jelas bersifat tidak adil baik secara sosiologis-historis maupun dalam konteks kekinian, sebab filosofi dan paradigma yang menjiwai norma pasal 284 KUHP jelas mempersempit dan bahkan bertentangan dengan konsep “persetubuhan terlarang” menurut berbagai nilai agama dan *living law* masyarakat di Indonesia yang oleh konstitusi diakui sebagai salah satu rambu atau pedoman utama dalam setiap pembentukan norma hukum guna menjamin kepastian hukum yang adil.

¹² Putusan MK Nomor 102/PUU-VII/2009

¹³ <https://www.kompas.com/>, diakses pada 22 Maret 2018, pukul 08.41 WIB.

¹⁴ Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016

¹⁵ Saldi Isra dalam <https://www.saldiisra.web.id/index.php/21-makalah/makalah1/302-negative-legislator.html>, diakses pada 1 juli 2018, pukul 21.22 WIB

Akan tetapi, hasil akhir putusan MK menyatakan menolak seluruhnya permohonan tersebut walaupun dalam putusan tersebut ada *dissenting opinion* hakim yang mendukung permohonan tersebut tidak cukup suara untuk mengabulkannya.

Dari uraian diatas, dengan adanya kesenjangan antara teori dan praktek, penulis berpendangan bahwa dalam hal ini MK sudah seharusnya mengambil sikap untuk lebih konsisten akan marwahnya yang sebagai *negative legislature*, sehingga dari permasalahan ini penulis tertarik untuk melakukan penelitian yang berjudul: **“KONSISTENSI MAHKAMAH KONSTITUSI SEBAGAI *NEGATIVE LEGISLATURE* DALAM SISTEM KETATANEGARAAN INDONESIA (STUDI KASUS PUTUSAN MK NOMOR 46/PUU-XIV/2016)”**.

1.2 Identifikasi dan Rumusan Masalah

1.2.1 Identifikasi Masalah

Sejak awal terbentuknya MK sendiri, wewenang MK yaitu untuk bersikap pasif terhadap legislasi (*negative legislature*), seperti pertama kali ketika dicetuskannya lembaga MK oleh Hans Kelsen.¹⁶ Hal itu tersirat dalam putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016 yang menyatakan bahwa MK menolak permohonan pemohon untuk melakukan perluasan makna perzinahan dari yang hanya terbatas pada salah satu pelaku yang terikat perkawinan menjadi kepada siapapun baik diluar maupun didalam perkawinan.¹⁷

Akan tetapi dalam pertimbangan putusan tersebut empat hakim berpendapat bahwa eksistensi kepastian hukum dalam norma pasal 284 KUHP jelas bersifat tidak adil baik secara sosiologis-historis maupun dalam konteks kekinian, sebab filosofi dan paradigma yang menjiwai norma pasal 284 KUHP jelas mempersempit dan bahkan bertentangan dengan konsep “persetubuhan terlarang” menurut berbagai nilai agama dan *living law* masyarakat di Indonesia yang oleh konstitusi diakui sebagai salah satu rambu atau pedoman utama dalam setiap pembentukan norma hukum guna menjamin kepastian hukum yang adil. Artinya, dalam putusan

¹⁶ Hans Kelsen dalam Saldi Isra, *Loc. Cit.*

¹⁷ Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016

ini ada beberapa hakim MK yang memperdebatkan kewenangan MK dalam menafsirkan UU, yang dimana keempat hakim MK tersebut memberikan terobosan terkait wewenang sebagai *positive legislature*. Penulis berpendapat bahwa adanya inkonsistensi terkait terobosan keempat hakim MK tersebut dengan wewenang MK yang hanya sebagai *negative legislature*.

Berdasarkan identifikasi masalah diatas, penulis hanya membatasi mengenai pembahasan tentang Konsistensi Mahkamah Konstitusi Sebagai *Negative Legislature* Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia (Studi Kasus Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016).

1.2.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan identifikasi masalah diatas, yang menjadi rumusan masalah dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah pertimbangan MK dalam memutus perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016 terkait konsep *negative legislature*?
2. Bagaimanakah konsistensi MK sebagai *negative legislature* dalam sistem ketatanegaraan Indonesia?

1.3 Tujuan dan Manfaat Penelitian

1.3.1 Tujuan Penelitian

Berdasarkan permasalahan diatas, maka Tujuan Penulisan skripsi ini adalah:

1. Untuk mengetahui pertimbangan MK dalam memutus perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016 terkait konsep *negative legislature*.
2. Untuk mengetahui konsistensi MK sebagai *negative legislature* dalam sistem ketatanegaraan Indonesia.

1.3.2 Manfaat Penelitian

1. Manfaat Praktis

Manfaat praktis dalam penulisan ini adalah untuk memberikan bahan-bahan masukan ilmu pengetahuan hukum terhadap orang yang membacanya, khususnya mengenai Konsistensi Mahkamah Konstitusi Sebagai *Negative Legislature* Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia (Studi Kasus Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016).

2. Manfaat Teoritis

Secara teoritis penelitian ini diharapkan dapat memberi masukan dan wawasan yang lebih luas dalam studi hukum, khususnya mengenai Konsistensi Mahkamah Konstitusi Sebagai *Negative Legislature* Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia (Studi Kasus Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016).

1.4 Kerangka Teoritis, Konseptual, dan Pemikiran

1.4.1 Kerangka Teoritis

1. Konstitusi (*Grand Theory*)

Dalam Ilmu Negara dan Hukum Tata Negara, konstitusi diberi arti yang berubah-ubah sejalan dengan perkembangan kedua ilmu tersebut. *Pertama*, pengertian konstitusi pada masa pemerintahan-pemerintahan kuno (*ancient regime*). *Kedua*, pengertian konstitusi menurut tafsiran modern yakni sejak kelahiran dokumen konstitusi pertama di dunia yang dikenal dengan nama *Virginia Bill of Rights*.¹⁸

K.C. Wheare mengartikan konstitusi sebagai keseluruhan sistem ketatanegaraan dari suatu negara berupa kumpulan peraturan-peraturan yang membentuk, mengatur atau memerintah dalam pemerintahan suatu negara.

¹⁸ Ubaidillah dkk dalam Suparto, *Pemisahan Kekuasaan, Konstitusi dan Kekuasaan Kehakiman Yang Independen Menurut Islam*, Jurnal Selat Volume. 4 Nomor. 1, Oktober 2016, hlm. 120

Peraturan disini merupakan gabungan antara ketentuan-ketentuan yang memiliki sifat hukum (*legal*) dan yang tidak memiliki sifat hukum (*non legal*).¹⁹

Sementara itu istilah UUD merupakan terjemahan dari perkataan Belanda *Grondwet*. Dalam kepustakaan Belanda, selain *Grondwet* juga digunakan istilah *Constitutie*. Kedua istilah tersebut mempunyai pengertian yang sama.²⁰

UUD sebagai konstitusi tertulis beserta nilai-nilai dan norma hukum dasar tidak tertulis yang hidup sebagai konvensi ketatanegaraan dalam praktek penyelenggaraan negara sehari-hari, termasuk ke dalam pengertian konstitusi atau hukum dasar (*droit constitutionnel*) suatu negara.²¹

Pada umumnya para pakar hukum tata negara di Indonesia berpendapat bahwa konstitusi sama dengan UUD, seperti Sri Soemantri, G.L. Wolhoff, Usep Ranawidjaja, dll. Konstitusi dapat digunakan dalam dua arti. *Pertama*, untuk menunjuk seluruh ketentuan yang mengatur organisasi negara. *Kedua*, untuk menunjuk satu atau beberapa dokumen yang memuat ketentuanketentuan pokok tentang organisasi negara.²²

Menurut Sri Soemantri Istilah konstitusi berasal dari perkataan *constitution*. Dalam bahasa Indonesia dijumpai istilah hukum yang lain, yaitu undang-undang dasar dan/atau hukum dasar. Dalam perkembangannya istilah konstitusi mempunyai dua pengertian, yaitu pengertian yang luas dan pengertian yang sempit. Konstitusi (UUD) merupakan hukum dasar yang menjadi pegangan para warga (*the citizen*) dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Konstitusi tidak hanya memuat norma tertinggi (*een hoogste normen*) tetapi merupakan pula pedoman konstitusional (*een constitutionale richtsnoer*) bagi para warga negara.²³ Sri Soemantri menyebutkan bahwa pada umumnya konstitusi sebagai hukum dasar berisi 3 hal pokok:

¹⁹ Dahlan Thaib, Jazim Hamidi dan Ni'matul Huda dalam Suparto, *Loc. Cit.*

²⁰ Sri Soemantri, *UUD 1945 Kedudukan dan Artinya dalam Kehidupan Bernegara*, Jurnal Demokrasi & HAM, Vol.1 No.4, September-Nopember 2001, hlm. 47

²¹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konpress, 2005, hlm. 35

²² Iriyanto A. Baso Ence dalam Suparto, *Loc. Cit.*

²³ Laica Marzuki dalam Suparto, *Ibid.*, hlm. 121

- a. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warga negara
- b. Ditetapkannya susunan ketatanegaraan yang bersifat fundamental
- c. Adanya pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang juga bersifat fundamental.

2. Mahkamah Konsitusi (*Middle-Range Theory*)

Pelaksanaan *judicial review* yang dipelopori oleh John Marshall memberikan pengaruh yang sangat penting bagi negara lain di dunia, termasuk di Indonesia dengan berdirinya Mahkamah Konstitusi Indonesia. Alhasil, kehidupan ketatanegaraan Indonesia mengalami perubahan mendasar, yakni ketika dimulainya perubahan Undang-Undang Dasar 1945 pada tahun 1999. Perubahan Undang-Undang Dasar 1945 menjadi catatan sejarah ketatanegaraan Indonesia, karena fondasi ketatanegaraan mengalami perubahan drastis, hampir meliputi berbagai bidang kehidupan.²⁴

Sejak tahun 2001, secara resmi Amandemen Ketiga UUD NRI Tahun 1945 (melalui Sidang Tahunan Majelis Permusyawaratan Rakyat Tahun 2001) menerima masuknya MK di dalam UUD tersebut. Pembentukan MK menandai era baru dalam sistem kekuasaan kehakiman di Indonesia. Beberapa wilayah yang tadinya tidak tersentuh (*untouchable*) oleh hukum, seperti masalah *judicial review* terhadap undang-undang, sekarang dapat dilakukan oleh MK.²⁵

Pemikiran mengenai pentingnya suatu Mahkamah Konstitusi telah muncul dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia sebelum merdeka. Pada saat pembahasan Rancangan Undang-Undang (untuk selanjutnya penuls singkat menjadi RUU) Dasar di Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (untuk selanjutnya penuls singkat menjadi BPUPKI). Ide perlunya *judicial review*, khususnya pengujian undang-undang terhadap UUD, kembali muncul pada saat pembahasan RUU Kekuasaan Kehakiman yang selanjutnya ditetapkan menjadi UU Nomor 14 Tahun 1970 Tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman.²⁶

²⁴ Nanang Sri Darmadi, *Kedudukan dan Wewenang Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Hukum Ketatanegaraan Indonesia*, Jurnal Hukum Vol XXVI No. 2, Agustus, 2011, hlm. 674

²⁵ Moh. Mahfud MD dalam Nanang Sri Darmadi, *Loc. Cit.*

²⁶ *Ibid.*, hlm. 675

Pada saat pembahasan perubahan UUD NRI Tahun 1945 dalam era reformasi, pendapat mengenai pentingnya MK muncul kembali. Perubahan UUD NRI Tahun 1945 yang terjadi dalam era reformasi tersebut telah menyebabkan MPR tidak lagi berkedudukan sebagai lembaga tertinggi negara dan supremasi, tetapi beralih dari supremasi MPR kepada supremasi konstitusi.²⁷

Perubahan yang mendasar tersebut perlu adanya mekanisme institusional dan konstitusional serta hadirnya lembaga negara yang mengatasi kemungkinan sengketa antar lembaga negara yang kinitelah menjadi sederajat serta saling mengimbangi dan saling mengendalikan (*checks and balances*). Kehadiran MK melalui perubahan ketiga UUD NRI Tahun 1945 dalam sidang tahunan MPR (2001) memiliki dasar konstitusional yang kuat. Artinya, eksistensi, kedudukan, kewenangan, kewajiban, dan komposisi para hakim MK diatur dengan tegas dalam UUD NRI Tahun 1945.²⁸

3. *Judicial Review* dan *Negative Legislature* (*Applied Theory*)

Penggunaan *judicial review* (untuk selanjutnya penulis singkat menjadi JR) telah berumur cukup lama. Pelacakan sejarah yang dilakukan Mauro Cappelletti (1989), konsep JR telah dimulai sejak sistem hukum Yunani Kuno yang menetapkan keniscayaan suatu peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan nilai peraturan yang berada di atasnya. Gagasan JR, melakukan pemurnian produk legislasi yang dihasilkan *law-maker*.

Terkait dengan gagasan itu, Hans Kelsen dalam buku *General Theory of Law and State* (1973) mengemukakan bahwa kewenangan lembaga peradilan menyatakan suatu peraturan yang lebih rendah bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi sehingga tidak Sampai saat ini pemikiran JR terus berkembang terutama setelah John Marshall yang kemudian melahirkan istilah *judicial review* tersebut di atas. Sedangkan dalam pelebagaannya mengenal nama Hans Kelsen sebagai perintis lahirnya MK pertama. Dalam istilah Kelsen, pada proses legislasi

²⁷ Nanang Sri Darmadi, *Loc. Cit.*

²⁸ *Ibid.*, hlm. 675-676

*“recognized the need for an institution with power to control or regulate legislation.”*²⁹

Lebih lanjut Hans Kelsen menegaskan, lembaga peradilan berwenang membatalkan suatu undang-undang atau menyatakan suatu undang-undang tidak mengikat secara hukum. Dalam menjalankan fungsi ini, pemegang kekuasaan kehakiman bertindak sebagai *negative legislator*. Ditambahkan Hans Kelsen sebagai berikut:

*The power to examine the laws as to their constitutionality and to invalidate unconstitutional laws may be conferred, as a more or less exclusive function, on a special constitutional court... The possibility of a law issued by legislative organ being annulled by another organ constitutes a remarkable restriction of the former's power. Such a possibility means that there is, besides the positive, a negative legislator. An organ which may be composed according to a totally different principle from that of the parliament elected by the people.*³⁰

Gagasan itulah yang kemudian meletakkan keniscayaan akan adanya kekuasaan khusus untuk mengontrol hasil legislasi yang dikeluarkan lembaga legislatif. Kemudian, gagasan ini dibaca oleh Bojan Bugaric sebagai upaya Hans Kelsen untuk memunculkan legislatif positif (*positive legislature*) yang diperankan oleh parlemen, sedangkan model legislatif negatif (*negative legislature*) diperankan oleh MK.³¹ Dengan model ini berarti MK menjadi bagian yang dapat mempengaruhi proses legislasi di lembaga legislatif. Terkait dengan hal itu, Anna Rotman menegaskan pandangan Hans Kelsen karena *its decisions had the power “to make a statute disappear from the legal order”*.³² Masih tetap merujuk pendapat Hans Kelsen, H.M. Laica Marzuki menegaskan, tatkala *constitutional court* adalah *negative legislator*, maka parlemen yang memproduksi undang-undang dinamakan

²⁹ John E. Ferejohn dalam Saldi Isa, *Loc. Cit.*

³⁰ Hans Kelsen dalam Saldi Isa, *Loc. Cit.*

³¹ Bojan Bugaric dalam Saldi Isa, *Loc. Cit.*

³² Anna Rotman dalam Saldi Isa, *Loc. Cit.*

positive legislator. Dalam pengertian itu, tambah Laica Marzuki, tidak hanya perlemen yang memiliki *legislative function* tetapi juga *constitutional court*.³³

Menjelaskan signifikansi *judicial power* dalam proses legislasi, Vicky C. Jackson dan Mark Tushnet (1999) dalam *Comparative Constitutional Law* mengatakan, ketika hakim konstitusi (*constitutional judges*) melakukan *review* terhadap hasil proses legislasi, proses pengambilan keputusannya lebih dekat ke proses pengambilan keputusan lembaga legislatif. Bahkan, begitu pentingnya peran *judicial review* dalam proses legislasi, Vicky C. Jackson dan Mark Tushnet menyebut *judicial review* sebagai kamar ketiga dalam proses legislasi. Hal tersebut ditegaskan sebagai berikut:

*As a description of function, constitutional courts exercising politically initiated abstract review can be conceptualized profitably as a third legislative chambers whose behavior is nothing more or less than the impact –direct and indirect-- of constitutional review on legislative outcomes.*³⁴

Pendapat Vicky C. Jackson dan Mark Tushnet tersebut diperkuat oleh I. Bogdanovskaia sebagai berikut ini:

*The bodies of the constitutional review have become important element influences on the law-making. Sometimes the position of these bodies is opposite to the position of the parliament and government and often position of the constitutional review is dominant. The constitutional courts play important role in the modern legal systems.*³⁵

Dengan demikian, secara keseluruhan konsep *judicial review* memiliki keterkaitan yang sangat erat dengan mekanisme legislasi. Secara teoretik, konsep itu dapat dianggap sebagai pengganti kebutuhan kamar lain di lembaga legislatif. Keberadaannya amat jelas, sebagai pengimbang produk legislasi baik setelah disetujui lembaga legislatif maupun setelah disahkan menjadi undang-undang. Di samping itu, *judicial review* merupakan jaminan bagi rakyat atas hasil legislasi yang

³³ Laica Marzuki dalam Saldi Isa, *Loc. Cit.*

³⁴ Vicki C. Jackson dalam Saldi Isa, *Loc. Cit.*

³⁵ I. Bogdanovskaia dalam Saldi Isa, *Loc. Cit.*

menyimpang dari aspirasi fundamental rakyat.³⁶ Karena itu, *judicial review* merupakan alat kontrol³⁷ eksternal dalam proses legislasi.

Kontrol dalam bentuk *judicial review* menjadi sebuah keniscayaan terutama jika kekuatan mayoritas di lembaga legislatif merupakan pendukung presiden. Artinya, *judicial review* dapat dikatakan sebagai sarana untuk melakukan purifikasi undang-undang yang dihasilkan lembaga legislatif. Inilah yang oleh Hans Kelsen, “*recognized the need for an institution with power to control or regulate legislation.*”³⁸ Ide dasarnya adalah memurnikan hasil legislasi yang dikeluarkan oleh lembaga legislatif yang bertentangan dengan konstitusi. Tanpa kontrol dari lembaga yudikatif, dengan kuatnya kepentingan politik di lembaga legislatif, sangat terbuka kemungkinan undang-undang merugikan masyarakat.

1.4.2 Kerangka Konseptual

Penting untuk diuraikan beberapa peristilahan yang sebagai definisi guna memberikan pemahaman agar tidak terjadi salah persepsi dari istilah tersebut dalam penulisan penelitian ini yang menjadi bagian dari kerangka konseptual.

1. Konstitusi (UUD) merupakan hukum dasar yang menjadi pegangan para warga (*the citizen*) dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Konstitusi tidak hanya memuat norma tertinggi (*een hoogste normen*) tetapi merupakan pula pedoman konstitusional (*een constitutionale richtsnoer*) bagi para warga negara³⁹
2. *Constitutional Court* (Mahkamah Konstitusi) adalah organ khusus lembaga kehakiman yang bertugas untuk menguji apakah suatu produk hukum konstitusional atau tidak.

³⁶ Tom Ginsburg dalam Saldi Isa, *Loc. Cit.*

³⁷ Dengan demikian, kehadiran MK yang diberikan wewenang untuk melakukan *judicial review* secara langsung telah ikut mempengaruhi proses legislasi di Indonesia. Hal demikian, MK telah menjadi pengontrol bagi kekuasaan legislatif dalam hal kemungkinan adanya kekeliruan baik formil maupun substantial dalam proses legislasi.

³⁸ John E. Ferejohn dalam Saldi Isa, *Loc. Cit.*

³⁹ Laica Marzuki dalam Suparto, *Loc. Cit.*

3. Putusan MK adalah putusan langsung yang memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan. Akibat hukumnya secara umum tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh terhadap putusan tersebut.
4. *Dissenting opinion* adalah pendapat atau putusan yang ditulis oleh seorang hakim atau lebih yang tidak setuju dengan pendapat mayoritas majelis hakim yang suatu perkara. Umumnya ditemukan dinegara-negara yang bertradisi common law dimana lebih dari satu hakim mengadili perkara.⁴⁰
5. Istilah *Positive Legislator* dipahami sebagai wilayah kerja para legislator (pemegang kekuasaan legislatif), bukan wilayah kerja lembaga peradilan (yudikatif), dimana lembaga legislatif ini memiliki kewenangan untuk membentuk sebuah norma.⁴¹
6. *Negative Legislator* merupakan wewenang legislasi yang bersifat negatif/pasif, yakni hanya untuk menghapus/membatalkan suatu norma atau menyatakan suatu norma hukum tidak mengikat. Wewenang inilah yang berada dibawah lembaga yudikatif terutama berkaitan dengan pengujian sebuah norma. Hal inilah yang ditegaskan oleh Hans Kelsen.⁴²
7. Menurut Saldi Isra, *original intent* adalah rumusan asli tentang maksud dan tujuan si pembuat undang-undang membuat suatu norma dan peraturan perundang-undangan. Dalam *original intent* kita bisa melihat perumusan, penjelasan, perdebatan dan kompromi-kompromi politik pembuat undangundang yang pastinya memiliki kepentingan yang berbeda-beda, sampai norma dan peraturan perundangundangan disetujui dalam rapat paripurna, disahkan dan diundangkan.⁴³
8. Logemann menyebutkan bahwa Hukum Tata Negara Mempelajari:
 - a) Jabaan-jabatan apa yang ada didalam susunan suatu negara,

⁴⁰ Siti Aminah, Uli Parulian Sihombing, *Memahami Pendapat Berbeda (Dissenting opinion) Putusan Uji Materiil UU Penodaan Agama*, Jakarta: The Indonesian Legal Resource Center (ILRC), 2011, hlm. 31

⁴¹ Fendy Ashady, *Mahkamah Konstitusi sebagai Positif Legislator dan Negatif Legislator*, http://suheflyashady.blogspot.co.id/2015/11/mahkamah-konstitusi-sebagai-positif_19.html, diakses pada tanggal 11 Februari 2018, pukul 19.25 WIB

⁴² Saldi Isra dalam Fendy Ashady, *Loc. Cit.*

⁴³ Saldi Isra dalam Putra Perdana Ahmad Saifulloh, *Politik Hukum Pembentukan Mahkamah Partai Politik Untuk Menyelesaikan Sengketa Internal Partai Politik Yang Demokratis, Call For Pappers* di Konferensi Nasional Hukum Tata Negara ke-3 yang diselenggarakan oleh Pusat Studi Konstitusi (PUSaKO) Fakultas Hukum Universitas Andalas, di Bukittinggi, Tanggal 5-8 September 2016, hlm. 9

- b) Siapakah yang mengadakan jabatan-jabatan itu,
 - c) Cara bagaimanakah jabatan-jabatan itu ditempati oleh pejabat,
 - d) Fungsi jabatan-jabatan itu,
 - e) Kekuasaan hukum jabatan-jabatan itu,
 - f) Hubungan antara masing-masing jabatan itu, dan
 - g) Dalam batas-batas manakah organisasi kenegaraan dapat melakukan tugasnya.⁴⁴
8. Konsistensi adalah fokus pada suatu bidang yang mana kita tidak akan berpindah menuju bidang lain.⁴⁵

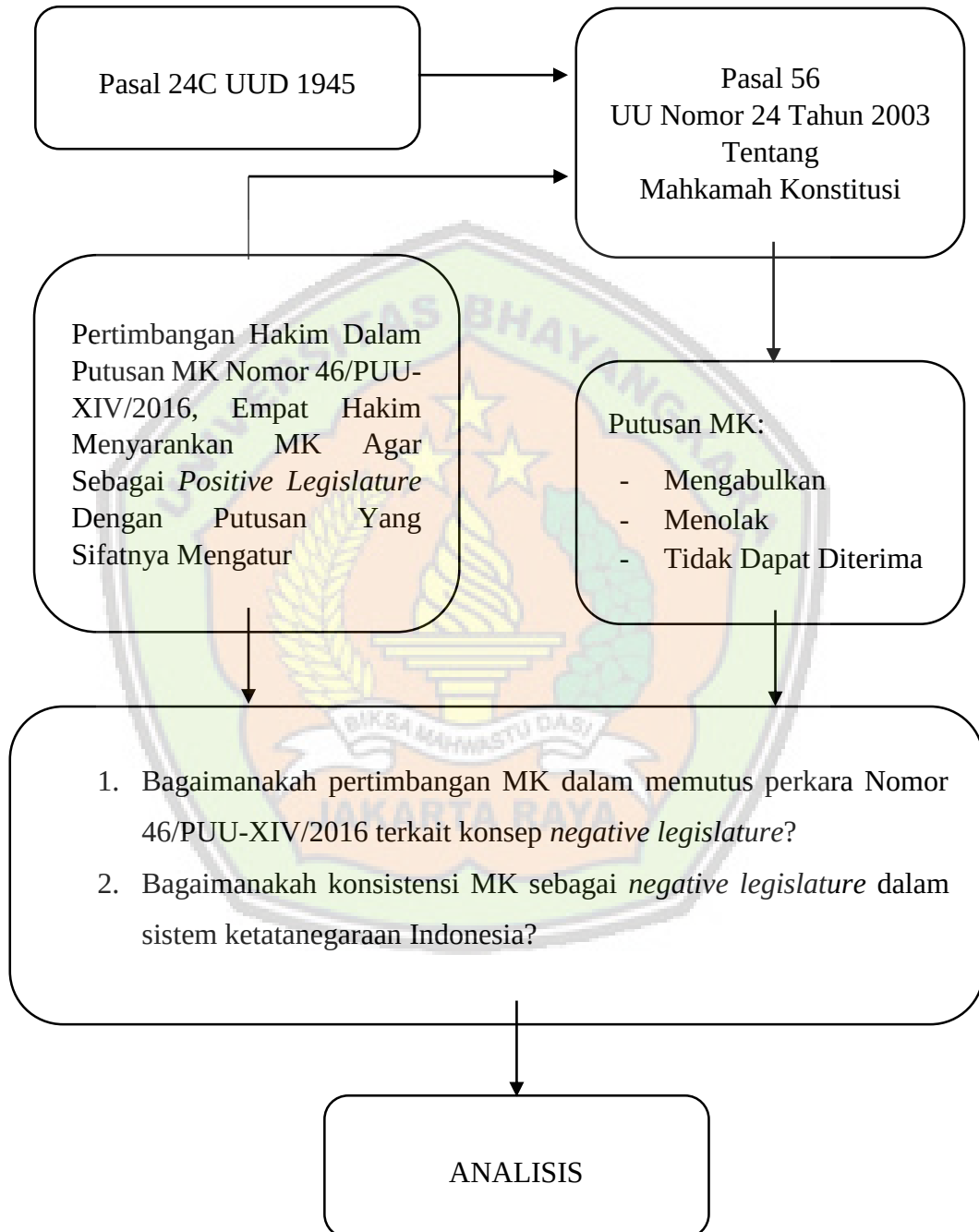


⁴⁴ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara* Cetakat ke-6, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2011, hlm. 51

⁴⁵ www.definisimenurutparaahli.com/, diakses pada tanggal 11 Februari 2018, pukul 19.36 WIB

1.4.3 Kerangka Pemikiran

Untuk menghindari kesulitan dalam penelitian ini penulis membuat suatu kerangka pemikiran, oleh karena itu penulis membuat kerangka pemikiran dalam bentuk matriks sebagai berikut:



1.5 Metode Penelitian

Metode penelitian hukum adalah prosedur atau tata cara untuk melakukan penelitian hukum supaya dapat menghasilkan pengetahuan hukum yang dapat diakui atau diterima sebagai pengetahuan ilmiah. Metode penelitian hukum yang penulis gunakan adalah penelitian hukum normatif (*normative law research*) menggunakan studi kasus normatif berupa produk perilaku hukum, misalnya mengkaji undang-undang. Pokok kajiannya adalah hukum yang dikonsepsikan sebagai norma atau kaidah yang berlaku dalam masyarakat dan menjadi acuan perilaku setiap orang. Sehingga penelitian hukum normatif berfokus pada inventarisasi hukum positif, asas-asas dan doktrin hukum, penemuan hukum dalam perkara *in concreto*, sistematik hukum, taraf sinkronisasi, perbandingan hukum dan sejarah hukum.⁴⁶ Berdasarkan penjelasan di atas, penulis memutuskan menggunakan metode penelitian hukum normatif untuk meneliti dan menulis pembahasan skripsi ini sebagai metode penelitian hukum. Penggunaan metode penelitian normatif dalam upaya penelitian dan penulisan skripsi ini dilatari kesesuaian teori dengan metode penelitian yang dibutuhkan penulis.

1. Sumber Data

Data yang dikembangkan dalam penulisan ini, diperoleh dari tiga sumber data sebagai berikut:

- a. Bahan Hukum Primer: UUD NRI Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, dan Putusan Mahkamah Konstitusi.
- b. Bahan Hukum Sekunder: buku, dan jurnal ilmiah yang mengandung pendapat para pakar.
- c. Bahan Hukum Tersier: Internet.

2. Alat Pengumpulan Data

Alat yang digunakan dalam mengumpulkan data penelitian adalah penelitian kepustakaan. Dengan metode ini dapat mengumpulkan bahan-bahan berupa buku-buku, jurnal, makalah dan sumber-sumber teoritis lainnya.

⁴⁶ Hotma P Sibuea, *Diktat Metode Penelitian Hukum*, Jakarta, 2014, hlm. 1

3. Analisis Data

Analisis data yang penulis lakukan adalah dengan menemukan pertautan pada kehendak dari pembentuk undang-undang saat membentuknya dan kemudian dituangkan dalam bentuk uraian logis dan sistematis guna memperoleh kejelasan penyelesaian lalu ditarik kesimpulan guna menjawab permasalahan penelitian secara deduktif yaitu dari hal yang bersifat umum menuju yang hal bersifat khusus.⁴⁷

1.6 Sistematika Penulisan

Untuk memudahkan penulis dan pembaca dalam memahami materi dan isi, maka penulis menyusun dengan berdasarkan kepada Pedoman Penulisan Skripsi di Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Jakarta Raya, dengan sistematika penulisan sebagai berikut:

BAB I PENDAHULUAN

Bab ini menjelaskan tentang Latar Belakang Masalah, Identifikasi dan Rumusan Masalah, Tujuan dan Manfaat Penelitian, Kerangka Teori, Kerangka Konseptual, Kerangka Pemikiran, Metode Penelitian, dan Sistematika Penulisan.

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

Bab ini menguraikan tentang bahan-bahan pustaka secara sistematis yang berhubungan langsung dengan keperluan penelitian.

BAB III HASIL PENELITIAN

Dalam Bab ini penulis membahas fakta-fakta berupa informasi maupun data yang ditemukan penulis yang akan kemudian akan dipecahkan masalahnya.

⁴⁷ B. Arief Sidharta (Penerjemah), *Meuwissen tentang Pengembanan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, Bandung: PT Rafika Aditama, 2009, hlm. 56-57

BAB IV PEMBAHASAN DAN ANALISIS HASIL PENELITIAN

Dalam Bab ini penulis akan membahas dan menganalisa fakta-fakta dari hasil penelitian guna memecahkan masalah hukum dalam penelitian sesuai dengan metode penelitian.

BAB V PENUTUP

Bab ini penulis menyampaikan pendapat yang berisi kesimpulan yang berupa hasil jawaban dan rangkuman tentang Konsistensi Mahkamah Konstitusi Sebagai Negative Legislature Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia (Studi Kasus Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016).

