

1. Latar Belakang

Reformasi hukum dan konstitusi yang dimulai tahun 1998 banyak mengubah wajah Indonesia, khususnya hukum ketatanegaraan. Para pengkaji hukum tata negara patut bersyukur karena sejak reformasi itulah, studi hukum tata Negara, terutama hukum konstitusi berkembang begitu pesat. Seperti diketahui, letak studi hukum tata Negara adalah hukum-hukum kenegaraan yang berangkat dan bermula dari, konstitusi sebagai *the supreme law of the land* hukum tertinggi Negara. Oleh sebab itu, perkembangan studi hukum tata Negara berlangsung seiring dengan dilakukannya perubahan terhadap konstitusi, UUD 1945, sebagai keniscayaan dari reformasi.

Studi hukum tata Negara dan konstitusi semakin menarik ketika melihat kenyataan bahwa UUD 1945 pasca amandemen mengimpikasikan perubahan secara mendasar dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, termasuk struktur dan relasi kelembagaan Negara. Perubahan UUD 1945 dilakukan pada kurun waktu 1999-2002 dalam suatu rangkaian perubahan, dibahas selama 2 tahun 11 bulan dengan cermat dan disahkan dalam empat tahap sidang tahunan MPR, yaitu tahun 1999, 2000, 2001, 2002 (Moh.Mafud MD, 2009:187). Perubahan itu kemudian memperlihatkan bahwa Indonesia mengadopsi prinsip-prinsip baru dalam sistem ketatanegaraan, antara lain prinsip "Pemisah kekuasaan" dan "*checks and balances*" yang menggantikan prinsip-prinsip supremasi parlemen yang dianut sebelumnya.

Salah satu implikasi dari pengadopsian prinsip-prinsip tersebut, kiranya diperlukan pelembagaan yang memungkinkan peranan hukum dan hakim untuk dapat mengontrol proses dan produk keputusan-keputusan politik yang hanya mendasarkan diri pada prinsip "*the rule of majority*" Dalam hal ini, fungsi *judicial review* atas undang-undang tidak dapat lagi dihindari penerapannya dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Terkait dengan *judicial reviews* inilah, MK dibentuk. MK dihadirkan sebagai salah satu perlaku kekuasaan kehakiman di samping Mahkamah Agung (MA) yang jauh lebih dahulu ada. Secara struktur kelembagaan kedua lembaga tersebut sejajar, dalam arti masing-masing berdiri secara terpisah tanpa ada yang mengatasi atau membawahi. Salah satu kewenangan yang dimiliki keduanya adalah kewenangan *judicial review*, yakni

menguji peraturan perundang-undangan dengan batu uji peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih tinggi.

Kedua lembaga tersebut memiliki kewenangan *judicial review*, bedanya MA menguji produk hukum dibawah undang-undang (UU), sebagaimana diatur dalam pasal 31 (1) UU Nomor 5 Tahun 2004, sedangkan MK menguji UU terhadap UUD 1945. Kewenangan MK sebagaimana diatur dalam pasal 24 C. Disamping kewenangan diatas MK juga mempunyai kewajiban memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/ atau wakil Presiden.

Hukum yang berlaku saat ini *ius constitutum* MK dikonstruksikan hanya menguji konstiusionalitas dari satu undang-undang terhadap konstitusi. Karena itu MK disebut sebagai pengawal konstitusi. Mahkamah Konstitusi dalam menguji Undang-Undang terhadap UUD tersebut MK memberikan kewenangan untuk membuat putusan yang menyatakan permohonan tidak dapat diterima, menyatakan permohonan ditolak, dan menyatakan permohonan dikabulkan. Dalam hal ini permohonan dikabulkan, maka MK adalah sebagai *negative legislator* (penghapus atau pembatal norma).

Melalui kewenangannya untuk menghilangkan keberlakuan suatu norma UU tersebut, maka MK sering disebut sebagai pembuat undang-undang dalam arti *negative*, berkebalikan dari fungsi parlemen sebagai pembuat undang-undang dalam arti positif. Adanya beberapa putusan MK yang mencerminkan *rule breaking* misalnya putusan mengandung *ultra petita* dan *positive legislature* sesungguhnya secara dini dapat dikatakan melampaui *ius consitutum* atau mengingkari doktrin pemisahan kekuasaan. Namun demikian, kenyataan *judicative heavy* tersebut sebenarnya dapat bermakna positif dan konstruktif jika itu dimaknai sebagai upaya untuk menegakkan hukum dan keadilan sehingga dapat dijadikan menjadi tolok ukur *ius constituendum*. *Judicative heavy* mencerminkan adanya supremasi hukum, sebagai imbalan supremasi parlemen yang syarat dengan kepentingan politik praktis. Namun *judicative heavy* justru dapat menjadi *negative* dan destruktif jika digunakan untuk memelihara konservatisme lembaga peradilan atau memuluskan preferensi-preferensi

subyektif para hakim dan pesanan-pesanan politisi tertentu. Pandangan munculnya *judicative heavy* dalam tubuh peradilan konstitusi kita bisa jadi dapat membahayakan kehidupan kenegaraan Indonesia jika tidak diikuti oleh integritas, professional, sikap negarawan dan mementingkan keadilan oleh para hakim konstitusi, terlebih jika dikaitkan dengan putusan MK yang bersifat final dan mengikat. Dalam makalah ini penulis akan mengkaji putusan MK yang diatur dalam UUD 1945 yang bersifat *Positif Legislature* tersebut dengan melihat dari sisi *progresifitas*. Bagaimana Hakim Konstitusi lebih memilih keadilan dan kemanfaatan daripada terpaku pada aspek prosedural hukum acara pengujian UU.

2. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang diatas maka penulis menetapkan rumusan masalah yang menjadi topik bahasan sebagai berikut:

1. Apa saja dasar pertimbangan oleh Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang bersifat *positife legislature* yang nantinya dapat menjadi dasar terciptanya *ius constituendum*.
2. Dalam bidang apa saja Mahkamah Konstitusi dapat membuat putusan yang bersifat *Positive Legislature*?

3. Batasan Masalah

Penulis menetapkan batasan masalah agar bahasan tidak menyimpang dan ditanggapi bahwa MK telah diberi wewenang secara utuh dapat membuat UU, maka penulis menetapkan batasan masalah sebagai berikut:

1. Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature* adalah putusan Mahkamah konstitusi yang dalam putusannya memiliki sifat mengatur.
2. Putusan *conditionally constitutional* dan *conditionally unconstitutional* juga dikategorikan dalam putusan *Positive legislature*.
3. Pada makalah ini hanya akan membahas 2 Putusan Mahkamah konstitusi yang bersifat *positive legislature*.

4. Landasan Teori

4.1 Sejarah Pembentukan Mahkamah Konstitusi

Sejarah berdirinya lembaga Mahkamah Konstitusi (MK) diawali dengan diadopsinya ide MK (*Constitutional Court*) dalam amandemen konstitusi yang dilakukan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) pada tahun 2001 sebagaimana dirumuskan dalam ketentuan Pasal 24 ayat (2), Pasal 24C, dan Pasal 7B Undang-Undang Dasar 1945 hasil Perubahan Ketiga yang disahkan pada 9 Nopember 2001. Ide pembentukan MK merupakan salah satu perkembangan pemikiran hukum dan kenegaraan modern yang muncul di abad ke-20. (<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>, 2013). Setelah disahkannya Perubahan Ketiga UUD 1945 maka dalam rangka menunggu pembentukan MK, MPR menetapkan Mahkamah Agung (MA) menjalankan fungsi MK untuk sementara sebagaimana diatur dalam Pasal III Aturan Peralihan UUD 1945 hasil Perubahan Keempat. DPR dan Pemerintah kemudian membuat Rancangan Undang-Undang mengenai Mahkamah Konstitusi. Setelah melalui pembahasan mendalam, DPR dan Pemerintah menyetujui secara bersama UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi pada 13 Agustus 2003 dan disahkan oleh Presiden pada hari itu (Lembaran Negara Nomor 98 dan Tambahan Lembaran Negara Nomor 4316). Dua hari kemudian, pada tanggal 15 Agustus 2003, Presiden melalui Keputusan Presiden Nomor 147/M Tahun 2003 hakim konstitusi untuk pertama kalinya yang dilanjutkan dengan pengucapan sumpah jabatan para hakim konstitusi di Istana Negara pada tanggal 16 Agustus 2003. Lembaran perjalanan MK selanjutnya adalah pelimpahan perkara dari MA ke MK, pada tanggal 15 Oktober 2003 yang menandai mulai beroperasinya kegiatan MK sebagai salah satu cabang kekuasaan kehakiman menurut ketentuan UUD 1945.

4.2 Kedudukan Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan pengadilan guna menegakkan hukum dan keadilan (<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>: 2013).

4.3. Kewenang Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi RI mempunyai 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Dasar 1945. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk (<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id:2013>):

1. Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
2. Memutus Sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
3. Memutus pembubaran partai politik, dan
Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

4.4 Kewajiban Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga (<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id:2013>):

1. Telah melakukan pelanggaran hukum berupa
 - a) penghianatan terhadap negara;
 - b) korupsi;
 - c) penyuapan;
 - d) tindak pidana lainnya;
2. atau perbuatan tercela, dan/atau
3. tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

4.5 Politik Hukum

4.5.1 Pengertian Politik hukum menurut para pakar

Politik Hukum adalah aktivitas untuk menentukan suatu pilihan mengenai tujuan dan cara – cara yang hendak dipakai untuk mencapai tujuan hukum dalam masyarakat (Rahardjo, 2006)

Politik Hukum adalah kebijaksanaan penyelenggara Negara tentang apa yang dijadikan criteria untuk menghukumkan sesuatu (menjadikan sesuatu sebagai Hukum). Kebijaksanaan tersebut dapat berkaitan dengan pembentukan hukum dan penerapannya. Politik Hukum adalah kebijaksanaan penyelenggara Negara tentang apa yang dijadikan criteria untuk menghukumkan sesuatu (menjadikan sesuatu sebagai Hukum). Kebijaksanaan tersebut dapat berkaitan dengan pembentukan hukum dan penerapannya (Wahyono, 1991).

Politik hukum sebagai politik perundang – undangan . Politik Hukum berarti menetapkan tujuan dan isi peraturan perundang – undangan . (pengertian politik hukum terbatas hanya pada hukum tertulis saja (Apeldoorn, 1963).

Politik Hukum (dikaitkan di Indonesia) adalah sebagai berikut:

- a. Bahwa definisi atau pengertian hukum juga bervariasi namun dengan meyakini adanya persamaan substansif antara berbagai pengertian yang ada atau tidak sesuai dengan kebutuhan penciptaan hukum yang diperlukan.
- b. Pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada, termasuk penegasan Bellefroid dalam bukunya *Inleiding Tot de Fechts Wetten Schap in Nederland*
- c. Mengutarakan posisi politik hukum dalam pohon ilmu hukum sebagai ilmu. Politik hukum merupakan salah satu cabang atau bagian dari ilmu hukum, menurutnya ilmu hukum terbagi atas:
 - a. Dogmatika Hukum
 - b. Sejarah Hukum
 - c. Perbandingan Hukum
 - d. Politik Hukum

e. Ilmu Hukum Umum (Mahfud MD, 1998)

1. Pembahasan

Sebagai hukum yang berlaku *ius constitutum* sejak awal MK didesain untuk mengawal konstitusi dalam arti menjaga agar UU konsisten, sejalan dan tidak bertentangan dengan UUD. Dalam hal ini, ada semacam sekat konstitusionalisme yang membaasi secara tegas tugas MK sebagai peradilan konstitusi untuk tidak mencampuri ranah kekuasaan legislatif. Karena itu sebagai lembaga yudikatif MK pada prinsipnya hanya boleh menyatakan bahwa pasal/ayat/bagian atau seluruh UU bertentangan atau tidak bertentangan dengan konstitusi.

Dalam tugas dan kewenangan demikian, seharusnya MK tidak boleh membatalkan UU atau isi UU yang oleh UUD dinyatakan terbuka (diserahkan pengaturan kepada legislative), dan tidak boleh pula membuat putusan yang *ultra petita*, apalagi *ultra petita* yang bersifat *positif legislature*. Sebelum menjadi hakim Konstitusi, Moh. Mahfud MD., berpendapat MK dalam melaksanakan kewenangannya, terutama dalam melakukan pengujian atau judicial review undang-undang terhadap UUD, MK hanya boleh menafsirkan isi UUD sesuai dengan *original intent* yang dibuat melalui perdebatan oleh lembaga yang berwenang menetapkannya.

MK hanya boleh menyatakan sebuah undang-undang bertentangan atau tidak dengan UUD 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* (pembuat norma) sedangkan MK adalah *negative legislator* (penghapus atau pembatal norma). Ini penting ditekankan karena secara historis dan filosofis UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak membolehkan MK mengintervensi legislatif dengan ikut menjadi *positive legislator* (memberlakukan norma). Yang boleh dilakukan oleh MK hanyalah menjadi *negative legislator* (membatalkan norma) atau membiarkan norma yang diberlakukan oleh lembaga legislatif tetap berlaku dengan menggunakan *original intent* UUD sebagai tolok ukurnya. Dalam

Jurnal tersebut Moh. Mahfud MD menjabarkan 10 (sepuluh) rambu pembatas yang tidak boleh dilakukan oleh hakim MK atau MK dalam menjalankan kewenangannya, terutama dalam pengujian undang-undang, salah satu putusnya ialah dalam melakukan pengujian, MK tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur (Mahfud MD, 2009).

Dalam perkembangan, harus diakui rambu-rambu pembatas itu tidak seluruhnya bisa dilakukan dan dipertahankan. perkembangan dan tuntutan hukum yang ada pada akhirnya menggugurkan beberapa rambu pembatas itu, termasuk kebolehan membuat putusan yang bersifat membuat norma baru atau mengatur (Martitah, 2013)

Jika dicermati, kewenangan MK untuk menguji UU terhadap UUD sebagaimana yang dimasukd dalam UUD dan juga UU maka MK diarahkan untuk didudukan sebagai *negative legislature*, namun, jika kemudian ada fenomena pergeseran dari *negative legislature* menjadi *posifitve legislature*, ini bukan lain karena praktik dan kebutuhan lapangan menghendaki demikian. Pada kasus kali ini penulis hanya meninjau dari 2 putusan MK yang bersifat *positive legislature* dalam putusan MK dalam menguji UU yaitu:

1. Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Pasal 28 dan pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Predisen,
2. Putusan MK NO. 4/PUU-VII/2009 tentang Pengujian pasal 12 huruf g dan pasal 50 ayat (1) huruf g UU No.10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan

Dua putusan MK tersebut dikaji dengan pertimbangan:

1. Putusan-putusan tersebut lebih banyak substansi/materi yang diatur apabila dibandingkan dengan putusan *conditionally constitutional* yang lain;
2. Putusan-putusan tersebut menentukan jangka waktu berlakukan pasal atau ayat yang diuji dan;
3. Putusan tersebut memberi beban tambahan kepada Termohon.

Dengan alasan tersebut lah akan dikaji dasar pertimbangan hakim MK membuat putusan yang bersifat *positif legislature* sehingga nantinya dapat melahirkan *ius constituendum*.

5.1. Pembahasan putusan MK yang bersifat *positife legislature* yang memungkinkan menjadi *ius constituendum*

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

“Pilpres Boleh Menggunakan hak Pilih dengan Menunjukkan KTP atau Paspor”, demikian kiranya kalimat untuk menggambarkan amanat Putusan Nomor 102/ PUU- VII/2009. Dalam putusan yang diucapkan di Ruang Sidang Pleno MK pada hari Senin 6 Juli 2009 atau tepatnya dua hari menjelang proses pemungutan suara Pilpres tahun 2009 berlangsung, MK mengabulkan sebagian permohonan Pemohon, yakni Refly Harun dan Maheswara Prabandono, atas pengujian UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden (Pilpres). Melalui putusan tersebut, MK menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Umum Presiden dan Wakil Presiden adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*). Dalam permohonan (Mahkamah Konstitusi, 2009) tertanggal 24 juni 2009, pemohon untuk melakukan perubahan terhadap *ius consitutum* mendalilkan bahwa keberadaan Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) UU 42/ 2008 berpotensi merugikan hak konstitusional para Pemohon, khususnya hak memilih (*the right to vote*). Pasal 28 UU Pilpres tersebut menyatakan, “Untuk dapat menggunakan hak memilih, Warga Negara Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 harus terdaftar sebagai pemilih .”Sementara Pasal 111 ayat (1) menyatakan, ”Pemilih yang berhak mengikuti pemungutan suara di TPS meliputi: (a) Pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tetap pada TPS yang bersangkutan; dan (b) Pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tambahan.” Para Pemohon terancam tidak dapat menggunakan hak memilih dalam Pilpres yang digelar tanggal 8 Juli 2009 oleh karena namanya tidak tercantum dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT).

Menurut Pemohon, kesalahan atau kelalaian penyelenggara Pemilu, pada konteks ini dalam menyusun DPT, seharusnya tidak ditimpakan akibatnya kepada

warga negara, karena menyebabkan warga negara kehilangan hak pilihnya. Padahal, hak konstitusional warga negara untuk memilih dan dipilih (*right to vote and right to be candidate*) adalah hak yang dijamin oleh konstitusi, UU, maupun konvensi internasional. Karena itu, pembatasan, penyimpangan, peniadaan, dan penghapusan akan hak tersebut merupakan pelanggaran terhadap hak asasi warga negara. Hal itu pula yang pernah menjadi pertimbangan MK dalam Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 tanggal 24 Februari 2004. Sehubungan dengan itu, Pemohon menyatakan keberadaan Pasal 28 dan Pasal 111 UU No. 42 tahun 2008 bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1) serta Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3) UUD 1945. Oleh karena itu, para Pemohon dalam petitem permohonan meminta agar:

Menyatakan Pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 176 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia 4924) bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat dan; Menyatakan Pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 176, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4924) bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, atau setidaknya menyatakan bahwa Pasal 111 ayat (1) harus dibaca bahwa mereka yang tidak tercantam dalam DPT pun tetap dapat memilih sepanjang telah berusia 17 tahun dan/atau sudah kawin.”

Dalam pertimbangan hukum putusan tersebut, MK menyatakan 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, dalam hal ini mempersulit warga negara untuk menggunakan hak pilihnya. MK menilai bahwa ketentuan yang mengharuskan seorang warga Negara terdaftar sebagai pemilih dalam DPT adalah lebih merupakan prosedur administratif semata dan karenanya pula tidak boleh hal administratif tersebut menafikan hal-hal yang bersifat substansial, yang

dalam hal ini adalah hak warga negara untuk memilih (*right to vote*) dalam Pilpres. Pada sisi lain, dalam konteks Pilpres 2009, mendesaknya waktu pelaksanaan pemungutan suara Pilpres menyebabkan pembenahan DPT melalui pemutakhiran data sangat sulit dilakukan oleh KPU. Terkait dengan kondisi tersebut, dalam rangka tetap menjaga pemenuhan hak konstitusional warga negara dan tidak menimbulkan kerugian hak konstitusional warga negara, MK 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 dalam hal ini putusan itu dapat menjadi pertimbangan sebagai *ius constituendum* dalam pemilihan pemilihan Presiden, atau pemilihan kepada daerah. Tentu pilihan MK dalam waktu yang sangat mepet ini memiliki banyak resiko dalam penyelenggaraan pemilu, baik ditataran pelaksana pusat sampai di tingkat Tempat Pemungutan Suara (TPS). Dalam konklusinya MK menyatakan bahwa Permohonan para Pemohon terhadap Pasal 28 dan Pasal 111 UU N0.42 Tahun 2008 beralasan hukum, namun MK 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 kekacauan dalam penyelenggaraan pemungutan suara dalam Pilpres tersebut, maka akhirnya MK melekatkan seperangkat amar yang sesungguhnya mengandung muatan *positive legislature* (menemukan norma baru dan bersifat mengatur) yang dituangkan dalam amar putusan. Dalam hal ini, Penulis berpendapat bahwa Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009, didasarkan atas pertimbangan:

1. Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) UU N0. 42 tahun 2008 telah menghilangkan hak memilih warga Negara yang telah berusia 17 tahun atau sudah kawin. Padahal, hak memilih adalah hak yang dijamin konstitusi, maka penghapusan akan hak dimaksud merupakan pelanggaran terhadap hak asasi manusia dari warga negara;
2. Menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat; dan

3. Menimbulkan kerugian hak konstitusional warga negara dan di lain pihak tidak melanggar ketentuan peraturan yang berlaku.

Pada sisi inilah progresivitas putusan MK mengemuka. Dengan alasan mepetnya waktu dan juga karena dimungkinkan menurut Pasal 54 UU MK, MK menentukan untuk tidak perlu mendengar keterangan Pemerintah maupun DPR dalam persidangan sebagaimana prosedur biasanya. Didasari oleh urgensi perkara, MK memutuskan untuk memeriksa dan memutus secara cepat yakni pada hari yang sama ketika perkara a quo diperiksa. Dalam hal ini, menurut hemat Penulis terdapat perubahan hukum secara instan dari *ius constitutum* ke *ius constituendum* dan langsung menjadi *ius constitutum* pada saat MK membuat aturan dalam putusannya, MK telah melakukan praktik *judicial activism* dalam rangka menegakkan supremasi konstitusi dan demokrasi serta demi menegakkan keadilan substantif.

b. Putusan MK Nomor 4/PUU-VII/2009

Robertus adalah perseorangan warga negara Indonesia, mantan narapidana yang merasa hak konstitusionalnya dilanggar oleh salah satu persyaratan menjadi anggota DPD, DPR, dan DPRD sebagaimana diatur dalam Pasal 12 huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD. Pasal tersebut menyatakan, "*Persyaratan Sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) tidak pernah dijatuhi 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*". Lebih lanjut dalam Pasal 50 ayat (1) huruf g juga ditegaskan kembali bahwa "*Bakal calon anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD Kab./Kota baru memenuhi persyaratan: tidak pernah dijatuhi 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*". Bahkan, dalam Pasal 58 huruf f UU No. 12 Tahun 2008 mengatur pula persyaratan serupa untuk dapat berpartisipasi secara formal dalam pemerintahan daerah.

Menurut Pemohon *ius consitutum* mengenai keberadaan norma persyaratan tersebut di atas adalah merupakan rumusan Pasal yang masih bersifat umum yang dalam penerapannya dapat menimbulkan ketidakadilan. Keberadaan persyaratan tersebut sangat potensial dan bahkan dapat dipastikan merugikan hak konstitusional Pemohon. Untuk itu, Pemohon mendalilkan bahwa keberadaan pasal-pasal *a quo* dalam kedua UU tersebut pada hakikatnya merupakan bentuk kezaliman, penghukuman, dan pelanggaran hak asasi manusia sepanjang hidup pemohon, padahal seorang mantan narapidana jelas-jelas telah dihukum dan mendapat balasan atas pelanggaran yang pernah diperbuatnya. Dengan mendasarkan pada kondisi tersebut, Robertus menyatakan bahwa keberadaan persyaratan bukan mantan narapidana sebagaimana diatur dalam Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD dan Pasal 58 huruf f UU No. 12 Tahun 2008 adalah bertentangan dengan Pasal 1 ayat (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945, oleh karenanya Robertus memohon agar pasal-pasal *a quo* dinyatakan tidak berkekuatan hukum mengikat.

Dalam persidangan, Pemerintah mendalilkan bahwa norma hukum persyaratan untuk menduduki jabatan-jabatan publik “tidak pernah dihukum dengan pidana penjara karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih” yang tersebar di berbagai UU, sebelumnya pernah diputus oleh MK, yakni dalam Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 dan Putusan Nomor 15/PUU-VI/2008 dengan amar putusan permohonan ditolak. Itu sebabnya, Pemerintah menganggap bahwa permohonan Pemohon adalah *nebis in idem*. Keberadaan norma persyaratan tersebut sesungguhnya semata-mata dimaksudkan untuk mendapatkan pemimpin yang memiliki rekam jejak (*track record*) bagus dan tidak tercela. Dengan norma persyaratan itu diharapkan akan dapat dijangkau pemangku jabatan publik yang baik, memiliki integritas dan kapabilitas moral yang memadai, mendapatkan kepercayaan dari masyarakat, benar-benar bersih, jujur, dan berwibawa dengan standar persyaratan yang objektif. Oleh karenanya, menurut Pemerintah, pilihan hukum atau *legal*

policy yang demikian tidaklah dapat diuji, terlebih jika norma pembatasan tersebut dihubungkan dengan keberadaan Pasal 28 ayat (2) UUD 1945.

Meskipun demikian, sebagaimana pertimbangan hukum MK dalam Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007, MK 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 MK memberikan pembatasan-pembatasan (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*);
2. Sepanjang tidak dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak pilih oleh putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
3. Berlaku terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun setelah mantan terpidana selesai menjalani pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
4. Kejujuran atau keterbukaan mengenai latar belakang jati dirinya sebagai mantan terpidana;
5. Bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

Dalam hal ini, meskipun tidak melahirkan norma secara tegas, MK telah menanggukhan “tidak mempunyai kekuatan hukum mengikatnya suatu pasal UU yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945”; sampai pembentuk UU memperbaiki rumusan atau menggantinya sesuai dengan rumusan norma baru sebagaimana substansi putusan MK dari putusan ini nantinya akan melahirkan *ius constituendum* bagi pembentuk UU berikutnya. Melalui putusan tersebut, MK mendorong agar pembentuk UU menjadi lebih bersungguh-sungguh untuk meninjau kembali semua peraturan perundang-undangan sepanjang yang berkaitan dengan hak pilih mantan terpidana agar disesuaikan dengan putusan

tersebut. Menurut Penulis, pertimbangan yang digunakan hakim MK dalam Putusan No. 004/ PUU-VII/ 2009 adalah sebagai berikut.

- a. Norma hukum tidak dapat dilepaskan dari moralitas yang mendasarinya, yaitu keadilan, karena kehadiran moral dalam hukum dilambangkan keadilan; dan
- b. Secara yuridis yang tercantum dalam Pasal 12 huruf g dan pasal 50 ayat (1) huruf g UU No.10 tahun 2008. Serta Pasal 58 huruf f UU No. 12 tahun 2008 menyebabkan pemohonan sebagai warga Negara Indonesia seumur hidup tidak memungkinkan dirinya menjadi anggota DPR, DPD, DPRD, Kepala daerah dan wakil kepala daerah sehingga secara *expressis verbis* telah melanggar prinsip “pesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan” sebagaimana tercantum dalam Pasal 27 ayat (1) UUD 1945.

Dalam putusan-putusan yang diuraikan di atas, putusan MK yang bersifat *positive legislature* menempatkan keadilan di atas hukum dan bukan sebaliknya. Putusan-putusan tersebut memperlihatkan pentingnya kreativitas dan kepeloporan hakim dalam penegakan hukum. Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain dimaksudkan untuk mengatasi ketertinggalan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan terobosan hukum, bahkan bila perlu-melakukan *rule breaking*. Terobosan ini diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yaitu hukum yang membuat bahagia.

Pada prinsipnya, dalam menjalankan kewenangannya, terutama menguji UU, MK tidak boleh hanya bersandarkan pada semangat legalitas formal peraturan peraturan tertulis, melainkan harus mampu menggali dan menghadirkan nilai keadilan substantif bagi masyarakat pencari keadilan. Semangat menegakkan nilai-nilai keadilan substansial tersebut dijawab MK dengan putusan-putusan yang tidak terpasung oleh keterbatasan rumusan normatif UU, misalnya dengan putusan konstitusional bersyarat, tidak konstitusional bersyarat, putusan sela, putusan yang berlaku surut, dan lain sebagainya (Mahfud MD, 2009). Hakim konstitusi harus bersifat adil dan mampu mengeleborasi pertimbangan hukum dengan fakta-fakta dalam persidangan dalam sebuah putusan sehingga masyarakat di seluruh lapisan, mudah memahami dan merasakan manfaat putusan tersebut.

(Mahfud MD, 2010) Keadilan substantif merupakan wujud keadilan hakiki adalah keadilan yang dirasakan masyarakat sebagai keadilan yang sesungguhnya. Keadilan ini terjelma dalam rasa keadilan yang diakui dan hidup di dalam masyarakat. Keadilan substansial bukan hanya milik mayoritas, melainkan juga mencerminkan perlindungan minoritas (MKRI, 2009). Memang susah untuk mengukur keadilan seperti itu, karena kadangkala ia berada pada konstruksi-konstruksi sosial yang berbeda satu sama lain. Wilayah keadilan substansial tidak persis sama dengan wilayah hukum positif sebagai basis keadilan prosedural. Namun, ukuran penerimaan pihak-pihak terkait maupun masyarakat secara luas bisa menjadi tolok ukur dipenuhinya keadilan tersebut. Sebaliknya, keadilan procedural (*legal justice*) hanya hadir karena semata-mata dibaca dari teks peraturan. Keadilan ini lebih mudah diukur karena prosesnya yang mekanistik, logis, dan terukur. Namun yang pasti, jika keadilan procedural yang dipilih dan dikedepankan bukan tidak mungkin malah akan menciderai keadilan substansial.

2. Kesimpulan dan Saran

Kesimpulan

Dari pembahasan dan berdasarkan dua contoh putusan maka dapat dibuat kesimpulan bahwa dasar pertimbangan hukum dalam membuat putusan yang dapat melahirkan *ius consitutum* secara langsung atau *ius constituendum* dari putusan bersifat *positif legislature* yaitu:

1. Melindungi hak-hak konstitusional warga negara;
2. Mewujudkan persamaan kedudukan dalam hukum dan
3. Melindungi dan menjamin hak asasi manusia dari warga negara;
4. Memberikan penjelasan agar tidak menimbulkan multitafsir;
5. Memberikan pengakuan, jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Sementara, dasar pertimbangan filosofis dalam membuat putusan yang akan menjadi *ius consitutum* adalah:

1. Dengan menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat;

2. Norma hukum tidak dapat dilepaskan dari moralitas yang mendasarinya, yaitu keadilan, karena kehadiran moral dalam hukum dilambangkan keadilan.

Terakhir, dasar pertimbangan sosiologis, dalam membuat putusan *ius constituendum* yaitu:

1. Norma yang diuji oleh MK berada dalam kondisi mendesak untuk segera dilaksanakan, karena adanya ancaman politik dari dua pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden untuk mengundurkan diri dari Pemilu;
2. Adanya kekosongan hukum (*rechtsvacuum*), dan dibutuhkan KPU sebagai dasar hukum untuk melaksanakan pemilu dan penghitungan suara. Jika dalam Waktu yang relatif pendek tidak mungkin DPR dapat menerbitkan pengaturan tersebut, dan jika tidak diatur dimungkinkan akan terjadi chaos dalam masyarakat.

Saran

Pemerintah hendaknya berupaya memasukkan usulan *ius constituendum* pada Hukum Acara MK yang memberikan kewenangan kepada MK untuk membuat putusan yang bersifat *positive legislature* pada program legislasi nasional. Agar penggunaan *positive legislature* tidak dilakukan secara terbuka atau sebebas-bebasnya, maka kriteria pembatas atau katup pengamanannya adalah:

1. Positive legislature digunakan dalam kondisi mendesak.
2. DPR tidak mungkin dapat membuat aturan dalam waktu yang relatif singkat.
3. Dimungkinkan akan terjadi chaos dalam masyarakat.
4. Putusan MK yang bersifat positive legislature, dilaksanakan hanya untuk satu kali dan/atau sampai pembentuk UU, membuat penggantinya.
5. Kematangan hakim dalam membaca teks norma itu, maksudnya hakim membaca teks norma tersebut dengan hati nurani, semata-mata demi kepentingan umum (*moral reading*).
6. Dibutuhkan hakim-hakim MK yang negarawan.

Daftar Pustaka

- Mahfud MD., M. (2009). Rambu Pembatas Dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi. *Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia* , 16, 441.
- Martitah, D. (2013). *Mahkamah konstitusi dari negative legislatre ke positif legislature*. (F. L. Soeroso, Ed.) Semarang: Konstitusi Press.
- Mahkamah Konstitusi, P. (2009). *putusan 102/PUU-VII/2009*. MK, Jakarta.
- Rahardjo, S. (2006). *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas.
- Wahyono, P. (1991). *Masalah-masalah aktual ketatanegaraan*. . Yayasan Wisma Djokosoetono.
- Apeldoorn, L. (1963). *Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*. WEJ Tjeenk Willink.
- Mahfud MD, M. (1998). *Politik hukum di Indonesia*. Lp3s.
- MK, w. (2013, Oktober).
<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.Putusan>.
- Mahfud MD, M. (2009). *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Isu*., Jakarta: Rajawali Press.
- Mahfud MD, M. (2010, Nov 3). *Menabrak Rambu-Rambu Demi Keadilan Substantif*., Retrieved from www.mahkamahkonstitusi.go.id
- MKRI, I. T. (2009). *Mahkamah Konstitusi Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substatif*. MK. Jakarta: Sekretarian Kepanitraan MK.