

BAB III

PEMBAHASAN

3.1. Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Memutus *Ultra Petita*

3.1.1. Eksistensi Mahkamah Konstitusi

Amandemen/perubahan ke-tiga Undang-Undang Dasar 1945 tahun 2001, akhirnya dicapai kesepakatan memberikan kewenangan pengujian konstitusional kepada lembaga baru bernama Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Pada saat berlangsung amandemen/perubahan ke-empat Undang-Undang Dasar 1945 ketika itu, sempat muncul gagasan 3 alternatif mengenai lembaga yang akan diberikan kewenangan melakukan pengujian konstitusional yaitu Majelis Permusyawaratan Perwakilan (MPR), Mahkamah Agung, atau Mahkamah Konstitusi.

MPR dinilai tidak tepat diberikan kewenangan pengujian konstitusional karena MPR bukan lagi lembaga tertinggi negara dan merupakan kumpulan wakil-wakil dari organisasi dan kepentingan politik. Mahkamah Agung juga dinilai bukan pilihan yang tepat untuk diberikan kewenangan pengujian konstitusional karena Mahkamah Agung sudah sangat berat beban tugasnya mengurus peradilan konvensional dan masih banyak tumpukan perkara yang harus diputus. Maka kewenangan pengujian konstitusional akhirnya disepakati diberikan kepada lembaga yudisial baru bernama Mahkamah Konstitusi.⁴³

Dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, jelas mempengaruhi proses beracara dalam pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi karena pasal yang terkait dirubah karena dianggap sudah tidak lagi sesuai dengan perkembangan kebutuhan masyarakat dan kehidupan ketatanegaraan.

Berikut ini adalah pasal yang dirubah sehingga mempengaruhi proses beracara dalam pengujian undang-undang dan independensi Mahkamah Konstitusi: (1) Pasal 45A yang berbunyi: “Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon atau melebihi Permohonan pemohon, kecuali terhadap hal tertentu yang terkait dengan pokok Permohonan”. Mahkamah Konstitusi dilarang mengeluarkan putusan *ultra petita* yang dianggap oleh DPR selaku pembentuk undang-undang melanggar konstitusi atau keluar dari wewenang yang telah diamanatkan oleh UUD 1945.

Dengan lahirnya Pasal 45A pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang

⁴³ Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi* (Jakarta: LP3ES, 2007), h. 72.

Mahkamah Konstitusi pasti akan sangatlah berpengaruh bagi Putusan Mahkamah Konstitusi. Disatu sisi dengan tidak mengeluarkan putusan ultra petita maka Mahkamah Konstitusi tidak melanggar wewenang yang diberikan oleh UUD 1945 tapi disisi lain putusan Mahkamah Konstitusi tidak dapat mencapai suatu keadilan yang substantif. (2) Pasal 50A yang berbunyi: “Mahkamah Konstitusi dalam menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak menggunakan undang-undang lain sebagai dasar pertimbangan hukum”.

Dalam hal ini, Mahkamah Konstitusi sering dalam putusannya mengutip Undang-Undang lain sebagai dasar pertimbangannya. Misalnya definisi dari undang-undang lain saling berkaitan dengan undang-undang yang sedang diuji oleh Mahkamah. Mahkamah Konstitusi melakukan hal ini semata-mata untuk mendudukan persoalan dan dalam rangka pengharmonisasian peraturan perundang-undangan, bukan menggunakan undang-undang tersebut sebagai batu ujinya. Batu uji dalam pengujian undang-undang tetap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dalam hal ini DPR sebagai pembentuk Undang-Undang kurang memahami hal tersebut sehingga lahirlah Pasal 50A yang membatasi dan menghambat proses hakim dalam pengambilan putusan (dalam menafsirkan suatu undang-undang). Terkait dengan Mahkamah Konstitusi sebagai negative legislator pasca Lahirnya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi: “Tidak terjadi perubahan yang signifikan dalam proses perkara Pengujian Undang-Undang setelah direvisinya Undang-Undang Mahkamah Konstitusi karena pasal-pasal terkait telah dibatalkan oleh Mahkamah melalui putusan Nomor 48/PUU-IX/2011 dan 49/PUU-IX/2011”. Bahwa revisi Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang dilakukan oleh DPR dan Pemerintah telah menyebabkan terganggunya tugas dan kewenangan Mahkamah Konstitusi.

Akan tetapi dengan diputusnya perkara Nomor 48/PUU-IX/2011 dan 49/PUU-IX/2011 oleh Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa beberapa Pasal yang diajukan telah dibatalkan, maka pasal tersebut dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dapat disimpulkan bahwa Lahirnya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi tidak terlalu mempengaruhi proses beracara Dalam Pengujian Undang-Undang setelah diputusnya perkara Nomor 48/PUU-IX/2011 dan 49/PUU-IX/2011.

3.1.2. Kedudukan Mahkamah Konstitusi dalam Ketatanegaraan

Sistem ketatanegaraan pada dasarnya mengandung dua aspek, yaitu aspek yang berkenaan dengan kekuasaan lembaga lembaga negara beserta hubungannya satu sama lain di antara lembaga-lembaga negara tersebut serta hubungan-hubungan antara lembaga-lembaga negara dengan warga negara. Kedua aspek tersebut dapat dilihat dalam konstitusi suatu negara.⁴⁴

Mahkamah Konstitusi menjadi salah satu lembaga negara baru yang oleh konstitusi diberikan kedudukan sejajar dengan lembaga-lembaga lainnya, tanpa mempertimbangkan lagi adanya kualifikasi sebagai lembaga negara tertinggi atau tinggi. Sehingga, sangat tidak beralasan mengatakan posisi dan kedudukan Mahkamah Konstitusi lebih tinggi dibanding lembaga-lembaga Negara lainnya, itu adalah pendapat yang keliru. Prinsip pemisahan kekuasaan tegas antara cabang-cabang legislatif, eksekutif dan yudikatif dengan mengedepankan adanya hubungan *checks and balances* antara satu sama lain.

Selanjutnya, UUD 1945 memberikan otoritas kepada Mahkamah Konstitusi untuk menjadi pengawal konstitusi. Mengawal konstitusi berarti menegakkan konstitusi yang sama artinya dengan “menegakkan hukum dan keadilan” atau sebagai *judiciary law*. Sebab, UUD 1945 adalah hukum dasar yang melandasi sistem hukum yang berlaku di Indonesia. Dalam hal ini MK memiliki kedudukan, kewenangan serta kewajiban konstitusional menjaga atau menjamin terselenggaranya konstitusionalitas hukum.

Di dalam sistem ketatanegaraan yang mendasarkan pada prinsip pemisahan kekuasaan, maksud dari pemisahan kekuasaan adalah kekuatan politik yang merupakan “kemampuan untuk mempengaruhi kebijaksanaan umum (pemerintah), baik terbentuknya maupun akibat-akibatnya sesuai dengan tujuan-tujuan pemegang kekuasaan sendiri.”⁴⁵ kekuasaan kehakiman dalam hal ini adalah Mahkamah Konstitusi mempunyai kedudukan hukum yang tidak dapat di intervensi oleh Lembaga Negara lain (Lembaga yang independent) seperti DPR sebagai pemegang kekuasaan legislatif dalam menentukan Undang-Undang, dan Pemerintah dalam menjalankan kekuasaan eksekutif sebagai kekuasaan pelaksana. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia memberikan atribusi pembuatan Undang-Undang kepada DPR dan pengesahannya kepada Presiden. Dampak dari dikeluarkan Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Pengujian Undang-Undang kepada DPR adalah segera melaksanakan perubahan terhadap Undang-Undang yang telah dibatalkan

⁴⁴ Zainal Arifin Hoessein, *Judicial Review di Mahkamah Agung RI, Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Raja Grafindo Persada, 2009, Jakarta, h. 26

⁴⁵ Meriam Budiardjo, *Demokrasi di Indonesia: Demokrasi Parlementer dan Demokrasi Pancasila*, Cet. 2, Jakarta: Gramedia, 1996, h.37

oleh Mahkamah Konstitusi agar tidak terjadi suatu kekosongan hukum. Dengan dirubahnya suatu peraturan perundang-undangan maka juga akan berdampak secara tidak langsung terhadap aturan pelaksanaannya. Peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh lembaga eksekutif merupakan materi muatan delegasian dari Undang-Undang yang dibuat oleh lembaga legislatif.

Mahkamah Konstitusi berwenang menguji Undang-Undang produk politik dari DPR yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945, sehingga ketika suatu Undang-Undang dinyatakan bertentangan dengan konstitusi dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, maka akan terjadi suatu kekosongan hukum apabila tidak segera ditindaklanjuti oleh DPR sebagai *positive legislator*. Atmosudirdjo mengemukakan bahwa pada dasarnya wewenang pemerintahan itu dapat dijabarkan kedalam dua pengertian yakni, sebagai hak untuk menjalankan suatu urusan pemerintahan (dalam arti sempit) dan sebagai hak untuk dapat secara nyata memengaruhi keputusan yang akan diambil oleh instansi pemerintah lainnya (dalam arti luas).⁴⁶

Dalam perkembangannya Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan-putusan yang dianggap melanggar konstitusi atau keluar dari wewenang yang telah diamanatkan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yaitu *ultra petita* dan sering disebut sebagai putusan yang bersifat *positive*. Sebagai contoh putusan dengan Nomor perkara: 102/PUU-VII/2009 (Putusan Penggunaan KTP) berkaitan dengan diperbolehkannya KTP sebagai identitas pemilih pada Pemilu Presiden dan Wakil Presiden Tahun 2009. Putusan Mahkamah tersebut menimbulkan suatu keadaan hukum baru yaitu diperbolehkannya penggunaan KTP sebagai syarat untuk menjadi pemilih dan putusan ini tidak hanya berdampak pada para pihak yang berperkara saja (*inter partes*) melainkan seluruh warga negara Indonesia. Kedudukan Putusan Mahkamah Konstitusi disini dapat dikatakan sederajat dengan Undang-Undang akan tetapi hanya berlaku 1 kali sebelum Undang-Undang lebih lanjut yang mengatur.

Penegakan hukum adalah proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalulintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat bernegara. Salah satu bentuk penegakkan hukum ketatanegaraan yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian Undang-Undang adalah melalui putusan-putusan yang tidak hanya terpaku pada suatu Undang-Undang melainkan

⁴⁶ Pamudji Atmosudirdjo, *Ekologi Administrasi Negara*, Bina Aksara: Jakarta, 1985, h. 76

pada suatu kondisi tertentu guna mencapai keadilan karena putusan Mahkamah Konstitusi tidak hanya berdampak pada pemohon dan /atau termohon saja melainkan berdampak pada masyarakat luas mengingat sifat putusan *erga omnes* yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi.

Berdasarkan Pasal 24C Ayat (1) Perubahan ketiga UUD 1945, salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji UU terhadap UUD. Berdasarkan Pasal 56 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, baik dalam pengujian formil maupun materiil terdapat tiga jenis amar putusan, yaitu: tidak dapat diterima, ditolak, dan dikabulkan.

Putusan Mahkamah Konstitusi dapat berupa suatu putusan yang normatif (suatu putusan yang di dasarkan pada legalitas hukum terkait dengan persidangan) dan putusan progresif (bahwa Mahkamah tidak hanya terpaku pada Undang-Undang dalam mengadili suatu perkara untuk mewujudkan keadilan, tidak hanya keadilan prosedural akan tetapi keadilan yang substantif). Pasca lahirnya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi belum pernah mengeluarkan putusan progresifnya lagi. Akan tetapi tidak menutup kemungkinan untuk Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan progresif mengingat lahirnya Undang-Undang Mahkamah Konstitusi yang terbaru tidak terlalu mempengaruhi proses pengujian peraturan perundang-undangan karena Pasal-Pasal yang bersangkutan telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi.

Mahkamah Konstitusi adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang diberi kewenangan oleh Undang-Undang Dasar 1945 untuk menguji konstitusionalitas suatu Undang-Undang apakah bertentangan atau tidak dengan UUD 1945. Selain untuk menguji konstitusi Mahkamah Konstitusi memiliki peran dalam memelihara ketentuan-ketentuan dan konstitusi agar tidak menjadi “huruf-huruf mati” yang tertulis indah dalam buku-buku, melainkan menjelma dan ditaati dalam praktek kehidupan Negara.⁴⁷

Pemeriksaan pendahuluan yang dilakukan dalam sidang terbuka untuk umum oleh Panel Hakim yang sekurang-kurangnya terdiri 3 orang Hakim Konstitusi yang memeriksa kelengkapan dan kejelasan materi pemohon meliputi kewenangan Mahkamah Konstitusi, kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon, dan pokok permohonan.

⁴⁷ I Dewa Gede Palguna, *Mahkama Konstitusi, judicial review, dan welfare state, Sekertarian jendara dan kepanitreaan Mahkama Konstitusi*, jakarta, 2008, h 48

Pemeriksaan Persidangan meliputi pemeriksaan terhadap pokok permohonan, alat-alat bukti tertulis, mendengarkan keterangan Presiden/Wakil Presiden, keterangan DPR dan/atau DPD, keterangan saksi, keterangan ahli, keterangan pihak terkait, pemeriksaan rangkaian data, keterangan, perbuatan, keadaan, dan/atau peristiwa yang bersesuaian dengan alat-alat bukti lain yang dapat dijadikan petunjuk, lserta pemeriksaan alat-alat bukti elektronik.

Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH) yang dilakukan secara tertutup dan rahasia dipimpin oleh Ketua Mahkamah Konstitusi. RPH untuk mengambil putusan adalah sekurang-kurangnya 7 orang Hakim Konstitusi. Pengambilan Putusan dalam RPH ini menggunakan musyawarah mufakat. Hakim Konstitusi bebas menggunakan penafsiran dalam menafsirkan suatu Undang- Undang untuk mencapai suatu kebenaran meskipun terkadang hasil penafsiran tersebut bertentangan dengan hukum positif yang ada. Dalam RPH hakim wajib menyampaikan pertimbangan dan pendapat secara tertulis terhadap permohonan.

Putusan Mahkamah Konstitusi dapat berupa putusan negative (meniadakan Undang-Undang) dan positive (menciptakan suatu keadaan hukum baru yang bersifat mengatur). Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat *negative* ketika suatu Undang-Undang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, mengingat sifat putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *self executing, final and binding* maka eksekutor terhadap putusan Mahkamah Konstitusi adalah DPR sebagai perwujudan prinsip *check and balances* untuk segera menindaklanjuti sehingga tidak akan terjadi kekosongan hukum, yang akan berdampak juga pada aturan pelaksanaan pada Pemerintah, apabila suatu Undang- Undang berubah secara otomatis aturan pelaksanaannya berubah.

Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat *positive* ketika Mahkamah Konstitusi memberikan putusan diluar wewenang yang diberikan oleh UUD 1945, seperti adanya *ultra petita* yang dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi demi kepentingan bersama. Mahkamah Konstitusi memiliki beberapa macam putusan berdasarkan Pasal 56 Undang-Undang 24/2003, akan tetapi dalam perkembangannya ada beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak hanya terpaku pada Undang-Undang saja melainkan pada suatu kondisi hukum tertentu. *Ultra petita* merupakan putusan Mahkamah Konstitusi yang memuat amar putusan melebihi yang dimohonkan oleh pemohon atau dengan kata lain *positive legislator*. Pembagaian *ultra petita* secara umum menjadi 4 jenis yaitu: (1) membatalkan pasal yang tidak dimintakan; (2) memberi beban tambahan kepada termohon; (3) putusan mengatur; dan (4) menentukan jangka waktu.

Dalam setiap putusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi akan berdampak tidak hanya pada pihak-pihak yang berperkara saja melainkan juga

kepada semua warga negara mengingat yang diuji adalah suatu Undang-Undang dan sifat *erga omnes* yang melekat pada Putusan Mahkamah Konstitusi. sehingga ketika Mahkamah Konstitusi akan memutus suatu perkara Pengujian Undang-Undang, banyak hal yang harus mempertimbangkan seperti hukum tidak tertulis yang berkembang dan hidup dimasyarakat (*living law*) mengingat negara Indonesia mengakui keberadaan hukum tidak tertulis sehingga tidak hanya terpaku pada suatu peraturan perundang-undangan tertentu yang bersifat kaku.

Diharapkan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi yang normatif maupun progresif dapat dijadikan acuan DPR agar dalam membentuk suatu Undang-Undang bisa lebih baik dan dapat diterima oleh masyarakat semua kalangan dan masyarakatpun timbul suatu kesadaran dalam mentaati hukum karena dirasa mewakili kepentingan bersama tidak lagi kepentingan politik atau suatu golongan tertentu sehingga masyarakatpun mempunyai inisiatif untuk memberikan suatu solusi-solusi akan permasalahan yang timbul dengan begitu akan tercipta suatu pembaharuan masyarakat. Sehingga putusan Mahkamah Konstitusi dapat dijadikan sebagai sarana pembaharuan masyarakat. Akan tetapi semua itu harus mempunyai rambu-rambu pembatas agar tidak terjadi suatu penyimpangan dalam melaksanakan wewenang. Terkadang hukum tertulis (Undang-Undang) itu mengacaukan atau membingungkan sehingga putusan Hakim dapat berlaku seperti layaknya Undang-Undang apabila terjadi kekosongan hukum dan terjadi kerancuan dalam masyarakat akan tetapi putusan hakim tersebut (*positive legislator*) hanya berlaku 1 kali sampai ada peraturan perundang-undangan yang mengatur.

Sehingga Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan wewenangnya untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara pengujian undang-undang tidak hanya terpaku secara formal prosedural saja tetapi boleh mempertimbangkan hukum-hukum yang hidup dalam masyarakat dan keadaan yang memaksa Mahkamah Konstitusi untuk mengeluarkan putusan yang bersifat *ultra petita* dengan tidak mengenyampingkan rambu-rambu pembatas agar Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan wewenangnya tidak melampaui batas atau kekuasaan lain.

3.1.3. Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang diberikan oleh konstitusi negara Indonesia terdapat di dalam Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 yaitu menguji UU terhadap UUD NRI 1945, mengadili sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD NRI 1945, mengadili pembubaraan parpol, mengadili perselisihan tentang hasil pemilu.

Kewenangan MK yang akan dibahas dalam penelitian ini adalah tentang pengujian UU terhadap UUD NRI 1945. Pengujian UU terhadap UUD NRI 1945 oleh MK dapat berupa pengujian UU secara formil dan materiil. Dalam menangani permohonan pengujian formil berdasarkan Pasal 51A Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011, pemeriksaan dan putusan yang dilakukan oleh MK didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang mengatur tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan. Sebagai lembaga yudisial, MK memiliki hukum acara yang biasanya disebut hukum acara MK. Dalam kewenangan ini MK sebagai lembaga yudisial diberi kewenangan untuk megadili sengketa terhadap UU yang bertentangan dengan UUD NRI 1945 atau disebut dengan *judicial review*.

Mengenai hukum acara pengujian UU di MK diatur di dalam Pasal 50 sampai Pasal 60 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 serta Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 “tentang Pedoman Beracara dalam “Perkara “Pengujian “ Undang-Undnag (Pedoman PUU).

Di dalam Pasal 50A dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011, menyatakan bahwa MK dalam menguji UU terhadap UUD NRI 1945 tidak UU lain sebagai dasar. Sehingga, MK menegaskan bahwa MK hanya dapat melakukan pengujian UU yang sifatnya vertikal.

Berdasarkan Pasal 51A ayat (2) UU Perubahan atas UUMK, uraian yang menjadi dasar permohonan dalam perkara pengujian UU meliputi:

1. Kewenangan “MK “dalam “melakukaan pengujiian;
2. Kedudukan hukum pemohon dapat berupa kerugian faktual ataupun kerugian potensial, yang berisi uraian tentang hak dan/atau kewenangan konstitusi pemohon yang dianggap dirugikan dengan berlakunya UU yang dimohonkan untuk dilakukan pengujian, kerugian oleh pemohon ini
3. Alasan permohonan pengujian.

Selanjutnya dalam hal permohonan yang pengujian formil maka berdasarkan Pasal 51A ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 hal yang dimohonkan untuk diputus meliputi:

- a. Mengabulkan Permohonan Pemohon;
- b. Menyatakan bahwa pembentukan UU dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan UU berdasarkan UUD NRI 1945;
- c. Menyatakan UU tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Apabila permohonan pengujian yang dimohonkan oleh Pemohon adalah pengujian materiil, maka berdasarkan Pasal 51A ayat (4) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 hal yang dimohonkan untuk diputus dalam permohonan meliputi:

- a. Mengabulkan permohonan pemohon;

- b. Menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian dari UU dimaksud bertentangan dengan UUD NRI 1945; dan
- c. Menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari UU dimaksud tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Setelah berkas permohonan lengkap, maka permohonan dicatat dalam Buku Registrasi Perkara. Berdasarkan Pasal 58 UUMK, UU yang diuji dan belum ada putusannya tetap berlaku, sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa UU tersebut bertentangan dengan UUD NRI 1945. Pasal 56 UU 24/2003 mengatur 3 (tiga) jenis amar putusan yaitu, putusan yang menyatakan permohonan tidak dapat diterima, putusan yang menyatakan permohonan dikabulkan dan putusan yang menyatakan permohonan ditolak. Di dalam putusan MK, Menurut Pasal 57 ayat (2a) UU Perubahan atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011, putusan MK tidak memuat:

- a. Amar selain yang ditentukan dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 dan perubahannya
- b. Perintah kepada pembuat UU; dan
- c. Rumusan norma sebagai pengganti norma dari UU yang dinyatakan bertentangan dengan UUD NRI 1945.

Setelah dikeluarkan putusan MK mengenai pengujian UU terhadap UUD NRI 1945, putusan tersebut harus disampaikan kepada DPR, DPD, Presiden dan MA. Jika diperlukan perubahan terhadap UU yang telah diuji, pembentuk UU harus segera menindaklanjuti putusan tersebut sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

3.1.4. Kewenangan Pengujian Undang-undang terhadap UUD 1945 (*Judicial Review*) Mahkamah Konstitusi

Kewenangan MK untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar merupakan fenomena baru dalam kehidupan ketatanegaraan. Pasca dibentuknya lembaga itu, permohonan pengujian Undang-Undang semakin meningkat. Peningkatannya tersebut baik kualitatif maupun kuantitatif pengujian Undang-Undang merupakan bentuk pelaksanaan demokrasi konstitusionalisme di Indonesia, hal itu berarti kehadiran MK adalah untuk meneguhkan supremasi hukum dan kedaulatan rakyat. Negara hukum dan kedaulatan rakyat merupakan dua sisi dari prinsip konstitusionalisme tersebut. Fahaman konstitusionalisme “bertolak dari pemikiran tentang hak-hak konstitusional yang merupakan hak-hak yang dijamin oleh konstitusi, yang dapat ditegakkan pemenuhannya melalui pengadilan.”⁴⁸

⁴⁸ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warganegara*, (Sinar Grafika: Jakarta, 2013), h.113

Berlakunya konstitusi sebagai hukum dasar menurut Jimly, didasarkan atas kekuasaan tertinggi atau prinsip kedaulatan yang dianut dalam suatu Negara, agar konstitusi benar-benar menjadi hukum tertinggi maka ketentuan-ketentuan dasar konstitusional yang menjadi materi muatannya harus dilaksanakan melalui perundang-undangan di bawah konstitusi.⁴⁹ Peraturan perundang-undangan baik yang dibuat oleh legislatif maupun peraturan pelaksanaan yang dibuat oleh eksekutif tidak boleh bertentangan dengan konstitusi itu sendiri, apabila terjadi pertentangan kemudian memunculkan wacana tentang hak menguji (*judicial review*). Dalam doktrin ilmu hukum tata negara, “hak menguji dibedakan atas hak menguji formil dan hak menguji materiil.”⁵⁰

Mengenai kewenangan MA untuk menguji peraturan perundangundangan dibawah Undang-Undang terhadap Undang-Undang, dapat dikatakan sebagai upaya pengujian legalitas (*legal review*). Pengujian yang dilakukan oleh MA ini jelas berbeda dari pengujian konstitusional (*constitutional review*) yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Pertama, objek yang diuji hanya terbatas pada peraturan perundang-undangan dibawah Undang-Undang (*judicial review of regulation*). Sedangkan pengujian atas konstitusionalitas Undang-Undang (*judicial review of law*) dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi.⁵¹ Kedua, yang dijadikan batu penguji oleh Mahkamah Agung adalah Undang-Undang, bukan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa pengujian norma hukum yang dilakukan oleh MA adalah pengujian legalitas peraturan (*judicial review on the legality of regulation*), sedangkan pengujian oleh MK merupakan pengujian konstitusionalitas Undang-Undang (*judicial review on the constitutionality of law*). Yang terakhir ini biasa disebut juga dengan istilah pengujian konstitusionalitas atas Undang-Undang (*constitutional review of law*).⁵² Ketiga, Pengujian yang dilakukan di MA terkadang tidak sejalan dengan putusan yang di lakukan di MK dengan artian bahwa Undang-Undang yang diputus MK terkadang masih menjadi polemik oleh MA baik dari segi waktu dan materi yang

⁴⁹ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Dasar tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi dalam Butirbutir Pemikiran dalam Hukum*, Memperingati 70 tahun Prof.Dr B. Arief Shiddarta, SH. Penyunting Sri Rahayu Oktoberina dan Niken Savitri,(Refika Aditama: Bandung, 2008), h.189

⁵⁰ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Dasar tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi dalam Butirbutir Pemikiran dalam Hukum*, Memperingati 70 tahun Prof.Dr B. Arief Shiddarta, SH. Penyunting Sri Rahayu Oktoberina dan Niken Savitri,(Refika Aditama: Bandung, 2008), h.189

⁵¹ Jimly Assiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, (Setjen dan kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006), h.158

⁵² Jimly Assiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, h.158

diputuskan. Jimly Asshiddiqie menegaskan “pada intinya prinsip-prinsip pemisahan atau pembagian kekuasaan itu dimaksudkan untuk membatasi kekuasaan negara itu dari kemungkinan menjadi sumber penindasan dan tindakan yang sewenang-wenang pada penguasa.”⁵³

Pengaturan dan pembatasan kekuasaan itu menurut Jimly yang menjadi ciri konstitusionalisme dan sekaligus tugas utama konstitusi, sehingga kemungkinan kesewenang-wenangan kekuasaan dapat dikendalikan dan diminimalkan. Berkaitan dengan pembagian kekuasaan, Jimly juga membedakan antara pemisahan kekuasaan secara horizontal dalam arti kekuasaan dipisah-pisahkan ke dalam fungsi-fungsi yang tercermin dalam lembaga-lembaga negara yang sederajat dan saling mengimbangi (*cheks and balances*).⁵⁴ Sedangkan pembagian kekuasaan yang bersifat vertikal dalam arti perwujudan kekuasaan itu dibedakan secara vertikal ke bawah kepada lembaga-lembaga tinggi negara di bawah lembaga pemegang kedaulatan rakyat.

1. Tata Cara Pengajuan Judicial Review ke Mahkamah Konstitusi

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 3 huruf a jo. Pasal 10 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (“UU MK”), salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah menguji undang-undang terhadap UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pemohon judicial review adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu (Pasal 51 ayat [1] UU MK):

- a. perorangan warga negara Indonesia;
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara.

Permohonan wajib dibuat dengan uraian yang jelas mengenai pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (lihat Pasal 30 ayat [1] UU MK).

Permohonan diajukan secara tertulis dalam Bahasa Indonesia dan ditandatangani oleh Pemohon atau kuasanya dalam 12 rangkap (lihat Pasal 29 UU MK) yang memuat sekurang-kurangnya:

⁵³ Jimly Asshiddiqie, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan dalam UUD 1945*, (UII Press, Yogyakarta, 2005), h.36.

⁵⁴ Erli Salia, *Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Mewujudkan Negara Hukum Yang demokratis*, (Makalah, Palembang), h.6

- a. Identitas Pemohon, meliputi:
 1. Nama
 2. Tempat tanggal lahir/ umur – Agama
 3. Pekerjaan
 4. Kewarganegaraan
 5. Alamat Lengkap
 6. Nomor telepon/faksimili/telepon selular/e-mail (bila ada)
- b. Uraian mengenai hal yang menjadi dasar permohonan yang meliputi:
 1. kewenangan Mahkamah;
 2. kedudukan hukum (legal standing) Pemohon yang berisi uraian yang jelas mengenai anggapan Pemohon tentang hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dirugikan dengan berlakunya UU yang dimohonkan untuk diuji;
 3. alasan permohonan pengujian diuraikan secara jelas dan rinci.
- c. Hal-hal yang dimohonkan untuk diputus dalam permohonan pengujian formil, yaitu:
 1. mengabulkan permohonan Pemohon;
 2. menyatakan bahwa pembentukan UU dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan UU berdasarkan UUD 1945;
 3. menyatakan UU tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
- d. Hal-hal yang dimohonkan untuk diputus dalam permohonan pengujian materiil, yaitu:
 1. mengabulkan permohonan Pemohon;
 2. menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari UU dimaksud bertentangan dengan UUD 1945;
 3. menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari UU dimaksud tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. (lihat Pasal 31 UU MK jo. Pasal 5 Peraturan MK No. 06/PMK/2005 Tahun 2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang – Peraturan MK 6/2005).

Pengajuan permohonan harus disertai dengan alat bukti yang mendukung permohonan tersebut yaitu alat bukti berupa (Pasal 31 ayat [2] jo. Pasal 36 UU MK):

- a. surat atau tulisan;
- b. keterangan saksi;
- c. keterangan ahli;
- d. keterangan para pihak;
- e. petunjuk; dan

- f. alat bukti lain berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu.

Di samping diajukan dalam bentuk tertulis permohonan juga diajukan dalam format digital yang disimpan secara elektronik dalam media penyimpanan berupa disket, cakram padat (compact disk) atau yang serupa dengan itu (lihat Pasal 5 ayat [2] Peraturan MK 6/2005).

Tata cara pengajuan permohonan:

1. Permohonan diajukan kepada Mahkamah melalui Kepaniteraan.
2. Proses pemeriksaan kelengkapan administrasi permohonan bersifat terbuka yang dapat diselenggarakan melalui forum konsultasi oleh talon Pemohon dengan Panitera.
3. Petugas Kepaniteraan wajib memeriksa kelengkapan alat bukti yang mendukung permohonan sekurang-kurangnya berupa:
 - a. Bukti diri Pemohon sesuai dengan kualifikasi sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yaitu:
 1. foto kopi identitas diri berupa KTP dalam hal Pemohon adalah perorangan warga negara Indonesia,
 2. bukti keberadaan masyarakat hukum adat menurut UU dalam hal Pemohon adalah masyarakat hukum adat,
 3. akta pendirian dan pengesahan badan hukum baik publik maupun privat dalam hal Pemohon adalah badan hukum,
 4. peraturan perundang-undangan pembentukan lembaga negara yang bersangkutan dalam hal Pemohon adalah lembaga negara.
 - b. Bukti surat atau tulisan yang berkaitan dengan alasan permohonan;
 - c. Daftar talon ahli dan/atau saksi disertai pernyataan singkat tentang hal-hal yang akan diterangkan terkait dengan alasan permohonan, serta pernyataan bersedia menghadiri persidangan, dalam hal Pemohon bermaksud mengajukan ahli dan/atau saksi;
 - d. Daftar bukti-bukti lain yang dapat berupa informasi yang disimpan dalam atau dikirim melalui media elektronik, bila dipandang perlu.
4. Apabila berkas permohonan dinilai telah lengkap, berkas permohonan dinyatakan diterima oleh Petugas Kepaniteraan dengan memberikan Akta Penerimaan Berkas Perkara kepada Pemohon.
5. Apabila permohonan belum lengkap, Panitera Mahkamah memberitahukan kepada Pemohon tentang kelengkapan permohonan yang harus dipenuhi, dan Pemohon harus sudah melengkapinya dalam waktu selambat-lambatnya

- 7 (tujuh) hari kerja sejak diterimanya Akta Pemberitahuan Kekuranglengkapan Berkas.
6. Apabila kelengkapan permohonan sebagaimana dimaksud ayat (7) tidak dipenuhi, maka Panitera menerbitkan akta yang menyatakan bahwa permohonan tersebut tidak diregistrasi dalam BRPK dan diberitahukan kepada Pemohon disertai dengan pengembalian berkas permohonan.
7. Permohonan pengujian undang-undang diajukan tanpa dibebani biaya perkara.
(lihat Pasal 6 Peraturan MK 6/2005).

3.1.5. Kedudukan Putusan *Ultra Petita*

Asas *ultra petita* atau *asasiu dex non ultra petita* atau *ultra petita non cognoscitur* diatur dalam Pasal 178 ayat 2 dan 3 HIR serta dalam Pasal 189 ayat 2 dan 3 Rbg Jo Pasal 67 huruf C UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

Berbagai pihak memiliki pandangan yang saling bertentangan menanggapi putusan *ultra petita* yang dibuat oleh Mahkamah Konstitusi. Pihak yang pro terhadap putusan *ultra petita* berpandangan sebagai berikut:

- a. jika bagian dari yang dimohonkan review terkait dengan pasal-pasal lain dan menjadi jantung dari undang-undang yang harus diuji, maka pembatalan pasal-pasal terkait tidak dapat dihindarkan;
- b. jika pemohon mencantumkan permohonan *ex aequo et bono* (memutus demi keadilan), maka hakim memiliki kebebasan untuk menentukan amarnya;
- c. doktrin larangan *ultra petita* hanya digunakan dalam hukum acara perdata;
- d. objekum litis dalam perkara perdata adalah hak-hak keperdataan, sedangkan dalam pengujian UU adalah hak konstitusional, karenanya bersifat *erga omnes*. Hak-hak keperdataan tidaklah dapat disamakan dengan hak konstitusional;
- e. kewenangan MK adalah menguji undang-undang terhadap UUD, jadi bukan pasal-pasal dan ayatnya;
- f. putusan *ultra petita* lazim di negara-negara lain, bahkan ide *judicial review* pertama kali bersal dari putusan Jhon Adam yang sangat *ultra petita*, dan
- g. UU Mahkamah Konstitusi tidak melarang secara tegas larangan melakukan *ultra petita*.

Di pihak lain, mereka yang menentang adanya putusan *ultra petita* di Mahkamah Konstitusi berpandangan bahwasanya putusan *ultra petita* dalam pengujian UU melanggar doktrin yang berlaku umum dan universal dalam hukum acara (larangan *ultra petita*), asas *non ultra petita* merupakan yurisprudensi internasional. Putusan *ultra petita* juga dianggap menciderai prinsip kedaulatan

rakyat (supremasi parlemen), bahkan terkesan mencampuri ranah kekuasaan lain, sehingga melanggar doktrin pemisahan kekuasaan dan *check and balances*. Putusan *ultra petita* merupakan pelanggaran atas ranah legislatif oleh lembaga yudikatif karena mencampuri kewenangan mengatur (*regeling*) yang tidak dipersoalkan oleh pemohon.⁵⁵

Terlebih lagi, dilakukannya *ultra petita* dianggap telah melanggar UU MK, karena UU MK tidak mengatur diperbolehkannya membuat putusan yang mengandung *ultra petita*. Dalam perspektif positivistik-legalistik, format amar putusan sebagaimana diatur dalam UU MK tidak memungkinkan adanya bentuk amar *ultra petita*. Berdasarkan pada perbedaan perspektif mengenai *ultra petita* di atas, maka menurut hemat penulis terdapat dua permasalahan yang patut dielaborasi lebih lanjut guna menjawab bagaimana kedudukan vonis *ultra petita* dalam perspektif normatifnya. Pertama terkait dengan apakah doktrin *ultra petita* memang berlaku umum sehingga menjadi norma yang mengikat bagi semua hakim dalam berbagai perkara, dan kedua, mengingat UU MK tidak mengatur secara tegas, maka akan ditelaah secara komperhensif perihal bagaimanakah sesungguhnya perspektif UU MK terhadap *vonnis ultra petita*.

Untuk menganalisa kedua sub permasalahan di atas, akan digunakan 2 (dua) analisa pendekatan, yaitu analisa normatif dan analisa komparatif. Analisa normatif di sini akan digunakan untuk menelaah pasal-pasal dalam UU MK maupun Peraturan-Peraturan MK yang mengatur tentang Pengujian Undang-Undang. Sedangkan analisa komparatif dalam pembahasan ini hanya dibatasi pada perbandingan antar sistem peradilan menurut hukum positif Indonesia, dalam hal ini hanya akan disajikan perspektif-perspektif Hukum Acara Perdata, Hukum Acara Pidana, Hukum Acara PTUN terhadap putusan-putusan yang mengandung *ultra petita*. Dengan begitu, maka akan jelaslah kedudukan *vonnis ultra petita*, baik dalam perspektif sistem peradilan Indonesia pada umumnya dan pengujian undang-undang khususnya.

Ketentuan larangan *ultra petita* secara tegas diatur dalam pasal 178 ayat (3) *Het Herziene Indonesisch Reglement*, yang dalam hal ini dapat dimaknai dalam dua aspek, pertama, hakim dilarang untuk mengabulkan atas hal-hal yang tidak diminta oleh penggugat, dan kedua, hakim dilarang untuk mengabulkan lebih dari yang diminta oleh penggugat. Namun dalam perkembangan praktik peradilan, ketentuan larangan *ultra petita* ini tidak dianggap berlaku mutlak lagi berdasarkan yurisprudensi Mahkamah Agung perkara Nomor 556K/Sip/1971 yang memberikan

⁵⁵ Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 1999, h. 130.

kaidah hukum bahwasanya mengabulkan lebih dari yang digugat adalah diizinkan selama hal itu masih sesuai dengan keadaan materiil.

Dalam hukum acara pidana larangan *ultra petita* hanya terkait dengan surat dakwaan yang sifatnya *litis contestatio* bagi pemeriksaan persidangan, dan sebaliknya tidak berlaku dalam kaitannya dengan tuntutan pidana. Sebelum berlakunya KUHAP, berdasarkan Yurisprudensi Mahkamah Agung dalam Putusan Nomor:47 K/Kr/1956 tanggal 23 Maret 1957, didapatkan kaidah hukum, bahwa yang menjadi dasar pemeriksaan oleh pengadilan ialah surat tuduhan (dakwaan), bukan tuduhan yang dibuat oleh polisi. Jadi, kedua pasal tersebut menegaskan bahwa putusan hakim hanya boleh mengenai fakta-fakta dalam batas-batas surat dakwaan jaksa penuntut umum.

Hakim tidak dibenarkan menjatuhkan hukuman diluar batas-batas yang terdapat dalam surat dakwaan, oleh sebab itu terdakwa hanya dapat dipidana berdasarkan apa yang terbukti mengenai kejahatan yang dilakukannya menurut rumusan surat dakwaan. Pasal 193 ayat (1) KUHAP memberikan batasan dengan tegas, “jika pengadilan berpendapat bahwa terdakwa bersalah melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya, maka pengadilan menjatuhkan pidana.” Begitu juga sebaliknya, menurut Pasal 191 ayat (1) KUHAP, “jika pengadilan berpendapat bahwa dari hasil pemeriksaan di sidang, kesalahan terdakwa atas perbuatan yang didakwakan kepadanya tidak terbukti secara sah dan meyakinkan, maka terdakwa diputus bebas”.

Dalam hukum acara PTUN, meskipun secara normatif muatan *ultra petita* dilarang oleh karena menurut UU MA dapat dijadikan sebagai alasan mengajukan peninjauan kembali, akan tetapi dalam perkembangannya amar *reformatio in peius* diperkenankan. *Reformatio in peius* merupakan diktum putusan yang justru tidak menguntungkan penggugat. Contoh penerapan *reformatio in peius* misalnya dalam kasus kepegawain.

Melalui putusan MA Nomor 5 K/TUN/1992, diputus tanggal 6 Pebruari 1993, hakim kasasi membuat kaidah hukum baru mengenai larangan *ultra petita*, sebagai berikut: “bahwa walaupun Penggugat asal tidak mengajukan dalam petitum, Mahkamah Agung dapat mempertimbangkan dan mengadili semua keputusan atau penetapan-penetapan yang bertentangan dengan tatanan yang ada. Adalah tidak pada tempatnya bila hak menguji Hakim hanya pada objek sengketa yang diajukan oleh para pihak karena sering objek sengketa tersebut harus dinilai dan sipertimbangkan dalam kaitannya dengan bagian-bagian penetapan-penetapan atau keputusan Badan atau Pejabat TUN yang tidak dipersengketakan antara kedua belah pihak (*ultra petita*).”

Berdasarkan pada uraian di atas, dapat dikatakan bahwasanya ketentuan larangan *ultra petita* bukanlah doktrin yang berlaku mutlak dan umum serta mengikat semua hakim dalam berbagai peradilan. Hal ini terjadi karena masing-masing hukum acara memiliki karakteristik yang berbeda satu sama lain, disamping karena adanya kebutuhan per-kembangan hukum dalam praktik peradilan. Kesimpulan ini juga kiranya berlaku dalam hukum acara pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi. Namun untuk itu perlu dilihat sejauh mana ketentuannya dalam UU MK maupun Peraturan MK.

Putusan Mahkamah Konstitusi diambil setelah mempertimbangkan permohonan yang terdiri dari bagian posita atau uraian yang menjadi dasar permohonan dan petitum berdasarkan alat bukti yang ada.⁵⁶ Jika permohonan dalam pengujian materiil beralasan dan oleh karenanya dikabulkan, maka berdasarkan ketentuan Pasal 56 dan Pasal 57 UU MK, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Tidak ada bentuk amar lain selain amar yang didasarkan pada ketentuan Pasal 56 dan Pasal 57 UU MK junto Pasal 36 huruf c Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PMK/2005. Dengan kata lain, dalam perspektif normatifnya, tidak ada ruang bagi hakim konstitusi untuk membuat amar yang mengandung *ultra petita*, terlebih yang mengandung *positive legislature*.

Meskipun tidak diatur secara tegas, dalam arti tidak melarang secara tegas, akan tetapi dengan pendekatan penafsiran sistemik dapat disimpulkan bahwasanya ketentuan-ketentuan dalam UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Peraturan MK Nomor 006/PMK/2005 tidak memungkinkan dibuatnya putusan yang mengandung *ultra petita*. Singkatnya, secara normatif, hukum acara pengujian undang-undang tidak memungkinkan dibuatnya putusan *ultra petita*.

Namun demikian dalam pratik telah ada beberapa putusan MK yang mengandung muatan *ultra petita* dan oleh karenanya dapat digunakan sebagai yurisprudensi MK. Yurisprudensi sendiri merupakan salah satu sumber hukum formal dalam hukum acara pengujian undang-undang. Jika pemahaman terhadap yurisprudensi ini dikaitkan dengan boleh tidaknya melakukan *ultra petita* bagi hakim konstitusi, maka harus ada ketentuan dan kaidah tetapnya, apa dan sampai sejauh manakah batas-batas diperbolehkannya hakim konstitusi untuk membuat putusan yang mengandung *ultra petita*.

3.1.6. Dasar Pertimbangan Mahkamah Konstitusi Memutus *Ultra Petita*

Mencermati beberapa putusan Mahkamah Konstitusi, antara lain pada Putusan Pemiluka Provinsi Jawa Timur Tahun 2008 dan Putusan Pemilukada

⁵⁶ Maruarar Siahaan, *Op.cit.* h. 394.

Kabupaten Bengkulu Selatan tahun 2008 serta putusan pengujian Undang Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945, dalam hal ini putusan terhadap Pengujian Undang Undang No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial juncto Undang Undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, diperoleh beberapa pertimbangan yang melatarbelakangi putusan tersebut, yaitu: (1) dalam rangka menegakkan keadilan substantif dan keadilan konstitusional, yakni rasa keadilan masyarakat/permohonan keadilan (*ex aequo et bono*); (2) undang-undang yang diminta diuji merupakan “jantungnya” undang-undang, dalam arti sebagai akibat pengujian itu, maka berakibat seluruh pasal dalam undang-undang tersebut tidak dapat dilaksanakan; (3) mempertimbangkan kepentingan umum yang menghendaki hakim tidak boleh terpasung pada permohonan (*petitum*); (4) pengujian undang-undang menyangkut kepentingan umum akibat hukumnya bersifat erga omnes atau hukumnya tidak jelas.

Berdasarkan identifikasi pertimbangan Mahkamah Konstitusi yang dipergunakan sebagai dasar pengambilan keputusan yang bersifat *ultra petita* dalam kasus-kasus tersebut di atas, dapat disederhanakan setidaknya terdapat 3 (tiga) dasar pertimbangan pokok. Untuk memperoleh kejelasan mengenai 3 (tiga) dasar pertimbangan putusan *ultra petita* tersebut diuraikan di dalam penjelasan berikut di bawah ini.

3.1.6.1. Dasar Pertimbangan Filosofis

Dasar pertimbangan filosofis ini teridentifikasi dengan dimasukkannya permohonan subsidair yang berbunyi: “Apabila pengadilan berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*)”. Manakala pemohon mengajukan permohonan demi keadilan atau putusan seadiladilnya, maka secara hukum dapat dianggap pemohon mengajukan kepada MK untuk mengabulkan hal yang tidak diminta atau melampaui permohonan pemohon. Sebagaimana diketahui bahwa secara filosofis tujuan hukum adalah untuk keadilan, di samping kepastian dan kemanfaatan, oleh karena itu hukum harus benar-benar mencerminkan tujuan filosofis tersebut, baik melalui undang-undang maupun pelaksanaan undang-undang. Di Indonesia, keadilan merupakan hak konstitusional warga negara, hal ini tercermin di dalam ketentuan Pasal 28D ayat (1) UUD NRI 1945 yang dirumuskan, “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.” Sehubungan dengan hal ini, maka keadilan selalu berada dalam garis depan dalam setiap perjuangan menegakkan hak-hak masyarakat maupun dalam konteks penegakan hukum.

Keadilan selalu menjadi simbol perjuangan rakyat ketika berhadapan dengan penguasa yang dianggap telah melakukan perampasan hak-hak normatif masyarakat. Keadilan merupakan istilah yang lazim dipergunakan dalam hubungan

antara rakyat dan pemerintah.⁵⁷Plato mengemukakan bahwa : “keadilan sebenarnya merupakan masalah “kesenangan” (*convenience*) yang berbeda-beda atau bahkan saling bertentangan antara satu orang dengan orang lainnya, akhirnya keadilan hanyalah suatu bentuk kompromi⁵⁸ Bagi Plato keadilan adalah kebajikan yang mengandung keselarasan dan keseimbangan yang tidak dapat diketahui atau dijelaskan dengan argumentasi rasional.

Selanjutnya Plato membagi kebajikan sebagai berikut: a) kebijaksanaan atau kearifan; b) keberanian atau keteguhan hati; c) kedisiplinan; serta keadilan.⁵⁹ Kebijaksanaan merupakan unsur yang sangat perlu dipertimbangkan oleh hakim apabila dirinya dihadapkan kasus hukum yang harus diselesaikan. Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat ultra petita dalam putusan sengketa hasil pemilihan umum Kepala Daerah Provinsi Jawa Timur, nampaknya merupakan bukti dipergunakannya dasar pertimbangan rasa keadilan (keadilan substantif) terhadap masyarakat sebagai pemohon. Pertimbangan ini didasarkan atas fakta hukum bahwa proses pemilihan Kepala Daerah Provinsi Jawa Timur 2008 tersebut terbukti secara sah dan meyakinkan di hadapan mahkamah telah terjadi pelanggaran yang sistematis, terstruktur dan massif, yang mempengaruhi peroleh suara pasangan calon Gubernur dan Wakil Gubernur.

Selanjutnya J. Bentham, John Stuart Mill, dan David Hume mengajarkan bahwa kebahagiaan (*happiness*) sebagai tujuan hukum merupakan prinsip untuk mengukur keadilan hukum. Keberadaan kelembagaan negara, termasuk institusi sosial, dan institusi hukum harus diukur dari segi kemanfaatannya, unsur manfaat menjadi ukuran atau kriteria bagi seseorang untuk mentaati hukum. Selanjutnya John Stuart Mill menyatakan: “...and the test of what laws there ought to be, and what laws ought to be, was utility.”⁶⁰ Suatu peraturan perundang-undangan hanya dapat dilaksanakan dengan baik apabila bersifat adil. Keadilan bukan hanya sekedar tuntutan moral, melainkan secara faktual mencirikan hukum.⁶¹

Keadilan yang dimaksud bukan hanya keadilan hukum atau legal justice, tetapi juga keadilan sosial atau social justice. Dipergunakannya dasar pertimbangan keadilan sebagai unsur filosofis, antara lain terlihat dalam konsideran/menimbang dalam putusan sengketa Pemilihan Kepala Daerah Propinsi Jawa Timur, yang dirumuskan: “Mahkamah untuk memutus *ex aequo et bono* yang diartikan sebagai

⁵⁷ Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Surabaya: Bina Ilmu, 1987.

⁵⁸ Ibid, h. 92

⁵⁹ Sudarsono, *Ilmu Filsafat suatu Pengantar*, Jakarta: Rineka Cipta, 2001, h. 271

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Bambang Sunggono dan Aries Harianto, *Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Bandung: Mandar Maju, 2001, h. 93.

permohonan kepada hakim untuk menjatuhkan putusan yang seadil-adilnya apabila hakim mempunyai pendapat lain daripada yang diminta dalam petitum. Sebagaimana pernah ditulis oleh Gustav Radbruch bahwa: *“Preference should be given to the rule of positive law, supported as it is by due enactment and state power, even when the rule is unjust and contrary to the general welfare, unless, the violation of justice reaches so intolerable a degree that the rule becomes in effect “lawless law” and must therefore field to justice.”*⁶² (preferensi atau acuan yang diberikan oleh hukum positif atau peraturan perundang-undangan, yang didukung pelaksanaannya oleh kekuasaan negara, namun dalam pelaksanaannya tidak adil dan bahkan bertolak belakang dengan kesejahteraan umum, bahkan mencederai keadilan dalam batas yang tidak dapat ditoleransi, sehingga peraturan hukum atau peraturan perundang-undangan tersebut menjadi tidak berdaya, maka dimensi keadilanlah yang harus diutamakan).

Mengingat sifatnya sebagai peradilan konstitusi, Mahkamah Konstitusi tidak boleh membiarkan aturan-aturan keadilan prosedural (*procedural justice*) memasung dan mengesampingkan keadilan substantif (*substantive justice*), karena fakta-fakta hukum sebagaimana telah diuraikan dalam alat bukti, telah nyata merupakan pelanggaran konstitusi, khususnya Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 yang mengharuskan Pemilihan Kepala Daerah dilakukan secara demokratis, dan tidak melanggar asas-asas pemilihan umum yang bersifat langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 22E ayat (1) UUD 1945. Selanjutnya dalam konsideran dinyatakan bahwa, satu prinsip hukum dan keadilan yang dianut secara universal menyatakan bahwa “tidak seorang pun boleh diuntungkan oleh penyimpangan dan pelanggaran yang dilakukannya sendiri dan tidak seorang pun boleh dirugikan oleh penyimpangan dan pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain” (*nullus/ nemo commodum capere potest de injuria sua propria*). Mahkamah tidak boleh membiarkan aturan-aturan keadilan prosedural (*procedural justice*) memasung dan mengesampingkan keadilan substantif (*substantive justice*).⁶³

Pertimbangan keadilan ini nampaknya didasarkan pada ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 yang dirumuskan: “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”, dan juga memperhatikan ketentuan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, yang dirumuskan: “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”

⁶² G. Radbruch, “Rechtsphilosophie”, Fuller’s translation of formula in *Journal of Legal Education* 4th ed. page 353, h. 181.

⁶³ Bab Menimbang Putusan Mahkamah Konstitusi dalam sengketa Pemilihan Kepala Daerah Propinsi Jawa Timur 2008.

Selanjutnya substansi ketentuan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tersebut dituangkan kembali ke dalam Pasal 45 ayat (1) Undang Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang dirumuskan: “Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim”.

Mahkamah menyatakan bahwa peradilan menurut UUD 1945 harus menganut secara seimbang asas keadilan, asas kepastian hukum, dan asas manfaat, sehingga Mahkamah tidak dapat dipasung hanya oleh bunyi undang-undang melainkan juga harus menggali rasa keadilan dengan tetap berpedoman pada makna substantif undang-undang itu sendiri. Lebih lanjut, jika diperhatikan pertimbangan hukum putusan Mahkamah Konstitusi untuk sampai pada putusan memerintahkan KPU Kabupaten Bengkulu Selatan tahun 2008 untuk menyelenggarakan pemungutan suara ulang, meskipun tidak diminta oleh pemohon, karena berdasarkan fakta-fakta hukum telah terbukti secara sah dan meyakinkan KPU Kabupaten Bengkulu Selatan dan Panwaslu Kabupaten Bengkulu Selatan telah melalaikan tugas, yakni tidak pernah memproses secara sungguh-sungguh laporan-laporan yang diterima tentang latar belakang dan tidak terpenuhinya syarat Pihak Terkait yaitu H. Dirwan Mahmud, sehingga PemiluKada berjalan dengan cacat hukum sejak awal. Kelalaian tersebut menyebabkan seharusnya Pihak Terkait tidak berhak ikut, dan karenanya keikutsertaannya sejak semula adalah batal demi hukum (*void ab initio*).

Di samping itu, Mahkamah berpendapat bahwa apabila sejak awal Pihak Terkait, H. Dirwan Mahmud tidak menjadi peserta dalam PemiluKada sudah pasti konfigurasi perolehan suara masing-masing pasangan calon akan berbeda dengan yang diperoleh pada PemiluKada Putaran I maupun Putaran II.

Dalam konklusinya, Mahkamah berpendapat dilakukannya Pemungutan suara ulang dimaksudkan untuk mengawal konstitusi dan mengawal pemiluKada yang langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil sebagai pelaksanaan demokrasi sebagaimana diamanatkan Pasal 18 ayat (4) dan Pasal 22E ayat (1) UUD 1945. Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah berpendapat bahwa sebagai pengawal konstitusi, maka acuan utama penegakan hukum di Mahkamah adalah tegaknya prinsip kehidupan bernegara berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945. Selain itu, Mahkamah juga pernah memutuskan bahwa dalam mengawal konstitusi, Mahkamah tidak dapat membiarkan dirinya dipasung oleh keadilan prosedural (*procedural justice*) semata-mata, melainkan juga keadilan substansial. Salah satu landasan penting dari sikap ini adalah ketentuan Pasal 45 ayat (1) UU MK yang menyatakan bahwa Mahkamah memutus perkara berdasarkan UUD NRI Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim. Makna keyakinan hakim adalah keyakinan hakim berdasarkan alat bukti Penjelasan Pasal 45 ayat (1) UU MK).

3.1.6.2. Dasar Pertimbangan Teoritis

Dalam keilmuan hukum, dua pengaruh tradisi *Civil Law System* dan *common Law System* merupakan fenomena yang tidak dapat dipungkiri lagi, bahkan secara jujur harus diakui kedua sistem hukum ini cukup aktif dan efektif mempengaruhi perkembangan sistem hukum bagi hampir semua negara di dunia ini. *Civil Law System* merupakan tradisi hukum yang dikembangkan di kawasan negara-negara Eropa Kontinental, sedangkan *Common Law System* merupakan tradisi hukum yang dikembangkan di negara-negara *Anglo Saxon*. Pada tradisi keilmuan hukum *Continental Law System*, pengembangan hukumnya dilakukan melalui tradisi pembentukan produk peraturan perundangan formal, yang dibentuk secara formal oleh badan legislatif. Tradisi pembentukan undang-undang demikian didasarkan asas legalitas yang mengedepankan kepastian hukum, yang disandarkan pada hukum positif.

Pada tradisi *Civil Law System* berusaha secara maksimal semua permasalahan diatur dengan undang-undang, sehingga di awal perkembangannya hukum disejajarkan dengan undang-undang, keabsahan hukum disamakan dengan keabsahan undang-undang (*rechtmatigheid* sama dengan *wetmatigheid*). Dalam kaitannya dengan tradisi *Civil Law System* ini, Bagir Manan menyatakan, bahwa pada negara-negara yang berada dalam Sistem Eropa Kontinental selalu berusaha untuk menyusun hukum-hukumnya dalam bentuk tertulis, bahkan dalam suatu sistematika yang diupayakan selengkap mungkin dalam sebuah kitab undang undang (kodifikasi).⁶⁴

Pensistematisasian hukum dalam undang-undang ini selanjutnya dikenal dengan istilah kodifikasi hukum. Sistematisasi hukum yang demikian memang sangat dimungkinkan, sebab kondisi sosial kemasyarakatannya cenderung *homogen*, sehingga memudahkan dalam pengaturan, pentaatan, dan penegakan hukumnya. Dalam perkembangannya, tradisi *Continental Law System* yang mengutamakan undang-undang sebagai satu-satunya sumber hukum, lambat laun juga mengakui keberadaan hukum yang hidup di dalam masyarakat (*the living law*), sebagaimana yang dikembangkan di *Common Law System* di kawasan *Anglo Saxon System*. Hal ini diungkapkan oleh Sirajuddin, dengan alasan karena terdesak oleh kebutuhan-kebutuhan yang berkembang, sementara penerapan hukum oleh hakim semakin jauh dari nilai-nilai keadilan, maka yurisprudensi dipergunakan untuk mengatasi kelemahan-kelemahan dalam peraturan perundang-undangan.⁶⁵

⁶⁴ Bagir Manan, *Dasar Dasar Perundang-undangan Indonesia*, Jakarta: IN-HILL-Co, 1992, h. 6.

⁶⁵ Sirajuddin et.al, *Legislatif Drafting Dalam Pembentukan Peraturan Perundangan*, Malang: Yappika, 2006, h.6.

Menurut paradigma positivisme, hukum positif merupakan aturan yang tertulis di dalam sebuah undang-undang atau peraturan perundangan formal lainnya. Hukum dipahami sebagai "law as what written in the book" (dan tidak pernah dipahami sebagai sebuah gejala yang hidup di dalam masyarakat). Hukum merupakan penetapan kaitan-kaitan logis antara kaidah-kaidah dan antara bagian-bagian yang ada dalam hukum. Setiap istilah yang dipakai selalu didefinisikan secara tegas,⁶⁶ dan mudah dipahami oleh masyarakat sebagai stakeholder. Sistem hukum Indonesia sendiri sebagai negara jajahan Belanda, tentunya pengaruh *civil law system* tidak dapat dihindarkan, sebab Belanda berusaha menanam Mahkamah Konstitusi kulturnya dalam rangka memperkuat kekuasaannya, termasuk di Indonesia, dan salah satunya melalui sistem hukum negaranya.

Oleh karena itu, tidak mengherankan apabila sebagian ahli hukum di Indonesia memiliki persepsi yang berbeda terhadap hukum itu sendiri, tidak sedikit yang masih menempatkan hukum sebagai undang-undang, meskipun juga tidak sedikit yang berusaha keluar dari *frame* undang-undang dalam melihat hukum, termasuk di dalamnya *the living law*. Secara interpretatif, ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman bukankah merupakan pintu masuk bagi penggunaan *Common Law System* di Indonesia, mengingat ketentuan pasal tersebut sebagai dasar atau landasan yuridis bagi penggunaan hukum yang hidup di dalam masyarakat (*the living law*). Secara jujur harus diakui bahwa Indonesia tidak lagi sebagai negara penganut *Continental System* secara murni yang mengagungkan undangundang sebagai sandaran keabsahan hukum sebuah perbuatan. Indonesia merupakan negara penganut *Mix Legal System*, sebab di samping berlaku hukum negara (*state law*) atau hukum undang-undang (*statute law*), juga berlaku hukum agama (*religious law*), hukum adat (*adat law*), dan juga hukum kebiasaan (*customary law*). Bahkan dalam beberapa kasus, hukum adat dan hukum kebiasaan, sebagai hukum yang hidup di dalam masyarakat (*the living law*) ini sering mengesampingkan berlakunya hukum undang-undang (*state law*).

Ketidakmampuan hukum positif memenuhi tuntutan kebutuhan hukum masyarakat yang disebabkan oleh sifatnya yang kaku, formal, dan tertutup menyebabkan tidak luasnya penerap hukum (hakim) dalam menjalankan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Ketidakmampuan hukum positif yang demikian menyebabkan sebagian dari kalangan akademisi, dan praktisi mencoba mendekati diri pada aliran hukum yang lain, yaitu hukum empiris. Bahkan tidak sedikit yang merasa menemukan dunia hukum yang sebenarnya pada

⁶⁶ Yulius Stone dalam Esmi Warasih, *Pranata Hukum Sebagai Telaah Sosiologi*, Semarang: Suryandaru Utama, 2005, h.2.

aliran hukum ini. *Oliver Wendel Holmes* yang berpendapat bahwa seorang ahli hukum harus memahami bahwa gejala kehidupan sebagai suatu yang realistis, hukum tidak selamanya netral atau bebas nilai (*free value*). Hukum memiliki keterkaitan dengan unsur-unsur lain, tidak steril dari unsur-unsur non hukum, termasuk situasi dan kondisi di mana hukum tersebut berlaku. Berdasarkan paparan di atas, maka dasar pemikiran Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara yang bersifat *ultra petita* sementara ini tentunya dapat diterima.

Putusan *ultra petita* yang diambil oleh Mahkamah Konstitusi, khususnya dalam sengketa pemilihan kepala daerah Provinsi Jawa Timur semata-mata untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat, kemanfaatan dan kepastian hukum. Secara teoritis diakui berlakunya asas bahwa pengadilan tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukumnya tidak atau belum mengatur, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya. Di samping itu, hakim wajib menggali, menemukan dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Prinsip ini tercantum di dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

3.1.6.3. Dasar Pertimbangan Yuridis

Sebagaimana diketahui bahwa dalam ajaran trias politika, kekuasaan negara dibagi ke dalam 3 (tiga) kekuasaan yang terpisah, yaitu kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif, dan kekuasaan yudisial, dengan mekanisme *checks and balances*. Tujuan pembagian kekuasaan ini dimaksudkan untuk menghindarkan terjadinya penumpukan kekuasaan negara yang dapat melahirkan pemerintahan absolutisme, yang menurut Lord Acton, *power tends to corrupt, but the absolutely power absolutely corrupts*.

Di dalam negara hukum, setiap pembentukan organ atau lembaga negara selalu disertai dengan kewenangan yang diatur di dalam perundang-undangan. Hal ini dimaksudkan untuk menentukan ruang lingkup kewenangan, dasar penggunaan kewenangan, serta batasbatas kewenangan dari lembaga atau organ negara yang bersangkutan. Pengaturan demikian sekaligus dimaksudkan untuk memberikan dasar legalitas penggunaan wewenang dari organ negara yang bersangkutan, sehingga setiap penggunaan kewenangan dapat dikontrol penggunaannya serta terjamin akuntabilitasnya. Landasan yuridis wewenang kekuasaan yudisial, yang selanjutnya disebut dengan istilah kekuasaan kehakiman, di Indonesia secara konstitusional diatur di dalam ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 yang dirumuskan, "Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan". Berdasarkan ketentuan Pasal 24 ayat (1) tersebut bahwa kekuasaan kehakiman adalah merupakan kekuasaan yang merdeka, dengan tujuan menegakkan hukum dan keadilan. Dalam

konteks pelaksana kekuasaan kehakiman, MK dalam menyelenggarakan peradilan, juga bertujuan tidak saja menegakkan hukum, tetapi juga menegakkan keadilan. Dalam konteks menegakkan keadilan itulah, Mahkamah Konstitusi lebih menitikberatkan pada tujuan menegakkan keadilan substantif (*substantive justice*) daripada keadilan prosedural (*procedural justice*), dengan alasan karena keadilan berdasarkan hukum tidak selalu terkait kepada ketentuan-ketentuan formal-prosedural.

Paradigma yang dianut hakim konstitusi di MK telah sesuai dengan tugas hakim untuk selalu menggali nilai-nilai keadilan substantif di masyarakat dalam menghadapi berbagai perkara hukum. Di samping itu, tujuan dan fungsi dari MK adalah memberikan perlindungan hak asasi manusia, sebagaimana termaktub pada pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi: “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”. Sebagai tindak lanjut atau aturan pelaksanaan dari ketentuan yang terdapat pada pasal 24 ayat (1) dan 28D ayat (1) UUD 1945, dijabarkan pada Pasal 45 ayat (1) UU MK yang berbunyi, “Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim”.

Dengan demikian Mahkamah Konstitusi, sebagai pemegang kekuasaan kehakiman yang merdeka, guna menegakkan hukum dan keadilan, serta menjamin hak setiap orang atas pengakuan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, maka Mahkamah Konstitusi, dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang diajukan kepadanya, berdasarkan alat bukti dan keyakinan hakim, dapat membuat putusan bersifat *ultra petita* atau melebihi dari tuntutan pemohon, sepanjang dalam petitum pemohon memohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

3.1.7. Pembatasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi

3.1.7.1. Prinsip-Prinsip Negara Hukum

Dalam konteks dikeluarkannya putusan *ultra petita* MK, sesungguhnya tidak dapat dipisahkan atau lepaskan dari prinsip-prinsip negara hukum yang berlaku universal, antara lain, asas legalitas, asas kepastian hukum, asas persamaan di hadapan hukum, pembatasan kekuasaan beradarkan konstitusi, serta asas peradilan yang bebas dan tidak memihak. Pada prinsipnya setiap tindakan penyelenggara negara, termasuk lembaga yudisial, dalam hal ini, MK konstitusi memutus melebihi dari yang diminta oleh pemohon, harus berdasarkan aturan dan prosedur yang ditetapkan oleh hukum (*rule and procedure*).

3.1.7.2. Prinsip Peradilan Yang Merdeka, Bebas, dan Tidak Memihak

Di samping, dibatasi dengan prinsip-prinsip negara hukum demokratis, pembuatan putusan MK bersifat *ultra petita*, juga dibatasi oleh prinsip-prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial tribunal*). Istilah "*independent and impartial tribunal*" (peradilan yang bebas dan tidak memihak) dapat diketemukan pada Pasal 10 dari Declaration of Human Right 1948 yang berbunyi: "*Everyone is entitled in full equality to fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge againsts him*", yang artinya "setiap orang berhak atas perlakuan yang sama secara penuh untuk memperoleh proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, dalam penentuan hak dan kewajibannya, dan terhadap setiap tuduhan pidana yang diajukan kepadanya".

Berdasarkan Resolusi PBB 40/32 tanggal 29 November 1985 dan 40/146 tanggal 13 Desember 1985 ditegaskan bahwa yang dimaksud dengan kekuasaan kehakiman yang bebas, merdeka, dan mandiri adalah "suatu proses peradilan yang bebas dari setiap pembatasan-pembatasan, pengaruh-pengaruh yang tidak proporsional, hasutan-hasutan, tekanantekanan, ancaman-ancaman atau campur tangan secara langsung atau tidak langsung dari setiap sudut kemasyarakatan atau dengan alasan apapun". Dalam konteks Keindonesian, peradilan yang bebas dan tidak memihak diatur pada Pasal 24 (1) UUD 1945 Perubahan Ketiga yang menyebutkan bahwa: "Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan".

Lebih jauh, mengenai prinsip-prinsip peradilan yang bebas, adil dan tidak memihak, jika dihubungkan dengan Peradilan Mahkamah konstitusi Indonesia, maka tidak bisa dilepaskan dari Peraturan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 09/PMK/2006 Tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik Dan Perilaku Hakim Konstitusi sebagaimana ditetapkan di Jakarta, pada tanggal 1 Desember 2006. Penyusunan Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi ini merujuk kepada "*The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002*" yang telah diterima baik oleh negara-negara yang menganut sistem "*Civil Law*" maupun "*Common Law*", disesuaikan dengan sistem hukum dan peradilan Indonesia dan etika kehidupan berbangsa sebagaimana termuat dalam Ketetapan MPR Nomor VI/MPR/2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa yang masih tetap berlaku. Bahwa "*The Bangalore Principles*" yang menetapkan prinsip independensi (*independence*), ketakberpihakan (*impartiality*), integritas (*integrity*), kepantasan dan kesopanan (*propriety*), kesetaraan (*equality*), kecakapan dan keseksamaan (*competence and diligence*), serta nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat Indonesia, yaitu prinsip kearifan dan kebijaksanaan (*wisdom*) sebagai kode etik hakim konstitusi beserta penerapannya, digunakan sebagai rujukan dan tolok ukur dalam menilai perilaku

hakim konstitusi, guna mengedepankan kejujuran, amanah, keteladanan, kekesatriaan, sportivitas, kedisiplinan, kerja keras, kemandirian, rasa malu, tanggungjawab, kehormatan, serta martabat diri sebagai hakim konstitusi.

3.1.7.3. Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara Yang Baik

Masuknya asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagai pembatasan penggunaan wewenang pemerintahan ini dilatarbelakangi oleh ketidakmampuan undang-undang dalam mengikuti perkembangan kebutuhan hukum masyarakat. Ketidakmampuan undang-undang dalam memenuhi kebutuhan hukum masyarakat ini berakibat pada seringnya penguasa bertindak tanpa didasari oleh undang-undang. Hal ini dalam konsepsi negara hukum modern dapat saja dilakukan sebagai konsekuensi dari tugas *social service* pemerintah, yang dalam kepustakaan hukum administrasi disebut dengan wewenang bebas. Penggunaan Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik, didasarkan atas asumsi bahwa, di dalam negara hukum tidak ada kekuasaan yang bebas tanpa batas, kebebasan itu sebenarnya tidak pernah ada. Kekuasaan bebas tetaplah sebagai kekuasaan yang tunduk pada hukum, setidaknya pada hukum tidak tertulis berupa asas-asas hukum,⁶⁷ asas ini hukum administrasi disebut dengan istilah Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik.

Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik, berasal dari istilah Belanda dengan nama *Algemene Beginselen van Behoorlijke Bestuur* (ABBB), sedangkan di Prancis disebut "*principles generaux du droit publique*", di Belgia disebut "*algemene rechtsbeginselen*", dan di Inggris digunakan istilah "*principles of natural justice*", yang juga disebut dengan istilah "*principles of proper administration atau principles of due administration*", dan di Jerman digunakan istilah "*verfassungsprinzipien*".⁶⁸ Di Indonesia asas digunakan istilah Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB).⁶⁹ juga disebut Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan Yang Layak (AAUPL).⁷⁰ Namun setelah era reformasi, khususnya melalui berlakunya Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Bebas Dari Nepotisme, Kolusi dan Korupsi, menggunakan istilah Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara Yang Baik.

Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik menurut ketentuan Pasal 3 Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme terdiri atas:

1. asas kepastian hukum

⁶⁷ Philipus M Hadjon, *Pemerintahan Menurut Hukum*, Op.Cit., h. 6.

⁶⁸ Indroharto, *Op.Ci*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Jazim Hamidi, *Penerapan Asas Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak* (AAUPL) di Lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara, h. 21.

2. asas tertib penyelenggaraan negara
3. asas kepentingan umum
4. asas keterbukaan
5. asas proporsional
6. asas profesionalitas
7. asas akuntabilitas

Menurut ketentuan Pasal 53 ayat (2) butir b Undang Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Undang Undang Nomor 5 Tahun 1986, mengenai yang dimaksud Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik meliputi asas:

- kepastian hukum;
- tertib penyelenggaraan negara;
- keterbukaan - proporsionalitas;
- profesionalisme
- akuntabilitas.

sebagaimana dimaksud dalam Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Pemerintahan yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme.

Menurut ketentuan Pasal 1 angka 6 Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Bebas Korupsi Kolusi, dan Nepotisme, memberikan pengertian tentang Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AUPB), dengan istilah Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara Yang Baik, yang dirumuskan: "Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara Yang Baik merupakan asas yang menjunjung tinggi norma kesucilaan, kepatutan, dan norma hukum untuk mewujudkan penyelenggaraan negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi, dan nepotisme".

Pencantuman Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AUPB) dalam hukum positif memberikan kepastian hukum bagi penggunaan wewenang pemerintahan, sebagai dasar hukum gugatan ke Pengadilan, maupun sebagai dasar pengujian keabsahan penggunaan wewenang yang didasarkan atas wewenang bebas oleh Pengadilan. Berdasarkan pemaparan mengenai Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara Yang Baik sebagaimana diuraikan di atas, maka yang perlu dikemukakan, bahwa keberadaan asas-asas penyelenggaraan Negara yang baik, sangat diperlukan dalam rangka membatasi penggunaan wewenang bebas.

Sebagaimana diketahui bahwa wewenang bebas lahir karena keterbatasan hukum positif dalam mengatur permasalahan yang ada, sedangkan permasalahan tersebut harus segera diselesaikan dalam rangka mewujudkan kepastian hukum dan keadilan masyarakat. Dalam kaitannya dengan wewenang Mahkamah Konstitusi membuat putusan *ultra petita*, nampaknya asas-asas umum penyelenggaraan

pemerintahan ini dapat dijadikan rujukan untuk membatasi kewenangan MK tersebut, dengan catatan bahwa MK merupakan salah satu organ penyelenggara negara, yakni lembaga yudisial.

Sebab apabila kewenangan tersebut tidak dibatasi dikawatirkan terjadi penyalahgunaan kewenangan, dan pembatasan ini tentunya sesuai dengan prinsip negara hukum, bahwa setiap penggunaan wewenang selalu harus dapat ditentukan dan ditemukan dasar hukumnya dengan jelas, serta dapat diuji keabsahannya berdasarkan hukum yang mendasarinya. Menurut Arif Hidayat, pada dewasa ini MK dalam kewenangan pengujian undang-undang selain membatalkan undang-undang, bagian, pasal, ayat, telah pula menuliskan atau menetapkan norma baru.

Hal ini bisa di mengerti apabila dilakukan oleh MK dalam rangka untuk menghindari adanya kekosongan/kevakuman hukum dan menjaga supaya adanya tertib hukum dan kepastian hukum, sehingga tidak memunculkan kekacauan hukum dan sosial, politik, ekonomi di negara ini. Satu catatan yang harus diperhatikan bahwa secara filosofis-yuridis perubahan kewenangan tersebut yang sering disebut sebagai putusan bersifat *ultra petita* yang dapat dibenarkan atas pertimbangan tersebut di atas, tetapi batasan sebagai *negative legislator* harus tetap dipertahankan agar tidak menggeser dan melampaui kewenangan lembaga lain yaitu lembaga pembentuk undang-undang. Selain itu, pertimbangan lain yang lebih filosofis yang dapat dipergunakan adalah upaya MK dalam putusannya mencari dan menemukan keadilan yang bersifat substantif tidak semata-mata menemukan keadilan yang bersifat prosedural. Atas dasar pertimbangan formil dan filosofis ini, maka putusan MK yang menggunakan prinsip *ultra petita* harus dilakukan secara terbatas dan menggunakan prinsip kehati-kehatian.⁷¹

Dari hasil uraian dan pembahasan tersebut di atas, diperoleh kesimpulan bahwa MK dapat mengeluarkan putusan *ultra petita* demi menciptakan keadilan substantif, sepanjang masih berkaitan dengan pokok permohonan pemohon, dengan menerapkan prinsip kehati-hatian dan pokok-pokok pembatasan sebagai berikut: (a) dibatasi oleh kewenangan atribusi Mahkamah Konstitusi sebagai tercantum dalam Psl 24C ayat 1 UUD NRI 1945, Pasal 10 UU No. 24 tahun 2003 dan Pasal 236 C UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 32 Tahun 2004. (b) dibatasi oleh prinsip-prinsip negara hukum demokratis, antara lain: asas legalitas, asas kepastian hukum, asas persamaan di hadapan hukum, asas jaminan perlindungan HAM, pembatasan kekuasaan berdasarkan konstitusi. (c) dibatasi oleh prinsip-prinsip peradilan yg merdeka, bebas dan tidak memihak, antara lain ; prinsip

⁷¹ Arief Hidayat, "Prinsip Ultra Petita Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945", Makalah, Disampaikan pada saat fit and propter test di hadapan Komisi III DPR RI, pada tanggal 27 Februari 2013.

independensi (*independence*), ketakberpihakan (*impartiality*), integritas (*integrity*), kepastian dan kesopanan (*propriety*), kesetaraan (*equality*), kecakapan dan keseksamaan (*competence and diligence*), serta prinsip kearifan dan kebijaksanaan (*wisdom*). (d) dibatasi oleh prinsip-prinsip penyelenggaraan negara yang baik, antara lain; kepastian hukum, tertib penyelenggaraan negara; keterbukaan, proporsionalitas, profesionalisme dan akuntabilitas.

3.1.8. Putusan Mahkamah Konstitusi yang Bersifat *Ultra Petita*

Secara umum, terdapat beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *ultra petita*, yakni memutus melebihi atau diluar yang dimohonkan, sebagai berikut:

- a. Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan;
- b. Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Korupsi;
- c. Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi;
- d. Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial;
- e. Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman;

3.2. Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Memutus Dengan Menambah Norma Baru

3.2.1. Pembentukan Norma Baru oleh Mahkamah Konstitusi

Dalam perkembangannya, amar di dalam putusan MK tidak hanya diterima, ditolak atau dikabulkan, namun dalam praktiknya dalam amar putusan MK juga terdapat, amar putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitution*) dan amar putusan tidak konstitusional bersyarat (*conditionally inconstitution*), penundaan keberlakuan putusan dan perumusan norma dalam putusan.⁷²

Putusan konstitusional bersyarat atau *conditionally constitution* merupakan putusan yang menyatakan bahwa suatu ketentuan UU tidak bertentangan dengan UUD NRI 1945 dengan memberikan persyaratan pemaknaan. Putusan inkonstitusional bersyarat atau *conditionally inconstitution*, jenis putusan ini kebalikan dari putusan konstitusional bersyarat, putusan ini menyatakan bahwa

⁷² Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), h. 205-206.

suatu ketentuan UU dinyatakan bertentangan dengan UUD NRI 1945 jika persyaratan yang diberikan MK tidak terpenuhi.

Selanjutnya putusan yang pemberlakuannya ditunda atau *limited constitutional*, putusan ini menoleransi penundaan berlakunya aturan yang sebenarnya bertentangan dengan UUD NRI 1945 hingga batas waktu tertentu. Jenis putusan yang selanjutnya adalah model putusan yang merumuskan norma baru yaitu amar putusan yang di dalamnya terdapat rumusan baru atas norma yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi.⁷³

Keempat jenis amar putusan ini tidak diatur di dalam UU No.24 tahun 2003, UU No. 8 tahun 2011 dan Pedoman Peraturan Perundang-undangan. Amar putusan konstitusional bersyarat, inkonstitusional bersyarat dan putusan yang merumuskan norma baru menimbulkan kekeliruan bagi masyarakat terhadap peran Mahkamah Konstitusi yang seharusnya adalah *negative legislator* berubah menjadi positif legislator. Juru Bicara MK, Fajar Laksono, mengemukakan, bahwa amar putusan MK secara normatif, amar putusan MK ada tiga yaitu dikabulkan, ditolak dan tidak dapat diterima, namun dalam praktiknya ketiga jenis amar putusan tersebut belum cukup memberikan rasa keadilan dan kepastian bagi masyarakat, karena itu sejak tahun 2004 lahirlah putusan bersyarat demi memberi rasa keadilan, kepastian dan mencegah kekeosongan hukum.⁷⁴

Di dalam Pasal 57 ayat (2a) huruf c menyatakan bahwa dalam putusan pengujian undang-undang terhadap UUD NRI 1945, bukanlah posisi MK untuk membentuk rumusan norma sebagai pengganti norma dari undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan UUD NRI 1945. Pasal ini bertujuan untuk melarang MK melakukan *ultra petita* dalam putusannya. Putusan bersyarat dan putusan yang merumuskan norma baru telah melebihi aturan putusan yang boleh dikeluarkan oleh MK dalam Pasal 56 UU No.24 tahun 2003. Membentuk norma hukum adalah kewenangan dari pembentuk undang-undang, MK seharusnya hanya membatalkan atau menegaskan suatu norma hukum. Ketika norma hukum yang diuji tidak selaras dengan UUD NRI 1945, maka seharusnya merupakan tugas dari pembentuk undang-undang untuk memperbaiki atau merevisi produk hukum yang sudah dibuat olehnya.

⁷³ Ali Marwan Hsb, *Konsep Judicial Review dalam Pelembagaannya di Berbagai Negara*, (Malang: Setara Press, 2017), h. 116-117.

⁷⁴ Aida Mardatillah, "Mengurai Problem Putusan Konstitusional Bersyarat dan Inkonstitusional Bersyarat", <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5b59297251caa/mengurai-problem-putusankonstitusional-bersyarat-dan-inkonstitusional-bersyarat>, diakses pada tanggal 12 Desember 2018.

MK sebagai *negative legislator* seharusnya hanya dapat membatalkan dan mempertegas undang-undang yang diujikan. Sedangkan tindak lanjut atas Putusan MK dalam mempertegas atau membatalkan undang-undang seharusnya dilaksanakan oleh pembentuk Undang-Undang, hal ini diatur dalam Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Dimiyati Natakusumah berpendapat bahwa larangan ultra petita dalam putusan MK dimaksudkan agar MK tidak membentuk norma baru dalam putusannya. Pendapat ini juga menegaskan bahwa MK seharusnya hanya membatalkan dan menegaskan norma hukum yang diuji saja, dan pembentukan norma baru seharusnya dilakukan oleh pembentuk undang-undang. Pasal 57 UU No. 8 tahun 2011 juga melarang MK untuk membentuk norma baru dalam putusannya karena merupakan kewenangan yang diberikan oleh UUD NRI 1945 secara langsung kepada Pemerintah dan DPR.⁷⁵

Akan tetapi dalam putusan MK No 21/PUU-XII/2014, MK memperluas kewenangan praperadilan dan membentuk norma baru. Hakim Mahkamah Konstitusi, Aswanto berpandangan bahwa memasukkan penetapan tersangka sebagai objek praperadilan bukanlah persoalan penafsiran, sebab tidak ada kata atau frasa di dalam Pasal 77 huruf a KUHAP yang dapat dimaknai sebagai penetapan tersangka atau termasuk penetapan tersangka, ketentuan dalam Pasal 77 huruf a KUHAP sudah sangat jelas mengatur ketentuan hal-hal yang dapat diujikan di forum praperadilan.⁷⁶

Kemudian Hakim MK Muhammad Alim berpandangan bahwa penetapan tersangka bukan kewenangan dari praperadilan jika prosedur yang dilaksanakan untuk menetapkan tersangka dilakukan dengan baik oleh penyidik, namun jika terjadi penyalahgunaan wewenang, maka hal itu bukan kewenangan dari MK, sebab hal tersebut merupakan penerapan hukum, pengujian terhadap penerapan hukum bukan kewenangan dari MK.

Dalam Putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014 terdapat 1 alasan berbeda Hakim Konstitusi Patrialis Akbar, walaupun beliau setuju dan mendukung putusan MK dalam perkara Putusan Nomor 21/PUU-XII/2014, Hakim Konstitusi Patrialis Akbar mengatakan akan lebih tepat jika perkara ini diserahkan kepada pembentuk undang-undang untuk menentukan pilihan objek-objek praperadilan asal sejalan dan

⁷⁵ Ash, "Membentuk Norma Bukan Kewenangan MK", <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4e7362761a672/membentuk-norma-bukan-kewenanganmk>, diakses pada tanggal 12 Desember 2018

⁷⁶ Agus Sabani, "MK „Rombak“Bukti Permulaan dan Objek Praperadilan", <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt553f5575acd85/mk-rombak-bukti-permulaan-dan-objekpraperadilan>, diakses pada tanggal 10 Desember 2018

tidak bertentangan dengan UUD NRI 1945 dengan memperhatikan sungguh-sungguh pertimbangan hukum MK *a quo*.

Di dalam amar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XIV/2016, MK menolak permohonan pengujian Pasal 284 KUHP, Pasal 285 KUHP dan Pasal 292 KUHP. Dalam pokok permohonannya, pemohon meminta kepada Majelis Hakim Konstitusi untuk memperluas ruang lingkup Pasal 284 KUHP, Pasal 285 KUHP dan Pasal 292 KUHP. Pemohon meminta agar Pasal 284 KUHP tidak membatasi pelaku yang melakukan perbuatan zina hanya jika salah seorang telah memiliki ikatan perkawinan.

Di dalam Pasal 285 KUHP, pemohon memohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk memperluas Pasal 285 KUHP sehingga korban pemerkosaan yang dicakup di dalam Pasal 285 KUHP tidak hanya wanita saja, namun termasuk laki-laki, sesama laki-laki, dewasa, anak-anak, sesama anak-anak, bahkan terhadap manula.

Di dalam Pasal 292 KUHP, pemohon meminta kepada Majelis Hakim Konstitusi untuk memperluas cakupan pelaku dan korban dalam Pasal *a quo*, sehingga pelaku yang dicakup dalam perbuatan percabulan di Pasal 292 KUHP tidak hanya orang dewasa saja, namun anak-anak juga dapat menjadi pelaku. Begitu juga dengan korban percabulan yang dicakup Pasal 292 KUHP tidak hanya anak-anak saja, namun pemohon meminta Majelis Hakim Konstitusi untuk mencakup orang yang sudah dewasa juga dapat menjadi korban percabulan dalam Pasal 292 KUHP.

Dalam pertimbangan perkara Putusan Nomor 46/PUU-XIV/2016, MK menyatakan bahwa MK tidak berwenang untuk membentuk tindak pidana baru, hal itu hanya kewenangan pembentuk undang-undang dalam hal ini DPR bersama-sama dengan Presiden. Pertimbangan MK, dalam menghilangkan frasa tertentu dan/atau menambahkan pemaknaan baru terhadap suatu norma hukum pidana, hal itu dapat mengubah sifat melawan hukum perbuatan tersebut tanpa melakukan perubahan atau penyesuaian dalam ancaman pidananya, sehingga hal itu tidak dapat diterima oleh penalaran hukum dalam merancang suatu norma hukum pidana karena hal itu melekat pada jenis atau kualifikasi perbuatan yang dapat dipidana atau tindak pidana yang bersangkutan.

Kemudian dalam hukum pidana, terminologi “undang-undang” yang terkandung dalam empat makna asas legalitas adalah merujuk pada pengertian undang-undang dalam arti sesungguhnya yaitu produk hukum tertulis yang dibuat oleh pembentuk undang-undang dalam hal ini DPR bersama-sama dengan Presiden, sehingga produk hukum yang lahir dari kebijakan pidana atau politik hukum pidana harus berasal dari pembentuk undang-undang.

Selanjutnya walaupun putusan MK memiliki daya ikat yang sama dengan undang-undang dan sering menyatakan suatu norma *conditionally constitutional* ataupun *conditionally unconstitutional*, namun dalam konteks pemahaman akan kedudukan MK sebagai *negative legislator*, MK tidak boleh memasuki wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana.

Dalam pertimbangannya terhadap Pasal 284 KUHP, MK berpandangan bahwa persoalan kurang lengkapnya cakupan dari Pasal *a quo* berbeda dengan persoalan inkonstitusionalitas sehingga merupakan tugas dari pembentuk undang-undang untuk menyempurnakan atau melengkapi kekurangan itu setelah memperhatikan perkembangan hukum dalam masyarakat, selain itu kekosongan hukum dalam pengertian zina seharusnya diisi melalui proses legislasi oleh pembentuk undang-undang. Dalam Pasal 285 KUHP, MK berpandangan bahwa kekosongan hukum terjadi karena kebijakan kriminalisasi pembentuk undang-undang belum menetapkan atau mengatur perkosaan oleh perempuan terhadap laki-laki, sehingga hal ini juga merupakan tugas dari pembentuk undang-undang. Dalam Pasal 292 KUHP, MK berpandangan bahwa seharusnya upaya yang ditempuh dalam mengikuti perkembangan masyarakat yaitu mengajukan usul dan mendorong perubahan undang-undang kepada pembentuk undang-undang untuk menjadikan perbuatan cabul terhadap orang dewasa atau sesama anak-anak sebagai tindak pidana. Terakhir dalam pertimbangannya MK hanya menyatakan bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan oleh Pemohon tidak bertentangan dengan UUD NRI 1945, perlu atau tidaknya dilengkapi, merupakan kewenangan pembentuk undang-undang melalui kebijakan pidana yang merupakan bagian dari politik hukum pidana.

Seluruh norma hukum di dalam peraturan perundang-undangan dibawah UUD NRI 1945 harus merujuk ke norma dasar atau UUD NRI 1945. Jika peraturan perundang-undangan yang hierarkinya lebih rendah diduga bertentangan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, maka harus dilakukan pengujian peraturan perundang-undangan atau *judicial review*. Dalam Pasal 9 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, lembaga negara yang berwenang dalam melakukan *judicial review* adalah Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Di dalam Pasal 9 ayat (1) UU Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang. Sedangkan di dalam Pasal 9 ayat (2) UU Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, Mahkamah Konstitusi berwenang menguji undang-undang terhadap UUD NRI 1945.

Dalam teori *Penal Policy*, terdapat tiga tahap proses operasionalisasi kebijakan hukum pidana dengan sarana pidana yaitu tahap formulasi yang merupakan kebijakan legislative, dalam tahap ini pembentuk undang-undang membentuk kebijakan atau norma hukum yang akan dilaksanakan. Tahap aplikasi yang merupakan kebijakan yudikatif yaitu badan peradilan yang mengawasi pelaksanaan dari kebijakan hukum atau norma hukum yang telah dibentuk oleh pembentuk undang-undang. Tahap eksekusi yang merupakan kebijakan eksekutif.⁷⁷ Dalam tahapan ini, Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yudikatif berada dalam tahapan aplikasi yang merupakan kekuasaan dalam hal menerapkan hukum pidana oleh aparat penegak hukum atau pengadilan. Kewenangan dalam hal menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana dan berorientasi pada permasalahan pokok dalam hukum pidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan atau pertanggungjawaban pidana dan sanksi apa yang dikenakan merupakan kewenangan pembuat undang-undang dalam hal ini DPR bersama-sama dengan Presiden. Sehingga dalam hal ini Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016 sudah sesuai dengan teori ini, namun dalam Putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014 MK telah melebihi kewenangannya dan melanggar teori *penal policy* atau teori kebijakan hukum pidana, karena MK membentuk norma baru dalam ranah hukum acara pidana.

Di dalam UUD NRI 1945, telah diatur pembagian kewenangan untuk organ-organ pemerintahan, kewenangan ini disebut sebagai kewenangan atribusi. Pasal 20 UUD NRI 1945 telah mengatur kewenangan atribusi dalam pembentukan undang-undang yang akan dilaksanakan oleh Dewan Perwakilan Rakyat, kewenangan atribusi yang diberikan kepada MK terdapat di dalam Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 yaitu menguji UU terhadap UUD NRI 1945, mengadili sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD NRI 1945, mengadili pembubaran partai politik mengadili perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Sehingga kewenangan yang diberikan oleh UUD NRI 1945 dalam membentuk norma hukum baru bukan kewenangan MK namun kewenangan pembentuk undang-undang atau DPR bersama-sama dengan Presiden. *Judicial review* atau pengujian peraturan perundang-undangan memiliki arti yang beragam di berbagai negara, di Indonesia dalam UUMK dan UUPUUMK, *judicial review* yang dilaksanakan oleh Mahkamah Konstitusi seharusnya hanya sebatas menguji konstitusionalitas prosedur pembuatan undang-undang dan materi muatan pasal, ayat dan/atau bagian-bagian lain yang terdapat di dalam undang-undang. Sehingga, MK

⁷⁷ Barda Nawawi Arif, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, (Jakarta: Kencana Media Group, 2007), h. 78-79.

telah melebihi kapasitasnya dalam pelaksanaan *judicial review* jika membentuk norma hukum baru dalam putusannya.

Dibentuknya Mahkamah Konstitusi adalah untuk mengawal konstitusi dengan menjaga undang-undang agar konsisten dan tidak bertentangan dengan UUD NRI 1945. Secara normatif, MK diberi ruang kewenangan yang terbatas sebagai *negative legislator*. Ketentuan MK sebagai *negative legislator* didukung dalam Pasal 56 dan 57 UU MK *jo* UU Perubahan atas UU MK. Dalam Pasal 56 Nomor 24/2003, terdapat 3 (tiga) jenis putusan yang dapat dikeluarkan oleh MK yaitu dikabulkan, ditolak dan tidak dapat diterima. Jika putusan dikabulkan, dalam Pasal 57 ayat (1) dan ayat (2) 24/2003 *jo* UU Perubahan atas UU MK, undang-undang yang diujikan tersebut dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Sedangkan di dalam Pasal 57 ayat (2a) UU Perubahan atas UU MK, MK dilarang mengeluarkan amar putusan selain yang ditentukan dalam UU MK dan perubahannya, perintah kepada pembuat undang-undang dan rumusan norma sebagai pengganti norma dari undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dalam konteks inilah MK seharusnya memerankan diri sebagai *negative legislator* atau pembatal norma. Namun dalam praktiknya, MK dalam putusannya membentuk norma baru. Sebagai *negative legislator*, MK seharusnya hanya membatalkan norma yang ada di dalam suatu undang-undang jika bertentangan dengan UUD NRI 1945, MK seharusnya tidak dapat membentuk norma hukum baru yang sesungguhnya menjadi kewenangan pembentuk undang-undang. Menurut Ibu Maria Farida Indrati Soeprapto, Kewenangan membuat norma hukum baru sebenarnya merupakan ranah legislatif dan MK hanya berperan sebagai *negative legislator*, namun dalam keadaan tertentu yang mendesak dan bertentangan dengan hak asasi manusia, maka MK harus memutuskan suatu perkara dengan membentuk norma hukum baru dan berubah menjadi *positive legislator*. Jika MK hanya mengabulkan dari sisi permohonan saja, maka akan terjadi kekosongan hukum dan tidak terpenuhinya hak asasi manusia.

Menurut Bapak Maruarar Siahaan, Hakim Konstitusi periode tahun 2003-2006, kewenangan untuk membentuk norma hukum seharusnya dilakukan oleh pembentuk undang-undang. Namun jika hanya mengandalkan pembentuk undang-undang, maka pelaksanaan Hak Asasi Manusia (HAM) warga negara akan tertunda, karena proses pelaksanaan pembuatan undang-undang yang tidak secepat putusan. Sehingga, jika muncul suatu pengujian undang-undang yang menunda dilaksanakannya HAM dan MK hanya berperan sebagai *negative legislator* yaitu menyatakan suatu norma tidak berlaku lagi tanpa menambahkan norma yang mengatur, hal ini akan menimbulkan pelanggaran HAM dan kekosongan hukum.

Oleh karena itu, untuk mencegah terjadinya pelanggaran HAM dan kekosongan hukum, maka MK merasa perlu untuk membentuk norma hukum baru ketika membatalkan suatu materi muatan dalam undang-undang. Sehingga dalam keadaan tertentu yang sangat mendesak, MK bergerak meluruskan norma. Sehingga ketika MK menyatakan suatu pasal dalam permasalahan tersebut batal, maka MK membentuk norma yang seharusnya dibentuk oleh pembentuk undang-undang.

Menurut Muhidin, Panitera Muda II Mahkamah Konstitusi RI, MK tidak membuat norma namun menafsirkan norma, MK membentuk rumusan penafsiran dalam rangka mempertegas norma yang diuji. Kewenangan pembentukan norma hukum berada di pembentuk undang-undang, namun dalam keadaan tertentu MK harus mempertimbangkan untuk menafsirkan norma. Walaupun MK tidak berwenang membentuk norma hukum baru dari penafsirannya, namun jika MK hanya berperan sebagai *negative legislator*, maka akan banyak hak asasi manusia yang tercederai. Parameter atau batasan keadaan untuk MK dalam membentuk norma baru adalah hanya terhadap keadaan yang *extraordinary* yaitu keadaan yang harus benar-benar mendesak perlindungan hak-hak konstitusional warga negara. Dalam putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014, perluasan makna yang dilakukan oleh MK adalah rangka dalam melindungi dan menegakan atau mengawal hak asasi manusia. Walaupun sebenarnya perluasan kewenangan praperadilan seharusnya diubah oleh pembuat undang-undang dan berada di dalam undang-undang, namun proses pembuatan undang-undang membutuhkan waktu yang lama. Sedangkan di dalam Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016, perluasan makna zina seharusnya dibentuk oleh pembuat undang-undang, dengan mempertimbangkan RUU KUHP yang sedang dibahas oleh DPR sebagai pembentuk undang-undang.

Menurut Ahmad Redi, Dosen Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara, kewenangan membentuk norma hukum baru merupakan kewenangan pembentuk undang-undang. Dalam konteks perkembangan pemikiran, secara *original intent* dari UUD NRI 1945, MK dalam melakukan pengujian UU terhadap UUD 1945 hanya sebatas sesuai atau tidak sesuai saja, hanya sebagai *negative legislator* saja. Namun dalam praktiknya, MK berperan juga sebagai *positive legislator* hal ini merupakan hal yang sah jika dalam konteks menencegah terjadinya kekosongan hukum dan menghindari ketidakpastian hukum, namun hal tersebut menjadi tidak sesuai dengan semangat pembentukan MK. Seharusnya ketika MK memutuskan suatu norma dibatalkan, DPR seharusnya segera bergerak membuat norma baru agar sesuai dengan konstitusi, namun pada faktanya tidak demikian.

Berdasarkan wawancara yang Penulis lakukan, para ahli berpendapat bahwa kewenangan dalam membentuk UU merupakan kewenangan dari pembentuk undang-undang, hal ini juga menjadi kewenangan atribusi untuk DPR dari UUD

NRI 1945 sebagai pemegang kekuasaan membentuk undang-undang menurut Pasal 20 ayat (1) UUD NRI 1945. Namun Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi, dalam menjalankan kewenangannya yaitu melakukan pengujian undang-undang atau *judicial review* tidak dapat hanya memberikan putusan dikabulkan, ditolak atau tidak dapat diterima. Hal ini dikarenakan jika putusan Mahkamah Konstitusi hanya mengabulkan permohonan pemohon, akan terjadi kekosongan hukum. Selain itu, dalam keadaan yang mendesak dan berkaitan dengan Hak Asasi Manusia, Mahkamah Konstitusi dapat membentuk norma baru dengan pertimbangan bahwa Hak Asasi Manusia merupakan salah satu materi muatan di dalam UUD NRI 1945.

Penulis sependapat dengan para narasumber karena sebagai pengawal konstitusi, MK harus menegakan konstitusi dalam hal ini termasuk juga HAM, sebagai salah satu materi muatan dari konstitusi. Selain itu, pembentukan undang-undang oleh pembentuk undang-undang yaitu DPR bersama-sama dengan Presiden yang membutuhkan proses dan waktu lama dapat mencederai hak asasi manusia, sehingga dengan pembentukan norma baru sementara oleh Mahkamah Konstitusi dapat mencegah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia.

3.2.2. Mahkamah Konstitusi Sebagai *Negative Legislator*

Penggunaan *judicial review* telah berumur cukup lama. Pelacakan sejarah yang dilakukan Mauro Cappelletti (1989), konsep *judicial review* 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 *judicial review*, 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 pelembagaannya mengenal nama Hans Kelsen sebagai perintis lahirnya Mahkamah Konstitusi pertama. Dalam istilah Kelsen, pada proses legislasi “*recognized the need for an institution with power to control or regulate legislation.*”⁷⁸

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

⁷⁸ John E. Ferejohn, 2002-2003, *Constitutional Review in the Global Context*, dalam *6th New York University Journals*, Legis. & Pub. Pol’y 49, 52.

kehakiman bertindak sebagai *negative legislator*⁷⁹ 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.*⁸⁰

Gagasan itulah yang kemudian meletakkan keniscayaan akan adanya kekuasaan khusus untuk mengontrol hasil legislasi yang dikeluarkan lembaga legislatif. Kemudian, gagasan ini dibaca oleh Bojan Bugarcic sebagai upaya Hans Kelsen untuk memunculkan legislatif positif (*positive legislature*) yang diperankan oleh parlemen, sedangkan model legislatif negatif (*negative legislature*) diperankan oleh Mahkamah Konstitusi.⁸¹ Dengan model ini berarti Mahkamah Konstitusi menjadi bagian yang dapat mempengaruhi proses legislasi di lembaga legislatif. Terkait dengan hal itu, Anna Rotman meneguhkan pandangan Hans Kelsen karena *its decisions had the power "to make a statute disappear from the legal order"*.⁸² Masih tetap merujuk pendapat Hans Kelsen, H.M. Laica Marzuki menegaskan, tatkala *constitutional court* adalah *negative legislator*, maka parlemen yang memproduksi undang-undang dinamakan *positive legislator*. Dalam pengertian itu, tambah Laica Marzuki, tidak hanya parlemen yang memiliki *legislative function* tetapi juga *constitutional court*.⁸³

Menjelaskan signifikansi *judicial power* dalam proses legislasi, Vicky C. Jackson dan Mark Tushnet (1999) dalam *Comparative Constitutional Law* mengatakan, ketika hakim konstitusi (*constitutional*

⁷⁹ Hans Kelsen, 1973, *General Theory of Law and State*, Russel & Russel, New York, hal. 268.

⁸⁰ *Ibid.*, hal. 268-269.

⁸¹ Bojan Bugarcic, 2001, *Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition*, dalam *42nd Harvard International Law Journals*, 256.

⁸² Anna Rotman, 2004, *Benin's Constitutional Court : An Institutional Model for Guaranteeing Human Rights*, dalam *Harvard Human Rights Journals*, Volume 17, Spring 2004, halaman 286. Lihat juga: Gustavo

⁸³ H.M. Laica Marzuki, 2007, *Membangun Undang-Undang Yang Ideal*, dalam *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 4, No. 2, Juni, Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-Undangan Departemen Hukum dan HAM RI, Jakarta, hal. 6.

judges) melakukan *review* terhadap hasil proses legislasi, proses pengambilan keputusannya lebih dekat ke proses pengambilan keputusan lembaga legislatif. Bahkan,⁸⁴ 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.

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.*⁸⁵

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 menyimpang dari aspirasi fundamental rakyat.⁸⁶ Karena itu, *judicial review* merupakan alat kontrol 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 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.*”⁸⁷ Ide dasarnya adalah memurnikan hasil legislasi yang dikeluarkan oleh lembaga legislatif yang bertentangan dengan konstitusi. Tanpa kontrol dari lembaga

⁸⁴ Vicki C. Jackson, & Mark Tushnet, 1999, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, hal. 706.

⁸⁵ *Ibid*

⁸⁶ I. Bogdanovskaia, *op.cit.* hal. 30.

⁸⁷ Tom Ginsburg, 2003, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, hal. 2.

yudikatif, dengan kuatnya kepentingan politik di lembaga legislatif, sangat terbuka kemungkinan undang-undang merugikan masyarakat.

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 formail maupun subtansial 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.*” 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. 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 formail maupun subtansial dalam proses legislasi.