KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PEMBENTUKAN NORMA HUKUM BARU
(STUDI KASUS PUTUSAN MK NO. 46/PUU.VIII/2010 PERIHAL PENGUJIAN UU NOMOR 1 TAHUN 1974 TENTANG PERKAWINAN)

TESIS

Oleh:

M. NASSIR AGUSTIAWAN

Nomor Mhs	**: 11912680**
BKU	**: HTN/HAN**
Program Studi	**: Ilmu Hukum**

PROGRAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
2012

KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PEMBENTUKAN NORMA HUKUM BARU
(STUDI KASUS PUTUSAN MK NO. 46/PUU.VIII/2010 PERIHAL PENGUJIAN UU NOMOR 1 TAHUN 1974 TENTANG PERKAWINAN)

TESIS

Oleh:

MUKHAMAD NASSIR AGUSTIAWAN, S.H.I.

Nomor Mhs : 11912680
BKU : HTN/HAN
Program Studi : Ilmu Hukum

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing untuk Diajukan ke Dewan Penguji dalam ujian Tesis

Pembimbing I

Dr. Saefudin, S.H., M.Hum. Tanggal .....

Pembimbing II

Zairin Harahap, S.H., M.Si. Tanggal .....

Mengetahui
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia

Dr. Ni'matul Huda, S.H.M.Hum. Tanggal .....

KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PEMBENTUKAN NORMA HUKUM BARU
(STUDI KASUS PUTUSAN MK NO. 46/PUU.VIII/2010 PERIHAL PENGUJIAN UU NOMOR 1 TAHUN 1974 TENTANG PERKAWINAN)

TESIS

Oleh:

MUKHAMAD NASSIR AGUSTIAWAN, S.H.I.

Nomor Mhs : 11912680
BKU : HTN/HAN
Program Studi : Ilmu Hukum

Telah dipertahankan di depan Dewan Penguji
Pada Tanggal 23-11-2012 dan dinyatakan LULUS

Tim Penguji

Ketua

Dr. Saefudin, S.H., M.Hum. Tanggal .....

Anggota

Zairin Harahap, S.H., M.Si. Tanggal .....

Anggota

Ridwan, S.H., M.Hum. Tanggal .....

Mengetahui
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia

Dr. Ni'matul Huda, S.H.M.Hum. Tanggal .....

MOTTO

يرفع الله الذين آمنوا منكم و الذين أوتوا العلم درجات ... الآية. (المجادلة : ١١)

Artinya: "Allah meninggikan orang yang beriman diantara kamu dan orang-orang yang diberi ilmu pengetahuan beberapa derajat"

(QS. Al Mujadalah 11)

*Hakekat pendidikan adalah adanya perkembangan pikiran setapak demi setapak melangkah dari pengalaman ilmiah menuju intelektual, kemudian menuju ke perasaan spiritual yang akhirnya berujung pada perjumpaan dengan Tuhan.**

(Kahlil Gibran)

Kesuksesan tidak akan serta-merta turun secara langsung dari langit tuhan, tetapi sungguh membutuhkan perjalanan dan proses waktu untuk mencapainya.

(Its me)

PERSEMBAHAN

Berangkat dari rasa syukur dan pengabdian kepada
TUHAN
yang masih memberikanku kehidupan
Tesis ini kupersembahkan untuk:

- *Ayahanda dan Ibunda tercinta (Bapak H.M. Asnawi fasyni dan Ibu Nina Sabarina) yang selalu memberiku motivasi, spirit, dan kasih sayangnya dalam setiap hembusan nafasku*
- *Adikku yang kusayangi Nasrul Dan Anifah makasih banget atas doa dan semangatnya*
- *Segenap keluarga besarku tercinta*
- *Almamaterku Universitas Islam Indonesia tercinta*
- *Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia*

PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis dengan Judul:

KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PEMBENTUKAN NORMA HUKUM BARU
(STUDI KASUS PUTUSAN MK NO. 46/PUU.VIII/2010 PERIHAL PENGUJIAN UU NOMOR 1 TAHUN 1974 TENTANG PERKAWINAN)

Benar-benar karya dari penulis, kecuali bagian-bagian tertentu yang telah diberikan keterangan pengutipan sebagaimana etika akademis yang berlaku. Jika terbukti bahwa karya ini bukan karya penulis sendiri, maka penulis siap untuk menerima sanksi sebagaimana yang telah ditentukan oleh Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

Yogyakarta, 23-11-2012

MUKHAMAD NASSIR AGUSTIAWAN, S.H.I.

KATA PENGANTAR

بسم الله الرّحمٰن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين و الصّلاة و السّلام على أشرف الأنبياء و المرسلين سيّدنا و مولانا محمّد وعلى آله و صحبه أجمعين، أ شهد ان لا اله الا الله وأشهد ان محمدا عبده ورسوله،

أمّا بعد.

Segala puji bagi Allah SWT Tuhan seru sekalian alam. Shalawat dan salam semoga tercurahkan kepada junjungan kita Nabi besar Muhammad SAW yang telah membawa kita dari zaman jahiliyah menuju zaman yang penuh dengan peradaban.

Puji syukur Alhamdulillah akhirnya penyusun dapat menyelesaikan tesis yang berjudul **Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Pembentukan Norma Hukum Baru (Studi Kasus Putusan MK No. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan)** sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Ilmu Hukum pada BKU HTN/HAN Universitas Islam Indonesia.

Sesungguhnya tesis ini tidak akan selesai tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, baik yang bersifat moril, spirituil maupun materiil, untuk itu penyusun pada kesempatan kali ini mengucapkan banyak terima kasih kepada:

1. Rektor Universitas Islam Indonesia, Bapak Prof. Dr. Edy Suandi Hamid, M.Ec.
2. Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Ibu Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

3. Bapak Dr. Saefudin, S.H., M.Hum., selaku pembimbing I dan Bapak Zairin Harahap, S.H., M.Si., selaku pembimbing II yang telah bersedia meluangkan waktunya dan juga kesabarannya dalam memberikan petunjuk, bimbingan dan pengarahan sehingga proses penyusunan tesis ini dapat diselesaikan.
4. Dua insan mulia yang saya banggakan Ayahanda dan Ibunda tercinta, yang telah merawat dan mendidikku sejak masih kecil sampai sekarang, serta segenap keluarga besarku yang senantiasa memberikan perhatian dan motivasi agar selalu terus maju.
5. Para pemikir dan penulis yang karya-karyanya banyak penyusun gunakan dalam penyusunan tesis ini sampai tesis ini selesai.
6. Para pengajar atau Dosen yang telah banyak memberikan ilmunya, para karyawan program pascasarjana fakultas hukum Universitas Islam Indonesia yang telah banyak membantu keperluan administratif penyusun, dan para karyawan perpustakaan yang telah melayani dengan baik.
7. Adikku, Nasrul dan Anifah yang selalu memberikanku motivasi semoga kita dapat menjadi anak-anak yang terbaik buat orang tua kita.

Penyusun tidak dapat membalas kebaikan serta budi baik mereka namun teriring doa semoga Allah SWT memberikan balasan yang berlipat ganda. Penyusun menyadari bahwa penyusunan tesis ini masih banyak kekurangan dan jauh dari sempurna karena keterbatasan ilmu dan pengetahuan yang penyusun miliki. Oleh karena itu kritik dan saran penyusun harapkan dari semua pihak demi perbaikan tesis ini. Akhir kata semoga tesis ini dapat bermanfaat khususnya bagi penyusun dan umumnya bagi para pembaca.

Yogyakarta, 23 Desember 2012

Penyusun

M. Nassir Agustiawan. S.H.I

Nomor Mhs: 11.912.680

DAFTAR ISI

Halaman

HALAMAN JUDUL i

ABSTRAK ii

HALAMAN PERSETUJUAN iii

HALAMAN PENGESAHAN iv

HALAMAN MOTTO v

HALAMAN PERSEMBAHAN vi

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS vii

KATA PENGANTAR viii

DAFTAR ISI xi

BAB I PENDAHULUAN 1

A. Latar Belakang Masalah 1

B. Rumusan Masalah 6

C. Tujuan Penelitian 7

D. Kerangka Teoritik 7

1. Teori Kewenangan 7

a. Definisi Kewenangan 7

b. Wewenang Pemerintahan 9

c. Atribusi, Delegasi, dan Mandat 12

2. Norma Hukum 16

a. Definisi Norma 16

b. Jenis-Jenis Norma Hukum 17
c. Hierarki Norma Hukum 20
3. Teori Penemuan Hukum 23
a. Istilah Penemuan Hukum 23
b. Metode Penemuan Hukum 25
c. Aliran-aliran Penemuan Hukum 31
E. Metode Penelitian 33
1. Jenis Penelitian 33
2. Sifat Penelitian 34
3. Metode Pengumpulan Bahan 34
4. Pendekatan Penelitian 35
5. Metode Analisis Bahan 35
F. Sistematika Penulisan 36

BAB II KEBERADAAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM STRUKTUR KETATANEGARAAN INDONESIA 38
A. Sejarah Mahkamah Konstitusi 38
B. Kewenangan Mahkamah Konstitusi 51
1. Wewenang Mahkamah Konstitusi Menguji Undang-undang Terhadap Undang-undang Dasar 53
2. Wewenang Mahkamah Konstitusi Memutus Sengketa Kewenangan Lembaga Negara Yang Kewenangannya Diberikan Oleh Undang-undang Dasar 63

3. Wewenang Mahkamah Konstitusi Memutus Pembubaran Partai Politik 68
4. Wewenang Mahkamah Konstitusi Memutus Perselisihan Tentang Hasil Pemilu 72
5. Kewajiban Mahkamah Konstitusi Memutus Pendapat Dewan Perwakilan Rakyat Mengenai Dugaan Pelanggaran Oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden 77

C. Kedudukan Mahkamah Konstitusi dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia 81

BAB III PEMBENTUKAN NORMA HUKUM BARU DALAM TATANAN HUKUM DI INDONESIA 88

A. Pengertian Norma Hukum 88
B. Unsur-unsur Norma Hukum 93
C. Lembaga-lembaga Pembentuk Norma Hukum 97
D. Norma Hukum dalam Perspektif Hukum Islam 106
E. Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang Memuat Ketentuan Norma Hukum Baru 114

BAB IV PENYAJIAN DATA DAN ANALISIS 134

A. Deskripsi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 134

B. Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Membuat Ketentuan Norma Hukum Baru 143

C. Konstruksi Hukum yang dibangun oleh Mahkamah Konstitusi dalam Membuat Ketentuan Norma Hukum Baru Pada Putusan No. 46/PUU.VIII/2010 156

BAB V PENUTUP 183

A. Simpulan 183

B. Saran-Saran 187

DAFTAR PUSTAKA 190

LAMPIRAN-LAMPIRAN

Lampiran I : Curriculum Vitae 197

ABSTRAK

Pasca amandemen ketiga UUD 1945 tahun 2001, lahir sebuah lembaga yudisial baru, mempunyai kedudukan setingkat atau sederajat dengan Mahkamah Agung dan berada di luar Mahkamah Agung bernama Mahkamah Konstitusi. Pasal 24C Ayat (1) dan (2), Mahkamah Konstitusi diberikan empat kewenangan dan satu kewajiban. Pada hari Jumat, tanggal 17 Februari 2012 Mahkamah Konstitusi mengeluarkan Putusan nomor 46/PUU-VIII/2010 mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dengan membuat **ketentuan norma hukum baru**. Putusan Mahkamah Konstitusi mengabulkan uji materiil UU Perkawinan (UU No.1 Tahun 1974) yang diajukan **Hj. Aisyah Mochtar** alias **Machica binti H. Mochtar Ibrahim** meminta puteranya **Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono** agar diakui sebagai anak almarhum **Moerdiono** dari pernikahan *sirri*-nya.

Realitas hukum dalam bentuk Putusan MK nomor 46/PUU-VIII/2010. Penyusun bermaksud meneliti apakah Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk membuat ketentuan norma hukum baru? Dan Bagaimana konstruksi hukum yang dibangun oleh MK dalam membuat ketentuan norma hukum baru pada Putusan No. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan?

Penelitian ini adalah Jenis kepustakaan (*library research*), penelitian bersifat *deskriptif analitik,* pendekatan yang digunakan adalah pendekatan *Normatif-Yuridis* dan pendekatan kasus (*case approach*). bahan-bahan hukum yang terkumpul dianalisa secara mendalam dengan menggunakan metode *induktif* dan *deduktif.*

Setelah adanya dua putusan MK yakni Putusan No. 48/PUU-IX/2011 dan Putusan No. 49/PUU-IX/2011 tertanggal 18 Oktober 2011. Secara otomatis pembatasan maupun pengawasan kepada MK digugurkan secara hukum, dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi terdapat asas *Ius Curia Novit*, pembentukan Mahkamah Konstitusi betujuan untuk (i) menguji konstitusionalitas norma; (ii) mengisi kekosongan hukum sebagai akibat putusan Mahkamah yang menyatakan suatu norma bertentangan dengan UUD dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Sementara itu, proses pembentukan Undang-undang membutuhkan waktu yang cukup lama, sehingga tidak dapat segera mengisi kekosongan hukum tersebut; (iii) melaksanakan kewajiban hakim konstitusi untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat; Putusan hakim (yurisprudensi) merupakan salah satu sumber hukum formil dan juga merupakan salah satu sumber ilmu hukum tata negara yang harus dijunjung tinggi dan dipatuhi keberadaannya. Konstruksi hukum yang dibangun oleh Mahkamah Konstitusi dalam membuat ketentuan norma hukum baru pada Putusan No. 46/PUU-VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan adalah sebagaimana tertuang dalam Putusan nomor 46/PUU-VIII/2010 pada bagian pendapat/ pertimbangan Mahkamah dari point [3.11] sampai point [3.15].

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Sejarah mencatat dengan tinta emas Reformasi 1998 yang telah melahirkan semagat baru bagi bangsa Indonesia untuk menciptakan arah kehidupan bernegara yang lebih demokratis, hal ini menjadi suatu agenda yang penting karena selama hampir 32 tahun proses demokratisasi dikebiri oleh seorang **Soeharto.** Yang mengakibatkan bangsa Indonesia terjerumus kedalam rezim *Otoritarianisme*. Akibat dari pemandulan demokrasi ini memiliki efek yang sangat besar terhadap perkembangan hukum di Indonesia.

Hukum yang berkarakteristik konservatif pada era Orde baru ini mengakibatkan lemahnya peran Legislatif dan Yudikatif, dominasi dari kekuatan yang sangat besar dari Eksekutif menguasai hampir semua kekuasaan dan melakukan intervensi terhadap berbagai lembaga lain baik terhadap lembaga-lembaga formal kenegaraan maupun terhadap lembaga-lembaga kemasyarakatan yang sering disebut sebagai sistem "*Excecutive Heavy*"[1]. Sehingga tidak terciptanya proses *check and balance* diantara lembaga-lembaga negara tersebut. Pemandulan dan pelemahan lembaga-lembaga negara selain eksekutif pada era Orde Baru ini mengakibatkan terjadi sentralisasi kekuasaan yang terpusat pada eksekutif dimana lembaga-

[1] Moh. Mahfud MD, *Hukum Dan Pilar- Pilar Demokrasi*, (Yogyakarta: Gama Media, 1999), hlm. 396.

lembaga yang lain hanya menjadi pelengkap untuk menunjukkan bahwa Indonesia adalah negara yang demokratis[2].

Pasca reformasi 1998, UUD 1945 telah mengalami empat kali perubahan, yaitu perubahan pertama pada tahun 1999[3], perubahan kedua tahun 2000[4], perubahan ketiga tahun 2001[5], dan perubahan keempat tahun 2002[6]. Pada proses amandemen ketiga UUD 1945, lahirlah sebuah lembaga yudisial baru yang mempunyai kedudukan yang setingkat atau sederajat dengan Mahkamah Agung[7] dan berada di luar Mahkamah Agung bernama Mahkamah Konstitusi. Sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 24 Ayat (2) UUD 1945 bahwa "kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi"[8].

---

[2] Dahlan Thaib et. al., *Teori dan Hukum Konstitusi*, Cetakan ke-6 (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2006), hlm. 145.

[3] Perubahan pertama UUD 1945 ini disahkan dalam sidang umum MPR-RI yang diselenggarakan antara tanggal 12 sampai tanggal 19 Oktober 1999, dan kemudian disahkan pada tanggal 19 Oktober 1999, kemudian disebut sebagai awal mula tonggak sejarah yang berhasil mematahkan semangat konservatisme dan romantisme di kalangan masyarakat yang cenderung menyakralkan UUD 1945 sebagai sesuatu yang suci.

[4] Perubahan kedua UUD 1945 disahkan dalam sidang tahunan MPR-RI yang ditetapkan pada tanggal 18 Agustus 2000.

[5] Perubahan ketiga dilanjutkan dalam sidang tahunan MPR-RI dan ditetapkan pada tanggal 9 November 2001, dimana perubahan ketiga ini dikatakan sangat mendasar dan paling luas cakupan materinya.

[6] Ini merupakan perubahan terakhir dalam rangkaian gelombang reformasi yang ditetapkan dalam sidang tahunan MPR-RI pada tanggal 10 Agustus 2002. Lebih jelasnya lihat, Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Cetakan Pertama (Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum UI, 2004), hlm. 47-50.

[7] Mahkamah Agung merupakan badan kekuasaan kehakiman tertinggi (pengadilan negara tertinggi). Lihat, Bagir Manan, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, (Bandung: Pusat Penerbitan Universitas Islam Bandung, 1995), hlm. 33.

[8] Undang-undang Dasar 1945 dan Amandemenya, (Jakarta: Trinity, 2004), hlm. 16.

Hasil amandemen ketiga UUD 1945 dijelaskan pada Pasal 24C Ayat (1), Mahkamah Konstitusi diberikan 4 (empat) kewenangan yakni; *Pertama*, menguji Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar, *Kedua*, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-undang Dasar, *Ketiga*, memutus pembubaran partai politik, dan *Keempat*, memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Dimana kewenangan tersebut pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final.[9] Selain kewenangan diatas, berdasarkan Pasal 24C Ayat (2) jo Pasal 7B UUD 1945, Mahkamah Konstitusi juga berkewajiban untuk memeriksa, mengadili, dan memutus mengenai pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau wakil Presiden.

Mahkamah Konstitusi melalui salah satu kewenangannya terkait pengujian Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar 1945 atau yang biasa dikenal dengan istilah *Judicial Review*[10] mendapatkan apresiasi positif dari berbagai kalangan karena melalui kewenangannya itu mampu membuat terobosan hukum baru yang sejak zaman Orde lama sampai Orde baru tidak

[9] Maksud dari final disini adalah langsung mempunyai kekuatan hukum tetap dan tidak terdapat upaya hukum untuk mengubahnya. Lihat, Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, Cetakan Pertama (Yogyakarta: UII Press, 2005), hlm. 122.

[10] Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Cetakan ke-22 (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2002), hlm. 222.

pernah terjadi perihal pengujian sebuah Undang-undang terhadap UUD 1945. Dalam hal ini terdapat fenomena menarik yang menjadi sorotan banyak kalangan ilmuwan Hukum, khususnya para ahli Hukum Tata Negara[11] mengenai Putusan Mahkamah Konstitusi yang mengabulkan uji materiil UU Perkawinan (UU No.1 Tahun 1974) yang diajukan **Hj. Aisyah Mochtar** alias **Machica binti H. Mochtar Ibrahim** yang meminta puteranya **Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono** agar diakui sebagai anak almarhum **Moerdiono**, mantan Menteri Sekretaris Negara di era Presiden **Soeharto**.[12]

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 pada **hari Senin, tanggal tiga belas, bulan Februari, tahun dua ribu dua belas** dan diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada **hari Jumat, tanggal tujuh belas, bulan Februari, tahun dua ribu dua belas** yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dengan membuat **ketentuan norma hukum baru**, dimana pada Bab IX (Kedudukan Anak) Pasal 43 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan awalnya berbunyi "*anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan*

[11] Hukum Tata Negara merupakan cabang ilmu hukum yang mempelajari prinsip-prinsip dan norma-norma hukum yang tertuang secara tertulis ataupun kenyataan yang hidup dalam kenegaraan mengenai (1) konstitusi yang berisi kesepakatan kolektif suatu komunitas rakyat mengenai cita-cita untuk hidup bersama dalam suatu negara, (2) institusi-institusi kekuasaan negara beserta fungsi-fungsinya, (3) mekanisme hubungan antar institusi, dan (4) prinsip-prinsip hubungan antara institusi kekuasaan negara dengan warga negara. Lebih jelasnya lihat, Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Cetakan Pertama (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hlm. 36.

[12] Majalah Tempo Edisi 26 Maret-1 April 2012, *Salah Paham Berbuah Fatwa*, hlm. 90-91.

perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya". melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 berubah menjadi *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"*[13].

Hasil ijtihad para hakim Mahkamah Konstitusi tersebut, tentunya membawa konsekuensi luas dan mengubah kelaziman. Anak yang dilahirkan diluar perkawinan tak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya, tetapi juga dengan ayahnya. Ada semangat perlindungan anak lepas dari status perkawinan orang tuanya. Itu sebabnya Komnas Perempuan menyambut positif Putusan MK karena sejalan dengan konstitusi dan Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan (UU No 7 Tahun 1984) "Putusan ini meneguhkan pelaksanaan jaminan hak konstitusional bagi anak"[14]. Disisi lain, Majelis Ulama Indonesia (MUI) menilai, Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) terkait dengan pengujian UU No. 1/1974 tentang Perkawinan sangat berlebihan, melampaui batas, dan bersifat "*overdosis*", serta bertentangan dengan ajaran Islam dan Pasal 29

[13] Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Pasal 43 Ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

[14] http://www.hukumonline.com/ Berita Pro Kontra Status Anak Luar Kawin, Akses 10 April 2012.

UUD 1945. Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 itu mengenai anak di luar perkawinan[15].

Secara jelas disebutkan bahwa kedudukan dari Mahkamah Konstitusi adalah sebagai *Negatif Legislator*, dan salah satu kewenangannya adalah melakukan pengujian konstitusionalitas[16], dimana alat pengukur untuk menilai atau menguji suatu Undang-undang baik secara *materiil* maupun *formil* (*formele of materiile toetsing*), hanya dapat dikatakan konstitusional, inkonstitusional, atau ekstra konstitusional?. Fenomena mengenai ketentuan norma hukum baru yang dibuat oleh Mahkamah Konstitusi sebagaimana Putusan No. 46/PUU-VIII/2010 diatas. Maka, menimbulkan rasa ingin tahu kepada penyusun untuk selanjutnya mengkaji dan meneliti secara fokus dan mendalam mengenai: **"KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PEMBENTUKAN NORMA HUKUM BARU (STUDI KASUS PUTUSAN MK NO. 46/PUU.VIII/2010 PERIHAL PENGUJIAN UU NOMOR 1 TAHUN 1974 TENTANG PERKAWINAN)"**

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang diatas, dapat diambil rumusan masalah sebagai berikut:

1. Apakah Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk membuat ketentuan norma hukum baru?

---

[15] http://www.pikiranrakyatonline.htm/ MUI Nilai Putusan Mahkamah Konstitusi Overdosis, Senin, 2 Apr, 2012, Akses 10 April 2012.

[16] Lihat, Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Cetakan Pertama (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 4-5.

2. Bagaimana konstruksi hukum yang dibangun oleh MK dalam membuat ketentuan norma hukum baru pada Putusan No. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan?

C. Tujuan Penelitian

1. Adapun tujuan dari penelitian ini adalah:
   a. Menjelaskan tentang kewenangan Mahkamah Konstitusi perihal pembuatan ketentuan norma hukum baru.
   b. Menjelaskan tentang konstruksi hukum yang dibangun oleh MK dalam membuat ketentuan norma hukum baru pada putusan No. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

D. Kerangka Teoritik

1. Teori Kewenangan

a. Definisi Kewenangan

Menurut Istilah, kewenangan sering disebut *authority*, *gezag*, atau *yurisdiksi* dan istilah wewenang disebut *competence* atau *bevoegheid*. Dimana kewenangan (*authority*, *gezag*, *yurisdiksi*) adalah kekuasaan yang diformalkan baik terhadap segolongan orang tertentu, maupun kekuasaan terhadap sesuatu bidang pemerintahan tertentu secara bulat yang berasal dari kekuasaan legislatif maupun dari kekuasaan pemerintah, sedangkan wewenang (*competence*, *bevoegheid*) hanya

mengenai sesuatu onderdil tertentu atau bidang tertentu saja. Artinya kewenangan merupakan kumpulan dari wewenang-wewenang (*rechtsbevoegdheden*)[17]. Wewenang menurut **S.F. Marbun** adalah kemampuan untuk melakukan suatu tindakan hukum publik atau secara yuridis wewenang adalah kemampuan bertindak yang diberikan oleh Undang-undang yang berlaku untuk melakukan hubungan-hubungan hukum[18].

Terkait dengan konsep tentang wewenang **H.D Stout** menjelaskan bahwa[19]:

"bevoegdheid is een begrip uit het bestuurlijke organisatierecht, wat kan worden omschreven als het geheel van regels dat betrekking heeft op de verkrijing en uitoefening van bestuursrechtelijke befoegdheden door publiekrechtelijke rechtssubjecten in het bestuursrechtelijke rechtsverkeer.

(Wewenang adalah pengertian yang berasal dari hukum organisasi pemerintahan, yang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintahan oleh subjek hukum publik di dalam hubungan hukum publik).

Dipihak lain **Goorden** juga berpendapat bahwa wewenang adalah: "keseluruhan hak dan kewajiban yang secara eksplisit diberikan oleh pembuat undang-undang kepada subjek hukum publik".

---

[17] S.F. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif di Indonesia*, Cetakan Ke-3 (Yogyakarta: FH UII Press, 2011), hlm. 143.

[18] *Ibid.*, hlm. 144.

[19] Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Cetakan ke-6 (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2011), hlm. 98.

b. Wewenang Pemerintahan

Menurut **F.P.C.L. Tonnaer** tentang kewenangan pemerintah, dianggap sebagai kemampuan untuk melaksanakan hukum positif, agar dapat diciptakan hubungan hukum antara pemerintah dengan warga negara. Kewenangan memiliki kedudukan penting dalam kajian Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara. Karena begitu pentingnya kedudukan kewenangan ini, membuat **F.A.M. Stroink** dan **J.G. Steenbeek** menyebutnya sebagai konsep inti dalam kajian Hukum Administrasi Negara, hal ini disebabkan terkandung di dalam kewenangan tersebut sebuah hak dan kewajiban[20]. Menurut **P. Nicolai** bahwa;

"Kemampuan untuk melakukan tindakan hukum tertentu (yaitu tindakan-tindakan yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum, dan mencakup mengenai timbul dan lenyapnya akibat hukum). Hak berisi kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu atau menuntut pihak lain untuk melakukan tindakan tertentu, sedangkan kewajiban memuat keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu".

Hal senada juga dikemukakan oleh **Bagir Manan**, sesungguhnya wewenang dalam bahasa hukum tidak sama dengan kekuasaan (*macht*). Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Sedangkan wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*)[21]. Wewenang kekuasaan kehakiman dapat juga

[20] *Ibid.*, hlm. 99.
[21] *Ibid.*

mengandung perbedaan-perbedaan antara negara yang satu dengan yang lain, diantaranya dapat dibeda-bedakan menjadi[22];

a. Perbedaan berdasarkan kewenangan mengadili suatu perkara. Kewenangan ini bersifat universal dan merupakan kewenangan murni setiap kekuasaan kehakiman[23].
b. Perbedaan berdasarkan kewenangan melakukan pemeriksaan pada tingkat kasasi[24].
c. Perbedaan berdasarkan kewenangan menguji peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintah, dan
d. Perbedaan berdasarkan kewenangan kepenasihatan. Adakalanya badan kekuasaan kehakiman diberi wewenang untuk memberikan nasihat atau pertimbangan kepada badan penyelenggara negara atau badan pemerintahan lainnya.

Pada dasarnya di dalam negara hukum wewenang tersebut tidak lain, adalah bersumber dari Peraturan Perundang-undangan. Karena itu, **R.J.H.M. Huisman** memberikan pendapat bahwa[25];

"Organ pemerintahan tidak dapat menganggap bahwa ia memiliki sendiri wewenang pemerintahan. Kewenangan hanya diberikan oleh undang-undang. Pembuat undang-undang dapat memberikan wewenang pemerintahan tidak hanya kepada organ pemerintahan, tetapi juga terhadap para pegawai atau terhadap badan khusus, bahkan terhadap badan hukum privat".

---

[22] Bagir Manan, *loc.cit.*, hlm. 24-32.

[23] Kewenangan mengadili itu dapat dibedakan menjadi (1) mengadili pada tingkat pertama, (2) mengadili pada tingkat pertama dan terakhir, dan (3) mengadili pada tingkat banding. *Ibid.*, hlm. 24-25.

[24] Kewenangan ini diberikan pada badan kekuasaan kehakiman tertinggi yaitu Mahkamah Agung. Adapun secara *terminologis*, kasasi berarti membatalkan atau pembatalan.

[25] Ridwan HR, Hukum ... *op.cit.*, hlm. 100.

Dalam teori mengenai sifat wewenang pemerintahan antara lain *expressimplied*, jelas maksud dan tujuannya, terikat pada waktu tertentu dan tunduk pada batasan-batasan hukum tertulis dan hukum tidak tertulis[26]. mengenai sifat wewenang pemerintahan terutama terkait keputusan (*beschikking*) terdapat tiga kategori yakni terikat, fakultatif, dan bebas. *Pertama*, wewenang pemerintahan yang bersifat terikat, yakni terjadi apabila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana wewenang tersebut dapat digunakan. *Kedua*, wewenang fakultatif terjadi ketika badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan tidak wajib menerapkan wewenangnya atau sedikit banyak masih ada pilihan yang telah ditentukan oleh peraturan dasarnya. *Ketiga*, wewenang bebas, yakni terjadi ketika peraturan dasarnya memberi kebebasan kepada badan atau pejabat tata usaha negara untuk menentukan sendiri mengenai isi dari keputusan yang akan dikeluarkannya[27]. Oleh sebab itu, Setiap administrasi negara pada dasarnya memiliki wewenang untuk mengatur (*regelen*) dalam rangka menyelenggarakan pemerintahan (*besturen*)[28].

Mahkamah Konstitusi merupakan alat kelengkapan negara dan hakim konstitusi disebut sebagai pejabat negara[29], bukan pejabat

[26] S.F. Marbun, Peradilan ... *op.cit*., hlm. 144.

[27] Philipus M. Hadjon menyimpulkan adanya dua jenis kekuasaan bebas atau diskresi, yaitu (1) kewenangan untuk memutus secara mandiri, dan (2) kewenangan interpretasi terhadap norma-norma yang samar (*vage norm*). Lihat, Ridwan HR, Hukum ... *op.cit*., hlm. 108.

[28] Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Cetakan Pertama (Yogyakarta: FH UII Press, 2003), hlm. 233.

[29] Lihat, Pasal 5 Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

pemerintahan (pejabat tata usaha negara). Perbedaan yang sangat signifikan dapat terlihat ketika Presiden mengangkat seorang menteri, hakim, dan duta-duta besar negara, maka pada saat itu Presiden bertindak/ berfungsi sebagai kepala negara. Sedangkan ketika Presiden mengangkat seorang Gubernur dan/ atau pejabat pemerintah sejenisnya, maka presiden bertindak/ berfungsi sebagai kepala pemerintahan[30]. Wewenang Mahkamah Konstitusi secara jelas telah diatur dalam Pasal 24C ayat (1) dan (2) UUD 1945 dan Pasal 10 ayat (1), (2), dan (3) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

c. Atribusi, Delegasi, dan Mandat

Wewenang yang bersumber dari Peraturan Perundang-undangan sebagaimana disebut diatas dapat diperoleh melalui tiga cara, yakni melalui Atribusi[31], Delegasi[32], dan Mandat[33]. Sebagaimana tersirat

---

[30] Penjelasan ini diperoleh dari **Prof. Dr. Bagir Manan,** pada saat tanya jawab dalam perkuliahan *Sistem Peradilan Administrasi*, Semester 2 BKU HAN/HTN, Pascasarjana Universitas Islam Indonesia,tanpa Tanggal, Tahun 2012.

[31] Istilah atribusi menurut **Indroharto** adalah pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan, maka disinilah terciptanya suatu wewenang baru, dan Selanjutnya dibagi menjadi yang berkedudukan sebagai *original legislator* dan yang bertindak sebagai *delegated legislator*. Lihat, Indroharto, *Usaha Memahami Undang-undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, (Jakarta: Sinar Harapan, 1991), hlm 65. Sedangkan **H.D. van Wijk/ Willem Konijnenbelt** menjelaskan atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat Undang-undang kepada organ pemerintahan. Lihat, Ridwan HR, *loc.cit*., hlm. 101-102.

[32] Delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya. Dalam hal pelimpahan wewenang pemerintahan melalui delegasi memiliki syarat-syarat sebagai berikut: (1) delegasi harus definitif dan pemberi delegasi (*delegans*) tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu, (2) delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, (3) delegasi tidak kepada bawahan, artinya

dalam salah satu prinsip negara hukum "*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid* atau *there is no authority without responsibility*" (Tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban).

Atribusi, delegasi, dan mandat merupakan sumber wewenang yang penting bagi suatu negara hukum demokratis, karena setiap tindakan pemerintah harus berdasarkan atas hukum. Asas ini biasa dikenal sebagai asas legalitas atau asas *rechtmatigheid van bestuur*. Bersandarkan kepada asas ini, maka secara otomatis setiap tindakan badan/pejabat negara harus berdasarkan pada undang-undang formal, sebagai konsekuensi terhadap pengakuan dan penghargaan sebuah kedaulatan rakyat.

Dalam suatu negara hukum yang demokratis setiap tindakan pemerintah meletakkan suatu kewajiban atau beban bagi rakyatnya. artinya, tindakan tersebut dapat dilakukan apabila memperoleh persetujuan dari rakyat melalui wakil-wakilnya di parlemen. Atribusi diartikan adanya pemberian suatu wewenang baru oleh rakyat melalui

---

dalam hubungan hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi, (4) kewajiban memberikan keterangan (penjelasan), artinya delegans berhak meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang itu, dan (5) peraturan kebijakan (beleidsregel), artinya delegans memberikan petunjuk tentang penggunaan wewenang tersebut. Lihat, *Ibid.*, hlm. 104-105. Sebagaimana dikutip dari Philipus M. Hadjon, *Tentang Wewenang*, Makalah disampaikan pada penataran Hukum Administrasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 1998, hlm. 9-10.

[33] Mandat ini akan terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya. Menurut **Bintan Saragih**, istilah mandat berasal dari **JJ. Rousseau**, yang melahirkan dua macam teori mandat; (1) teori mandat imperatif, artinya, wakil menjadi wakil kerena memperoleh instruksi tegas dan telah ditentukan dengan rinci oleh *mandans*. (2) teori mandat bebas, artinya, mandataris setiap waktu dapat bertindak dan tidak tergantung dari instruksi yang diberikan oleh *mandans*. Lihat, Bintan Saragih, *MPR-RI, Suatu Pemikiran Tentang MPR di Masa Mendatang*, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 1992), hlm. 9 dan 27. Mandat menurut **F.A.M. Stroink** dan **J.G. Steenbeek** tidak dibicarakan penyerahan wewenang, tidak juga pelimpahan wewenang. dalam hal mandat tidak terjadi perubahan wewenang apa pun secara *yuridis formil*. Lihat, Ridwan HR, Hukum ... *op.cit.*, hlm. 103.

wakilnya di parlemen kepada pemerintah, yang mana wewenang tersebut belum ada sebelumnya. Maka dengan adanya pemberian wewenang itu tindakan pemerintah menjadi sah, dan secara yuridis memiliki kekuatan mengikat untuk umum. Sumber wewenang atribusi dapat diperoleh dari pemerintahan di tingkat pusat[34] dan dari pemerintahan di tingkat daerah[35].

Delegasi dan mandat adalah terjadinya pelimpahan wewenang dari suatu badan/ pejabat tata usaha yang satu kepada badan/ pejabat tata usaha negara lainnya dalam lingkungan pemerintahan. Wewenang yang dilimpahkan tersebut diperoleh berdasarkan wewenang atributif. Apabila ditinjau dari segi kemungkinan pemberi wewenang berkehendak menggunakan kembali wewenang tersebut, tetapi pada delegasi pemberi wewenang (*delegans*) tidak dapat menggunakan wewenang itu, kecuali setelah ada pencabutan dengan berpegang pada asas *contrarius actus*, sedangkan pada mandat pemberi wewenang mandat (*mandans*) setiap saat dapat menggunakan sendiri wewenang yang dilimpahkan itu[36].

Menurut **Djazuli Bahar,** hukum perdata internasional memberikan arti mandat adalah kuasa penuh untuk mewakili si pemberi kuasa,

---

[34] Atribusi yang diperoleh dari tingkat pusat bersumber dari MPR berupa Undang-undang Dasar dan ketetapan MPR lainnya dan bersumber dari DPR bersama-sama pemerintah berupa Undang-undang.

[35] Atribusi yang diperoleh dari tingkat daerah bersumber dari DPRD dan pemerintahan di daerah yang berupa PERDA.

[36] Philipus M. Hadjon, *Fungsi Normatif Hukum Administrasi dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih*. Disampaikan Pada Saat Pidato Guru Besar, Universitas Airlangga, Surabaya, Tanggal 10 Oktober 1994, hlm. 8.

sedangkan menurut hukum *anglo saxion* mandat merupakan suatu instruksi, dimana mandat menurut tafsiran bahasa Inggris mencakup *political representation*[37]. Selanjutnya menurut **Rosjidi Ranggawidjaja** yang mengikuti pendapat **Heinrich Triepel** mengatakan bahwa[38];

"Mandat merupakan opdracht/ suruhan kepada suatu alat perlengkapan untuk melaksanakan kompetensi sendiri maupun berupa tindakan hukum oleh pemegang suatu wewenang dengan diberikan kekuasaan penuh kepada suatu objek lain untuk melaksanakan kompetensi si pemberi mandat atas nama si pemberi mandat".

Berdasarkan uraian tentang atribusi, delegasi, dan mandat diatas. Mahkamah Konstitusi berada dalam ketegori wewenang atribusi, Sebab keberadaan institusi ini merupakan pemberian wewenang yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan Perundang-undangan, sebagaimana dinyatakan pada bab IX "Kekuasaan Kehakiman" Pasal 24 dan Pasal 24C UUD 1945, kemudian diatur lebih lanjut oleh Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

---

[37] Lihat, Djazuli Bahar, *Ide dan Lembaga yang Klasik Menurut Beberapa Tokoh Pendiri Republik dan Keadaan Sekarang*, (Jakarta: *Vide, Varia Peradilan*, 1995), hlm. 148.

[38] Rosjidi Ranggawidjaja, *Hubungan Tata kerja antara MPR, DPR, dan Presiden*, dikutip dari S.F. Marbun, *loc.cit*., hlm. 142.

2. Norma Hukum

a. Definisi Norma

Istilah norma berasal dari kata "Norm" (dalam bahasa-bahasa barat), dalam bahasa latin "norma", dan di Jerman telah memperoleh sifat dari sebuah perkatan - pinjaman, yang menunjukkan - terutama jika tidak secara eksklusif suatu ketertiban, preskripsi atau perintah[39]. Akan tetapi, hal memerintah adalah bukan satu-satunya fungsi dari sebuah norma. Seberapa jauh perkataan tentang "norma", maka norma tetap tampil dalam adjektif "normal". ia sebenarnya bukan suatu keharusan (*ought*) yang dimaksud disitu, tetapi suatu "ada" (*is*). Sesuatu adalah normal jika ia adalah apa yang biasanya sungguh-sunguh terjadi. Sejauh suatu keharusan juga dimaksudkan disana, kita mengandalkan validitas dari norma bahwa apa yang cenderung untuk biasanya terjadi (*to happen as a rule*) adalah merupakan apa yang seharusnya terjadi, dan secara khusus bahwa orang seharusnya bertingkah laku sedemikian sebagaimana orang biasanya bertingkah laku.

Norma merupakan suatu ukuran yang harus dipatuhi oleh seseorang dalam hubungannya dengan sesamanya ataupun dengan lingkungannya. Dalam perkembangannya, norma itu diartikan sebagai suatu ukuran atau patokan bagi seseorang dalam bertindak atau bertingkah laku dalam masyarakat[40]. **Soerjono Soekanto** dan **Purnadi**

---

[39] Hans Kelsen, *Essay in Legal and Moral Philosophy*, Terjemah Arief Sidharta, *Hukum dan Logika*, Cetakan Ke-3 (Bandung: PT Alumni, 2006), hlm. 1-2.

[40] Maria Farida, *Ilmu Perundang-Undangan; Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, (Yogyakarta: Kanisius, 2007), hlm. 18.

Purbacaraka menjelaskan bahwa, kaedah adalah patokan atau ukuran ataupun pedoman untuk berperilaku atau bersikap tindak dalam hidup. Jika ditinjau dari hakekatnya, maka kaedah merupakan perumusan suatu pandangan (*oordeel*) mengenai perikelakuan atau sikap tindak[41]. Setiap norma itu mengandung suruhan-suruhan yang sering dikenal dengan sebutan "*das sollen*" (*ought to be/ ought to do*) dan dalam bahasa Indonesia sering disebut dengan istilah "hendaknya".

Norma hukum itu dapat dibentuk secara tertulis maupun tidak tertulis oleh lembaga-lembaga yang berwenang membentuknya, berbeda dengan norma-norma moral, adat, agama dan lainnya. Norma ini terjadi secara tidak tertulis tetapi tumbuh dan berkembang dari kebiasaan-kebiasaan yang ada dalam masyarakat. Sebuah norma hukum itu bersifat *heteronom*, artinya bahwa norma hukum itu datangnya dari luar diri seseorang. Contoh, dalam hal pembayaran pajak, maka kewajiban itu datangnya bukan dari diri seseorang, melainkan paksaan itu datangnya dari negara, sehingga setiap individu harus memenuhi kewajiban tersebut dengan rasa senang atau tidak[42].

b. Jenis-Jenis Norma Hukum

Kajian mengenai norma hukum juga meliputi jenis-jenis normanya, dinamika dari suatu norma hukum dapat menjadi dua, yaitu; dinamika norma hukum vertikal dan dinamika norma hukum yang horizontal.

---

[41] Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, *Perihal Kaidah Hukum*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1989), hlm. 6.

[42] Maria Farida, Ilmu … *op.cit*., hlm. 25.

Pertama, Dinamika Norma Hukum Vertikal adalah dinamika yang berjenjang dari atas ke bawah, atau dari bawah ke atas. *Kedua*, Dinamika Norma Hukum Horizontal adalah dinamika yang bergeraknya tidak ke atas atau ke bawah, tetapi ke samping.

Apabila dilihat dari segi alamat yang dituju (*addressat*), atau untuk siapa norma itu ditujukan atau diperuntukkan, bisa dibedakan menjadi norma hukum umum dan norma hukum individual (subyek norma). Mari kita bahas satu-persatu; (1) Norma Hukum Umum adalah suatu norma hukum yang ditujukan untuk orang banyak (*addressat*-nya) umum dan tidak tertentu. Norma ini biasa dirumuskan dengan kata-kata "barang siapa...", " setiap orang ...:", "setiap warga negara ...". (2) Norma Hukum Individual adalah norma hukum yang ditujukan atau dialamatkan (*addressat*-nya) pada seseorang, beberapa orang atau banyak orang yang telah tertentu, sehingga norma hukum yang individual ini biasanya dirumuskan dengan kalimat sebagai berikut; "Bayu Bin Ahmad Zaelani yang bertempat tinggal di Jl. Perkutut No. 12 Yogyakarta ... dan seterusnya".

Selanjutnya dilihat dari hal yang diatur atau perbuatan/ tingkah lakunya, dapat dibedakan menjadi norma hukum abstrak dan norma hukum konkrit. *Pertama*, Norma Hukum Abstrak adalah suatu norma hukum yang melihat pada perbuatan seseorang yang tidak ada batasnya dalam arti tidak konkret. Contoh: kata-kata "... mencuri... dan seterusnya. *Kedua*, Norma Hukum Konkret adalah suatu norma hukum

yang melihat perbuatan seseorang itu secara lebih nyata (konkret). Contoh: ... Mencuri mobil Toyota Avanza berwarna Hitam Tahun 2008 dengan Nomor Polisi AB 1234 BZ ... dan seterusnya".

Dari segi daya lakunya norma hukum juga dapat dibedakan menjadi dua macam yakni; norma hukum berlaku terus-menerus (*dauerhafing*) dan norma hukum berlaku sekali-selesai (*einmahlig*). (1) norma hukum berlaku terus menerus (*dauerhafing*) adalah norma hukum yang berlakunya tidak dibatasi oleh waktu, jadi dapat berlaku kapan saja secara terus menerus, sampai peraturan itu dicabut atau diganti dengan peraturan yang baru. (2) norma hukum yang berlaku sekali selesai adalah norma hukum yang berlakunya hanya satu kali saja dan setelah itu selesai, jadi sifatnya hanya menetapkan saja, sehingga dengan adanya penetapan itu norma hukum tersebut selesai.

Selain macam-macam norma hukum sebagaimana dijelaskan diatas, norma hukum juga dapat dibagi menjadi Norma Hukum Tunggal dan Norma Hukum Berpasangan. Norma Hukum Tunggal adalah suatu norma hukum yang berdiri sendiri dan tidak diikuti oleh suatu norma hukum lainnya, jadi hanya berisi suruhan (*das sollen*) tentang bagaimana seseorang hendaknya bertindak atau bertingkah laku. Contoh perumusan norma hukum tunggal adalah sebagai berikut "hendaknya engkau berprikemanusiaan", "presiden memberi grasi, amnesti, abolisi, dan rehabilitasi". Sedangkan norma hukum

berpasangan adalah norma hukum yang terdiri atas dua norma hukum, yaitu norma hukum primer[43] dan norma hukum sekunder[44].

c. Hierarki Norma Hukum

Di dalam norma hukum juga terdapat sebuah ketentuan hierarki, dimana seorang **Hans Kelsen** mengemukakan teorinya mengenai jenjang norma hukum (*Stufentheorie*)[45]. Pendapatnya bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki (tata susunan), artinya suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, begitulah seterusnya sampai pada suatu titik norma yang tidak dapat lagi ditelusuri lebih lanjut dan bersifat final yaitu norma dasar (*Grundnorm*)[46].

Salah seorang murid **Hans Kelsen** bernama **Hans Nawiasky** di dalam bukunya "*Allgemeine Rechtslehre*" mengembangkan teori gurunya tentang teori jenjang norma hukum, melalui hasil temuannya dia berpendapat bahwa selain norma itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, norma hukum dari suatu negara juga berkelompok-kelompok, dan pengelompokkan norma hukum dalam suatu itu terdiri dari empat

---

[43] Norma hukum primer adalah norma hukum yang berisi aturan/ patokan bagaimana cara seseorang harus berperilaku di dalam masyarakat.

[44] Norma hukum sekunder adalah norma hukum yang berisi tata cara penanggulangannya apabila norma hukum primer itu tidak dipenuhi, atau tidak dipatuhi.

[45] Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia; Makna, Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Cetakan Pertama (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hlm. 54-60.

[46] Hans Kelsen, *General Theory Of Law And State*, (New York: Russel & Russel, 1945), hlm. 113. Lihat juga, Pasal 7 Undang-undang No. 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sebagai implementasi dari teori ini.

kelompok besar yaitu; (1) ***Staatsfundamentalnorm***[47] (Norma Fundamental Negara), (2) ***Staatsgrundgesetz***[48] (Aturan Dasar Negara/ Aturan Pokok Negara), (3) ***Formell Gesetz***[49] (Undang-undang Formal), dan (4) ***Verordnung & Autonome Satzung***[50] (Aturan Pelaksana & Aturan Otonom).

Undang-undang sebagai salah satu bentuk peraturan dibawah UUD 1945 memiliki hakikat yang sangat *urgent* dalam proses penyelenggaraan negara. Sebagaimana dipertegas oleh pernyataan **Rosseau** bahwa tujuan negara adalah untuk menegakkan hukum dan menjamin kebebasan warga negaranya dalam batas-batas perundang-undangan. Terkait dengan hal ini, pembentukan Undang-undang adalah

---

[47] Istilah ***Staatsfundamentalnorm*** ini diterjemahkan oleh Notonagoro dalam pidatonya pada Dies Natalis Universitas Airlangga yang pertama (10 november 1955) dengan **Pokok Kaidah Fundamentil Negara**. Lebih jelasnya Lihat, Notonagaro, *Pancasila Dasar Falsafah Negara*; *Kumpulan Tiga Uraian Pokok-Pokok Persoalan Tentang Pancasila*, Cetakan Ke-7 (Jakarta: Bina Aksara, 1988), hlm. 27. Kemudian Joeniarto menyebutnya dengan istilah **Norma Pertama**. Lihat juga, Joeniarto, *Sejarah Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Cetakan Pertama (Jakarta: Bina Aksara, 1982), hlm. 6. Sedangkan Hamid S. Attamimi menyebutnya dengan istilah **Norma Fundamental Negara**. Lebih jelasnya Lihat, A. Hamid S. Attamimi, Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara (suatu studi analisis mengenai keputusan presiden yang berfungsi pengaturan dalam kurun waktu PELITA I-PELITA IV), Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 1990, hlm. 359.

[48] Aturan Dasar Negara/ Aturan Pokok Negara (*Staatsgrundgesetz)* merupakan kelompok norma hukum di bawah norma hukum fundamental negara. Artinya, aturan-aturan yang masih bersifat pokok dan merupakan aturan-aturan umum yang masih bersifat garis besar, sehingga masih merupakan norma hukum tunggal. Di Indonesia *Staatsgrundgesetz* ini tertuang dalam batang tubuh UUD 1945, ketetapan MPR, dan konvensi ketatanegaraan.

[49] *Formell Gesetz* (Undang-undang Formal) merupakan norma hukum dibawah *Staatsgrundgesetz* yang sudah berbentuk norma hukum yang lebih kongkret dan terinci, serta sudah dapat langsung berlaku di dalam masyarakat. Di Indonesia *Formell Gesetz* ini seperti: Undang-undang RI No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

[50] Kelompok norma hukum ini adalah peraturan-peraturan yang terletak di bawah Undang-undang yang berfungsi menyelenggarakan ketentuan-ketentuan dalam Undang-undang. Yang mana peraturan pelaksanaan (*Verordnung***)** bersumber dari **kewenangan delegasi**, Contoh: pasal 5 ayat (2) UUD 1945 merumuskan "Presiden menetapkan peraturan pemerintah untuk menjalankan Undang-undang sebagaimana mestinya", sedangkan peraturan otonom (*Autonome Satzung*) bersumber dari **kewenangan atribusi**, Contoh: Pasal 22 ayat (1) UUD 1945 memberikan kewenangan kepada presiden untuk membentuk peraturan pemerintah pengganti Undang-undang jika terjadi "hal ihwal kegentingan yang memaksa". Lihat juga, Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara Darurat*, Cetakan Pertama (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2007), hlm. 205.

menjadi hak rakyat sendiri untuk membentuknya, Sehingga undang-undang itu merupakan *manifestasi* dari kemauan dan kehendak rakyat[51]. Suatu undang-undang harus dibentuk oleh kehendak umum (*Volonte Generale*), artinya seluruh rakyat secara langsung mengambil bagian dalam pembentukan aturan masyarakat tanpa perantara wakil-wakil[52].

Istilah kemauan (kedaulatan) rakyat dalam konteks negara Republik Indonesia dilakukan melalui perantara dimana rakyat menyerahkan hal ini kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) yang terdiri dari anggota Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan anggota Dewan Perwakilan Daerah (DPD) yang dipilih melalui pemilihan umum[53], kemudian sebagai pelaksanaan dari kedaulatan tersebut rakyat memberikan kewenangan itu kepada Presiden melalui proses Pemilihan Presiden (Pilpres) langsung. Selanjutnya presiden dalam hal melaksanakan kedaulatan tersebut berhak mengajukan rancangan Undang-undang kepada Dewan Perwakilan Rakyat, dan presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah untuk menjalankan Undang-undang sebagaimana mestinya[54].

---

[51] Maria Farida, Ilmu … *op.cit*., hlm. 119-120.

[52] *Ibid*., sebagaimana dikutip dari Soehino, *Ilmu Negara*, (Jakarta: Liberty, 1980), hlm. 156-160.

[53] Lihat, Bab II "Majelis Permusyawaratan Rakyat" Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Dasar 1945.

[54] Lihat, Pasal 6 ayat (1) dan (2) Undang-undang Dasar 1945.

3. Teori Penemuan Hukum

a. Istilah Penemuan Hukum

Penemuan hukum melalui metode Penafsiran merupakan kegiatan yang sangat penting dalam hukum dan ilmu hukum. Secara *etimologis* kata 'menafsirkan' dan 'penafsiran' berasal dari kata "tafsir" yang berarti keterangan, penjelasan, pengertian, ulasan, kupasan atau komentar[55]. Istilah 'menafsirkan' dalam bahasa Inggris adalah "*to interpret*" artinya, menterjemahkan dengan lisan, menerangkan arti dari, mengerti maksud dari (perkataan/ tindakan), dan menanggapi[56]. Jadi menafsirkan adalah suatu perbuatan untuk mencari atau menemukan arti dari sesuatu konsep, kata atau istilah tertentu melalui prosedur: (1) mencari arti, makna, atau maksud sesuatu konsep, kata/ istilah tersebut, (2) mengurai/ mendeskripsikan arti, makna, atau maksud dari konsep, kata/ istilah itu dengan maksud agar jelas artinya. Penafsiran merupakan metode untuk memahami makna yang terkandung dalam teks-teks hukum untuk kemudian dipakai dalam menyelesaikan kasus-kasus yang dihadapi secara kongkrit[57]. Seperti dikemukakan oleh **K.C. Wheare**, Undang-undang Dasar dapat diubah melalui (i) *Formal*

[55] Kamus Umum Bahasa Indonesia, Susunan WJS Poerwadarminta, diolah kembali oleh Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, (Jakarta: PN Balai Pustaka, 1984), hlm. 990.

[56] Rosjidi Ranggawidjaja, *Wewenang Menafsirkan Undang-undang Dasar*, Cetakan Pertama (Bandung: Citra Bhakti Akademika, 1996), hlm. 33. Lihat juga, Peter Salim, *The Contemporary English-Indonesia Dictionary*, Second Edition (Jakarta: Modern English Press, 1986), hlm. 985.

[57] Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Cetakan Pertama (Jakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), hlm. 4.

Amandement, (ii) *Judicial Interpretation*, dan (iii) *Constitutional Usage and Convention*[58].

Istilah penemuan hukum (*Rechtsvinding*) dalam bahasa belanda, pada dasarnya merupakan kegiatan dalam praktek hukum (hakim, pembentuk Undang-undang dan lain-lain). Yang dimaksud dengan penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim, atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum kongkrit. Disisi lain dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah proses kongkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkrit (*das sein*)[59]. Jadi dalam penemuan hukum yang penting adalah bagaimana mencarikan atau menemukan hukumnya untuk peristiwa konkrit. pada abad ke-19 ajaran tentang penemuan hukum, ajaran penafsiran hukum atau metode yuridis ini dikenal dengan istilah hermeneutik yuridis (Hermeneutika[60] = Ilmu Penafsiran).

---

[58] Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Cetakan Pertama (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hlm. 273.

[59] Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cetakan Kelima (Yogyakarta: Liberty, 2007), hlm. 37.

[60] Secara harfiah kata hermeneutika (*Hermeneutics*) diartikan "penafsiran" atau "interpretasi" dalam kosa kata kerjanya, ditemukan istilah "*Hermeneuo*": mengungkapkan pikiran-pikiran seseorang dalam kata-kata, dan "*Hermeneuin*": mengartikan, menafsirkan, menerjemahkan, dan bertindak sebagai penafsir. Lihat, Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia; Makna, Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Cetakan Pertama (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hlm. 27-32. Hakikat memahami sesuatu adalah filsafat hermeneutik. Hermeneutika/ metode memahami (metode interpretasi) dilakukan terhadap teks secara holistik dalam bingkai keterkaitan antara teks, konteks, dan kontektualisasi. **Gadamer** mengatakan, seperti dikutip oleh **Arief Sidharta** bahwa ilmu hukum adalah sebuah eksamplar hermeneutik *in optima forma* yang diaplikasikan pada aspek kehidupan bermasyarakat. **Gregory Leyh** mengatakan hermeneutika hukum adalah merekonstruksi kembali seluruh problema

Menemukan hukum merupakan karya manusia dan ini berarti, bahwa setiap penerapan hukum selalu didahului oleh seleksi subyektif mengenai peristiwa-peristiwa dan peraturan-peraturan yang relevan. Selanjutnya penerapan sendiri berarti merumus ulang suatu peraturan abstrak untuk peristiwa konkrit. Penemuan hukum bisa dikatakan merupakan problematika bagi para pencari keadilan, juga bagi setiap orang yang memiliki kepentingan dalam suatu perkara melakukan kegiatan menemukan hukum untuk peristiwa konkrit[61]. Khususnya adalah hakim, dikarenakan setiap hari ia dihadapkan pada sebuah konflik/ peristiwa konkrit yang harus diselesaikan. Hasil penemuan hukum oleh hakim merupakan hukum karena mempunyai kekuatan hukum mengikat dan dituangkan dalam bentuk putusan yang sah. Selain itu juga penemuan hukum oleh hakim juga merupakan sumber hukum.

b. Metode Penemuan Hukum

Berdasarkan uraian sebelumnya yang menyatakan bahwa Peraturan Perundang-undangan tidak ada yang lengkap selengkap-lengkapnya dan jelas sejelas-jelasnya. Oleh karena itu, harus ditemukan hukumnya melalui jalan menjelaskan, menafsirkan atau melengkapi Peraturan Perundang-undangannya. Sehingga muncul beberapa metode penemuan

---

hermeneutika secara utuh, dimana ahli hukum dan teologi bertemu dengan para ahli humaniora. Lihat, Jimly Asshiddiqie, Pengantar ... *op.cit*., hlm. 308-309.

[61] Lihat, J.A. Pointer, *Rechtsvinding*, Terjemah, Arief Sidharta, *Penemuan Hukum*, Cetakan Pertama (Bandung: Jendela Mas Pustaka, 2008), hlm. 1.

hukum. Perihal Peraturan Perundang-undangan yang tidak jelas, maka tersedialah metode interpretasi atau metode penafsiran.

Mengenai ajaran penafsiran sejak abad ke-19 sudah sangat dipengaruhi oleh **von Savigny,** dimana ia memberikan batasan tentang penafsiran sebagai rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam undang-undang. Menurut **von Savigny** penafsiran itu adalah seni. Tetapi kegiatan penafsiran ini harus dilaksanakan bersamaan untuk mencapai tujuan, yakni penafsiran Undang-undang terhadap peristiwa konkrit bukan merupakan metode penafsiran yang digunakan semaunya.

Sebagaimana kita ketahui bahwa sumber hukum positif Indonesia dikelompokkan menjadi hukum positif tertulis dan hukum positif tidak tertulis. **Bagir Manan** membagi hukum positif tertulis kedalam dua bagian yakni[62];

1) Hukum positif tertulis yang berlaku umum, terdiri dari;
   a) Peraturan perundang-undangan[63].
   b) Peraturan kebijakan (*beleidsregels*, *pseudowetgeving, policy rules*)[64].
2) Hukum tertulis yang berlaku khusus terdiri dari;

[62] Lihat, Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia*, Cetakan Pertama (Yogyakarta: FH UII Press, 2004), hlm. 14-16.

[63] Hukum positif tertulis yang dibuat, ditetapkan, atau dibentuk pejabat atau lingkungan jabatan yang berwenang berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan tertentu dalam bentuk tertulis yang berisi aturan tingkah laku dan berlaku secara umum.

[64] Peraturan yang dibuat baik kewenangan atau materi muatannya tidak berdasarkan pada peraturan Perundang-undangan, delegasi, atau mandat, melainkan berdasarkan wewenang yang timbul dari *Freis Ermessen* yang dilekatkan pada administrasi negara untuk mewujudkan suatu tujuan tertentu yang dibenarkan oleh hukum.

a) Ketetapan atau keputusan administrasi negara yang bersifat konkrit.
b) Ketetapan atau keputusan konkrit badan-badan kenegaraan yang bertindak untuk dan atas nama negara bukan atas nama pemerintah (administrasi negara).

Selanjutnya selain hukum positif tertulis, terdapat juga hukum positif tidak tertulis yang terdiri dari hukum adat[65], hukum keagamaan[66], yurisprudensi[67], dan hukum kebiasaan[68].

Ada dua metode utama yang dipergunakan hakim dalam penerapan hukum yakni **penafsiran** dan **konstruksi.** Menurut **Sudikno Mertokusumo**, Metode penafsiran dapat dibagi menjadi empat (4) macam yaitu[69];

1) Interpretasi Gramatikal

   Metode penafsiran (*interpretasi*) ini bermaksud untuk mengetahui ketentuan Undang-undang dengan menguraikannya menurut bahasa umum sehari-hari. Dan metode ini merupakan metode paling sederhana dibanding metode lainnya.

2) Interpretasi Sistematis atau Logis

[65] Hukum asli bangsa Indonesia yang hidup dan berlaku secara turun temurun, diakui atau dinyatakan sebagai hukum yang berlaku berdasarkan peraturan perundang-undangan dan atau putusan hakim.

[66] Hukum dari agama yang diakui menurut peraturan Perundang-undangan yang berlaku atau berdasarkan suatu kebijakan pemerintah yang mengakui semua sistem keyakinan atau sistem kepercayaan yang oleh pengikutnya dipandang sebagai agama.

[67] Hukum positif yang berlaku secara umum yang lahir atau berasal dari putusan hakim.

[68] Hukum yang tumbuh dan dijalankan dalam praktek penyelenggaraan negara atau pemerintahan, dan hukum yang tumbuh dan dijalankan dalam praktek komunitas perniagaan, dan lain-lain.

[69] Sudikno Mertokusumo Penemuan ... *op.cit.,* hlm. 57-61. Lihat juga, J.A. Pointer, *Rechtsvinding,* Terjemah, Arief Sidharta Penemuan ... *op.cit*., hlm. 37-51.

Metode penafsiran (*interpretasi*) ini adalah menafsirkan Peraturan Perundang-undangan dengan cara menghubungkannya dengan Peraturan hukum atau Undang-undang lain atau dengan keseluruhan sistem hukum. Artinya, hukum dianggap sebagai satu kesatuan utuh sebagai sistem peraturan. Bukan sebaliknya.

3) Interpretasi Historis

Interpretasi model ini adalah penafsiran makna Undang-undang menurut kejadiannya dengan jalan meneliti sejarah terjadinya. Dengan kata lain, Penafsiran historis mencakup sejarah hukumnya dan sejarah terjadinya Undang-undang.

4) Interpretasi Teologis atau Sosiologis

Model penafsiran ini hakim dalam menafsirkan Undang-undang harus sesuai serta sejalan dengan tujuan pembentukan undang-undang, fokus terhadap tujuan Undang-undang dari pada kata-katanya. Interpretasi Teologis terjadi apabila makna Undang-undang itu ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan, serta disesuaikan dengan situasi sosial yang baru. Dan jenis penafsiran ini dinamakan juga penafsiran sosiologis.

Disamping metode-metode interpretasi diatas masih dikenal juga beberapa metode interpretasi lain diantaranya; interpretasi komparatif[70],

[70] Interpretasi komparatif adalah penafsiran dengan memperbandingkan. dengan tujuan mencari kejelasan mengenai suatu ketentuan Undang-undang. Pada Interpretasi komparatif, penafsiran peraturan itu dibenarkan dengan mencari titik temu pada penyelesaian yang dikemukakan di pelbagai negara. Terutama bagi hukum yang timbul dari perjanjian internasional. Lihat, Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, Bab-Bab ... *op.cit*., hlm. 19.

interpretasi antisipatif[71]. Dari hasil akibat penemuan hukum berbagai metode interpretasi, maka dapat dibedakan menjadi interpretasi restriktif[72], dan interpretasi ekstensif[73]. Selanjutnya adalah metode eksposisi[74], metode ini dibagi menjadi beberapa bagian yakni;

1) Metode Eksposisi Verbal
    a) Verbal Prinsipal
        (1) Diterapkan pada kata-kata individual; metode individuasi[75]
        (2) Diterapkan pada kata-kata lain; metode parafrase[76] dan definisi[77]
    b) Verbal Melengkapi
2) Metode Eksposisi non Verbal

Selain metode penafsiran juga terdapat metode konstruksi, dimana metode ini dapat diklasifikasikan menjadi[78];

---

[71] Interpretasi antisipatif adalah mencari pemecahan dalam peraturan-peraturan yang belum mempunyai kekuatan berlaku, yakni dalam rancangan Undang-undang. Lihat, J.A. Pointer, *Rechtsvinding*, Terjemah, Arief Sidharta, *loc.cit*., hlm. 47-49.

[72] Interpretasi restriktif adalah menjelaskan suatu ketentuan Undang-undang, dimana ruang lingkup ketentuan Undang-undang itu dibatasi. Ini merupakan metode penafsiran dengan mempersempit arti suatu peraturan dengan bertitik tolak pada artinya menurut bahasa. Lihat, Sudikno Mertokusumo dan A. Pilto, *loc.cit*., hlm. 19-21.

[73] Interpretasi ekstensif menjelaskan suatu ketentuan Undang-undang, dimana ruang lingkup ketentuan Undang-undang itu tidak dibatasi. Ini merupakan metode penafsiran dengan memperluas arti suatu peraturan dengan bertitik tolak pada artinya menurut bahasa. Lihat, *Ibid*.

[74] Metode eksposisi ini tidak lain adalah metode konstrusksi hukum. Yakni metode untuk menjelaskan kata-kata atau membentuk pengertian.

[75] Metode individuasi adalah penjelasan nama-nama kesatuan-kesatuan individual. Suatu nama dijelaskan dengan individuasi, apabila diberi suatu indikasi dengan membedakan nama yang bersangkutan dari nama lain yang mungkin mengacaukan. Pada individuasi sering digunakan tempat atau waktu.

[76] Metode parafrase adalah metode dengan cara menjelaskan suatu kata lalu digunakan dalam satu kalimat dan kemudian kalimat itu diganti lagi dengan kalimat lain.

[77] Definisi merupakan suatu pernyataan tentang arti lambang. Kata merupakan salah satu jenis lambang. Kata yang akan diberi definisi disebut *definiendum*, sedangkan kata-kata yang digunakan untuk memberi definisi disebut *definiens*. Definisi memiliki tujuan; (1) untuk menjelaskan kata, (2) mengurangi kekaburan arti kata, (3) menghindari kata-kata yang mengandung ambiguitas, dan (4) untuk menambah kosa kata. Selengkapnya lihat, Sudikno Mertokusumo, *loc.cit.*, hlm. 73-78.

1) Analogi[79]

   Analogi merupakan sebuah metode bagi hakim untuk memperluas penerapan hukum pada keadaan atau peristiwa yang tidak secara eksplisit disebut dalam ketentuan yang berlaku.

2) Penghalusan hukum

   Penghalusan hukum merupakan kebalikan dari analogi, dimana hakim demi keadilan, untuk keadaan atau peristiwa tertentu tidak menerapkan suatu ketentuan hukum yang semestinya berlaku.

3) *Argumentum a contrario*[80]

   Argumentum a contrario dapat dilihat sebagai kebalikan analogi. Analogi berfungsi untuk memperluas jangkauan berlaku suatu peraturan perundang-undangan, sedangkan *Argumentum a contrario* mempersempit jangkauan berlaku suatu peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan penjelasan tentang penafsiran dan konstruksi hukum diatas, dapat diambil beberapa pelajaran. *Pertama*, untuk dapat menafsirkan, hakim tidak cukup memahami penafsirannya saja. Penafsiran memerlukan berbagai ilmu bantu seperti ilmu tata bahasa, sosiologi, sejarah, dan lain-lain. *Kedua*, hakim mempunyai kebebasan untuk memilih bentuk penafsiran atau konstruksi, akan tetapi harus dilakukan dengan menggunakan pengetahuan yang cukup dan sesuai

---

[78] Bagir Manan, Hukum ... *op.cit*., hlm. 78-81.

[79] Lihat, Bambang Sutiyoso dan Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Cetakan Pertama (Yogyakarta: UII Press, 2005), hlm. 133.

[80] *Ibid*.

dengan kasus-kasus yang dihadapi, demi mewujudkan keadilan bagi yang berperkara, maupun masyarakat.

c. Aliran-aliran Penemuan Hukum

Pada zaman dahulu sebelum dikenal hukum tertulis, maka satu-satunya sumber hukum adalah hukum kebiasaan, karena hukum kebiasaan itu sifatnya tidak tertulis, sudah dapat dibayangkan tidak adanya kepastian? atau keseragaman hukum. Kemudian dikenal hukum tertulis pertama dalam sejarah yang ada pada Tahun 1950 SM, yakni Undang-undang Hammurabi.

Sebelum tahun 1800 sebagian besar hukum adalah hukum kebiasaan. Lalu timbul reaksi terhadap ketidakpastian dan ketidakseragaman hukum, maka muncul usaha untuk penyeragaman hukum dengan cara kodifikasi[81]. Seiring dengan berjalannya waktu timbullah masalah tentang apa yang merupakan (satu-satunya) sumber hukum. Oleh karena itu, lahirlah aliran-aliran penemuan hukum, yang berdasarkan titik tolak pada pandangan mengenai apa yang merupakan satu-satunya sumber hukum. Artinya, aliran-aliran ini adalah aliran-aliran tentang ajaran sumber hukum. Diantaranya adalah;

1) Aliran legisme[82]

Aliran ini berpendapat bahwa semua hukum itu berasal dari kehendak penguasa tertinggi, kaitannya dengan ini adalah kehendak

[81] Kodifikasi adalah upaya menuangkan atau membentuk hukum tertulis dalam sebuah kitab Undang-undang (codex). Lihat, J.A. Pointer, *Rechtsvinding*, Terjemah, Arief Sidharta, *loc.cit*., hlm. 81-84.

[82] *Ibid*., hlm. 76-77.

pembentuk Undang-undang. Maka Undang-undanglah yang dapat menjadi sumber hukum.

2) Mazhab Historis

Mazhab/ aliran ini berpendapat bahwa hukum itu ditentukan secara historis; hukum tumbuh dari kesadaran hukum bangsa pada suatu tempat dan waktu tertentu. Aliran ini dipelopori oleh **von Savigny** (1779-1861).

3) *Begriffsjurisprudenz*[83]

Pada abad pertengahan ke-19 lahirlah aliran ini, yang dipelopori oleh **Rudolf Von Jherring** (1818-1892) yang menekankan pada sistematik hukum. Aliran ini memberikan kebebasan kepada hakim daripada legisme.

4) *Interessenjurisprudenz*

Sebagai reaksi dari *Begriffsjurisprudenz* lahirlah pada abad ke-19 di Jerman Aliran *Interessenjurisprudenz*, aliran ini menitiberatkan pada kepentingan-kepentingan (*interessen*). Dipelopori oleh **Rudolff von Jhering** (1818-1892).

5) *Freirechtbewegung*

Reaksi yang tajam terhadap *legisme* baru muncul sekitar 1900 di Jerman. Reaksi ini dimulai dari *Kantorowicz* (1877-1940), dengan nama samaran *Gnaeus Flavius* pada tahun 1906 menulis "*Der kompfum die rechtswissensch*". Aliran baru ini disebut sebagai

[83] Ciri khas dari aliran ini adalah bahwa hukum dilihat sebagai satu sistem tertutup yang mencakup segala-galanya yang mengatur semua perbuatan sosial.

"*freirechtlich*" (bebas), maka dari sinilah timbul istilah "*Freirechtbewegung*[84]".

E. Metode Penelitian

Metode merupakan hal yang cukup penting untuk mencapai tujuan dari penelitian itu sendiri. Dalam melakukan penelitian, demi mencapai hasil yang *valid* dan untuk menjawab persoalan yang penyusun teliti, maka dari itu dibutuhkan langkah-langkah kerja penelitian. Adapun metode yang penyusun gunakan dalam melakukan penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Jenis Penelitian

   Jenis penelitian ini adalah penelitian kepustakaan (*Library Research*), yaitu dengan mengumpulkan data yang diperoleh dari penelitian kepustakaan yang bersumber dari bahan-bahan hukum yang ada kaitannya dengan judul yang akan dibahas.[85]

   Sesuai dengan jenis penelitian ini adalah penelitian kepustakaan, maka teknik pengumpulan bahan yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelaahan terhadap bahan-bahan hukum yang berkaitan dengan permasalahan yang dimaksud.

---

[84] Aliran *Freirechtbewegung* berpendapat bahwa hakim terikat pada batas-batas yang dapat dijabarkan dari sistem; ini bertujuan menuju pada pemecahan masalah yang mendasarkan pada sistem berfikir *problem oriented*. Sudikno Mertokusumo dan A. Pilto, Bab-Bab ... *op.cit.*, hlm. 11.

[85] Dudung Abdurrahman, *Pengantar Metode Penelitian*, (Yogyakarta: Kurnia Kalam Semesta, 2003), hlm. 7.

2. Sifat Penelitian

Sifat penelitian ini adalah *Deskriptif Analitik*[86], yaitu penelitian yang menjelaskan bahan-bahan hukum terkait kasus yang diteliti dan memberikan pengertian serta penjelasan tentang Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pembentukan Norma Hukum Baru (Studi Kasus Putusan MK No. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan).

3. Metode Pengumpulan Bahan

Karena penelitian ini merupakan penelitian pustaka, maka bahan hukum yang menjadi acuan dalam penelitian ini adalah bahan yang bersifat pustaka. Adapun sumber bahan dapat dibagi menjadi bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Dalam penelitian ini bahan hukum primer adalah Putusan MK No. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Adapun bahan hukum sekunder adalah semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Bahan publikasi ini meliputi buku-buku teks, Kamus-kamus hukum, Jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar atas Putusan pengadilan yang terkait dengan penelitian yang terkait dengan penelitian [87].

---

[86] Deskriptif berarti menggambarkan secara tepat sifat-sifat suatu individu, keadaan, gejala, atau kelompok tertentu dan untuk menentukan frekuensi atau penjabaran suatu gejala dengan gejala yang lain dalam masyarakat. Analisis adalah yang dipakai untuk mendapatkan ilmu pengetahuan ilmiah dengan mengadakan perincian terhadap obyek yang diteliti dengan jalan memperoleh kejelasan mengenai halnya. Lihat Sudarto, *Metode Penelitian Filsafat*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 1996), hlm. 45-59.

[87] Lihat, Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cetakan ke-6 (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), hlm. 141.

4. Pendekatan Penelitian

Sesuai rumusan masalah pembahasan Tesis ini, pendekatan yang akan digunakan adalah pendekatan *Normatif-Yuridis* dan pendekatan kasus (*case approach*). pendekatan kasus (*case approach*) yaitu, cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi dan telah mempunyai kekuatan hukum tetap[88]. Dimana peneliti harus memahami alasan-alasan hukum yang digunakan oleh hakim untuk sampai kepada putusannya mengenai Putusan MK No. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

5. Metode Analisis Bahan

Selanjutnya bahan-bahan hukum yang terkumpul dianalisa secara *kualitatif*[89], yaitu memperhatikan dan mencermati bahan-bahan hukum secara mendalam dengan menggunakan metode *induktif*[90] dan *deduktif*[91] untuk mendapatkan kesimpulan yang tepat mengenai masalah yang dibahas dalam penelitian ini. Yaitu, (1) Apakah Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk membuat ketentuan norma hukum baru? Dan (2) Bagaimana konstruksi hukum yang dibangun oleh MK dalam membuat ketentuan norma hukum baru pada Putusan No. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan?.

---

[88] *Ibid*., hlm. 94.

[89] Penelitian dengan pendekatan kualitatif lebih menekankan analisisnya pada proses penyimpulan deduktif dan induktif serta pada analisis terhadap dinamika hubungan antara fenomena yang diamati dengan menggunakan logika ilmiah. Lihat Saifuddin Azwar, *Metode Penelitian*, Cetakan ke-5 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), hlm. 5.

[90] Induktif adalah mengumpulkan data yang bersifat khusus lalu menarik kesimpulan yang bersifat umum.

[91] Deduktif adalah mengumpulkan data-data yang bersifat umum lalu menarik kesimpulan yang bersifat khusus.

F. Sistematika Penulisan

Untuk mencapai pada suatu pembahasan yang *komprehensif* dan *spesifik*, perlu adanya *sistematika* yang *korelatif* dengan isi, maka penyusun akan memaparkan gambaran umum tentang isi dari penelitian dengan sistematika sebagai berikut:

Pada bab pertama yang merupakan pendahuluan meliputi latar belakang masalah sebagai uraian tentang fenomena permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pembentukan Norma Hukum baru (Studi Kasus Putusan MK No. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, rumusan masalah, tujuan penelitian, kerangka teoritik sebagai pisau analisis, metode penelitian yang akan digunakan sebagai arahan serta pedoman, dan terakhir adalah sistematika penulisan.

Bab kedua, penulis memaparkan tentang keberadaan Mahkamah Konstitusi dalam struktur ketatanegaraan Indonesia yang meliputi sejarah Mahkamah Konstitusi, kewenangan Mahkamah Konstitusi, dan kedudukan Mahkamah Konstitusi dalam struktur ketatanegaraan Indonesia.

Bab ketiga, penulis memaparkan tentang pembentukan norma hukum baru dalam tatanan hukum di Indonesia yang meliputi pengertian norma hukum, unsur-unsur norma hukum, lembaga-lembaga pembentuk norma hukum, Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang Memuat Ketentuan Norma Hukum Baru dan norma hukum dalam perspektif hukum Islam.

Bab keempat, penulis menyajikan data serta menganalisis terkait rumusan masalah yang diangkat meliputi deskripsi putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam membuat ketentuan norma hukum baru, dan Konstruksi Hukum yang dibangun oleh Mahkamah Konstitusi dalam membuat ketentuan norma hukum baru pada Putusan No. 46/PUU.VIII/2010.

Bab kelima merupakan bab bagian terakhir tentang penutup yang berisi simpulan dan saran-saran dari kajian, pembahasan, serta analisis penulis dari bab-bab sebelumnya.

BAB II

KEBERADAAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM STRUKTUR KETATANEGARAAN INDONESIA

A. Sejarah Mahkamah Konstitusi

Sejarah berdirinya lembaga Mahkamah Konstitusi (MK) diawali dengan diadopsinya ide MK (*Constitutional Court*) dalam amandemen konstitusi yang dilakukan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) pada tahun 2001 sebagaimana dirumuskan dalam ketentuan Pasal 24 ayat (2), Pasal 24C, dan Pasal 7B Undang-Undang Dasar 1945 hasil Perubahan Ketiga yang disahkan pada tanggal 9 Nopember 2001. Ide pembentukan MK merupakan salah satu perkembangan pemikiran hukum dan kenegaraan modern yang muncul di abad ke-20[92].

Setelah disahkannya Perubahan Ketiga UUD 1945 maka dalam rangka menunggu pembentukan MK, MPR menetapkan Mahkamah Agung (MA) menjalankan fungsi MK untuk sementara sebagaimana diatur dalam Pasal III Aturan Peralihan UUD 1945 hasil Perubahan Keempat. DPR dan Pemerintah kemudian membuat Rancangan Undang-Undang mengenai Mahkamah Konstitusi. Setelah melalui pembahasan mendalam, DPR dan Pemerintah menyetujui secara bersama UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi pada tanggal 13 Agustus 2003 dan disahkan oleh Presiden pada hari itu (Lembaran Negara Nomor 98 dan Tambahan Lembaran Negara

[92] http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/Sejarah Pembentukan Mahkamah Konstitusi, Akses 15 Juni 2012.

Nomor 4316). Dua hari kemudian, pada tanggal 15 Agustus 2003, Presiden melalui Keputusan Presiden Nomor 147/M Tahun 2003 hakim konstitusi untuk pertama kalinya yang dilanjutkan dengan pengucapan sumpah jabatan para hakim konstitusi di Istana Negara pada tanggal 16 Agustus 2003. Lembaran perjalanan MK selanjutnya adalah pelimpahan perkara dari MA ke MK, pada tanggal 15 Oktober 2003 yang menandai mulai beroperasinya kegiatan MK sebagai salah satu cabang kekuasaan kehakiman menurut ketentuan UUD 1945.

Visi Mahkamah Konstitusi adalah: tegaknya konstitusi dalam rangka mewujudkan cinta negara hukum dan demokrasi demi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan yang bermartabat. Misi Mahkamah Konstitusi adalah[93]:

a. Mewujudkan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu kekuasaan kehakiman yang modern dan terpercaya.
b. Membangun konstitusionalitas Indonesia dan budaya sadar konstitusi.

Seperti yang kita ketahui bahwa keberadaan mahkamah konstitusi merupakan fenomena baru dalam dunia ketatanegaraan. Sampai sekarang terdapat 78 negara yang membentuk mahkamah ini secara mandiri disertai fungsinya mencakup *supreme court* yang ada di setiap negara. Salah satu contohnya ialah Amerika Serikat sebagai fungsi mahkamahnya adalah *judicial review* dalam rangka menguji konstitusionalitas suatu undang-undang, baik dalam arti formil maupun materill[94]. Akan tetapi di beberapa

[93] *Ibid*.
[94] Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Kerja Sama Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum UI, 2004), hlm. 194.

negara lainnya, terutama di lingkungan negara-negara yang mengalami perubahan dari otoritarian menjadi demokrasi, pembentukan mahkamah konstitusi menjadi sangat populer. Sebagai contoh: Afrika Selatan, Korea Selatan, Thailand, Lithuania, Ceko, dan lain-lain. Republik Filipina yang baru mengalami perubahan menjadi demokrasi,tidak memiliki mahkamah konstitusi yang tersendiri. Selain itu ada juga negara Jerman yang memiliki *Federal Constitutional Court* yang tersendiri.

Pada tahun 1994 berdasarkan *Interim Constitution* 1993, mahkamah konstitusi pertama kali dibentuk di Afrika Selatan. Setelah UUD 1996 disahkan, mahkamah konstitusi tersebut terus bekerja, dan memulai persidangan pertamannya pada bulan Februari 1995. Anggotanya berjumlah 11 orang, 9 pria dan 2 orang wanita. Masa kerja mereka 12 tahun dan tidak dapat diperpanjang lagi sampai masa pergantian karena pensiun, yaitu apabila mencapai usia maksimum 70 tahun. Di republik Czechoslovakia, dibentuk mahkamah konstitusi sejak Februari 1992, sebelum republik federal Cekoslovakia bubar dan menjadi dua negara (Czech dan Slovakia) tanggal 16 Desember 1992[95]. Republik Lithuania, setelah memerdekakan diri dari kekuasaan Uni Soviet pada tanggal 11 Maret 1990, mengadopsi *constitutional review* ke dalam konstitusinya yang disahkan pada tanggal 25 Oktober 1992 melalui suatu referendum nasional. Kemudian gagasan ini dicantumkan dalam bab 8 yang mengatur mengenai *constitutional court*, yang dirinci lagi dengan UU tentang Mahkamah Konstitusi yang disahkan oleh parlemen

[95] *Ibid.*, hlm. 195.

Lithuania (seimas) pada tanggal 3 Februari 1993. Jumlah anggotanya sebanyak 9 orang diangkat oleh parlemen (seimas) dari calon-calon yang diusulkan oleh ketua parlemen 3 orang, oleh presiden 3 orang, dan 3 orang lainnya oleh ketua mahkamah agung. Ketua mahkamah konstitusi itu dipilih dan ditetapkan oleh *seimas* dari calon yang diajukan oleh presiden. Dimana masa jabatan kesembilan hakim tersebut bervariasi, yakni 3 orang paling lama untuk 9 tahun tanpa perpanjangan, 3 orang lagi untuk 6 tahun, dan 3 orang lainnya untuk 3 tahun, masing-masing dengan kemungkinan perpanjangan hanya 1 kali masa jabatan dengan interval selama 3 tahun. Maka 3 orang anggota Mahkamah Konstitusi itu berganti setiap tiga tahun sekali.

Mahkamah Konstitusi Korea Selatan sebagaimana diatur dalam konstitusinya, pada pasal 107 dan Bab VI yang berisi tiga pasal, yakni pasal 111, pasal 112, dan pasal 113. Menurut ketentuan pasal 111 ayat (2) Mahkamah Konstitusi terdiri atas 9 orang anggota yang memenuhi syarat sebagai hakim dan diangkat oleh Presiden (*The Constitutional Court is composed of nine adjudicators qualified to be court judges, and they are appointed by the President*). Diantara hakim konstitusi tersebut dikatakan pada ayat (2) bahwa tiga orang hakim berasal dari orang yang dipilih oleh majelis nasional, dan tiga orang diangkat dari orang yang dicalonkan oleh ketua Mahkamah Agung. Ketua mahkamah konstitusi diangkat oleh presiden dari anggota mahkamah konstitusi dengan persetujuan majelis nasional. Kemudian masa jabatan kesembilan anggota mahkamah konstitusi itu ditentukan dalam pasal 112 ayat (1) untuk 6 tahun dan dapat diangkat

kembali sesuai ketentuan UU[96]. Dari beberapa contoh kasus di Afrika Selatan, Czech (Cheko), Lithuania, dan Korea Selatan diatas. Dapat dilihat bahwa dalam ruang lingkup negara-negara yang berubah ke arah demokrasi pada abad ke-20, pada umumnya mengadopsi sebuah gagasan dalam pembentukan "Mahkamah Konstitusi" sebagaimana telah lama berkembang di beberapa negara demokrasi konstitusional di Eropa.

Sejarah terbentuknya Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai lembaga pelaksana kekuasaan kehakiman yang berdiri sendiri dan berada diluar dari mahkamah agung merupakan konsepsi yang ada jauh sebelum negara modern (modern state), dimana tugasnya adalah menguji keserasian norma hukum yang lebih rendah terhadap norma hukum yang lebih tinggi. Awal mula *judicial review*, yang merupakan ciri utama kewenangan Mahkamah Konstitusi Amerika Serikat oleh Mahkamah Agung, merupakan perkembangan yang berlangsung selama 250 tahun, yang awalnya diterima dengan rasa kebencian sampai dengan penerimaan yang luas dan positif[97]. Sebagaimana kita ketahui dalam tradisi hukum *comman law* dan sistem konstitusi AS, tidak dikenal lembaga mahkamah konstitusi yang berdiri sendiri, melainkan fungsinya langsung ditangani oleh MA yang disebut *the guardian of american constitution*. Sebaliknya pada negara Eropa Kontinental yang disebut sebagai *the guardian of constitution* adalah Mahkamah Konstitusi. Selanjutnya pada negara-negara komunis dan negara

[96] *Ibid.*, hlm. 195.

[97] Abdul Latief et. al., *Buku Ajar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Cetakan Pertama (Yogyakarta: Total Media, 2009), hlm. 1. Sebagaimana dikutip dari, Maruar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hlm. 5.

lain yang menganut sistem supremasi parlemen, MK juga tidak dikenal. Karena dalam sistem komunis ataupun tradisi Inggris dan belanda dianut sebuah doktrin "*king or queen in parliament*"[98].

Berawal dari sebuah peristiwa Imajinatif dan Inspiratif yang dikenal sebagai revolusi Perancis serta konsep *separation of power* dari **J.J Rosseau** dan **Montesqieu**. Merupakan cikal bakal pengembangan judicial review kedepan, keberhasilan yang diperoleh pada masa Napoleon serta pengaruh yang berkesinambungan dari hukum dan budaya Perancis, kemudian menyebar ke seluruh Eropa dengan sistem hukumnya yang berbeda. Disisi lain pemikiran Amerika tentang *judicial review* baru dimulai setelah kasus **Marbury** vs **Madison** tahun 1803, kemudian kasus **Dred Scott** pada tahun 1857 menyebabkan pembaharu di benua Eropa mulai berfikir bahwa mahkamah seperti Mahkamah Konstitusi akan berguna juga di Eropa.

Seorang sarjana hukum yang sangat berpengaruh pada abad ke-20 bernama **Hans Kelsen** diminta untuk menyusun sebuah konstitusi bagi sebuah Republik Austria yang baru muncul dari puing kekaisaran Austro Hungarian tahun 1919. Seorang Kelsen percaya bahwa konstitusi itu harus diperlakukan sebagai seperangkat norma hukum yang lebih tinggi (superior) dari Undang-undang biasa dan harus ditegakkan. Kelsen juga mengakui adanya ketidakpercayaan yang luas terhadap badan peradilan biasa untuk melaksanakan tugas penegakkan konstitusi. Sehingga ia merancang sebuah mahkamah khusus yang terpisah dari peradilan biasa untuk mengawasi

[98] *Ibid.*, hlm. 2.

undang-undang dan membatalkannya jika ternyata bertentangan dengan Undang-undang Dasar. Walaupun Kelsen merancang model ini untuk Austria, tetapi yang mendirikan Mahkamah Konstitusi berdasarkan model itu untuk pertama sekali adalah Cekoslowakia pada bulan Februari tahun 1920. Baru pada bulan Oktober 1920 rancangan Kelsen tersebut diwujudkan di Austria.

Pasca terjadinya perang dunia kedua, gagasan Mahkamah Konstitusi disertai *judicial review* menyebar keseluruh Eropa. Ketika Uni Soviet runtuh, negara-negara bekas komunis di Eropa Timur semuanya mereformasi negerinya, dari negara otoriter menjadi negara demokrasi konstitusional yang liberal. Konstitusi segera direvisi dan dalam proses itu satu lembaga baru dibentuk, yakni sebuah mahkamah yang terdiri dari pejabat-pejabat kekuasaan kehakiman dengan kewenangan untuk membatalkan Undang-undang dan peraturan lain jika ternyata bertentangan atau tidak sesuai dengan hukum yang lebih tinggi yaitu konstitusi. Hingga sekarang sudah ada 78 negara yang mengadopsi sistem Mahkamah Konstitusi yang berdiri terpisah dari Mahkamah Agung.

Di negara Indonesia, MK sebagai lembaga negara dan pelaksana kekuasaan kehakiman sudah berdiri hampir sembilan tahun lamanya di Indonesia. Dimulai melalui amandemen ketiga UUD 1945 pada tahun 2001, kemudian baru terhitung setelah disahkannya Undang-undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sampai tahun 2012 ini. Namun Mahkamah Konstitusi jika dilihat dari gagasannya, bukan merupakan hal

yang baru, ini disebabkan karena fungsi pengujian dan penafsiran konstitusi sudah lama ada menjelang Indonesia merdeka. Dilihat dari niat para penyusun UUD, legitimasi pengujian Undang-undang (*constitutional review*) sangat penting untuk dibahas. Karena dalam penyusunan UUD 1945 masa lalu, ketika dalam sidang badan penyelidik usaha-usaha persiapan kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) yang berlangsung pada tanggal 15 Juli 1945. Awal mula dimulai dari ide **M. Yamin** dalam sidang BPUPKI agar MA diberi kewenangan membanding undang-undang, akan tetapi ditolak oleh **Soepomo** dengan alasan UUD 1945 tidak menganut ajaran Trias Politica dari **Montesqieu**. Kemudian **M. Yamin** mengusulkan dengan mengatakan bahwa[99]:

> *Agar balai agung (istilah yang digunakan Yamin untuk menyebut Mahkamah agung) tidak hanya melaksanakan bagian kekuasaan kehakiman, melainkan juga menjadi badan yang membanding (menguji) apakah undang-undang yang dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) tidak melanggar Undang-undang Dasar Republik atau bertentangan dengan hukum adat yang diakui, ataukah tidak bertentangan dengan syariah agama Islam.* Kemudian pendapat Yamin ditanggapi oleh Soepomo yang intinya tidak menyetujui kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD diberikan kepada MA, melainkan diberikan kepada peradilan khusus yang bernama *Constitutioneelhof,* suatu pengadilan spesifik semacam di Austria, Cekoslowakia dan Jerman.

Di pihak lain, **Soepomo** tidak setuju dengan kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945 diberikan kepada MA. Hal ini disebabkan bahwa pengujian undang-undang terhadap UUD hanya dikenal dalam suatu sistem pemerintahan yang mengenal pemisahan kekuasaan

[99] *Ibid.,* hlm. 4.

secara tegas, juga karena konsepsi UUD 1945 secara prinsipil tidak memakai sistem yang membedakan antara tiga badan atau lembaga negara itu, dengan kata lain tidaklah kekuasaan kehakiman akan mengontrol kekuasaan yang membentuk undang-undang. Secara tegas yang dinyatakan dalam UUD 1945 adalah pembagian kekuasaan bukan pemisahan kekuasaan sebagaimana dikemukakan dalam teori *Trias Politika* yang diajarkan oleh **Montesquieu** di negara-negara Eropa Barat. Selain itu juga UUD 1945 sebelum amandemen tidak dapat menerapkan fungsi pengujian undang-undang, dikarenakan menganut prinsip supremasi parlemen dengan menempatkan kedudukan MPR sebagai lembaga tertinggi negara. Melalui sisitem model ini, produk lembaga legislatif tidak boleh diuji oleh cabang kekuasaan lain. Jika menguji undang-undang hasil dari produk legislatif bersama eksekutif, itu artinya mencampuri kekuasaan legislatif dan eksekutif. Lalu dikembangakan pula dengan doktrin bahwa produk peraturan perundang-undangan hanya dapat dicabut dan dinyatakan tidak berlaku oleh lembaga yang membuatnya sendiri. Artinya, pengujian undang-undang hanya boleh dilakukan oleh kekuasaan eksekutif dan legislatif (DPR bersama-sama Presiden) atau dikenal dengan *legislatif review* atau *eksekutif review*.

Menurut **Istanto** kekuasaan kehakiman (yudikatif) dilarang untuk menilai dan menguji undang-undang produk legislatif, karena undang-undang bukan produk hukum melainkan produk politik. Kekuasaan yudikatif hanya bertugas menguji pelaksanaan hukum (menerapkan Undang-undang) bukan menilai atau menguji undang-undang. Hal senada juga dikemukakan oleh

Jimly Asshiddiqie terkait hal tersebut, beliau menyatakan bahwa doktrin itu diwarisi atas pengaruh hukum Belanda. Karena dalam sistem hukum Belanda terdapat larangan bahwa undang-undang tidak dapat diganggu gugat dikarenakan produk politik. Doktrin inilah yang dianut di Belanda, yang kemudian menginspirasi kepada **Soepomo** agar tidak menerima ide untuk menguji undang-undang oleh Mahkamah Agung.

Selanjutnya **Jimly Asshiddiqie** menyatakan agar dicatat, bahwa pendapat **M. Yamin** belum mengemukakan pandangan tentang perlunya dibentuk sebuah mahkamah yang berdiri sendiri, sederajat dan diluar MA, melainkan hanya terkait fungsi untuk menguji undang-undang dan bukan pada kelembagaannya atau institusi baru. Oleh karena itu, dapat dinyatakan bahwa pembentukan Mahkamah Konstitusi berkaitan erat dengan ide untuk mengembangkan fungsi pengujian undang-undang yang diselaraskan dengan kewenangan MA dalam sejarah awal pembentukan negara Indonesia. Dengan dimikian dapat terjawab oleh sejarah bahwa pengujian undang-undang memang sudah direncanakan sejak awal, bukti nyata adalah tentang apa yang dipikirkan oleh para penyusun UUD 1945 pada era Proklamsi, telah dibuktikan oleh MPR dengan menetapkan adanya amandemen UUD 1945 ketika era Reformasi. Diperjelas pula dengan gagasan pembentukan MK menjadi kenyataan ketika terjadi amandemen ketiga UUD 1945 dan dapat dlihat pada ketentuan pasal 24 ayat (2) UUD 1945.

Sejak tahun 1970-an Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI) telah lama memperjuangkan agar Mahkamah Agung diberi kewenangan untuk menguji

Undang-undang terhadap UUD, sebagai upaya memberdayakan Mahkamah Agung, tetapi ide tersebut dinilai tidak tepat berdasarkan UUD 1945. Kemudian pada tahun 1980-an ide tentang pengujian konstitusionalitas undang-undang terus diusung oleh para sarjana Hukum terutama pengacara, seperti usulan dari Ikatan Advokat Indonesia (IKADIN). Selanjutnya setelah perubahan UUD 1945 masa sidang kedua tahun 2000, ide MK sebagai lembaga tersendiri baru muncul yang awal mulanya dikaitkan dengan perdebatan tentang "impeachment" atau pemberhentian Presiden Abdurrahman Wahid (Gusdur). Dilanjutkan ketika para aktivis LSM mulai membuat gerakan-gerakan, merumuskan ide-ide tentang amandemen bahkan mengusulkan sebuah konstitusi baru. Wacana tentang pembentukan MK semakin mengerucut, apalagi ketika para anggota DPR di PAH I BP – MPR melakukan studi banding ke beberapa negara, akhirnya mereka mulai merasa membutuhkan sebuah lembaga baru untuk menjaga konstitusionalitas sistem ketatanegaraan dan menguji undang-undang, mengatasi jikalau ada persengketaan/ perselisihan antar lembaga negara, serta agar terciptanya mekanisme *checks and balances* dalam struktur ketatanegaraannya, Maka perlu adanya "wasit" yang bernama Mahkamah Konstitusi. Dapat diartikan bahwa MK adalah *The Guardian of the Constitution* dan MA adalah *The Guardian of the Indonesian law*[100].

Selanjutnya kita harus mengetahui apakah MK berdiri sendiri disamping MA?. Pada awalnya diusulkan jika MK ditempatkan dalam

[100] Bahwa Mahkamah konstitusi berfungsi sebagai pengawal konstitusi, sedangkan mahkamah agung berfungsi untuk mengawal undang-undang dan peraturan dibawahnya, baik melalui mekanisme pengujian maupun melalui peradilan.

lingkungan MA (merupakan bagian dari MA). Usul tersebut dirumuskan dalam pasal 25B rancangan amandemen kedua UUD 1945, akan tetapi tidak sempat dibahas dalam sidang tahunan MPR atau pada risalah sidang MPR tahun 2000. Kemudian usul tesebut baru dibahas dalam sidang panitia Ad Hoc I (PAH I BP) pada bulan September 2001 dan mengalami perubahan dengan mengadopsi usul yang disampaikan oleh tim ahli PAH I BP – MPR, yakni dengan menempatkan MK secara sendiri, sederajat, dan diluar lingkungan MA[101]. Artinya, MK berdiri sendiri. MK dan MA sama-sama menjalankan kekuasaan kehakiman, hanya wewenangnya yang berbeda satu sama lain, hal ini dapat kita lihat pada bunyi pasal 24 ayat (2) UUD 1945:

> *Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tat usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi*[102].

Dapat kita tarik kesimpulan berdasarkan uraian sejarah pembentukan MK sebagaimana tersebut diatas, bahwa terdapat tiga sebab yang melatarbelakangi pembentukan lembaga MK pada amandemen ketiga UUD 1945, yakni:

1. Ada kekosongan hukum atau kekosongan Peraturan Perundang-undangan yang berkenaan dengan pengujian (*review*) Undang-undang terhadap UUD 1945.

[101] *Ibid.*, hlm. 7.
[102] Undang-undang Dasar 1945 dan Amandemenya, (Jakarta: Trinity, 2004), hlm. 16.

2. Kekosongan Peraturan Perundang-undangan yang berkaitan tentang kemungkinan timbulnya konflik kewenangan di antara lembaga negara yang ada.
3. Berkaitan tentang alasan yang menjadi dasar pemberhentian Presiden (*impeachment*) dalam masa jabatannya.

Indonesia merupakan negara yang ke-78[103] memiliki Mahkamah Konstitusi yang terpisah dari Mahkamah Agung. Perumusan tentang MK dimuat dalam aturan peralihan Pasal III dan ditegaskan bahwa MK harus terbentuk sebelum 17 Agustus 2003, dan sejak 10 Agustus 2003, ketika amandemen ketiga UUD 1945 tahun 2001 disahkan oleh MPR-RI, kewenangan MK untuk sementara dijalankan oleh MA. Artinya, secara *yuridis* MK telah dibentuk pada tanggal 10 Agustus 2002. Selama kurang lebih satu tahun masa persiapan itu, telah diregistrasikan 14 perkara pengujian undang-undang di kepanitraan MA, tetapi tidak sempat diselesaikan oleh MA. Kemudian setelah MK terbentuk semua perkara pengujian undang-undang tesebut dilimpahkan kepada Mahkamah Konstitusi.

[103] Negara yang sudah Memiliki Mahkamah Konstitusi adalah: Afrika Selatan, Afrika Tengah, Albania, Aljazair, Andorra, Angola, Armenia, Austria, Azerbaijan, Bahrain, Belarussia, Belgia, Benin, Bolivia, Bosnia-Harzegovina, Bulgaria, Burundi, Cambodia, Chile, Colombia, Comoros, Croatia, Cyprus, Czech, Djibouti, Ekuador, Gabon, Georgia, Guatemala, Hongaria, Indonesia, Italia, Jerman, Kazakhstan, Korea Selatan, Kongo, Kuwait, Kyrgystan, Latvia, Lebanon, Lithuania, Luxemburg, Macedonia, Madagaskar, Mali, Malta, Maroko, Mauritania, Mesir, Moldova, Mongolia, Mozambique, Nepal, Pantai Gading, Prancis, Peru, Polandia, Portugal, Romania, Russia, Rwanda, Senegal, Slovakia, Slovenia, Spanyol, Sri Lanka, Sudan, Suriname, Syria, Tajikistan, Thailand, Togo, Tunisia, Turki, Ukraina, Uzbekistan, Venezuela, dan Yugoslavia. Lihat, Zaenal Abidin EP dan Lisa Suroso, *Setengah Abad Jimly Asshiddiqie "Konstitusi dan Semangat Kebangsaan"*, Cetakan Pertama (Jakarta: Percetakan Sumber Agung, 2006), hlm. 37-38.

Ketika diundangkannya Undang-undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi pada tanggal 13 Agustus 2003, dan telah berlaku secara operasional sejak ditetapkan pengangkatan 9 Hakim Konstitusi melalui Keputusan Presiden pada tanggal 15 Agustus 2003 dan pengucapan pada tanggal 16 Agustus 2003. Ini dikarenakan proses rekruitmen para hakim harus dilakukan menurut ketentuan undang-undang yang baru. Yakni, mendapat persetujuan bersama di DPR-RI pada tanggal 13 Agustus 2003 dan disahkan oleh presiden pada tanggal 15 Agustus 2003. Kemudian pada tanggal 18 Agustus 2003 Mahkamah Konstitusi dipimpin oleh anggota tertua, dimana **Achmad Roestandi** memilih ketua dan wakil ketua, akhirnya terpilih **Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie** sebagai Ketua dengan satu kali putaran dan **Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H.**, yang tidak hadir karena sakit melalui tiga putaran, terpilih menjadi Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi[104].

B. Kewenangan Mahkamah Konstitusi

Berbicara mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi secara *normatif-yuridis* dapat kita lihat berdasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) Undang-undang Dasar 1945 serta Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 tahun 2003 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-undang Nomor 8 tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi bahwa;

[104] Abdul Latief et. al., *Buku Ajar ... op.cit*., hlm. 10.

> *Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final*[105] *untuk menguji Undang-undang terhadap undang-undang dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh undang-undang dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum*[106].

Selain itu juga, berdasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (2) Undang-undang Dasar 1945 serta Pasal 10 ayat (2) Undang-undang Nomor 24 tahun 2003 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-undang Nomor 8 tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi bahwa;

> *Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat*[107] *mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau wakil Presiden menurut Undang-undang Dasar.*

Berikut ini adalah penjelasan terhadap kewenangan dan kewajiban Mahkamah Konstitusi sebagaimana disebutkan diatas;

---

[105] Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final, yakni putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh. Sifat final dalam putusan Mahkamah Konstitusi dalam Undang-undang ini mencakup pula kekuatan hukum mengikat (*final and binding*). Lihat, penjelasan Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 tahun 2003 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-undang Nomor 8 tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

[106] Fatkhurohman et. al., *Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi Di Indonesia*, Cetakan Pertama (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004), hlm. 21. Lihat juga, Undang-undang Dasar 1945 ... *op.cit*., hlm. 17.

[107] Yang dimaksud dengan "pendapat DPR" adalah pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden yang diambil dalam keputusan paripurna sesuai dengan Undang-undang tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, dan Peraturan Dewan Perwakilan Rakyat tentang Tata Tertib. Lihat, penjelasan Pasal 10 ayat (2) Undang-undang Nomor 24 tahun 2003 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-undang Nomor 8 tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

1. Wewenang Mahkamah Konstitusi Menguji Undang-undang Terhadap Undang-undang Dasar.

Secara teoritik maupun praktek kewenangan untuk menguji Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar yang biasa dikenal dengan istilah *judicial review* terdapat 2 (dua) macam, yakni pengujian formal (*formele toetsingsrecht*)[108] dan pengujian secara materill (*materiele toetsingsrecht*)[109]. Dalam hal ini Pasal 24C ayat (1) Undang-undang Dasar 1945 tidak membatasi hak pengujian tersebut, yang dibatasi adalah subjek yang akan diuji, yaitu Undang-undang. Diakuinya hak uji *materiil* di Indonesia berawal dari perdebatan dalam sidang Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) antara **Soepomo** dan **M. Yamin**, ketika itu **Soepomo** menolak pendapat **M. Yamin** yang menghendaki agar dalam Undang-undang Dasar yang akan dibentuk itu dicantumkan suatu ketentuan bahwa Mahkamah Agung berhak menetapkan bahwa suatu Undang-undang bertentangan dengan Undang-undang Dasar. Alasan yang dipakai **Soepomo** untuk menolak dicantumkannya hak menguji materiil dalam Undang-undang Dasar tersebut melalui dua alasan, yakni[110]:

[108] Yang dimaksud dengan pengujian secara formal adalah wewenang untuk menilai apakah suatu produk legislatif dibuat sesuai dengan prosedur ataukah tidak, serta apakah suatu kekuasaan berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu. Lihat, *Ibid*., hlm. 22. Sebagaimana dikutip dari Sri Soemantri, *Hak Menguji Material Di Indonesia*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1986), hlm. 47.

[109] Pengujian secara materiil adalah wewenang untuk menyelidiki dan menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan bertentangan atau tidak dengan peraturan yang lebih tinggi. Lihat, *Ibid*.

[110] Fatkhurohman et. al., *Memahami Keberadaan ...op.cit*., hlm. 23.

a. Undang-undang Dasar yang akan dibentuk tidak mengenal teori *Trias Politika*, sedangkan hak menguji materiil hanya dijumpai dalam negara-negara yang menganut teori *Trias Politika*.
b. Belum banyaknya para ahli hukum, selain itu juga mereka sama sekali tidak mempunyai pengalaman dalam bidang hak menguji materiil.

Terhadap alasan **Soepomo** ini, **Sri Soemantri** berpendapat bahwa;

> *Untuk alasan pertama, masalah hak menguji materiil tidak secara langsung berhubungan dengan dianutnya konsep Trias Politika, tetapi lebih berkaitan dengan masalah "sistem" dan "kebutuhan". Sebagai contoh: Amerika Serikat yang dikenal sebagai negara paling konsisten dengan konsep Trias Politika ternyata tidak sekaligus menganut judicial review. Karena judicial review yang dianut Amerika Serikat berkembang setelah lebih dulu diterapkannya teori Trias Politika. Kemudian alasan kedua, Indonesia dewasa ini telah cukup banyak para ahli hukum yang kompeten dan memiliki pengalaman di bidangnya.*

Selanjutnya mengenai pendapat **Sri Soemantri** diatas terkait masalah sistem. Dapat kita lihat bersama apabila *judicial review* hanya boleh dipraktekkan oleh negara-negara yang menganut konsep *Trias Politika* (pemisahan kekuasaan), secara logika seharusnya Undang-undang Dasar 1945 harus secara jelas menyebutkan "haram" terhadap *judicial review*, sebab Indonesia bukan negara yang menganut konsep *Trias Politika*. Kenyataannya Undang-undang Dasar 1945 tidak "mengharamkan" *judicial review*. Sementara disisi lain terkait masalah kebutuhan. Keberadaan *judicial review* sangat dibutuhkan, baik secara yuridis, politis, maupun pragmatis. Kita lihat secara *yuridis*, sejalan dengan *Stuffen Theory* bahwa peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi (*lex superiori derograt legi inferiori*). Oleh karena itu,

untuk mengetahui apakah suatu Undang-undang bertentangan atau tidak dengan Undang-undang Dasar, maka diperlukan *judicial review*. Dilihat secara *politis*, kebutuhan akan *judicial review* sangat diperlukan agar visi dan misi serta materi muatan suatu Undang-undang tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar. Dilihat dari segi *pragmatis*, kebutuhan terhadap *judicial review* sangat diperlukan untuk mencegah praktek penyelenggaraan pemerintahan negara yang tidak sesuai dengan Undang-undang Dasar. Terasa sulit untuk menegakkan Undang-undang Dasar 1945 tanpa adanya *judicial review*[111].

Diakuinya *judicial review* di Indonesia mendapat tanggapan positif dari **Jimly Asshiddiqie** dengan menyatakan bahwa;

> *Judicial review merupakan upaya pengujian oleh lembaga yudisial terhadap produk hukum yang ditetapkan oleh cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, ataupun yudikatif. Pemberian kewenangan tersebut merupakan penerapan prinsip "check and balances" berdasarkan sistem pemisahan kekuasaan negara*[112] *dan telah menjadi salah satu pokok pikiran dalam UUD 1945 pasca amandemen, pengujian konstitusionalitas tentang materi Undang-undang telah dipertegas menjadi kewenangan hakim, yaitu Mahkamah Konstitusi*[113].

Selain itu juga, diakuinya *judicial review* dalam UUD 1945 berdampak positif, diantaranya adalah terdapat asas keseimbangan (*check and balances*) antara aparatur-aparatur demokrasi, juga merupakan cerminan dari supremasi hukum atas kekuasaan politik. Pemberian

---

[111] *Ibid*., hlm. 24.

[112] Maksudnya adalah sebagai hal yang dipercaya dapat menjamin perwujudan gagasan demokrasi dan cita negara hukum, baik *rechtstaats* maupun *rule of law*.

[113] Fatkhurohman et. al., *Memahami Keberadaan ...op.cit*., hlm. 25. Sebagaimana dikutip dari Jimly Asshiddiqie, *"Judicial Review: Kajian atas Permohonan Hak Uji Materiil terhadap Peraturan Pemerintah Nomor 19 Tahun 2000 tentang TGPTPK"*, Makalah dalam dictum edisi 1, Tahun 2002, hlm. 37.

wewenang *judicial review* kepada Mahkamah Konstitusi dirasa sangat tepat, berikut ini adalah alasan-alasannya[114];

a. Menurut faham konstitusionalisme, dimana Undang-undang Dasar berkedudukan sebagai peraturan yang tertinggi, hakim harus memiliki wewenang untuk membatalkan setiap tindakan Presiden dan juga setiap Undang-undang yang bertentangan dengan Undang-undang Dasar.
b. *Judicial review* merupakan proses *judicialization of politic* terhadap produk legislatif. Hal ini dilandaskan pada asumsi bahwa Undang-undang merupakan produk politik yang sering kali lebih mengedepankan kepentingan politik suara mayoritas dan cenderung mengabaikan aspek kebenaran dalam proses pengambilan keputusan. Oleh sebab itu, harus dikontrol.
c. Berdasarkan hasil amandemen Undang-undang Dasar 1945 kekuasaan kehakiman di Indonesia menganut sistem Bifurkasi (*bifurcation system*) dimana kekuasaan kehakiman terbagi dalam 2 (dua) cabang, yaitu; cabang peradilan biasa (*ordinary court*) yang berpuncak pada Mahkamah Agung dan cabang peradilan konstitusi yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi.

Apabila menyerahkan wewenang *judicial review* kepada peradilan biasa hanya akan mengundang kecurigaan dan ketidakpercayaan publik terhadap proses dan hasil *judicial review* tersebut, alasannya adalah mengingat selama ini lembaga peradilan yang berada di bawah Mahkamah

[114] *Ibid*., hlm. 26-27.

Agung sudah begitu lama tenggelam dan mengabdi pada kekuasaan. Selain itu, peradilan biasa dan para hakimnya dirasa kurang memiliki wawasan dan pengalaman yang cukup tentang konstitusi[115].

Wewenang Mahkamah Konstitusi untuk melakukan *judicial review*, berdasarkan Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 tahun 2003, hanya terbatas pada Undang-undang Dasar yang diundangkan setelah perubahan Undang-undang Dasar 1945. Sebagaimana disebutkan dalam penjelasan ayat tersebut bahwa;*"yang dimaksud dengan setelah perubahan Undang-undang Dasar 1945 adalah perubahan pertama Undang-undang Dasar".*

Mengenai alasan pembatasan hal tersebut diatas menurut **Yusril Ihza Mahendra** bahwa[116];

> *Secara yuridis selama berlakunya Undang-undang Dasar 1945, baik periode pertama maupun periode setelah dekrit Presiden tahun 1959, UUD 1945 sama sekali tidak mengenal keberadaan Mahkamah Konstitusi. Selain itu, tercatat beberapa UUD yang pernah berlaku dan dijadikan dasar lahirnya UU yang diantaranya masih berlaku sampai sekarang. Terlebih lagi UUD 1945 (sebelum amandemen) tidak mengakui institusi manapun yang berwenang melakukan judicial review UU terhadap UUD 1945. Bahkan, konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) secara tegas melarang adanya judicial review terhadap UU.*

Disamping itu, alasan pemerintah membatasi kewenangan MK adalah untuk menghindari penumpukan perkara dan ganti rugi. Akan tetapi berdasarkan prinsip bahwa MK merupakan pengawal konstitusi, maka tidak ada alasan untuk membatasi kewenangan MK tersebut. Artinya, sudah seharusnya setiap Undang-undang yang bertentangan dengan

---

[115] *Ibid*., hlm. 28.
[116] *Ibid*., hlm. 33-34.

Undang-undang Dasar 1945 dapat dimohonkan *judicial review* kepada MK. Apalagi sebuah Undang-undang pada dasarnya dibentuk untuk melaksanakan Undang-undang Dasar.

Pada akhirnya Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2004 Tentang Mahkamah Konstitusi yang berbunyi[117];

> *"Undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah Undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945".*

Sejak hari selasa, 12 April 2005, Pasal ini tidak lagi mempunyai kekuatan hukum yang mengikat berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi RI. Selanjutnya dalam ketentuan Undang-undang Nomor 8 tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, Pasal 50 itu dihapus[118].

Kenyataan yang terjadi adalah tidak sedikit dari masyarakat yang terusik akibat putusan Mahkamah Konstitusi yang dinilai kontroversial, yakni putusan-putusan dalam pengujian Undang-undang yang bersifat *Ultra Petita*, bahkan seringkali Mahkamah Konstitusi ber-metamorfosa dari *negative legislator* menjadi *positive legislator*.

Perlunya pembatasan kewenangan MK dalam pengujian UU, ternyata direspon oleh DPR dan Pemerintah melalui perubahan UU No. 24 Tahun

[117] Lihat, Pasal 50 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.
[118] Lihat juga, Pasal 10 Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

2003 tentang Mahkamah Konstitusi dengan dicantumkan adanya larangan *ultra petita*. Dalam Pasal 45A UU No. 8 Tahun 2011 dinyatakan bahwa[119];

> *"Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon melebihi permohonana pemohon, kecuali terhadap hal tertentu yang terkait dengan pokok permohonan"*[120].

Terhadap ketentuan diatas telah diajukan permohonan untuk dilakukan pengujian di Mahkamah Konstitusi. Dimana dalam pertimbangannya Mahkamah berpendapat[121];

> "... sangkaan bahwa Mahkamah telah melakukan *abuse of power* dengan putusan yang dianggap *ultra petita*, disebabkan kesalahpahaman mengenai fungsi pengujian Undang-undang (*judicial review*). ..... Salah satu tujuan pembentukan Mahkamah Konstitusi dengan kewenangan *judicial review* adalah membenahi hukum. Untuk maksud tersebut, hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat guna pembentukan hukum baru, melalui putusan-putusan Mahkamah, untuk menjaga agar terjadi kekosongan hukum. oleh karena itu keberadaan Pasal 45A UU No. 8 Tahun 2011 bertentangan dengan UUD 1945;".

Selanjutnya di dalam Pasal 50A UU No. 8 Tahun 2011 ditegaskan bahwa *"Mahkamah Konstitusi dalam menguji Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak menggunakan Undang-undang lain sebagai dasar pertimbangan hukum"*.

---

[119] Lihat, Pasal 45A UU No. 8 Tahun 2011 Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

[120] Sejak hari Selasa tanggal 18 Oktober 2011, pasal ini tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 48/PUU-IX/2011.

[121] Ni'matul Huda dan R. Nazriyah, *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Cetakan Pertama (Bandung: Nusa Media, 2011), hlm. 153-154. Lihat juga, Putusan MK No. 48/PUU-IX/2011 Perihal pengujian UU No. 35 Tahun 2009 tentang Narkotika dan UU No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, tertanggal 18 Oktober 2011.

akan tetapi ketentuan Pasal 50A UU No. 8 Tahun 2011 diatas telah dilakukan *judicial review* dan diputus oleh MK bahwa[122];

> "Pelarangan terhadap MK untuk menggunakan UU lain sebagai dasar pertimbangan hukum adalah mereduksi kewenangan Mahkamah sebagai kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Penggunaan UU lain sebagai dasar pertimbangan hukum justru untuk menciptakan kepastian hukum yang adil sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945".

Selanjutnya pada ketentuan Pasal 57 ayat (2a) juga terdapat pembatasan terhadap putusan MK yakni;

> *"Putusan Mahkamah Konstitusi tidak memuat:*
> *a. Amar selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2)[123];*
> *b. Perintah kepada pembuat Undang-undang; dan*
> *c. Rumusan norma sebagai pengganti norma dari Undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945".*

Terhadap ketentuan diatas telah diajukan juga permohonan untuk dilakukan pengujian di Mahkamah Konstitusi. Dimana dalam pertimbangannya Mahkamah berpendapat bahwa[124];

> "Ketentuan Pasal 57 ayat (2a) UU No. 8 tahun 2011 tersebut bertentangan dengan tujuan pembentukan Mahkamah untuk menegakkan hukum dan keadilan khususnya dalam rangka menegakkan konstitusionalitas norma Undang-undang sesuai dengan Undang-undang Dasar. Adanya Pasal 57 ayat (2a) UU No. 8 Tahun 2011 tersebut berakibat terhalangnya Mahkamah untuk (i) menguji konstitusionalitas norma; (ii) mengisi kekosongan hukum sebagai

[122] Lihat, Putusan No. 49/PUU-IX/2011 Perihal pengujian UU No. 35 Tahun 2009 tentang Narkotika dan UU No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, tertanggal 18 Oktober 2011.

[123] Lihat, Pasal 57 ayat (1) dan (2) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

[124] Lihat, Putusan MK No. 48/PUU-IX/2011 Perihal pengujian UU No. 35 Tahun 2009 tentang Narkotika dan UU No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, tertanggal 18 Oktober 2011.

akibat putusan Mahkamah yang menyatakan suatu norma bertentangan dengan UUD dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Sementara itu, proses pembentukan Undang-undang membutuhkan waktu yang cukup lama, sehingga tidak dapat segera mengisi kekosongan hukum tersebut; (iii) melaksanakan kewajiban hakim konstitusi untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat;".

Berikut ini adalah **isi amar putusan** pada putusan No. 48/PUU-IX/2011 yang mengakibatkan tidak berlakunya lagi ketentuan Pasal 45A dan Pasal 57 ayat (2a) UU No. 8 Tahun 2011[125];

"**Dalam Provisi:**
Menolak permohonan provisi Pemohon;
Dalam Pokok Perkara:
1. Mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian; **2.** Pasal 45A dan Pasal 57 ayat (2a) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; **3.** Pasal 45A dan Pasal 57 ayat (2a) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat; **4.** Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya; **5.** Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya".

Selanjutnya kita lihat secara seksama isi amar putusan dari putusan No. 49/PUU-IX/2011 yang diantaranya mengakibatkan tidak berlakunya lagi ketentuan pasal 50A UU No. 8 Tahun 2011[126];

---

[125] Lebih jelasnya, lihat **isi Amar Putusan** No. 48/PUU-IX/2011 Perihal pengujian UU No. 35 Tahun 2009 tentang Narkotika dan UU No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, tertanggal 18 Oktober 2011.

[126] Lihat, **isi Amar Putusan** No. 48/PUU-IX/2011 Perihal pengujian UU No. 35 Tahun 2009 tentang Narkotika dan UU No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, tertanggal 18 Oktober 2011.

> "Menyatakan:
> **1.** Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian; **2.** Pasal 4 ayat (4f), ayat (4g), dan ayat (4h), Pasal 10, Pasal 15 ayat (2) huruf h sepanjang frasa **"dan/atau pernah menjadi pejabat negara"**, Pasal 26 ayat (5), Pasal 27A ayat (2) huruf c, huruf d, dan huruf e, ayat (3), ayat (4), ayat (5), dan ayat (6), **Pasal 50A**, Pasal 59 ayat (2), dan Pasal 87 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; **3.** Pasal 4 ayat (4f), ayat (4g), dan ayat (4h), Pasal 10, Pasal 15 ayat (2) huruf h sepanjang frasa **"dan/atau pernah menjadi pejabat negara"**, Pasal 26 ayat (5), Pasal 27A ayat (2) huruf c, huruf d, dan huruf e, ayat (3), ayat (4), ayat (5), dan ayat (6), **Pasal 50A**, Pasal 59 ayat (2), dan Pasal 87 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat; **4.** Permohonan para Pemohon mengenai Pasal 57 ayat (2a) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226) tidak dapat diterima; **5.** Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya; **6.** Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya".

Berdasarkan dua Putusan Mahkamah Konstitusi diatas yakni; (i) Putusan No. 48/PUU-IX/2011 dan (ii) Putusan No. 49/PUU-IX/2011 pada tanggal 18 Oktober 2011. Memiliki konsekuensi bahwa segala bentuk pembatasan yang diatur dalam Pasal 45A, Pasal 50A, dan Pasal 57 ayat (2a) Undang-undang No. 8 Tahun 2011 terhadap MK telah digugurkan sendiri oleh MK.

2. Wewenang Mahkamah Konstitusi Memutus Sengketa Kewenangan Lembaga Negara Yang Kewenangannya Diberikan Oleh Undang-undang Dasar.

Sebagaimana kita ketahui berdasarkan Pasal 24C Ayat (1) UUD 1945, salah satu wewenang dari Mahkamah Konstitusi adalah memutus sengketa kewenangan antara lembaga negara, yang kewenangannya diberi oleh Undang-undang Dasar[127].

Berdasarkan konsepsi tentang lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-undang Dasar, memiliki interpretasi yang beragam. Ini disebabkan karena konstitusi pasca amandemen tidak memberikan kejelasan tentang konsep lembaga negara. Kenyataan ini justru berbeda dengan ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor III/MPR/1978 tentang kedudukan dan hubungan tata kerja lembaga tertinggi negara dengan/atau antar lembaga-lembaga tinggi negara, yang menyebutkan jenis dan kewenangan lembaga negara yang ada. Sedangkan Undang-undang Nomor 8 tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi ternyata tidak juga memberikan kejelasan konsepsi tentang lembaga negara. Karena tidak adanya konsepsi yang jelas tentang lembaga negara menjadi kompetensi Mahkamah Konstitusi, tentunya dapat menimbulkan penafsiran yang beragam.

[127] Undang-undang Dasar 1945, *loc.cit*.

Pasca amandemen Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, telah menimbulkan pergeseran dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, salah satunya adalah pergeseran paradigma kelembagaan negara. Hal ini ditandai dengan direduksinya status Majelis Permusyawaratan Rakyat yang hari ini tidak lagi sebagai pelaku sepenuhnya kedaulatan rakyat[128]. Dengan demikian, tidak dikenal lagi istilah lembaga tertinggi negara dan lembaga tinggi negara. Yang ada hanyalah Lembaga negara. Paradigma ini telah dipraktekkan dalam Undang-undang Nomor 22 Tahun 2003 tentang SUSDUK (Susunan dan Kedudukan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah).

Berdasarkan Pasal 61 Undang-undang Nomor 8 tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi disebutkan bahwa;

> *Pemohon dalam sengketa kewenangan lembaga negara adalah lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang mempunyai kepentingan langsung terhadap kewenangan yang dipersengketakan*.

Namun, terdapat pengecualian dalam Pasal 65 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi ditegaskan bahwa:

> *"Mahkamah Agung tidak dapat menjadi pihak dalam sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-undang Dasar 1945".*

[128] Bandingkan, Pasal 1 ayat (2) Undang-undang Dasar 1945 sebelum Amandemen "Kedaulatan adalah di tangan rakyat, dan dilakukan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat" dan Sesudah Amandemen ketiga UUD 1945 "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-undang Dasar".

Ketentuan Pasal 65 diatas, kemudian telah dihapus. Sebagaimana ketentuan Undang-undang Nomor 8 tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi. Dari beberapa rumusan Pasal-pasal tersebut, apabila dielaborasi, terdapat 3 (tiga) syarat suatu sengketa kewenangan lembaga negara dapat menjadi wewenang Mahkamah Konstitusi, yaitu:

a. Merupakan sengketa kewenangan antar lembaga negara
b. Kewenangannya diberikan oleh Undang-undang Dasar, dan
c. Lembaga negara tersebut memiliki kepentingan langsung terhadap kewenangan yang dipersengketakan.

Dalam Pasal 1 ayat (1) dan ayat (2) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor III/MPR 1978 disebutkan bahwa[129];

> *"Yang dimaksud dengan lembaga tertinggi negara dalam ketetapan ini ialah majelis permusyawaratan rakyat yang selanjutnya disebut majelis".*
>
> *"yang dimaksud dengan lembaga-lembaga tinggi negara dalam ketetapan ini, sesuai dengan urutan-urutan yng terdapat dalam Undang-undang Dasar 1945 ialah:*
> *a. Presiden*
> *b. Dewan Pertimbangan Agung*
> *c. Dewan Perwakilan Rakyat*
> *d. Badan Pemeriksa Keuangan, dan*
> *e. Mahkamah Agung.*

[129] Lihat, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor III/MPR/1978 tentang kedudukan dan hubungan tata kerja lembaga tertinggi negara dengan/atau antar lembaga-lembaga tinggi negara.

Disisi lain seorang **A. Muktie Fadjar** memberikan konsepsi lain tentang lembaga negara, ia menyatakan bahwa lembaga negara yang tercantum dalam Undang-undang Dasar 1945 antara lain[130]:

a. Majelis Permusyawaratan Rakyat
b. Presiden (dan Wakil Presiden)
c. Dewan Perwakilan Rakyat
d. Dewan Perwakilan Daerah
e. Badan Pemeriksa Keuangan
f. Mahkamah Agung
g. Mahkamah Konstitusi
h. Pemerintah Daerah Provinsi dan Kabupaten/Kota
i. Komisi Pemilihan Umum
j. Komisi Yudisial, serta
k. TNI dan Polri

Berkaitan dengan hal lembaga negara, ada usaha untuk mencari peristilahan yang lebih mendekati kenyataan. Dapat kita lihat dari analisis **Gabriel A. Almond** yang menggunakan istilah *rule-making function*[131], *rule-application function*[132], dan *rule-adjudication function*[133]. Jika analisis tersebut dikaitkan dengan sistem kelembagaan negara Indonesia pasca amandemen Undang-undang Dasar 1945, maka lembaga-lembaga yang

[130] Fatkhurohman et. al., *Memahami Keberadaan ...op.cit*., hlm. 40.
[131] Istilah *rule-making function* ini untuk menggantikan istilah Legislatif (hal ini seolah-olah ketentuan dan perundang-undangan yang akhirnya mengikat masyarakat hanya ditentukan oleh badan legislatif).
[132] Istilah *rule-application function* ini digunakan untuk menggantikan istilah Eksekutif.
[133] Istilah *rule-adjudication function* ini digunakan untuk menggantikan istilah Yudikatif.

tercantum dalam Undang-undang Dasar Dasar 1945 dapat dikelompokkan seperti tabel berikut[134]:

Tabel 1.

Tentang Pemisahan Kekuasaan Negara Indonesia

(Pemisahan Fungsi)

Berdasarkan Undang-undang Dasar 1945 Pasca Amandemen

Kekuasaan Negara		
Rule-making function	***Rule-application function***	***Rule-adjudication function***
DPR + Presiden	Presiden	MA
MPR	TNI – Polri **	MK
DPD	BI **	Komisi Yudisial ***
BPK *	KPU **	

Keterangan:

* Badan Pemeriksa Keuangan tidak memegang fungsi Legislatif. Namun, BPK memegang fungsi pemeriksaan yang merupakan bagian dari fungsi pengawasan DPR dan DPD.

** Merupakan alat perlengkapan negara yang independensinya dijamin oleh UUD 1945, walaupun pada dasarnya lembaga-lembaga tersebut menjalankan fungsi pemerintahan (Eksekutif).

*** Pada dasarnya Komisi Yudisial bukan lembaga peradilan. Namun, lebih menyerupai "Dewan Kehormatan" Mahkamah Agung (MA) yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945.

Dengan demikian, Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan wewenang ini dapat secara leluasa melakukan penafsiran konstitusi dalam menentukan apakah suatu lembaga negara menjadi kompetensinya ataukah

[134] Fatkhurohman et. al., *Memahami Keberadaan ...op.cit*., hlm. 41.

tidak. Demi terwujudnya negara Indonesia sebagai negara hukum kesejahteraan (*walferstaats*) yang demokratis dan konstitusional.

3. Wewenang Mahkamah Konstitusi Memutus Pembubaran Partai Politik.

Sesuai dengan Pasal 24C ayat (1) Undang-undang Dasar 1945, salah satu wewenang Mahkamah Konstitusi adalah[135]:

> *"Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk ..., Memutus pembubaran partai politik, ... ".*

Salah satu wewenang MK sebagaimana tersebut diatas, menimbulkan persoalan yakni, apakah pembubaran Partai Politik bertentangan atau tidak dengan prinsip domokrasi dan hak asasi manusia. Karena secara jelas dalam Pasal 28E ayat (3) UUD 1945 dikatakan bahwa[136];*"Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat".*

Sebagaimana kita ketahui bahwa salah satu cerminan dari kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat adalah melalui partai politik. Secara jelas menurut Pasal 1 Undang-undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik bahwa;

> *"Partai Politik adalah organisasi politik yang dibentuk oleh sekelompok warga negara Republik Indonesia secara sukarela atas dasar persamaan kehendak dan cita-cita untuk memperjuangkan kepentingan anggota, masyarakat, bangsa, dan negara melalui pemilihan umum".*

---

[135] Lihat, Pasal 24C ayat (1) Undang-undang Dasar 1945 dan Lihat juga, Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

[136] Lihat, Pasal 28E Undang-undang Dasar 1945.

Pembubaran partai politik pada dasarnya dan apa pun alasannya bertentangan dengan nilai-nilai demokrasi dan hak asasi manusia (HAM). Namun, pada prakteknya pembubaran partai politik dapat dilakukan dengan alasan ideologi dan pelanggaran hukum serta asas Pancasila[137]. *Pertama,* alasan ideologi karena partai yang dibubarkan memiliki ideologi yang bertentangan dengan ideologi negara dan negara menyatakan ideologi tersebut tidak boleh dikembangkan, seperti ideologi Komunis. *Kedua,* alasan pelanggaran hukum yakni, partai politik tersebut melakukan pelanggaran hukum yang mengancam pelanggarnya dengan sanksi pembubaran partai politik. Secara praktek di negara Jerman pernah ada 2 (dua) partai politik yang dibubarkan, yaitu *Sosilist Reich Party* (1952) dan *Communist Party of Germani* (1956)[138]. Bahkan di Thailand, sejak berdirinya Mahkamah Konstitusi terdapat 31 (tiga puluh satu) partai politik telah dibubarkan oleh Mahkamah Konstitusi[139].

Di Indonesia fenomena pembubaran partai politik juga pernah terjadi, ketika Partai Masyumi yang dibubarkan pada era rezim orde lama dan Partai Komunis Indonesia (PKI) yang dibubarkan pada era masa orde baru. Dimana pembubaran keduanya tidak jauh berbeda, yakni tanpa melalui proses hukum di persidangan. Pasca amandemen UUD 1945 telah ditentukan mekanisme pembubaran partai politik dan dengan adanya

[137] Fatkhurohman et. al., *Memahami Keberadaan ...op.cit*., hlm. 44.

[138] Ini disebabkan berdasarkan konstitusi Jerman, pembekuan atau pembubaran partai politik dapat terjadi bila partai politik berdasarkan tujuan-tujuannya atau tingkah lakunya yang berkaitan dengan kesetiaan menganggu atau menghilangkan tata dasar demokrasi yang bebas atau mengancam kelangsungan Negara Republik Federal Jerman. Dan pihak yang berhak menyatakan serta memutus hal ini adalah Mahkamah Konstitusi Federal.

[139] http://www.google.com/Perlukah Pembubaran Partai Politik, Akses 10 Juli 2012.

Mahkamah Konstitusi di Indonesia mekanisme pembubaran partai politik seperti diatas tidak akan terulang kembali di Indonesia. Berdasarkan penjelasan diatas dapat kita tafsirkan bahwa suatu partai politik dapat dibubarkan apabila ideologi, asas, tujuan, program, dan kegiatan partai politik yang bersangkutan dianggap bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945 serta asas Pancasila.

Di dalam Pasal 5 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik disebutkan bahwa[140];

> *"Asas partai politik tidak boleh bertentangan dengan Pancasila dan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945".*
> *"Setiap partai politik dapat mencantumkan ciri tertentu sesuai dengan kehendak dan cita-citanya yang tidak bertentangan dengan Pancasila, Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan Undang-undang".*

Selanjutnya mengenai tujuan dibentuknya Partai Politik dijelaskan dalam Pasal 6 ayat (1), (2), dan (3) Undang-undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik bahwa[141];

> *"Tujuan umum partai politik adalah : a. mewujudkan cita-cita nasional bangsa Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; b. mengembangkan kehidupan demokrasi berdasarkan Pancasila dengan menjunjung tinggi kedaulatan rakyat dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan c. mewujudkan kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia".*
> *"Tujuan khusus partai politik adalah memperjuangkan cita-citanya dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara".*
> *"Tujuan partai politik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) diwujudkan secara konstitusional".*

---

[140] Lihat, Pasal 5 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik.

[141] Lihat, Pasal 6 ayat (1), (2), dan (3) Undang-undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik.

Selanjutnya mengenai larangan kegiatan Partai Politik dijelaskan juga dalam Pasal 19 ayat (2) Undang-undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik bahwa[142];

> *"Partai politik dilarang: a. melakukan kegiatan yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau peraturan perundangundangan lainnya; b. melakukan kegiatan yang membahayakan keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia; atau c. melakukan kegiatan yang bertentangan dengan kebijakan pemerintah negara dalam memelihara persahabatan dengan negara lain dalam rangka ikut memelihara ketertiban dan perdamaian dunia".*

Kemudian mengenai ideologi Partai Politik dijelaskan dalam Pasal 19 ayat (5) Undang-undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik bahwa[143];*"Partai politik dilarang menganut, mengembangkan, dan menyebarkan ajaran atau paham Komunisme/Marxisme-Leninisme".*

Alasan ataupun ketentuan partai politik hanya dapat dibubarkan berdasarkan alasan di atas dirasa sangat tepat. Dengan hal tersebut, peluang terjadinya tindakan sewenang-wenang dari penguasa dalam membubarkan partai politik dapat di antisipasi secara kondusif.

Mengingat bahwa Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara berpegang teguh pada Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim[144]. Dengan demikian Pasal-pasal dalam Undang-undang tersebut dapat dikesampingkan. Karena sangat tampak peran Mahkamah Konstitusi sebagai Penafsir konstitusi sangat urgen dalam hal ini. Oleh karena itu,

---

[142] Lihat, Pasal 19 ayat (2) Undang-undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik.
[143] Lihat, Pasal 19 ayat (5) Undang-undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik.
[144] Lihat, Pasal 45 ayat (1) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

fungsi Mahkamah Konstitusi dalam mengawal demokrasi dan menegakkan perlindungan Hak Asasi Manusia sangat diperlukan, agar jangan sampai suatu Partai Politik dibubarkan dengan alasan yang tidak Konstitusional, terlebih lagi hanya menuruti kemauan dari penguasa.

Dalam hal prosedur pengajuan permohonan pembubaran Partai Politik, dalam Undang-undang Tentang Mahkamah Konstitusi dijelaskan, pihak yang berhak mengajukan permohonan pembubaran Partai Politik adalah Pemerintah[145]. Kemudian mengenai Putusannya, apabila Mahkamah Konstitusi memutus pembubaran suatu Partai Politik, pelaksanaan putusan pembubaran Partai Politik dilakukan dengan membatalkan pendaftaran pada pemerintah[146]. Berdasarkan uraian diatas dapat ditarik kesimpulan bahwa akibat hukum dari pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi ini adalah Partai Politik tersebut tidak lagi memiliki status sebagai badan hukum.

4. Wewenang Mahkamah Konstitusi Memutus Perselisihan Tentang Hasil Pemilu.

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) Undang-undang Dasar 1945, salah satu wewenang Mahkamah Konstitusi lain adalah[147]:

---

[145] Lihat, Pasal 68 ayat (1) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi. Kemudian dalam Penjelasan Pasal Tersebut Yang dimaksud Pemerintah adalah "Pemerintah Pusat".

[146] Lihat, Pasal 73 ayat (1) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

[147] Lihat, Pasal 24C ayat (1) Undang-undang Dasar 1945 dan Lihat juga, Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

> *"Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk ..., Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum".*

Terjadinya perselisihan tentang hasil pemilihan umum (pemilu) sangat dimungkinkan dalam setiap pelaksanaan pemilu di suatu negara. Terlebih lagi bagi Negara Indonesia yang masih dikategorikan baru dalam menapaki babak Demokrasi dalam kehidupan bernegaranya. Oleh sebab itu, pada setiap negara domokratis terdapat lembaga pengawas dan/atau pemantau pemilu, ini dimaksudkan agar memperkecil terjadinya kecurangan/pelanggaran dalam pelaksanaan pemilu. Disisi lain, keberadaan sebuah lembaga peradilan yang memiliki wewenang memutus perselisihan hasil pemilu juga sangat penting adanya.

Dalam suatu negara yang demokratis pemilu laksana "medan peperangan" bagi para kontestan partai politik peserta pemilu dalam memperebutkan simpati dan dukungan dari rakyat (para pemilih) maupun basis konstituennya. Hal ini berakibat adanya kecenderungan dari para kontestan untuk memanfaatkan peluang sekecil apapun untuk melakukan kecurangan/pelanggaran demi mendapatkan dukungan yang besar dari para pemilih. Disisi lain, perihal kesalahan penghitungan hasil suara pemilu oleh komisi pemilihan umum (KPU) juga kerap terjadi. Oleh karena itu, sangat diperlukan sekali adanya keterlibatan lembaga peradilan untuk menangani sengketa tentang perselisihan hasil pemilu demi menjaga stabilitas dan objektivitas demokrasi atas diselenggarakannya pemilu.

Melihat dari sejarah pemilu tahun 2004 dan 2009 kemarin, dapat diprediksi betapa kompleks permasalahan yang mungkin terjadi. Karena dalam pemilu tahun 2004 maupun 2009 rakyat bukan hanya memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah baik tingkat Provinsi, Kabupaten dan Kota saja, melainkan juga memilih Presiden dan Wakil Presiden secara langsung. Sebuah hal yang dianggap baru oleh para pemilih (rakyat) maupun oleh para kontestan dan Komisi Pemilihan Umum (KPU)[148]. Kemudian dalam pemilu tahun 2004 dan 2009 dilaksanakan dengan menggunakan 2 (dua) sistem pemilu. Sistem proporsional terbuka untuk pemilihan anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah baik tingkat Provinsi, Kabupaten maupun Kota, serta sistem distrik untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Daerah (DPD). Sudah barang tentu hal ini sangat potensial menimbulkan permasalahan dalam pelaksanaannya.

Berdasarkan Pasal 74 ayat (2) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi dinyatakan bahwa;

> *"Permohonan hanya dapat diajukan terhadap penetapan hasil pemilihan umum yang dilakukan secara nasional oleh Komisi Pemilihan Umum yang mempengaruhi:*
> *a. Terpilihnya calon anggota Dewan Perwakilan Daerah.*
> *b. Penentuan pasangan calon yang masuk pada putaran kedua pemilihan Presiden dan wakil Presiden serta terpilihnya pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden.*
> *c. Perolehan kursi partai politik peserta pemilihan umum di suatu daerah pemilihan.*

[148] Fatkhurohman et. al., *Memahami Keberadaan ...op.cit*., hlm. 49.

Kemudian mengenai penetapan hasil pemilu anggota DPR, DPD, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota dilakukan secara nasional oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU)[149], selanjutnya mengenai pengumuman hasil Pemilu sebagaimana tersebut diatas dilakukan selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari setelah pemungutan suara[150]. Sedangkan dalam hal terjadi perselisihan tentang hasil pemilu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 104, diperiksa dan diputuskan untuk tingkat pertama dan terakhir oleh Mahkamah Konstitusi[151].

Terkait dengan perselisihan hasil pemilihan umum diatas, selanjutnya Mahkamah Konstitusi diberikan wewenang untuk memeriksa dan memutus perselisihan tentang hasil pemilu pada semua tingkatan dan semua jenis pemilihan umum, baik perselisihan pada pemilihan umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Dewan Perwakilan Daerah (DPD), Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) Provinsi, Kabupaten/Kota serta perselisihan pada pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden.

Pada ketentuan Pasal 74 ayat (1) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003

---

[149] Lihat, Pasal 104 ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang pemilihan umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

[150] Lihat, Pasal 104 ayat (2) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang pemilihan umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat,Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

[151] Lihat, Pasal 134 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang pemilihan umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat,Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Bandingkan, Pasal 85 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden.

Tentang Mahkamah Konstitusi terdapat pembatasan mengenai pemohon, yakni;

> *"Pemohon adalah:*
> *a. Perorangan warga negara Indonesia calon anggota Dewan Perwakilan Daerah peserta pemilihan umum.*
> *b. Pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden peserta pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden, dan*
> *c. Partai politik peserta pemilihan umum.*

Selanjutnya Putusan Mahkamah Konstitusi mengenai permohonan atas perselisihan hasil pemilihan umum wajib diputus dalam jangka waktu. *Pertama,* dalam hal pemilihan umum Presiden dan wakil Presiden paling lambat 14 (empat belas) hari kerja sejak permohonan dicatat dalam buku registrasi perkara Konstitusi, *Kedua,* dalam hal pemilihan umum anggota DPR, DPD, dan DPRD Provinsi, Kabupaten/Kota paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja sejak dicatat dalam buku registrasi perkara Konstitusi[152].

Dalam Pasal 79 ayat (1), (2), dan (3) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi diatur mengenai putusan bahwa;

> *"Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden disampaikan kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat, DPR, DPD, Presiden/Pemerintah, Komisi Pemilihan Umum, Partai Politik atau gabungan partai politik yang mengajukan calon, dan pasangan calon peserta pemilihan umum".*
> *"Putusan Mahkamah Konstitusi tentang perselisihan hasil Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD disampaikan kepada Presiden, pemohon, dan Komisi Pemilihan Umum".*
> *"Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum bersifat final dan mengikat".*

[152] Lihat, Pasal 78 Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Dapat dibayangkan berdasarkan uraian diatas, sangat berat wewenang ini dalam tahap operasionalnya. Sebagai akibat begitu luasnya ruang lingkup Pemilu yang menjadi kompetensi Mahkamah Konstitusi, terdapat batasan waktu yang relatif singkat dalam memutus setiap sengketa yang dimohonkan, terbatasnya jumlah hakim konstitusi yang hanya 9 (sembilan orang). Akan tetapi, itu sudah menjadi konsekuensi logis atas keberadaan Mahkamah Konstitusi. MK harus dapat menjalankan peran dan fungsinya secara maksimal, semoga MK mampu mengawal demokrasi dengan baik, mengingat pemilu merupakan pintu utama menuju *good goverment*.

5. Kewajiban Mahkamah Konstitusi Memutus Pendapat Dewan Perwakilan Rakyat Mengenai Dugaan Pelanggaran Oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Sesuai dengan perintah Pasal 24C ayat (2) Undang-undang Dasar 1945 bahwa;

> *"Mahkamah Konstitusi Wajib memberikan Putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-undang Dasar"*[153].

Diikutsertakannya Mahkamah Konstitusi dalam proses *impeachment* terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden, tidak terlepas dari pengalaman

[153] Maksud dari pelanggaran disini adalah Presiden dan/atau Wakil Presiden melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Lihat, Pasal 7A Undang-undang Dasar 1945 dan Pasal 10 ayat (2) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

masa silam[154] dan sebuah tata aturan baru dari perubahan sistem bangunan ketatanegaraan yang dikembangkan di Indonesia. Selain itu, keinginan untuk memberikan batasan, agar Presiden dan/atau Wakil Presiden dapat diberhentikan bukan karena alasan politik belaka. Melainkan adanya landasan dan pertimbangan hukum yang dapat dipertanggung jawabkan.

Kalau kita lihat rumusan Pasal 7B ayat (1) Undang-undang Dasar 1945, Mahkamah Konstitusi memiliki kewajiban memeriksa, mengadili, dan memutus "pendapat" Dewan Perwakilan Rakyat mengenai pelanggaran hukum yang dilakukan oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden, serta terhadap "pendapat" DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden. Artinya, kewajiban ini menimbulkan kesan bahwa Mahkamah Konstitusi telah melakukan *Judicialitation of politic* terhadap "pendapat/dugaan" Dewan Perwakilan Rakyat.

Selanjutnya bandingkan dengan rumusan Pasal 7B ayat (5) Undang-undang Dasar 1945, Mahkamah Konstitusi memiliki kewajiban untuk memutus apakah Presiden dan/atau Wakil Presiden "terbukti melakukan pelanggaran hukum" berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau "terbukti" bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden. Artinya, kewajiban ini menimbulkan kesan bahwa Mahkamah Konstitusi menjalankan peradilan

[154] Sejarah ketika kasus pemberhentian mantan Presiden RI ke-4 Abdurrahman Wahid (Gus Dur) oleh MPR-RI tanpa melalui proses persidangan, melainkan melalui proses yang berbau politis.

pidana terhadap "pelanggaran hukum" yang dilakukan oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Apabila kita bandingkan kedua rumusan Pasal tersebut jelas mengandung arti yang berbeda, yakni[155];

a. Jika yang digunakan adalah rumusan Pasal 7B ayat (1) UUD 1945, berarti Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa, mengadili, dan memutus "pendapat/dugaan" DPR tersebut sama sekali tidak terikat dengan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) dan Peraturan Perundang-undangan yang mengatur tindak pidana tersebut, karena yang menjadi landasan putusan Mahkamah Konstitusi adalah "pendapat/dugaan" DPR, tidak menyentuh ke ranah pelanggaran pidananya.
b. Jika yang digunakan adalah rumusan Pasal 7B ayat (5) UUD 1945, berarti Mahkamah Konstitusi terikat dengan Kitab Undang-undang Hukum Pidana dan Peraturan Perundang-undangan yang mengatur tindak pidana tersebut, karena UUD 1945 hanya merumuskan jenis tindak pidananya, sedangkan hukum materiilnya tidak diatur.

Sebuah keresahan dari penulis sehingga menimbulkan pertanyaan, apakah Mahkamah Konstitusi juga dapat menjatuhkan sanksi pidana jika ternyata Presiden dan/atau Wakil Presiden terbukti melakukan tindak pidana. Nampaknya pembentuk Undang-undang tentang Mahkamah Konstitusi lebih condong terhadap rumusan Pasal 7B ayat (1) UUD 1945.

[155] Fatkhurohman et. al., *Memahami Keberadaan ...op.cit*., hlm. 54-55.

Mengapa demikian? Mari kita lihat dari bunyi Pasal 83 ayat (2) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa[156];

> *"Apabila Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden terbukti melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau terbukti bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden, amar putusan menyatakan membenarkan pendapat DPR".*

Berkaitan dengan hal ini dapat kita simpulkan bahwa peradilan yang dijalankan oleh Mahkamah Konstitusi merupakan peradilan politik, bukan merupakan peradilan tindak pidana. Karena peradilan tindak pidana yang sebenarnya berada dalam naungan Mahkamah Agung. Selanjutnya dalam rumusan Pasal 83 ayat (3) Undang- undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa;

> *"Apabila Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden terbukti melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau terbukti bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden, amar putusan menyatakan permohonan ditolak"*[157].

Sehingga berdasarkan Pasal 83 ayat (3) diatas, menjelaskan bahwa tanpa adanya Putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden terbukti melakukan pelanggaran hukum

[156] Lihat, Pasal 83 ayat (2) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

[157] Lihat, Pasal 83 ayat (3) Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau terbukti bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden, DPR tidak dapat menyelenggarakan sidang paripurna untuk meneruskan usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden kepada MPR[158].

Dari uraian diatas, terdapat ambiguitas konsepsi hukum yang hendak ditegakkan dalam proses *impeachment*, tetapi terlepas dari itu, dengan dilibatkannya Mahkamah Konstitusi dalam proses tersebut harus kita apresiasi secara positif. Sehingga rakyat mampu menegetahui secara jelas pertimbangan apakah yang digunakan oleh MPR untuk meng-*impeachment* Presiden dan/atau Wakil Presiden, apakah berdasarkan pertimbangan secara yuridis (hukum) atau hanya melalui pertimbangan politik belaka.

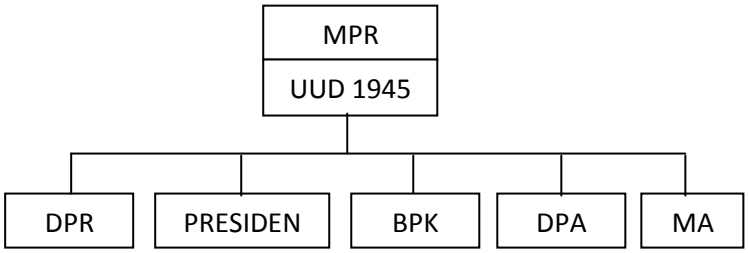
C. Kedudukan Mahkamah Konstitusi dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia

Mahkamah Konstitusi merupakah salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Kedudukan MK sekarang ini sejajar dengan organ konstitusi lainnya. MK juga sejajar dengan Mahkamah Agung (MA). Apalagi pasca dilakukannya amandemen UUD

[158] Lihat, Pasal 7B ayat (5) Undang-undang Dasar 1945.

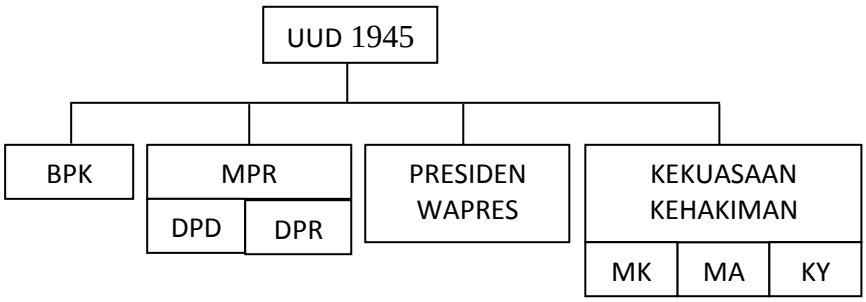
1945, Indonesia tidak lagi mengenal lembaga tertinggi dan lembaga tinggi negara. Setelah dilakukannya amandemen itu, kedudukan antar lembaga tinggi berbeda. Bila di masa lalu lembaga tertinggi adalah MPR, kemudian lembaga tinggi negara adalah DPR, Presiden, BPK dan seterusnya, sekarang hanya dikenal dengan sebutan lembaga saja. Karena tidak ada lagi lembaga tertinggi, maka selanjutnya lembaga negara memiliki pos masing-masing[159]. Lembaga konstitusional dalam menyelenggarakan fungsi makro pemerintahan Indonesia terbagi dalam Majelis Permusyawarahan Rakyat (MPR), Dewan Perwakilan rakyat (DPR), dan Dewan Perwakilan Daerah (DPD) di ranah legislatif. Di ranah eksekutif terdiri dari Presiden dan Badan Pemeriksa Keuangan (BPK). Adapun di ranah yudikatif adalah Mahkamah Agung (MA) dan Mahkamah Konstitusi (MK). Untuk lebih jelasnya lihat Skema dibawah ini;

Tabel 2
Struktur Ketatanegaraan Sebelum Perubahan UUD 1945



[159] Zaenal Abidin EP dan Lisa Suroso, *Setengah Abad Jimly Asshiddiqie "Konstitusi dan Semangat Kebangsaan"*, Cetakan Pertama (Jakarta: Percetakan Sumber Agung, 2006), hlm. 38-39.

Tabel 3
Struktur ketatanegaraan setelah perubahan UUD 1945



Di mata **Jimly Asshiddiqie**, dalam hubungan antara Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung, dapat dibedakan antara pengawal undang-undang *versus* Undang-Undang Dasar (UUD). "Di sini bedanya. Setiap pelanggaran undang-undang diadili oleh pengadilan di dalam lingkungan Mahkamah Agung (MA). Ini berarti, setiap peraturan di bawah undang-undang yang dinilai bertentangan dengan undang-undang juga diuji langsung oleh Mahkamah Agung. Selain itu MA juga membawahi peradilan yang mengadili tindak pidana, perdata dan tata usaha negara", jelasnya. Tetapi, masih lanjut Jimly, andai kata ada pelanggaran UUD, termasuk apabila undang-undang dinilai bertentangan dengan UUD, maka yang menilai atau mengadilinya adalah Mahkamah Konstitusi. "Karena itu, dapat dikatakan bahwa Mahkamah Agung adalah pengawal undang-undang (*the guardian of the law*), sedangkan Mahkamah Konstitusi merupakan pengawal Undang-

Undang Dasar (*the guardian of the constitution*)", terangnya mengenai perbedaan MK dan MA[160].

Menurut **Jimly Asshiddiqie**, penjelasan pembagian wewenang diatas dapat diperinci sebagaimana berikut ini. Dalam pembuatan keputusan, negara berhak membuat tiga macam keputusan. Keputusan yang *pertama* adalah keputusan yang bersifat mengatur yang tertuang dalam peraturan. Peraturan yang paling tinggi dalam sebuah negara adalah Undang-undang. Undang-undang ini dibuat oleh badan legislatif bersama dengan eksekutif. Di bawah Undang-undang terdapat *subordinate legislation.* Yang termasuk dalam wilayah ini contohnya keputusan presiden (Keppres), Peraturan Menteri, Peraturan Daerah (perda), dan lain sebagainya. Peraturan-peraturan ini dianggapnya mempunyai norma umum, artinya berlaku bagi semua orang dan tidak menunjuk pada orang tertentu. Peraturan-peraturan yang dihasilkan ini juga tidak boleh bertentangan dengan undang-undang. Dan undang-undang yang dibuat tidak boleh bertentangan dengan UUD. Bila bertentangan maka berpeluang untuk bisa dibatalkan. Inilah yang disebut *judicial review*. Jadi, peraturan yang bertentangan dengan undang-undang diuji dan diadili oleh MA, sedangkan undang-undang yang bertentangan dengan UUD diuji dan diadili oleh MK. Dengan mekanisme yudisial saat ini, seseorang diperbolehkan mengajukan usulan pembatalan sebuah keppres misalnya, yang dianggap merugikannya. Namun karena peraturan yang merugikan itu bukanlah undang-undang, melainkan hanya peraturan dibawah undang-

[160] *Ibid.*

undang, maka ia tidak bisa membawa kasus ini kepada MK. Kasus ini, yang dalam bahasa hukum disebut *constitutional complaint* akan ditangani MA. "Jadi kesimpulannya, walaupun pelanggaran peraturan yang terjadi bersifat konstitusional yaitu pendiskriminasian, namun karena yang digugat adalah peraturan dibawah undang-undang, maka MK tidak berhak menguji peraturan tersebut"[161].

Pengujian dan pembatalan itu tidak akan dilakukan MK, melainkan akan dilakukan oleh MA yang mengadili peraturan itu berdasarkan undang-undang, bukan berdasarkan konstitusi. Padahal, sesungguhnya wilayah yang dilanggar adalah wilayah konstitusi, yaitu jaminan konstitusi negara terhadap setiap warganya. Bahwa negara tidak bisa mendiskriminasi warganya. Inilah menurut Jimly, kelemahan dari sistem yudisial di Indonesia. Bahwa terjadi dualisme dalam menangani masalah pelanggaran konstitusional, karena berdasarkan UUD, wewenang untuk menguji peraturan yang berada di bawah undang-undang belum termasuk dalam kewenangan MK. **Jimly** mengakui bahwa Indonesia belum sepenuhnya siap bila *constitutional complaint* ini juga menjadi kewenangan MK. "Memang harus perlahan-lahan. Di banyak negara lain, *constitutional complaint* juga terjadi secara bertahap seiring dengan praktek. Saya berharap dalam kurun waktu sepuluh tahun mendatang, masalah ini sudah bisa diperluas ke wilayah MK," ujarnya. Untuk selanjutnya, keputusan *kedua* yang dibuat oleh negara adalah keputusan yang bersifat administratif. Keputusan ini dianggap mempunyai norma konkrit dan

[161] *Ibid.,* hlm. 40.

individual. Misalnya, keputusan negara dalam mengangkat pejabat negara, mulai dari pejabat tinggi sampai camat. “Bisa juga keputusan dalam menunjuk pemenang tender. Apabila keputusan administratif ini dirasa cacat hukum, maka keputusan ini bisa di gugat di Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) yang ada di setiap kota”, tambah **Jimly**. Sementara keputusan *ketiga* yang dibuat negara adalah keputusan hakim. Keputusan hakim juga terbuka untuk digugat. Bila tidak puas dengan keputusan hakim, maka orang yang bersengketa dapat mengajukan naik banding ke tingkat Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi sampai ke tingkat Pengadilan Kasasi.

Dengan bahasa sederhana, bila Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili undang-undang, Mahkamah Agung mengadili peraturan di bawah undang-undang serta membawahi peradilan pidana, perdata dan peradilan tata usaha negara. Dengan kata lain MA mengadili juga subjeknya. Pengecualian diberikan kepada MK. MK berwenang mengadili khusus untuk dua manusia yang menjabat sebagai presiden dan wakil presiden (impeachment). Jika presiden dan wakil presiden diduga melakukan pelanggaran, MK-lah yang berhak memutuskan nasib akan diberhentikan atau tidaknya Presiden dan atau Wakil Presiden. Sementara dalam masalah etika, Komisi Yudisial mempunyai wewenang untuk mengusulkan pengangkatan Hakim Agung, menetapkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim. Dengan kata lain komisi yudisial adalah komisi kehormatan para hakim-hakim. “Inilah tiga pilar yudikatif yang diharapkan bisa menjaga

proses demokrasi Indonesia yang sesuai jalur hukum", Jimly menyimpulkan[162].

Mengacu pada Pasal 24 (2) UUD RI 1945 tentang Kekuasaaan Kehakiman yang menyatakan bahwa "MK adalah salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan", di sinilah MK dan MA menjadi sederajat. Bedanya terletak pada fungsi dan wewenang seperti yang dijabarkan diatas. MK juga bersifat merdeka. Kemandirian kekuasaan kehakiman merupakan prasyarat sebuah negara demokratis. Karena kedudukannya setara dengan MA, maka kemandirian MK juga dijamin konstitusi sebagaimana tertera dalam Pasal 2 UU No. 24 2003. Sebagai lembaga baru yang secara logika tidak sempat terkontaminasi penyakit kronis lembaga negara dan lembaga pemerintahan lainnya, MK mempunyai modal politik kuat untuk dapat menjadi penjuru bagi penegakan hukum dan ketaatan kepada hukum. Kemudian berdasarkan wewenang dan kedudukan dari Mahkamah Konstitusi sebagaimana tersebut diatas, maka Mahkamah Konstitusi juga memiliki beberapa "Peran"[163] dan "Fungsi"[164].

---

[162] *Ibid.*, hlm. 41-42.

[163] Peran dari Mahkamah Konstitusi adalah: (1) Sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, berperan mendorong mekanisme *check and balances* dalam penyelenggaraan negara, (2) Menjaga Konstitusionalitas pelaksanaan kekuasaan negara, dan (3) berperan dalam mewujudkan negara hukum kesejahteraan Indonesia. Lihat, Fatkhurohman et. al., *Memahami Keberadaan ...op.cit*., hlm. 78-79.

[164] Fungsi dari Mahkamah Konstitusi adalah: (1) Melaksanakan kekuasaan peradilan dalam sistem konstitusi, (2) berfungsi sebagai *The Guardian of Constitution* (penjaga konstitusi), dan (3) Mahkamah Konstitusi berfungsi sebagai Penafsir Konstitusi. Lihat, *Ibid*.

BAB III

PEMBENTUKAN NORMA HUKUM BARU DALAM TATANAN HUKUM DI INDONESIA

A. Pengertian Norma Hukum

Istilah norma berasal dari kata "Norm" (dalam bahasa-bahasa barat), dalam bahasa latin "norma", dan di Jerman telah memperoleh sifat dari sebuah perkatan "pinjaman", yang menunjukkan terutama jika tidak secara eksklusif suatu "ketertiban", preskripsi atau perintah[165]. Akan tetapi, hal memerintah adalah bukan satu-satunya fungsi dari sebuah norma. Seberapa jauh perkataan tentang "norma", maka norma tetap tampil dalam adjektif "normal". ia sebenarnya bukan suatu keharusan (*ought*) yang dimaksud disitu, tetapi suatu "ada" (*is*). Sesuatu adalah normal jika ia adalah apa yang biasanya sungguh-sunguh terjadi. Sejauh suatu keharusan juga dimaksudkan disana, kita mengandalkan validitas dari norma bahwa apa yang cenderung untuk biasanya terjadi (*to happen as a rule*) adalah merupakan apa yang seharusnya terjadi, dan secara khusus bahwa orang seharusnya bertingkah laku sedemikian sebagaimana orang biasanya bertingkah laku.

Sejauh perkataan "norma" menunjukkan sebuah preskripsi atau perintah, ia berarti bahwa sesuatu seharusnya ada atau terjadi. *Ekspresi-verbal* dari padanya adalah sebuah pernyataan "keharusan" (*ought statement*). Norma itu adalah makna dari sebuah tindakan kemauan, yakni sebuah

[165] Hans Kelsen, *Essay in Legal and Moral Philosophy*, Terjemah Arief Sidharta, *Hukum dan Logika*, Cetakan Ke-3 (Bandung: PT Alumni, 2006), hlm. 1-2.

tindakan yang ditujukan pada tingkah laku dari orang lain, sebuah tindakan yang maknanya adalah bahwa orang lain seharusnya bertingkahlaku dengan cara tertentu[166]. Disisi lain, norma adalah bukan sebuah konsep, akan tetapi, sebuah konsep kadang-kadang memperoleh (*credieted with*) fungsi normatif atau diungkapkan sebagai sebuah norma. Ini adalah suatu faset karakteristik dari ide-ide dalam metafisika Platonik. Jika konsep adalah sebuah norma, maka norma-qua konsep adalah sebuah fungsi dari berfikir, bukan kemauan[167].

Norma merupakan suatu ukuran yang harus dipatuhi oleh seseorang dalam hubungannya dengan sesamanya ataupun dengan lingkungannya. Istilah "norma" berasal dari bahasa Latin, atau "kaidah" dalam bahasa Arab, sedangkan dalam bahasa Indonesia sering disebut sebagai "pedoman, patokan, atau aturan". Dalam perkembangannya, norma itu diartikan sebagai suatu ukuran atau patokan bagi seseorang dalam bertindak atau bertingkah laku dalam masyarakat, intinya suatu norma adalah segala aturan yang harus dipatuhi[168]. **Soerjono Soekanto** dan **Purnadi Purbacaraka** menjelaskan bahwa, kaedah adalah patokan atau ukuran ataupun pedoman untuk berperilaku atau bersikap tindak dalam hidup. Jika ditinjau dari hakekatnya, maka kaedah merupakan perumusan suatu pandangan (*oordeel*) mengenai perikelakuan atau sikap tindak.[169] Setiap norma itu mengandung suruhan-

[166] *Ibid.,* hlm. 5-6.
[167] *Ibid.,* hlm. 16-17.
[168] Maria Farida, *Ilmu Perundang-Undangan; Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, (Yogyakarta: Kanisius, 2007), hlm. 18.
[169] Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, *Perihal Kaidah Hukum*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1989), hlm. 6.

suruhan yang sering dikenal dengan sebutan "*das sollen*[170]" (*ought to be/ ought to do*) dan dalam bahasa Indonesia sering disebut dengan istilah "hendaknya".

Norma berasal kata *nomos* yang artinya nilai dan kemudian dipersempit maknanya menjadi norma hukum. Sedangkan kaidah dalam bahasa Arab, *qo'idah* berarti ukuran atau nilai pengukur[171]. Norma atau kaidah merupakan pelembagaan nilai-nilai baik dan buruk dalam bentuk tata aturan yang berisi kebolehan, anjuran, atau perintah. Baik anjuran maupun perintah dapat berisi kaidah yang bersifat positif atau negatif sehingga mencakup norma anjuran untuk mengerjakan atau anjuran untuk tidak mengerjakan sesuatu, dan norma perintah untuk melakukan atau perintah untuk tidak melakukan sesuatu[172].

Menurut pandangan **Jimly Asshiddiqie** norma atau kaidah merupakan pelembagaan nilai-nilai baik dan buruk dalam bentuk tata aturan yang berisi kebolehan, anjuran, atau perintah[173]. Baik anjuran maupun perintah dapat berisi kaidah yang bersifat positif atau negatif sehingga mencakup norma anjuran untuk mengerjakan atau anjuran untuk tidak mengerjakan sesuatu, dan norma perintah untuk melakukan atau perintah untuk tidak melaksanakan

---

[170] Memahami hukum sebagai norma berarti juga memahami hukum sebagai sesuatu yang seharusnya (*das sollen*). Memahami hukum sebagai *das sollen* berarti juga menginsyafi bahwa hukum merupakan bagian dari kehidupan kita yang berfungsi sebagai pedoman yang harus diikuti dengan maksud agar hak-hak dan kewajiban-kewajiban orang bisa dibagi sebagaimana mestinya. Lihat, Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum*, Cetakan Pertama (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2006), hlm. 45.

[171] Ni'matul Huda dan R. Nazriyah, *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Cetakan Pertama (Bandung: Nusa Media, 2011), hlm. 15.

[172] *Ibid.*

[173] Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Cetakan Kedua (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2011), hlm. 1.

sesuatu. Jika pengertian norma atau kaidah sebagai pelembagaan nilai itu dirinci, maka norma atau kaidah tersebut dapat berisi[174];

1. Kebolehan atau dalam bahasa Arab disebut *ibahah*, *mubah* (*permittere*);
2. Anjuran positif untuk mengerjakan sesuatu atau dalam bahasa Arab disebut *sunnah*;
3. Anjuran negatif untuk tidak mengerjakan sesuatu atau dalam bahasa Arab disebut *makruh*;
4. Perintah positif untuk melakukan sesuatu atau kewajiban (*obligattere*), dan
5. Perintah negatif untuk tidak melakukan sesuatu atau dalam bahasa Arab disebut *haram* atau larangan (*prohibere*).

Selanjutnya menurut pendapat **Hazairin** dengan meminjam teori *fiqh* bahwa norma itu terdiri atas lima macam, yakni: *pertama*, halal atau mubah (*permittere*), *kedua*, sunnah, *ketiga*, makruh, *keempat*, wajib (*obligattere*), dan *kelima*, haram (*prohibere*). Tetapi dalam teori yang dikenal oleh dunia barat, norma-norma tersebut hanya dibagi menjadi tiga macam yakni: (a) '*obligattere'*, (b) '*prohibere'*, dan (c) '*permittere'*[175].

Norma hukum itu dapat dibentuk secara tertulis maupun tidak tertulis oleh lembaga-lembaga yang berwenang membentuknya, berbeda dengan norma-norma moral, adat, agama dan lainnya. Norma ini terjadi secara tidak tertulis tetapi tumbuh dan berkembang dari kebiasaan-kebiasaan yang ada

[174] *Ibid.*, hlm. 2.
[175] *Ibid.*

dalam masyarakat. Berikut ini adalah perbedaan yang mendasar antara norma hukum dan norma-norma lainnya (selain hukum)[176];

1. *Sebuah norma hukum itu bersifat heteronom, artinya bahwa norma hukum itu datangnya dari luar diri seseorang. Contoh: dalam hal pembayaran pajak, maka kewajiban itu datangnya bukan dari diri seseorang, melainkan paksaan itu datangnya dari negara, sehingga setiap individu harus memenuhi kewajiban tersebut dengan rasa senang atau tidak senang. Norma-norma lainnya bersifat otonom, artinya norma itu datangnya dari dalam diri seseorang. Contoh: apabila seseorang akan berdoa, maka hal ini dilakukan karena kehendak dan keyakinan seseorang tersebut, seseorang menjalankan norma-norma tersebut atas kesadarannya sendiri.*
2. *Suatu norma hukum itu dapat dilekati dengan sanksi pidana maupun sanksi pemaksaan secara fisik, sedangkan norma lainnyatidak dapat dilekati oleh sanksi pidana maupun sanksi pemaksaan secara fisik. Contoh: apabila seseorang melanggar norma hukum, dengan menghilangkan nyawa orang lain, maka ia akan dituntut dan dipidana. Sedangkan bila seseorang melanggar norma lainnya ia tidak dapat dituntut dan dipidana*.
3. *Dalam norma hukum sanksi pidana atau sanksi pemaksaan itu dilaksanakan oleh aparat negara (polisi. Jaksa, hakim). Sedangkan terhadap pelanggaran norma lainnya sanksi itu datangnya dari diri sendiri, misalnya ada perasaan bersalah, perasaan berdosa, atau terhadap pelanggaran norma moral atau dalam norma adat tertentu maka para pelanggarnya akan dikucilkan (diasingkan) oleh masyarakatnya.*

Dengan demikian, terlihat sangat jelas walaupun norma hukum dan norma-norma lainnya itu mempunyai persamaan yaitu merupakan suatu pedoman dalam hal bertingkah laku tetapi keduanya juga mempunyai perbedaan-perbedaan yang mendasar sebagaimana telah dijelaskan diatas.

Sesungguhnya sebuah norma (kaidah) hukum itu memiliki tujuan yang sangat mulia yakni, menuju cita kedamaian hidup antar pribadi (*het recht wil de vrede*). Dalam kedamaian atau keadaan damai selalu terdapat "*orde en*

[176] Maria Farida, Ilmu … *op.cit*., hlm. 25-26.

rust"[177]. Artinya, setiap norma hukum itu harus menghasilkan keseimbangan antara nilai kepastian (*certainly, zakerheid*), keadilan (*equity, bilijkheid, evenredigheid*), dan kemanfaatan (*utility*).

B. Unsur-unsur Norma Hukum

Pada pembahasan sebelumnya telah kita ketahui bahwa norma hukum itu dapat dibentuk secara tertulis maupun tidak tertulis oleh lembaga-lembaga yang berwenang membentuknya, berbeda dengan norma-norma moral, adat, agama dan lainnya. Selanjutnya sebagaimana dijelaskan juga pada pembahasan sebelumnya tentang perbedaan antara norma hukum dan norma-norma lainnya, perbedaan tersebut sesungguhnya dapat dijadikan unsur-unsur dari norma hukum. Diantaranya adalah;

1. Unsur dari norma hukum itu datangnya dari luar diri seseorang.
2. Unsur dari norma hukum itu dapat dilekati dengan sanksi pidana maupun sanksi pemaksaan secara fisik,
3. Unsur dari norma hukum itu terletak pula pada sanksi pidana atau sanksi pemaksaan yang dilaksanakan oleh aparat negara (Polisi. Jaksa, Hakim).

Unsur-unsur dari norma hukum juga dapat dibedakan menurut jenis-jenisnya. Apabila dilihat dari segi alamat yang dituju (*addressat*), atau untuk siapa norma itu ditujukan atau diperuntukkan, bisa dibedakan menjadi norma

[177] "*Orde*" menyangkut ketertiban dan keamanan, sedangkan "*rust*" berkenaan dengan ketentraman dan ketenangan. "*Orde*" terkait dengan dimensi lahiriah, sedangkan "*rust*" menyangkut dimensi bathiniah. Keadaan damai yang menjadi tujuan akhir norma hukum terletak pada keseimbangan antara "*rust*" dan "*orde*", yaitu antara dimensi lahirian dan bathiniah yang menghasilkan keseimbangan antara ketertiban dan ketentraman antara keamanan dan ketenangan. Lihat, Jimly Asshiddiqie, Perihal … *op.cit.*, hlm. 3.

hukum umum dan norma hukum individual (subyek norma). Mari kita bahas satu-persatu; (1) Norma Hukum Umum adalah suatu norma hukum yang ditujukan untuk orang banyak (*addressat*-nya) umum dan tidak tertentu[178]. Norma ini biasa dirumuskan dengan kata-kata "barang siapa...", "setiap orang ...:", "setiap warga negara ...". (2) Norma Hukum Individual adalah norma hukum yang ditujukan atau dialamatkan (*addressat*-nya) pada seseorang, beberapa orang atau banyak orang yang telah tertentu, sehingga norma hukum yang individual ini biasanya dirumuskan dengan kalimat sebagai berikut; "Bayu Bin Ahmad Zaelani yang bertempat tinggal di Jl. Perkutut No. 12 Yogyakarta ... dan seterusnya".

Selanjutnya dilihat dari hal yang diatur atau perbuatan/ tingkah lakunya, dapat dibedakan menjadi norma hukum abstrak dan norma hukum konkrit. *Pertama*, Norma Hukum Abstrak adalah suatu norma hukum yang melihat pada perbuatan seseorang yang tidak ada batasnya dalam arti tidak konkret. Contoh: kata-kata "... mencuri... dan seterusnya. *Kedua*, Norma Hukum Konkret adalah suatu norma hukum yang melihat perbuatan seseorang itu secara lebih nyata (konkret). Contoh: ... Mencuri mobil Toyota Avanza berwarna Hitam Tahun 2008 dengan Nomor Polisi AB 1234 BZ ... dan seterusnya".

[178] Maria Farida, *loc.cit.*

Dari sifat-sifat norma hukum yang umum-individual dan norma hukum yang abstrak-konkret, terdapat empat paduan kombinasi dari norma-norma tersebut, yaitu[179]:

a. Norma hukum umum-abstrak[180].

b. Norma hukum umum-konkrit[181].

c. Norma hukum individual-abstrak[182].

d. Norma hukum individual-konkret[183].

Dari segi daya lakunya norma hukum juga dapat dibedakan menjadi dua macam yakni; norma hukum berlaku terus-menerus (*dauerhafing*) dan norma hukum berlaku sekali-selesai (*einmahlig*). (1) norma hukum berlaku terus menerus (*dauerhafing*) adalah norma hukum yang berlakunya tidak dibatasi oleh waktu, jadi dapat berlaku kapan saja secara terus menerus, sampai peraturan itu dicabut atau diganti dengan peraturan yang baru. (2) norma hukum yang berlaku sekali selesai adalah norma hukum yang berlakunya hanya satu kali saja dan setelah itu selesai, jadi sifatnya hanya menetapkan saja, sehingga dengan adanya penetapan itu norma hukum tersebut selesai.

Selain macam-macam norma hukum sebagaimana dijelaskan diatas, norma hukum juga dapat dibagi menjadi Norma Hukum Tunggal dan Norma

---

[179] *Ibid.*, hlm. 28-29.

[180] Maksud dari norma ini adalah suatu norma hukum yang ditujukan untuk umum dan perbuatannya masih bersifat abstrak, contoh: "setiap warga negara dilarang mencuri".

[181] Maksud dari norma ini adalah suatu norma hukum yang ditujukan untuk umum dan perbuatannya sudah konkrit, contoh: "setiap orang dilarang membunuh si Burhan dengan parang".

[182] Suatu norma hukum yang ditujukan untuk sesorang atau orang-orang tertentu dan perbuatannya bersifat abstrak, contoh "Si Ulum yang bertempat tinggal di Jl. Salak No. 62 Yogyakarta dilarang mencuri".

[183] Suatu norma hukum yang ditujukan untuk seseorang atau orang-orang tertentu dan perbuatannya bersifat konkrit, contoh "Si Unas, umur 25 tahun dilarang merokok dikantor tempat ia bekerja".

Hukum Berpasangan. Norma Hukum Tunggal adalah suatu norma hukum yang berdiri sendiri dan tidak diikuti oleh suatu norma hukum lainnya, jadi hanya berisi suruhan (*das sollen*) tentang bagaimana seseorang hendaknya bertindak atau bertingkah laku. Contoh perumusan norma hukum tunggal adalah sebagai berikut "hendaknya engkau berprikemanusiaan", "Presiden memberi grasi, amnesti, abolisi, dan rehabilitasi". Sedangkan norma hukum berpasangan adalah norma hukum yang terdiri atas dua norma hukum, yaitu norma hukum primer[184] dan norma hukum sekunder[185].

Menurut **D.W.P Ruiter**, yang dimaksud peraturan perundang-undangan atau *wet in materiele zin* mengandung tiga unsur, yakni[186]:

1) Norma hukum (*rechtsnorm*)

   Sifat norma hukum dalam peraturan perundang-undangan dapat berupa Perintah (*gebod*), larangan (*verbod*), pengizinan (*toestemming*), dan Pembebasan (*vrijstelling*).

2) Berlaku keluar (*naar buiten werken*)

   Norma hanya ditujukan kepada rakyat, baik dalam hubungan antar sesamanya, maupun antara rakyat dan pemerintah. Norma yang mengatur hubungan antar bagian-bagian organisasi pemerintahan dianggap bukan norma yang sebenarnya, dan hanya dianggap norma organisasi.

3) Bersifat umum dalam arti luas (*algemeenheid in ruime zin*)

---

[184] Norma hukum primer adalah norma hukum yang berisi aturan/ patokan bagaimana cara seseorang harus berperilaku di dalam masyarakat, contoh "hendaknya engkau tidak mencuri".

[185] Norma hukum sekunder adalah norma hukum yang berisi tata cara penanggulangannya apabila norma hukum primer itu tidak dipenuhi, atau tidak dipatuhi, contoh "..... hendaknya engkau yang mencuri dihukum".

[186] Maria Farida, Ilmu … *op.cit*., hlm. 35-36.

Dalam hal ini terdapat pembedaan antara norma yang umum (*algemeen*) dan yang individual (*individueel*), hal ini dilihat dari adressat (alamat) yang dituju, yaitu ditujukan kepada "setiap orang" atau kepada "orang tertentu".

C. Lembaga-lembaga Pembentuk Norma Hukum

Konstruksi pemikiran kita ketika mendengar siapakah lembaga-lembaga yang berwenang dalam membentuk norma hukum, tidak akan terlepas dari ketentuan-ketentuan yang sudah ada dan sudah diatur didalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Berikut ini, penulis akan mendeskripsikan satu persatu terkait lembaga-lembaga yang berhak atau bahkan memiliki kewajiban dalam hal pembentukan norma hukum di Negara Indonesia ini.

Sesuai dengan ketentuan Pasal 7 Undang-undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan bahwa[187];

(1) Jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan terdiri atas:
1. *Undang-undang Dasar negara Republik Indonesia Tahun 1945;*
2. *Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat[188];*
3. *Undang-undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang[189];*

[187] Lihat, Pasal 7 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

[188] Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat adalah: Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (MPRS) dan Ketetapan Mejelis Permusyawaratan Rakyat yang masih berlaku sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 dan Pasal 4 Ketetapan Majelis Permusyawaratan Republik Indonesia Nomor: I/MPR/2003 tentang Peninjauan terhadap Materi dan Status Hukum Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Tahun 1960 sampai dengan Tahun 2002, Tanggal 7 Agustus 2003. Lihat, Penjelasan Pasal 7 ayat (1) huruf b Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

4. *Peraturan Pemerintah;*
5. *Peraturan Presiden;*
6. *Peraturan Daerah Provinsi; dan*
7. *Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota.*

(2) Kekuatan hukum Peraturan Perundang-undangan sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud pada ayat (1)

Jikalau kita melihat ketentuan Pasal 7 ayat (1) diatas, terdapat 7 (tujuh) macam bentuk Peraturan Perundang-undangan berdasarkan jenis dan hierarki-nya. Dimana masing-masing dari peraturan tersebut sudah ada lembaga yang berhak membuat atau menetapkannya secara sah. Sebagaimana dijelaskan dalam Ketentuan Umum Pasal 1 ayat (3) sampai dengan ayat (8) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan bahwa;

(3) Undang-undang adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan Persetujuan Presiden[190].

(4) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang adalah Peraturan Perundnag-undangan yang ditetapkan oleh Presiden dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa.

(5) Peraturan Pemerintah adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan Undang-undang sebagaimana mestinya.

(6) Peraturan Presiden adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan perintah Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dalam menyelenggarakan kekuasaan pemerintahan.

(7) Peraturan Daerah Provinsi adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi dengan persetujuan bersama Gubernur.

---

[189] Perlu diingat bahwa materi muatan dari Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang sama dengan materi muatan Undang-undang. Lihat, Pasal 11 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

[190] Lihat, Pasal 19 Undang-undang Dasar 1945.

(8) Peraturan Daerah Kabupaten/Kota adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota dengan persetujuan bersama Bupati/Walikota.

Berdasarkan uraian diatas dapat kita peta-kan bahwa lembaga yang berhak membuat norma hukum sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 7 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan adalah:

Tabel 4

No	JENIS PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN	LEMBAGA PEMBENTUK
1	Undang-Undang Dasar 1945.	Dewan Perwakilan Rakyat dengan Persetujuan Presiden.
2	Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat.	Majelis Permusyawaratan Rakyat.
3	Undang-undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang.	Presiden.
4	Peraturan Pemerintah.	Presiden.
5	Peraturan Presiden.	Presiden.
6	Peraturan Daerah Provinsi.	Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi dengan persetujuan bersama Gubernur.
7	Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota.	Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota dengan persetujuan bersama Bupati/Walikota.

Selanjutnya selain Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud oleh Pasal 7 diatas. Dalam ketentuan Pasal 8 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dijelaskan bahwa[191];

> *(1) Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri[192], Badan, Lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-undang atau Pemerintah atas perintah Undang-undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.*
>
> *(2) Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan[193].*

Sesuai dengan rumusan Pasal 8 ayat 1 diatas, ternyata selain Jenis dan hierarki sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) terdapat juga lembaga-lembaga lain yang bisa secara sah membuat peraturan yakni;

1. Peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat,
2. Dewan Perwakilan Rakyat,
3. Dewan Perwakilan Daerah,
4. Mahkamah Agung,
5. Mahkamah Konstitusi,
6. Badan Pemeriksa Keuangan,
7. Komisi Yudisial,
8. Bank Indonesia,

---

[191] Lihat, Pasal 8 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

[192] "Peraturan Menteri" adalah peraturan yang ditetapkan oleh menteri berdasarkan materi muatan dalam rangka penyelenggaraan urusan tertentu dalam pemerintahan.

[193] Yang dimaksud dengan "berdasarkan kewenangan" adalah penyelenggaraan urusan tertentu pemerintahan sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan.

9. Menteri,
10. Badan, Lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-undang atau Pemerintah atas perintah Undang-undang,
11. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi,
12. Gubernur,
13. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota,
14. Bupati/Walikota,
15. Kepala Desa atau yang setingkat.

Pasca amandemen Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terdapat lembaga-lembaga yang berhak membentuk norma hukum diantaranya adalah lembaga Pemerintah (Eksekutif) yang terdiri dari:

a. Presiden

Presiden Republik Indonesia sesudah perubahan UUD 1945 adalah Kepala Negara, penyelenggara tertinggi pemerintahan Negara Republik Indonesia.

b. Menteri-Menteri Negara

Pasca perubahan UUD 1945 ditetapkan pula bahwa Presiden dalam Penyelenggaraan Pemerintahan negara dibantu oleh Menteri-menteri Negara[194]. Berdasarkan Peraturan Presiden No. 9 Tahun 2005, saat ini Kementerian Negara Republik Indonesia terdiri atas:

1) Kementerian Koordinator[195];

2) Departemen[196];

---

[194] Lihat, Pasal 17 Undang-undang Dasar 1945.

[195] Kementerian Koordinator adalah unsur pelaksana Pemerintah, yang dipimpin oleh Menteri Koordinator (Menko), yang berada di bawah dan bertanggung jawab kepada Presiden. Disamping itu "Kemenko" memiliki tugas membantu Presiden dalam mengkoordinasikan perencanaan dan penyusunan kebijakan, serta mensinkronkan pelaksanaan kebijakan dibidangnya. Lihat, Maria Farida, Ilmu … *op.cit*., hlm. 156.

[196] Departemen adalah unsur pelaksana pemerintah, yang dipimpin oleh Menteri, yang berada di bawah dan bertanggung jawab kepada Presiden. Departemen juga memiliki tugas membantu Presiden dalam menyelenggarakan sebagian tugas pemerintahan di bidangnya masing-masing. Lihat, *Ibid.*, hlm. 157.

3) Kementerian Negara[197];

   a) Sekretaris Negara

   b) Sekretaris Kabinet

c. Kepala Lembaga Pemerintah Non Departemen[198]

Berdasarkan Keputusan Presiden No. 103 TH. 2001 tentang *Kedudukan, Tugas, Fungsi, Kewenangan, Susunan Organisasi, dan Tata Kerja Lembaga Pemerintah non Departemen dalam Pemerintahan Negara Republik Indonesia* sebagaimana telah diubah dengan Keputusan Presiden No. 3 Th. 2002. Saat ini terdapat 24 (dua puluh empat) Lembaga Pemerintah Non Departemen, diantaranya adalah sebagai berikut[199];

1) Lembaga Administrasi Negara (LAN), terakhir diatur dengan Kepres No. 8 Th. 1999, yang telah diubah dengan Kepres No. 40 Th. 2000.
2) Arsip Nasional Republik Indonesia (ANRI), terakhir diatur dengan Kepres No. 92 Th. 1993.
3) Badan Kepegawaian Negara (BKN), terakhir diatur dengan Kepres No. 95 Th. 1999.
4) Perpustakaan Nasional Republik Indonesia (PERPUSNAS), terakhir diatur dengan Kepres No. 67 Th. 2000.
5) Badan Perencanaan Pembangunan Nasional (BAPPENAS), terakhir diatur dengan Kepres No. 138 Th. 1999 yang telah diubah dengan Kepres No. 83 Th. 2000.
6) Badan Pusat Statistik disingkat BPS, terakhir diatur dengan Kepres No. 86 Th. 1998
7) Badan Standarisasi Nasional (BSN), terakhir diatur oleh Kepres No. 110 Th. 2001.
8) Badan Pengawas Tenaga Nuklir (BAPETEN), terakhir diatur dengan Kepres No. 76 Th. 1998.

---

[197] Kementerian Negara adalah unsur pelaksana Pemerintah, yang dipimpin oleh Menteri Negara, yang berada di bawah dan bertanggung jawab kepada Presiden. Disisi lain, Kementerian Negara bertugas membantu Presiden dalam merumuskan kebijakan dan koordinasi di bidang tertentu dalam kegiatan pemerintahan negara.

[198] Lembaga Pemerintah Non Departemen adalah lembaga pemerintah pusat yang dibentuk untuk melaksanakan tugas pemerintahan tertentu oleh Presiden, sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.

[199] Maria Farida, Ilmu … *op.cit*., hlm. 164-177.

9) Badan Tenaga Nuklir Nasional (BATAN), terakhir diatur oleh Kepres No. 197 Th. 1998.
10) Badan Intelijen Negara (BIN), terakhir diatur dengan Kepres No. 19 Th. 1981.
11) Lembaga Sandi Negara (LEMSANEG), terakhir diatur dengan Kepres No. 77 Th. 1999.
12) Badan Urusan Logistik (BULOG), terakhir diatur dengan Kepres No. 29 Th. 2000.
13) Badan Koordinasi Keluarga Berencana Nasional (BKKBN), terakhir diatur dengan Kepres No. 20 Th. 2000.
14) Lembaga Penerbangan Antariksa Nasional (LAPAN), terakhir diatur dengan Kepres No. 33 Th. 1988.
15) Badan Koordinasi Survei dan Pemetaan Nasional (BAKOSURTANAL), terakhir diatur dengan Kepres No. 87 Th. 1998.
16) Badan Pengawasan Keuangan dan Pembangunan (BPKP), terakhir diatur dengan Kepres No. 31 Th. 1983.
17) Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (LIPI), terakhir diatur dengan Kepres No. 1 Th. 1986.
18) Badan Pengkajian dan Penerapan Teknologi (BPPT), terakhir diatur dengan Kepres No. 117 Th. 1998.
19) Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM), terakhir diatur dengan Kepres No. 33 Th. 1981.
20) Badan Pertahanan Nasional (BPN), terakhir diatur dengan Kepres No. 95 Th. 2000.
21) Badan Pengawas Obat dan Makanan (BPOM), terakhir diatur dengan Kepres No. 110 Th. 2001.
22) Lembaga Informasi Nasional (LIN), terakhir diatur dengan Kepres No. 16 Th. 2001.
23) Lembaga Ketahanan Nasional (LEMHANAS), terakhir diatur dengan Perpres No. 67 Th. 2006.
24) Badan Pengembangan Kebudayaan dan Pariwisata (BP BUDPAR), terakhir diatur dengan Kepres No. 11 Th. 2000.

d. Direktorat Jenderal Departemen

Direktorat Jenderal Departemen mulai dikenal dengan dikeluarkannya Kepres No. 44 Th. 1974 tentang *Pokok-pokok Organisasi Departemen Republik Indonesia*. Direktorat Jenderal[200] adalah unsur pelaksana

[200] Direktorat Jenderal mempunyai tugas merumuskan serta melaksanakan kebijakan dan standarisasi teknis di bidangnya. Dan ia berfungsi sebagai: (a) penyiapan perumusan kebijakan Departemen di bidangnya, (b) pelaksanaan kebijakan di bidangnya, (c) penyusunan standar, norma, pedoman, kriteria, dan prosedur di bidangnya, (d) pemberian bimbingan teknis dan evaluasi, dan (e) pelaksanaan administrasi Direktorat Jenderal. Lihat, *Ibid.*, hlm. 178.

sebagian tugas dan fungsi Departemen yang berada di bawah dan bertanggung jawab kepada menteri, dan dipimpin oleh Direktur Jenderal. Dengan demikian pada saat ini setiap Direktur Jenderal Departemen dapat mengeluarkan peraturan yang bersifat teknis sesuai bidang tugas yang dilimpahkan kepadanya.

e. Badan "Hukum" Negara

Lembaga pemerintah dalam Perundang-undangan yang terakhir di tingkat pusat adalah Badan "Hukum" Negara[201]. Istilah ini mulai dikembangkan sejak berlakunya era reformasi, dengan perubahan UUD 1945. Badan "Hukum" Negara ini diberi kewenangan membentuk Peraturan Perundang-undangan yang merupakan pelaksanaan tugas dan wewenangnya berdasarkan kewenangan atribusi, yang ditetapkan dalam Undang-undang pembentuknya.

f. Pemerintah Daerah

Sejak terjadi peralihan kekuasaan dari rezim Soeharto kepada rezim B.J. Habibi, terdapat perubahan yang sangat mendasar dalam pelaksanaan dan penyelenggaraan pemerintahan di Daerah. Perubahan tersebut dimulai dengan berlakunya Undang-undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintah Daerah, yang mulai disahkan dan diundangkan pada tanggal 7 Mei 1999[202]. Selanjutnya berdasarkan Pasal 18 UUD 1945 (Pasca

[201] Badan "Hukum" Negara merupakan lembaga negara atau lembaga pemerintah yang dibentuk dengan suatu Undang-undang, dan berfungsi menyelenggarakan urusan-urusan yang berhubungan dengan bidang tugas dan kewenangannya seperti Bank Indonesia.

[202] Lihat, dalam Ketentuan Penutup Pasal 131 Undang-undang No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah dinyatakan bahwa Undang-undang No. 5 Th. 1974 tentang Pokok-pokok

Perubahan) kemudian ditetapkanlah Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (sebagai pengganti UU No. 22 Tahun 1999). Kewenangan Pemerintah Daerah untuk membentuk Peraturan Daerah selanjutnya dirumuskan secara konkret dalam Pasal 136 Undang-undang No. 32 Tahun 2004[203].

g. Kepala Daerah

Pada Pasal 24 ayat (1) Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah ditetapkan antara lain bahwa, setiap daerah dipimpin oleh kepala pemerintah daerah yang disebut kepala daerah[204]. Kemudian dalam Pasal 146 Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, telah ditetapkan bahwa kepala daerah mempunyai kewenangan untuk membentuk Peraturan Kepala Daerah ataupun Keputusan Kepala Daerah[205]. Saat ini dengan berlakunya Undang-undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan bahwa pembentukan ketentuan yang bersifat mengatur (*regeling*) diatur oleh Peraturan Kepala Daerah, sedangkan pembentukan ketentuan yang bersifat menetapkan (*bechikking*) diatur oleh Keputusan Kepala Daerah.

Selanjutnya dalam Pasal 15 ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan bahwa[206];

Pemerintahan di Daerah, dan Undang-undang No. 5 Th. 1979 tentang Pemerintahan Desa dinyatakan tidak berlaku lagi.

[203] Lihat, Pasal 136 Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah.

[204] Lihat, Pasal 24 ayat (1) Undang-undang No. 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah.

[205] Lebih jelasnya lihat, Pasal 146 Undang-undang No. 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah.

[206] Lihat, Pasal 15 Undang-undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

(1) Materi muatan mengenai ketentuan pidana hanya dapat dimuat dalam:
a. Undang-undang;
b. Peraturan Daerah Provinsi, atau
c. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

D. Norma Hukum dalam Perspektif Hukum Islam

Ketika kita akan membicarakan tentang hukum Islam terdapat tiga kata yang harus diklarifikasi terlebih dahulu, yakni kata *syari'ah, fiqh, dan qanun*. Karena ketiga kata tersebut sering dipakai secara serampangan dan tumpang tindih, padahal terdapat perbedaan yang sangat prinsipil diantara ketiganya. *Pertama, Syari'ah* merupakan totalitas perintah Allah yang terkandung dalam al-Quran dan sunnah[207]. *Kedua*, *Fiqh* merupakan hasil interpretasi para *fuqaha'* sesuai dengan historisitas tertentu terhadap *syari'ah* tersebut. Oleh karena itu, *fiqh* diartikan sebagai "pengetahuan tentang hak-hak dan kewajiban manusia" (*ma'rifat an-nafs ma laha wa ma 'alayha*). Dan *Ketiga*, *Qanun* dalam kasus-kasus yang didiamkan oleh *syari'ah*, pemerintah memiliki hak untuk membuat legislasi sesuai dengan *syari'ah*. Maka hasil dari legislasi itulah yang disebut *qanun*, dimana ia adalah bagian paling fleksibel dari hukum Islam[208].

Perumpamaan hubungan antara *syari'ah*, *fiqh*, dan *qanun* tersebut dapat diibaratkan sebagai "sebuah pohon yang tumbuh". *Syari'ah* berupa teks al-

[207] *Syari'ah* juga merupakan pandangan hidup bagi setiap muslim yang mengatur segal aspek kehidupan baik aspek ritual peribadatan yang tidak bisa diatur oleh kekuasaan negara maupun aspek muamalah ataupun aspek pidana yang dapat diatur oleh negara. Lihat, Muhyar Fanani, *Membumikan Hukum Langit "Nasionalisasi Hukum Islam Dan Islamisasi Hukum Nasional Pasca Reformasi*", (Yogyakarta: Tiara Wacana, 2008), hlm. 63.

[208] Perlu dicatat bahwa para pakar masih berselisih tentang apakah *qanun* bertentangan dengan *syari'ah* atau tidak. Karena tidak jarang terjadi konflik antara keduanya. Hal itu disebabkan karena dalam perkembangannya batas cakupan wilayah keduanya sering tumpang tindih, ditambah lagi dengan tidak terjalinnya komunikasi yang baik antara *ulama'* dan *umara'*.

Quran dan Sunnah merupakan akar dari pohon, *fiqh* merupakan batang pohon, sementara *qanun* merupakan ranting-ranting dari pohon tersebut. Sebagai ranting pada pohon, *qanun* merupakan bagian *syari'ah* yang paling fleksibel yang selalu menyesuaikan diri dengan hembusan kebutuhan sosial. Dengan demikian, maka yang dimaksud hukum Islam bukanlah *syari'ah*, tapi *fiqh* dan *qanun*. Artinya, hukum Islam merupakan hasil interpretasi para *fuqaha'* atas *syari'ah* (teks Quran dan Sunnah) sesuai dengan kebutuhan zaman dan termasuk di dalamnya hasil legislasi negara tentang persoalan-persoalan yang didiamkan oleh *syari'ah*[209].

Jikalau kita komparasikan (bandingkan) antara hukum Islam dan hukum Barat, jelas sangat berbeda adanya. Menurut **Coulson**, terdapat tiga perbedaan mendasar antara keduanya[210];

1. Hukum Islam tersusun berdasarkan wahyu dari Allah SWT, sedangkan hukum barat berdasarkan pada keputusan lembaga legislatif atau ahli hukum.
2. Hukum Islam sering dipandang sebagai hukum yang suci. Maka, ia sering dianggap kebal dari perubahan, sementara hukum Barat tidak dianggap suci.
3. Hukum Islam memiliki *scope* yang lebih luas dari pada hukum Barat, dimana meliputi hubungan internasional sampai masalah buang air kecil, sementara hukum Barat tidak seluas itu.

[209] Muhyar Fanani, Membumikan … *op.cit.*, hlm. 64.
[210] *Ibid.,* hlm. 67.

Disisi lain **JND. Anderson** memiliki kesamaan pendapat dengan **Coulson** yang menyatakan bahwa hukum Barat lebih merupakan kombinasi dari legislasi dan hukum kasus, dan merupakan hukum murni yang dibuat oleh manusia (*human law*). Oleh karena itu, ia dapat merespons secara cepat pola perubahan sosial dan kehidupan ekonomi manusia. Sedangkan hukum Islam merupakan hukum suci kerena bersumber dari wahyu yang kebal dari perubahan. Oleh karena itu, tidak dapat secara cepat berubah seiring dengan cepatnya perubahan masyarakat.

Menurut pendapat **Syahrur** tentang redefinisi Hukum Islam. Bagi seorang **Syahrur** Islam sebagai agama terdiri dari tiga aspek yakni: *akhlak*[211], *ritual*[212], *dan hukum*. Posisi akhlak dan hukum menyatu dengan Negara, sedangkan ritual tidak. Dalam tulisannya **Syahrur** menulis[213];

> *"Sesungguhnya agama... memiliki tiga aspek: teladan luhur yang tidak mungkin dipisahkan dari negara dan masyarakat, aspek ritual-ritual yang dipisahkan oelh rasul yang mulia dari negara sejak masa kenabian, dan aspek tasyri' dan hukum yang menggambarkan batasan (hudud) Allah dalam kehidupan individu, negara, dan masyarakat"*.

Tulisan diatas adalah membahas tentang satu aspek, yakni hukum. berangkat dari keyakinan bahwa Islam adalah agama yang universal[214], **Syahrur** membuat definisi baru mengenai hukum Islam[215]. Berbeda dengan ulama *ushul fiqh* sebelumnya yang menyatakan bahwa pembuat hukum

---

[211] Akhlak merupakan kode etik dan teladan luhur yang tunduk tahapan historis sejak nabi Nuh hingga Muhammad, seperti berbakti pada orang tua, adil, dan menepati janji.

[212] Ritual merupakan ibadah *mahdlah* yang kita belajar kepada rasul dengan cara praktik, bukan melalui perkataan verbal.

[213] *Ibid.*, hlm. 315.

[214] Suyuthi Pulungan, *Fiqh Siyasah*, Cetakan Kelima (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2002), hlm. 2-3.

[215] Hukum Islam adalah hukum sipil (hukum madani) yang manusiawi, penuh keragaman, dalam cakupan batas (*hudud*) Allah atau dibangun di atas *hudud* Allah. Lihat, *Ibid.*

hanyalah Allah, bagi beliau, pembuat hukum adalah manusia. Allah hanya memberi batas. Mayoritas hukum dapat dikataan hukum Islam, selama mengindahkan batas Allah. Artinya, Allah memberi batasan antara halal dan haram. Manusia, termasuk Nabi Muhammad, hanya melakukan pembolehan, pelarangan, perintah, atau pencegahan dalam wilayah halal, karena situasi dan kondisi.

Di dalam ajaran mengenai hukum Islam terdapat sumber ajaran Islam yang apabila di sistematikan adalah sebagai berikut[216];

a. Al-quran

Al-quran merupakan sumber ajaran Islam yang pertama, memuat kumpulan wahyu-wahyu Allah yang disampaikan kepada Nabi Muhammad SAW[217].

b. Sunnah

Sunnah Nabi Muhammad SAW. merupakan sumber ajaran Islam yang kedua. Sebab, segala hal yang diungkapkan oleh al-Quran yang bersifat

[216] Zainuddin Ali, *Hukum Pidana Islam*, Cetakan Pertama (Jakarta: Sinar Grafika, 2007), hlm. 15.

[217] Diantara kandungan dari isi al-Quran ialah peraturan-peraturan hidup untuk mengatur kehidupan manusia terkait hubungannya dengan Allah, dengan perkembangan dirinya, dengan sesama manusia, dan dengan alam beserta makhluk lainnya. Di dalam al-Quran juga memuat ajaran Islam yakni: (1) Prinsip keimanan kepada Allah, Malaikat, Kitab, Rasul, Hari akhir, Qadha dan Qadhar, (2) Prinsip syari'ah mengenai ibadah khas (shalat, puasa, zakat, haji) dan ibadah umum (perekonomian, pernikahan, pemerintahan, dan sebagainya), (3) Janji kepada orang yang berbuat baik dan ancaman kepada orang yang berbuat jahat (dosa), (4) sejarah Nabi-nabi terdahulu, dan bangsa terdahulu, (5) Ilmu pengetahuan mengenai ilmu ketauhidan, agama, hal-hal yang menyangkut manusia, masyarakat, dan yang berhubungan dengan alam. Lebih jelas lihat, *Ibid.*

umum atau memerlukan penjelasan, maka Nabi Muhammad SAW. Menjelaskan melalui sunnah[218].

c. Ar-Ra'yu

Ar-Ra'yu atau penalaran adalah sumber ajaran Islam yang ketiga. Penggunaan akal (penalaran) manusia dalam menginterpretasikan ayat-ayat al-Quran dan Sunnah yang bersifat umum. Ar-Ra'yu dapat mengandung beberapa pengertian, diantaranya adalah[219];

1) Ijma'

   Ijma' adalah kebulatan pendapat fuqaha mujtahidin pada suatu masa atas sesuatu hukum sesudah masa Nabi Muhammad SAW.

2) Ijtihad

   Perincian ajaran Islam yang bersumber dari al-Quran dan Sunnah yang bersifat umum.

3) Qiyas

   Usaha untuk mempersamakan hukum suatu perkara yang belum ada ketetapan hukumnya dengan suatu perkara yang sudah ada ketentuan hukumnya.

4) Istihsan

[218] Sunnah merupakan perbuatan, perkataan, dan perizinan Nabi Muhammad SAW. (*Af'alu, Aqwalu, dan Taqriri*).

[219] Zainuddin Ali, Hukum … *op.cit*., hlm. 16-17.

Mengecualikan hukum suatu peristiwa dari hukum peristiwa-peristiwa lain yang sejenisnya dan memberikan kepadanya hukum yang lain yang sejenisnya[220].

5) Mashlahat Mursalah

Penetapan hukum berdasarkan kemaslahatan (kebaikan, kepentingan) yang tidak ada ketentuannya dari syara' baik ketentuan umum maupun ketentuan khusus.

6) Sadduz Zari'ah

Menghambat/ Menutup sesuatu yang menjadi jalan kerusakan untuk menolak kerusakan[221].

7) Urf

Kebiasaan yang sudah turun-temurun tetapi tidak bertentangan dengan ajaran Islam. Contoh: jual beli dengan jalan serah terima, tanpa mengucapkan *ijab-qabul*.

Dapat kita tarik kesimpulan bahwa sesungguhnya hukum Islam memiliki ciri-ciri yang khas, diantaranya adalah[222];

a) Hukum Islam adalah bagian dan bersumber dari ajaran agama Islam.
b) Hukum Islam mempunyai hubungan yang erat dan tidak dapat dipisahkan dengan iman dan kesusilaan atau akhlak Islam.

---

[220] Pengecualian dimaksud dilakukan karena ada dasar yang kuat, contoh: aurat bagi wanita adalah dari kepala sampai kakinya, tetapi oleh Allah dan Rasul diizinkan kepada manusia melihat beberapa bagian badannya bila dianggap perlu.

[221] Maksudnya seperti contoh: "Melarang orang meminum seteguk minuman memabukkan (padahal seteguk itu tidak memabukkan) untuk menutup jalan sampai kepada meminum yang banyak.

[222] Zainuddin Ali, Hukum … *op.cit*., hlm. 22-23.

c) Hukum Islam mempunyai istilah kunci, yaitu (1) syari'ah, dan (2) fikih syari'ah bersumber dari wahyu Allah SWT dan sunnah Nabi Muhammad SAW. Dan fikih adalah hasil pemahaman manusia bersumber dari nash-nash yang bersifat umum.
d) Hukum Islam terdiri atas dua bidang utama, yaitu (1) hukum ibadah, dan (2) hukum muamalah dalam arti yang luas.
e) Hukum Islam mempunyai struktur yang berlapis-lapis seperti dalam bentuk bagan tangga bertingkat (hierarkis).
f) Hukum Islam mendahulukan kewajiban dari hak, amal dari pahala.
g) Hukum Islam dibagi menjadi (1) hukum *taklifi* atau hukum *taklif*, yaitu *Al-Ahkam Al-Khamsah* yang terdiri atas lima kaidah jenis hukum yakni: *jaiz*, sunnah, makruh, wajib, dan haram. Dan (2) hukum *wadh'i*, yaitu hukum yang mengandung sebab, syarat, halangan terjadi atau terwujudnya hubungan hukum.

Berdasarkan ketentuan diatas dapat kita pahami bersama bahwa norma hukum dalam perspektif hukum Islam merupakan aturan-aturan hukum yang diperoleh berdasarkan wahyu Allah SWT berupa Al-quran, Sunnah Nabi Muhammad SAW berupa Hadits, dan berdasarkan penggunaan akal berupa Ar-Ra'yu. Selain itu juga Norma Hukum dalam perspektif Hukum Islam harus memenuhi asas-asas dalam bidang dan lapangan hukum Islam diantaranya;

(1) Asas Keadilan. Merupakan asas yang penting dan mencakup semua asas dalam bidang hukum Islam. Karena pentingnya asas ini, Allah

SWT mengungkapkan di dalam al-Quran lebih dari 1000 kali. Sebagaimana firman Allah SWT yang artinya[223];

> *"Hai Daud, sesungguhnya kami menjadikan kamu khalifah (penguasa) di muka bumi, maka berilah keputusan (perkara) di antara manusia dengan adil dan janganlah kamu mengikuti hawa nafsu, karena ia akan menyesatkan kamu dari jalan Allah. Sesungguhnya orang-orang yang sesat dari jalan Allah akan mendapat azab yang berat, karena mereka melupakan hari perhitungan".*

(2) Asas Kepastian Hukum. merupakan asas yang menyatakan bahwa tidak ada satu perbuatan yang dapat dihukum kecuali atas kekuatan ketentuan peraturan yang ada dan berlaku pada perbuatan itu. Sebagaimana firman Allah SWT yang artinya[224];

> *"Barang siapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), maka sesungguhnya dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri; dan barang siapa yang sesat maka sesungguhnya dia tersesat bagi (kerugian) dirinya sendiri. Dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan kami tidak akan mengazab sebelum kami mengutus seorang rasul".*

(3) Asas Kemanfaatan. Merupakan asas yang menyertai asas keadilan dan kepastian hukum sebagaimana disebutkan diatas. Dalam melaksanakan asas keadilan dan kepastian hukum, seyogyanya harus mempertimbangkan asas kemanfaatannya, baik kepada yang bersangkutan sendiri maupun kepada kepentingan masyarakat. Sebagaimana firman Allah SWT yang artinya[225];

> *"Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba dan wanita dengan wanita. Maka barang siapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah (orang memaafkan) mengikuti dengan cara baik".*

---

[223] Al-Shadd (38): 26.
[224] Al-Israa' (17): 15.
[225] Al-Baqarah (2): 178.

E. Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang Memuat Ketentuan Norma Hukum Baru

Bentuk putusan (*vonnis*), dapat dikategorikan sebagai produk hukum utama yang harus diproduksi oleh Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga peradilan konstitusi. Motto yang selalu dimuat diatas kepala surat putusan MK dengan berbunyi *"Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa"*[226] merupakan kelaziman yang berlaku di semua pengadilan di Indonesia sejak dahulu[227]. Selanjutnya didalam putusan harus dimuat juga pendapat hakim yang berbeda[228] terhadap putusan yang bersangkutan. Hal ini dinyatakan secara tegas dalam Pasal 45 ayat (10) UU No. 8 Tahun 2011 tentang Mahkamah Konstitusi bahwa;

> *"Dalam hal putusan tidak tercapai mufakat bulat sebagaimana dimaksud pada ayat (7) dan ayat (8), pendapat anggota Majelis Hakim yang berbeda dimuat dalam putusan".*

Sembilan orang hakim konstitusi atau sekurang-kurangnya tujuh orang hakim konstitusi dapat terjadi silang pendapat yang tidak dapat dipertemukan sama sekali. Meskipun sudah diusahakan semaksimal mungkin, perbedaaan pendapat diantara hakim para hakim itu tidak juga dapat dipertemukan, putusan harus diambil dengan suara yang terbanyak. apabila jumlah hakim yang mengambil putusan ada sembilan orang, berarti jumlah hakim

---

[226] Lihat, Pasal 48 ayat (1) dan ayat (2a) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

[227] Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-undang*, Cetakan Pertama (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 194.

[228] Yang dimaksud pendapat hakim yang berbeda adalah pendapat hakim yang tidak mengikuti kesepakatan mayoritas hakim yang menyusun keseluruhan isi putusan itu. Lihat, *Ibid.*, hlm. 197.

mayoritasnya adalah lima orang. Selain itu, apabila jumlahnya tujuh orang, maka jumlah mayoritasnya adalah empat orang. Apabila jumlah hakim yang mengambil putusan itu hanya delapan orang, maka jumlah mayoritasnya adalah empat orang dikelompok dimana suara ketua sidang berada[229].

Pendapat hakim yang berbeda dari pendapat mayoritas yang menentukan putusan dapat dibagi menjadi dua macam, yakni (i) *dissenting opinion*; atau (ii) *consenting opinion* atau terkadang disebut juga *concurrent opinion*. Yang dimaksud dengan *dissenting opinion* adalah pendapat yang berbeda secara substantif sehingga menghasilkan amar yang berbeda. Misalnya, mayoritas hakim menolak permohonan, tetapi hakim minoritas mengabulkan permohonan yang bersangkutan, atau sebaliknya mayoritas hakim mengabulkan, tetapi minoritas hakim menyatakan tidak dapat menerima permohonan. Secara yuridis, Putusan Mahkamah Konstitusi memang hanya mengenal tiga alternatif putusan, yaitu (i) mengabulkan; (ii) menolak; atau (iii) menyatakan tidak dapat menerima (*niet ontvankelijk verklaard*). Artinya, apabila kesimpulan hakim minoritas untuk salah satu dari ketiga pilihan itu berbeda dengan kesimpulan hakim mayoritas, maka pendapat hakim minoritas yang berbeda itu disebut *dissenting opinion*[230].

Jika kesimpulan akhirnya sama, tetapi argumentasi yang diajukan berbeda, maka hal itu tidak disebut sebagai *dissenting opinion*, melainkan *consenting opinion* atau *concurrent opinion*. Terakadang ada dua argumen yang memang saling bertentangan dan tidak saling melengkapi. Akan tetapi,

[229] *Ibid.*, hlm. 198.
[230] *Ibid.*, hlm. 200.

kesimpulan akhirnya sama, yakni sama-sama mengabulkan, sama-sama menolak, atau sama-sama menyatakan tidak dapat menerima permohonan yang bersangkutan. Maka pendapat hakim minoritas yang berbeda dari pendapat hakim mayoritas juga dapat dimuat dalam putusan seperti halnya *dissenting opinion*.

Berdasarkan wewenang yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi menurut UUD 1945 dan UU tentang Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi dapat dikategorikan sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*). Hal tersebut memberikan konsekuensi kepada MK sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*). Konstitusi sebagai hukum tertinggi yang mengatur penyelenggaraan negara berdasarkan prinsip demokrasi, juga memiliki fungsi untuk melindungi hak asasi manusia yang dijamin dalam konstitusi sehingga menjadi hak konstitusional warga negara. Oleh sebab itu MK juga dapat diartikan sebagai pengawal demokrasi (*the guardian of the democracy*), sebagai pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of the citizen's constitutional right*) serta sebagai pelindung hak asasi manusia (*the protector of human right*)[231].

Kewenangan konstitusional mahkamah konstitusi ini merupakan perwujudan prinsip *check and balance*, dimana menempatkan semua lembaga-lembaga negara pada posisi yang sama dan setara, sehingga dapat saling kontrol-meng-kontrol dalam praktek penyelenggaraan negara. Dalam kurun waktu selama 9 (sembilan) tahun sejak berdirinya, mahkamah

[231] Ni'matul Huda dan R. Nazriyah, Teori … *op.cit*., hlm. 144-145.

konstitusi telah menjalankan dan melaksanakan tiga macam perkara yang menjadi kewenangannya, yakni menguji Undang-undang terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, serta memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Sejak awal mula berdiri sampai sekarang, Mahkamah Konstitusi belum pernah memutus pembubaran partai politik dan memberikan putusan mengenai pendapat DPR bahwa Presiden dan/ atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/ atau pendapat bahwa Presiden dan/ atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/ atau Wakil Presiden[232].

Terkait dengan persoalan khusus untuk perkara pengujian Undang-undang yang telah diputus oleh mahkamah konstitusi berjumlah 321 perkara. Dari jumlah tersebut, 85 perkara dikabulkan (26,5%), 106 perkara ditolak (33%), 94 perkara tidak dapat diterima (29,3%), dan 36 perkara ditarik kembali (11,2%)[233].

Pada awalnya putusan Mahkamah Konstitusi hanya sekedar menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/ atau bagian dari Undang-undang dimaksud bertentangan dengan UUD NRI tahun 1945, dan menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/ atau bagian dari Undang-

[232] *Ibid.,* hlm. 146.

[233] *Ibid.,* hlm. 147. Sebagaimana dikutip dari **Maria Farida Indarti**, "Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Menguatkan Prinsip-prinsip Demokrasi di Indonesia", makalah disampaikan pada Simposium Internasional "*Negara Demokrasi Konstitusional*", diselenggarakan dalam rangka ulang tahun ke-8 Mahkamah Konstitusi RI, jakarta, selasa 12 juli 2011.

undang dimaksud tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat[234], kemudian berkembang dengan memberikan tafsir suatu norma atau Undang-undang yang diuji agar memenuhi syarat konstitusionalitas sehingga tidak terhindarkan mahkamah konstitusi membuat norma hukum baru.

Mahkamah Konstitusi dalam beberapa putusannya telah melakukan pengujian atas produk legislasi sehingga norma atau Undang-undang yang diuji memenuhi syarat konstitusionaltas. Putusan Mahkamah Konstitusi dalam memberi tafsir (petunjuk, arah, dan pedoman serta syarat bahkan membuat norma baru) yang dapat diklasifikasikan sebagai putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) dan putusan inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Jika sebuah tafsir yang ditentukan dalam putusan Mahkamah Konstitusi dipenuhi maka suatu norma atau Undang-undang tetap konstitusional sehingga dipertahankan legalitasnya. Adapun jika tafsir yang ditentukan dalam putusan MK tidak terpenuhi maka suatu norma atau Undang-undang menjadi inkonstitusional sehingga harus dinyatakan bertentangan dengan Undang-undang Dasar dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat[235].

Setelah penyusun melakukan inventarisasi dan telaah terhadap beberapa Putusan Mahkamah Konstitusi Perihal Pengujian Undang-undang Terhadap Undang-undang Dasar 1945, ternyata terdapat beberapa **Putusan Mahkamah**

[234] Lihat, Pasal 51A ayat (5) point b dan c Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

[235] Ni'matul Huda dan R. Nazriyah, Teori … *op.cit*., hlm. 149.

Konstitusi yang Memuat Ketentuan Norma Hukum Baru[236]. Diantara putusan-putusan tersebut adalah;

1. **Putusan Nomor 70/PUU-IX/2011** Perihal Pengujian Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1992 tentang Jaminan Sosial Tenaga Kerja dan Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Tertanggal **8 Agustus 2012** dengan amar putusan berisi[237];

   "**Mengadili,**
   Menyatakan:
   a. Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk seluruhnya; **b.** Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1992 tentang Jaminan Sosial Tenaga Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 14, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3468) yang menyatakan, "*Program jaminan sosial tenaga kerja sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 wajib dilakukan oleh setiap perusahaan bagi tenaga kerja yang melakukan pekerjaan di dalam hubungan kerja sesuai dengan ketentuan undang-undang ini*" **bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 jika dimaknai** meniadakan hak pekerja untuk mendaftarkan diri sebagai peserta program jaminan sosial atas tanggungan perusahaan apabila perusahaan telah nyata-nyata tidak mendaftarkan pekerjanya pada penyelenggara jaminan sosial; **c.** Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1992 tentang Jaminan Sosial Tenaga Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 14, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3468) yang menyatakan, "*Program jaminan sosial tenaga kerja sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3*

[236] Definisi dari model putusan ini adalah sebuah putusan yang ditetapkan oleh Mahkamah Konstitusi dengan isi amar putusan menyatakan secara jelas bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-undang dimaksud *"Bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 jika dimaknai ....."*; materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-undang dimaksud *"Tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat jika dimaknai ....."*; dan materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-undang dimaksud *"Selengkapnya harus dibaca ....."*, *dan/atau "sehingga menjadi ....."*, *dan/atau "menjadi ....."*;.

[237] Baca **Putusan Nomor 70/PUU-IX/2011** Perihal Pengujian Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1992 tentang Jaminan Sosial Tenaga Kerja dan Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

wajib dilakukan oleh setiap perusahaan bagi tenaga kerja yang melakukan pekerjaan di dalam hubungan kerja sesuai dengan ketentuan undang-undang ini" **tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat jika dimaknai** meniadakan hak pekerja untuk mendaftarkan diri sebagai peserta program jaminan sosial atas tanggungan perusahaan apabila perusahaan telah nyata-nyata tidak mendaftarkannya pada penyelenggara jaminan sosial; **d.** Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1992 tentang Jaminan Sosial Tenaga Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 14, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3468) **selengkapnya harus dibaca**, "*Program jaminan sosial tenaga kerja sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 wajib dilakukan oleh setiap perusahaan bagi tenaga kerja yang melakukan pekerjaan di dalam hubungan kerja sesuai dengan ketentuan undang-undang ini dan pekerja berhak mendaftarkan diri sebagai peserta program jaminan sosial atas tanggungan perusahaan apabila perusahaan telah nyata-nyata tidak mendaftarkannya pada penyelenggara jaminan sosial";* **e.** Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 150, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4456) yang menyatakan, "*Pemberi kerja secara bertahap wajib mendaftarkan dirinya dan pekerjanya sebagai peserta kepada Badan Penyelenggara Jaminan Sosial, sesuai dengan program jaminan sosial yang diikuti*" **bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 jika dimaknai** meniadakan hak pekerja untuk mendaftarkan diri sebagai peserta program jaminan sosial atas tanggungan pemberi kerja apabila pemberi kerja telah nyata-nyata tidak mendaftarkan pekerjanya pada Badan Penyelenggara Jaminan Sosial; **f.** Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 150, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4456) yang menyatakan, "*Pemberi kerja secara bertahap wajib mendaftarkan dirinya dan pekerjanya sebagai peserta kepada Badan Penyelenggara Jaminan Sosial, sesuai dengan program jaminan sosial yang diikuti*" **tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat jika dimaknai** meniadakan hak pekerja untuk mendaftarkan diri sebagai peserta program jaminan sosial atas tanggungan pemberi kerja apabila pemberi kerja telah nyata-nyata tidak mendaftarkan pekerjanya pada Badan Penyelenggara Jaminan Sosial; **g.** Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 150, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4456) **selengkapnya harus dibaca**, "*Pemberi kerja secara bertahap* wajib *mendaftarkan dirinya dan pekerjanya sebagai peserta kepada Badan Penyelenggara Jaminan*

Sosial, sesuai dengan program jaminan sosial yang diikuti dan pekerja berhak untuk mendaftarkan diri sebagai peserta program jaminan sosial atas tanggungan pemberi kerja apabila pemberi kerja telah nyata-nyata tidak mendaftarkan pekerjanya pada Badan Penyelenggara Jaminan Sosial"; **h.** Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya";

2. **Putusan Nomor 81/PUU-IX/2011** Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Tertanggal **4 Januari 2012** dengan amar putusan berisi[238];

"**Mengadili,**
Dalam Provisi:
Menolak permohonan provisi para Pemohon;
Dalam Pokok Permohonan:
a. Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian; **b.** Menyatakan Pasal 11 huruf i dan Pasal 85 huruf i Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 101 Tambahan Lembaran Negara Repulik Indonesia Nomor 5246), sepanjang frasa, "mengundurkan diri dari keanggotaan partai politik … pada saat mendaftar sebagai calon" **bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai** "sekurang-kurangnya dalam jangka waktu 5 (lima) tahun telah mengundurkan diri dari keanggotaan partai politik pada saat mendaftar sebagai calon"; **c.** Menyatakan Pasal 11 huruf i dan Pasal 85 huruf i Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara 64 Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 101 Tambahan Lembaran Negara Repulik Indonesia Nomor 5246), sepanjang frasa, "mengundurkan diri dari keanggotaan partai politik … pada saat mendaftar sebagai calon" **tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai** "sekurang-kurangnya dalam jangka waktu 5 (lima) tahun telah mengundurkan diri dari keanggotaan partai politik pada saat mendaftar sebagai calon"; **d.** Menyatakan Pasal 109 ayat (4) huruf c, huruf d, dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 101 Tambahan Lembaran Negara Repulik Indonesia Nomor 5246) bertentangan dengan Undang-

[238] Lihat, **Putusan Nomor 81/PUU-IX/2011** Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; **e.** Menyatakan Pasal 109 ayat (4) huruf c, huruf d, dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 101 Tambahan Lembaran Negara Repulik Indonesia Nomor 5246) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat; **f.** Menyatakan Pasal 109 ayat (4) huruf e Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 101 Tambahan Lembaran Negara Repulik Indonesia Nomor 5246) sepanjang bagian kalimat "4 (empat) orang tokoh masyarakat dalam hal jumlah utusan partai politik yang ada di DPR berjumlah ganjil atau ... dalam hal jumlah utusan partai politik yang ada di DPR berjumlah genap" bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; **g.** Menyatakan Pasal 109 ayat (4) huruf e Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 101 Tambahan Lembaran Negara Repulik Indonesia Nomor 5246) sepanjang bagian kalimat "4 (empat) orang tokoh masyarakat dalam hal jumlah utusan partai politik yang ada di DPR berjumlah ganjil atau ... dalam hal jumlah utusan partai politik yang ada di DPR berjumlah genap" tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, sehingga Pasal 109 ayat (4) tersebut **selengkapnya harus dibaca**: "DKPP sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri dari: a. 1 (satu) orang unsur KPU; b. 1 (satu) orang unsur Bawaslu; e. 5 (lima) orang tokoh masyarakat." **h.** Menyatakan Pasal 109 ayat (11) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 101 Tambahan Lembaran Negara Repulik Indonesia Nomor 5246) sepanjang frasa "berdasarkan kebutuhan dan pertimbangan masing-masing unsur" bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; **i.** Menyatakan Pasal 109 ayat (11) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 101 Tambahan Lembaran Negara Repulik Indonesia Nomor 5246) sepanjang frasa "berdasarkan kebutuhan dan pertimbangan masing-masing unsur" tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, sehingga Pasal 109 ayat (11) tersebut **selengkapnya harus dibaca**, "Setiap anggota DKPP dari setiap unsur dapat diganti antarwaktu sesuai dengan ketentuan yang berlaku"; **j.** Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya; **k.** Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya;

3. **Putusan Nomor 11/PUU-VIII/2010** Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945. Tertanggal **18 Maret 2010** dengan amar putusan berisi[239];

> **Mengadili**
> **1.** Mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian; **2.** Menyatakan kata, *"Calon"*, dan frasa, *"... diusulkan oleh KPU Provinsi kepada Bawaslu sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya ...."* dalam Pasal 93; kata, *"Calon"* serta frasa *"... diusulkan oleh KPU Kabupaten/Kota kepada Panwaslu Provinsi sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya ...."* dalam Pasal 94 ayat (1) dan ayat (2); kata, *"Calon"* dan frasa, *"... diusulkan oleh KPU Kabupaten/Kota kepada Panwaslu Kabupaten/Kota sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya ...."* dalam Pasal 95 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4721) **bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sehingga menjadi**:
> **Pasal 93**
> ***Anggota Panwaslu Provinsi ditetapkan dengan keputusan Bawaslu sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Provinsi terpilih setelah melalui uji kelayakan dan kepatutan.***
> **Pasal 94**
> ***(1) Anggota Panwaslu Kabupaten/Kota untuk Pemilu Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, serta Pemilu Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi dipilih sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Kabupaten/Kota setelah melalui uji kelayakan dan kepatutan dan ditetapkan dengan keputusan Bawaslu.***
> ***(2) Anggota Panwaslu Kabupaten/Kota untuk Pemilu Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten/Kota dipilih sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Kabupaten/Kota setelah melalui uji kelayakan dan kepatutan dan ditetapkan dengan keputusan Bawaslu.***]
> **Pasal 95**
> ***Anggota Panwaslu Kecamatan dipilih sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Kecamatan dan ditetapkan dengan keputusan Panwaslu Kabupaten/Kota.***
> **3.** Menyatakan kata, *"Calon"*, dan frasa, *"... diusulkan oleh KPU Provinsi kepada Bawaslu sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya ...."* dalam Pasal 93; kata, *"Calon"* serta frasa *"... diusulkan oleh*

[239] Baca **Putusan Nomor 11/PUU-VIII/2010** Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

KPU Kabupaten/Kota kepada Panwaslu Provinsi sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya ....” dalam Pasal 94 ayat (1) dan ayat (2); kata, *“Calon”* dan frasa, *“... diusulkan oleh KPU Kabupaten/Kota kepada Panwaslu Kabupaten/Kota sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya ....”* dalam Pasal 95 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4721**) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat**; **4.** Menyatakan 192 Panitia Pengawas Pemilu yang sudah dibentuk adalah sah dan dapat melaksanakan tugas, fungsi, dan wewenang masing-masing sesuai dengan Undang-Undang; **5.** Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya; **6.** Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara sebagaimana mestinya;

4. **Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010** Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Tertanggal **17 Februari 2012** dengan amar putusan berisi[240];

   Mengadili,
   Menyatakan:
   1. Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian; **2.** Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, *“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”*, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hokum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya; **3.** Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, *“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”*, tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat

[240] Baca **Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010** Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

> dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut harus dibaca, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"*; **4.** Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya; **5.** Memerintahkan untuk memuat putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya[241];

Terdapat beberapa alasan hukum yang tertuang didalam beberapa Putusan Mahkamah Konstitusi pada bagian "Pendapat Mahkamah" dan selanjutnya digunakan oleh MK sebagai landasan pada putusannya. Diantara Pendapat Mahkamah Konstitusi sebagaimana dimaksud adalah;

a. Menimbang terhadap sebuah norma yang multitafsir dan dalam salah satu penafsirannya berpotensi untuk merugikan hak-hak warga negara yang dilindungi oleh Undang-Undang Dasar sehingga Undang-Undang dapat bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, Mahkamah dalam beberapa putusannya mempersempit penafsiran norma tersebut supaya tidak terjadi pelanggaran terhadap Undang-Undang Dasar dengan cara memberikan kedudukan terhadap norma tersebut konstitusional sejauh ditafsirkan dengan tafsir tertentu (*conditionally constitutional*);
b. Menimbang bahwa meskipun materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-undang yang dimohonkan dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, namun Mahkamah tidak serta merta menyatakan materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-undang yang

[241] *Ibid.,* hlm. 10.

dimohonkan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, karena apabila materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-undang yang dimohonkan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, hal itu akan menimbulkan kekosongan hukum (*rechtsvacuum*). Artinya, ketentuan yang dibuat oleh Mahkamah ini hanya berlaku sampai pembentuk Undang-Undang melakukan perubahan atas Undang-Undang *a quo* dengan memuat ketentuan yang lebih proporsional sesuai dengan jiwa putusan Mahkamah ini;

c. Mahkamah berpendapat norma hukum di Indonesia tidak dapat diklasifikasi hanya sebatas pada norma-norma hukum positif yang tertulis dalam Undang-Undang. Selain norma hukum yang telah ditetapkan dan ditulis oleh negara, berlaku pula norma hukum lain yang sejatinya telah mengakar dan berlaku secara kultural di tengah masyarakat Indonesia. Norma-norma hukum yang hidup dalam masyarakat inilah yang secara sosiologis dan historis lebih dahulu diakui oleh masyarakat Indonesia dengan ragam budaya yang dimilikinya; selanjutnya Mahkamah mengakui adanya norma hukum lain yang hidup dan mengikat di dalam masyarakat Indonesia, yakni norma hukum agama, norma hukum adat, dan norma hukum kesusilaan yang tidak kesemuanya dimuat dalam hukum positif di Indonesia;

d. Menimbang bahwa cita-cita bangsa Indonesia adalah mewujudkan masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila. Tujuan negara Indonesia dimaksud termaktub dalam alinea keempat Pembukaan UUD

1945, yang meliputi: (i) melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia; (ii) memajukan kesejahteraan umum; (iii) mencerdaskan kehidupan bangsa; dan (iv) ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial;

e. Menimbang bahwa hukum sebagai alat untuk mencapai tujuan tersebut selain berpijak pada lima dasar untuk mencapai tujuan negara juga harus berfungsi dan selalu berpijak pada empat prinsip cita hukum (*rechtsidee*), yaitu (i) melindungi segenap unsur bangsa demi keutuhan (integrasi); (ii) mewujudkan keadilan sosial dalam bidang ekonomi dan sosial; (iii) mewujudkan kedaulatan rakyat (demokrasi) dan negara hukum (nomokrasi); (iv) menciptakan toleransi atas dasar kemanusiaan dan keadaban hidup dalam hidup beragama;

f. Menurut Mahkamah, untuk menilai konstitusionalitas pasal yang dimohonkan pengujian haruslah mempertimbangkan berbagai perspektif, yakni filosofis, historis, sosiologis, teleologis, dan politis pembentukan UU *a quo* sehingga apapun putusan Mahkamah tetap akan bermuara kepada hukum yang adil;

Perlu kita ketahui secara seksama bahwa proses pengambilan keputusan dalam perkara pengujian Undang-undang di Mahkamah Konstitusi ialah melalui proses yang cukup panjang. Hal ini disebabkan karena Undang-undang pada hakikatnya merupakan produk hukum yang mencerminkan kehendak politik mayoritas rakyat yang termanifestasi dalam peran para pembentuk Undang-undang (DPR dan Presiden), yang terkadang juga

bersama DPD[242]. Oleh sebab itu, proses pemeriksaan setiap perkara pengujian Undang-undang haruslah dilakukan dengan seksama. Dalam pemeriksaan persidangan, semua pihak harus didengarkan keterangannya sesuai dengan asas *audi et alteram partem.* Baik lembaga pembentuk Undang-undangnya, lembaga negara atau badan pemerintahan yang menjadi pelaksana Undang-undangnya, maupun kelompok masyarakat yang merasa berkepentingan dengan pengujian Undang-undang tersebut[243].

Berbicara tentang Putusan, tentu tidak bisa serta-merta dilepaskan dari apa yang disebut sebagai "sumber-sumber hukum". secara garis besar sumber hukum dapat dibagi menjadi dua yakni; (i) sumber hukum materiil dan (ii) sumber hukum formil. Menurut **E. Utrecht** "sumber hukum materiil" meliputi[244]; (a) sumber hukum menurut ahli sejarah, (b) sumber hukum menurut filosof, (c) sumber hukum menurut ahli sosiologi dan ahli antropologi budaya, (d) sumber hukum menurut ahli ekonomi, (e) sumber hukum menurut ahli agama, dan (f) sumber hukum menurut sarjana hukum. sedangkan sumber "hukum formil" menurut **E. Utrecht** meliputi[245]; (a) Undang-undang, (b) persetujuan, (c) perjanjian antarnegara, (d) kebiasaan dan adat, (e) Yurisprudensi, dan (f) Doktrin.

Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan tugas dan kewajibannya sebagai pengawal konstitusi juga harus tunduk pada asas-asas dan sumber

---

[242] Jimly Asshiddiqie, Hukum … *op.cit*., hlm. 205.
[243] *Ibid*.
[244] Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kelima (Jakarta: PT Rineka Cipta, 2007), hlm. 73-74.
[245] *Ibid.*, hlm. 81-82.

hukum acara Mahkamah Konstitusi. Adapun asas-asas yang harus dipatuhi oleh Mahkamah Konstitusi diantaranya adalah[246];

1) Asas persidangan terbuka untuk umum;
2) Asas independensi dan imparsial;
3) Asas peradilan dilaksanakan secara cepat, sederhana dan murah;
4) Asas hak untuk didengar secara seimbang (*audi et alteram partem*);
5) Asas hakim aktif dan juga pasif dalam proses persidangan; dan
6) Asas "*Ius Curia Novit*"[247].

Selain asas-asas sebagaimana disebutkan diatas Mahkamah Konstitusi juga harus tunduk pada sumber-sumber hukum acara Mahkamah Konstitusi diantaranya adalah[248];

a) Undang-undang Mahkamah Konstitusi;
b) Peraturan Mahkamah Konstitusi;
c) Yurisprudensi Mahkamah Konstitusi RI;
d) Undang-undang Hukum Acara Perdata, Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara dan Hukum Acara Pidana;
e) Pendapat Sarjana; dan
f) Hukum Acara dan Yurisprudensi Mahkamah Konstitusi negara lain.

---

[246] Abdul Latief et. al., *Buku Ajar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Cetakan Pertama (Yogyakarta: Total Media, 2009), hlm. 69-80.

[247] Maksud dari asas ini adalah *"pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya"*. Artinya, pengadilan dianggap mengetahui hukum yang diperlukan untuk menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya sehingga pengadilan tidak boleh menolak perkara karena berpendapat hukumnya tidak jelas. Lihat, *Ibid.*, hlm. 81.

[248] *Ibid.*, hlm. 83.

Menurut pandangan **Jimly Asshiddiqie** terhadap Undang-undang sebagai produk lembaga legislatif memiliki kedudukan yang sederajat dengan Yurisprudensi sebagai produk lembaga yudikatif yang telah mendapatkan kekuatan berlaku secara tetap (*in kracht*). Maka, konsekuensi logis dari kesederajatan itu otomatis dapat terjadi bahwa sesuatu materi dalam putusan pengadilan itu tidak sesuai ataupun justru bertentangan dari suatu materi yang diatur dalam Undang-undang[249].

Perbedaan ataupun pertentangan yang mungkin terjadi di antara kedua lembaga ini (legislatif dan yudikatif) dapat ditafsirkan sebagai esensi dari pemberlakuan hak uji materiil oleh kekuasaan kehakiman terhadap materi Undang-undang sesuai dengan semangat UUD 1945 yang sangat jelas berbeda dengan semangat yang diatur dalam Konstitusi RIS dan UUDS 1950 dengan menyatakan bahwa UU tidak dapat diganggu gugat[250].

Secara garis besar pengujian konstitusionalitas Undang-undang adalah pengujian mengenai nilai konstitusional Undang-undang itu, baik dari segi formal ataupun materiil. Oleh sebab itu, pengujian konstitusionalitas harus dibedakan dari pengujian legalitas. Mahkamah Konstitusi berwenang melakukan pengujian konstitusionalitas (*the constitutionally of legislative law or legislation*), sedangkan Mahkamah Agung berwenang melakukan

[249] Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalitas Indonesia*, Cetakan Pertama (Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), hlm. 271.

[250] *Ibid.*

pengujian legalitas (the legality of regulation), bukan pengujian konstitusionalitas[251].

Konstitusionalitas tidak hanya terpaku pada apa yang tertulis dalam naskah Undang-undang Dasar. Pada penjelasan UUD 1945 yang asli dijelaskan bahwa Undang-undang Dasar itu hanyalah sebagian dari konstitusi yang tertulis, disamping itu masih ada konstitusi yang tidak tertulis, yaitu yang terdapat dalam nilai-nilai yang hidup dalam praktik-praktik ketatanegaraan. Oleh karena itu, untuk menilai atau menguji konstitusionalitas suatu undang-undang, dapat mempergunakan beberapa alat pengukur atau penilai yaitu (i) naskah Undang-undang dasar yang resmi tertulis; beserta (ii) dokumen-dokumen tertulis yang terkait erat dengan naskah undang-undang dasar itu, seperti risalah-risalah keputusan dan ketetapan MPR, undang-undang tertentu, peraturan tata tertib, dan lain-lain; serta (iii) nilai-nilai konstitusi yang hidup dalam praktik ketatanegaraan yang telah dianggap sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari keharusan dan kebiasaan dalam penyelenggaraan kegiatan negara; dan (iv) nilai-nilai yang hidup dalam kesadaran kognitif rakyat serta kenyataan perilaku politik dan hukum warga negara yang dianggap sebagai kebiasaan dan keharusan-keharusan yang ideal dalam perikehidupan berbangsa dan bernegara[252].

Di dalam ilmu hukum tata negara (*constitutional law*) pada umumnya yang diakui sebagai sumber hukum adalah (i) Undang-undang Dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis, (ii) Yurisprudensi peradilan, (iii)

[251] Jimly Asshiddiqie, Hukum … *op.cit*., hlm. 4.
[252] *Ibid.,* hlm. 5-6.

kebiasaan ketatanegaraan atau *constitutional conventions*, dan (iv) hukum internasional tertentu. Disamping keempat sumber hukum diatas, terdapat sumber hukum lain yang juga dapat dijadikan referensi dalam "membuat keputusan hukum" yakni; (i) nilai-nilai dan norma hukum yang hidup sebagai konstitusi tidak tertulis; (ii) kebiasaan-kebiasaan yang bersifat normatif tertentu yang diakui dalam ketentuan hukum yang lazim; dan (iii) doktrin-doktrin ilmu pengetahuan hukum yang telah diakui sebagai *ius comminis opinio doctorum* di kalangan para ahli dan mempunyai otoritas secara umum[253].

Dengan demikian, dalam rangka menganalisis sebuah putusan yang dihasilkan oleh lembaga yudikatif khususnya adalah Mahkamah Konstitusi tidak boleh dilepaskan dari ketentuan sumber-sumber hukum baik formil maupun materiil, serta asas-asas dan sumber hukum acara Mahkamah Konstitusi. Selain itu juga, kita harus memperhatikan secara teliti **"waktu ditetapkannya/ dikeluarkannya sebuah putusan oleh Mahkamah Konstitusi"**. Apabila ada putusan Mahkamah Konstitusi yang memuat *ultra petita*, menguji UU dengan batu uji UU yang lain, bahkan memuat ketentuan norma hukum baru dan ditetapkan **sebelum** adanya Putusan Nomor 48/PUU-IX/2011 dan Putusan Nomor 49/PUU-IX/2011, tertanggal 18 Oktober 2011. Maka Putusan yang dimaksud bersifat *inkonstitusional* dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Tetapi sebaliknya, Apabila ada putusan Mahkamah Konstitusi yang memuat *ultra petita*, menguji UU dengan batu uji

[253] *Ibid.,* hlm. 7.

UU yang lain, bahkan memuat ketentuan norma hukum baru dan ditetapkan **setelah** adanya Putusan Nomor 48/PUU-IX/2011 dan Putusan Nomor 49/PUU-IX/2011, tertanggal 18 Oktober 2011. Maka Putusan yang dimaksud bersifat *konstitusional* dan memiliki kekuatan hukum mengikat.

BAB IV

PENYAJIAN DATA DAN ANALISIS

A. Deskripsi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010

Sebelum kita membahas secara mendalam dan menyeluruh mengenai Deskripsi Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 terlebih dahulu penulis ingin menyampaikan beberapa ketentuan yang sudah diatur secara jelas dan tegas perihal "Putusan" dalam Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Pada Pasal 45 ayat (1) dijelaskan bahwa[254];

> *"Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim".*

Selanjutnya di dalam Pasal 48 ayat (1) dan (2) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi diterangkan bahwa;

> *(1) Mahkamah Konstitusi memberi putusan Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.*
> *(2) Setiap putusan Mahkamah Konstitusi harus memuat;*

[254] Lebih jelasnya lihat, Pasal 45 ayat (1) sampai dengan ayat (10) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

a. *Kepala putusan berbunyi: "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA";*
b. *Identitas pihak;*
c. *Ringkasan permohonan;*
d. *Pertimbangan terhadap fakta yang terungkap dalam persidangan;*
e. *Pertimbangan hukum yang menjadi dasar putusan;*
f. *Amar putusan; dan*
g. *Hari, tanggal putusan, nama hakim konstitusi, dan panitera.*

Berdasarkan ketetapan serta prosedur yang telah diatur dalam Pasal 48 ayat (1) dan (2) diatas, selanjutnya penulis akan mendeskripsikan tentang Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 sebagai berikut[255];

1. Kepala Putusan

Disebutkan dalam Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 adalah; PUTUSAN NOMOR 46/PUU-VIII/2010 DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA.

2. Identitas Pihak

1. Nama : **Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim**, Tempat dan Tanggal Lahir : Ujung Pandang, 20 Maret 1970, Alamat : Jalan Camar VI Blok BL 12A, RT/RW 002/008, Desa/Kelurahan Pondok Betung, Kecamatan Pondok Aren, Kabupaten Tangerang, Banten.

2. Nama : **Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono**, Tempat dan Tanggal Lahir : Jakarta, 5 Februari 1996, Alamat : Jalan Camar VI Blok BL 12A, RT/RW 002/008, Desa/Kelurahan Pondok Betung, Kecamatan Pondok Aren, Kabupaten Tangerang, Banten.

Berdasarkan Surat Kuasa Nomor 58/KH.M&M/K/VIII/2010 bertanggal 5 Agustus 2010, memberi kuasa kepada i) Rusdianto Matulatuwa; ii) Oktryan Makta; dan iii) Miftachul I.A.A., yaitu advokat pada Kantor Hukum Matulatuwa & Makta yang beralamat di Wisma Nugra Santana 14th Floor, Suite 1416, Jalan Jenderal Sudirman Kav. 7-8 Jakarta 10220, baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama bertindak untuk

[255] Lebih jelasnya lihat, Risalah Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hlm. 3-4.

dan atas nama pemberi kuasa; Selanjutnya disebut sebagai ---------- **Para Pemohon.**

3. Ringkasan Permohonan

Bahwa para Pemohon yang berkedudukan sebagai perorangan warga negara Indonesia mengajukan permohonan pengujian ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut UU Perkawinan), yang pada intinya sebagai berikut:

a. Bahwa menurut para Pemohon ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menimbulkan ketidakpastian hukum yang mengakibatkan kerugian bagi para Pemohon, khususnya yang berkaitan dengan status perkawinan dan status hukum anak yang dihasilkan dari hasil perkawinan Pemohon I;
b. Bahwa hak konstitusional para Pemohon telah dicederai oleh norma hukum dalam Undang-Undang Perkawinan. Norma hukum ini jelas tidak adil dan merugikan karena perkawinan Pemohon I adalah sah dan sesuai dengan rukun nikah dalam Islam. Merujuk ke norma konstitusionai yang termaktub dalam Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 maka perkawinan Pemohon I yang dilangsungkan sesuai rukun nikah adalah sah tetapi terhalang oleh Pasal 2 UU Perkawinan, akibatnya menjadi tidak sah menurut norma hukum.
   Akibatnya, pemberlakuan norma hukum ini berdampak terhadap status hukum anak (Pemohon II) yang dilahirkan dari perkawinan Pemohon I menjadi anak di luar nikah berdasarkan ketentuan norma hukum dalam Pasal 34 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan. Disisi lain, perlakuan diskriminatif ini sudah barang tentu menimbulkan permasalahan karena status seorang anak di muka hukum menjadi tidak jelas dan sah.
c. Singkatnya menurut Pemohon, ketentuan *a quo* telah menimbulkan perlakuan yang tidak sama di hadapan hukum serta menciptakan perlakuan yang bersifat diskrimintaif, karena itu menurut para Pemohon ketentuan *a quo* dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

4. Pertimbangan Terhadap Fakta Yang Terungkap Dalam Persidangan

[3.1] Menimbang bahwa maksud dan tujuan permohonan *a quo* adalah untuk menguji Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019, selanjutnya disebut UU 1/1974) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945);

[3.2] Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan pokok permohonan, Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Mahkamah) terlebih dahulu akan mempertimbangkan:

a. Kewenangan Mahkamah untuk mengadili permohonan *a quo*;
b. Kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon untuk mengajukan permohonan *a quo*;

Kewenangan Mahkamah

[3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226, selanjutnya disebut UU MK), serta Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076, selanjutnya disebut UU 48/2009), salah satu kewenangan konstitusional Mahkamah adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar[256];

[3.4] Menimbang bahwa permohonan para Pemohon adalah untuk menguji konstitusionalitas norma Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 terhadap UUD 1945, yang menjadi salah satu kewenangan Mahkamah, sehingga oleh karenanya Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan *a quo;*

Kedudukan Hukum (Legal Standing) para Pemohon

[3.5] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta Penjelasannya, yang dapat mengajukan permohonan Pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang diberikan oleh UUD 1945 dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang, yaitu:

a. perorangan warga negara Indonesia (termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama);
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;

[256] *Ibid.,* hlm. 5-6.

Dengan demikian, para Pemohon dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 harus menjelaskan dan membuktikan terlebih dahulu:

a. kedudukannya sebagai para Pemohon sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU MK;
b. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;

[3.6] Menimbang pula bahwa Mahkamah sejak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 bertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007 bertanggal 20 September 2007, serta putusan-putusan selanjutnya berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi lima syarat, yaitu:

a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidak-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

[3.7] Menimbang bahwa berdasarkan uraian sebagaimana tersebut pada paragraf [3.5] dan [3.6] di atas, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon dalam permohonan a quo sebagai berikut:

[3.8] Menimbang bahwa pada pokoknya para Pemohon mendalilkan sebagai perorangan warga negara Indonesia yang mempunyai hak konstitusional yang diatur dalam UUD 1945 yaitu:

Pasal 28B ayat (1) yang menyatakan, *"Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah"*;

Pasal 28B ayat (2) yang menyatakan, *"Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi"*, dan

Pasal 28D ayat (1) yang menyatakan, *"Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum"*; Hak konstitusional tersebut telah dirugikan akibat berlakunya ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974;

[3.9] Menimbang bahwa dengan memperhatikan akibat yang dialami oleh para Pemohon dikaitkan dengan hak konstitusional para Pemohon, menurut Mahkamah, terdapat hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian, sehingga para Pemohon memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*;

[3.10] Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*, dan para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*), selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan;

5. Pertimbangan Hukum Yang Menjadi Dasar Putusan

[3.11] Menimbang bahwa pokok permohonan para Pemohon, adalah pengujian konstitusionalitas Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 yang menyatakan, *"Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku"*, dan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"*, khususnya mengenai hak untuk mendapatkan status hukum anak[257];

[3.12] Menimbang bahwa pokok permasalahan hukum mengenai pencatatan perkawinan menurut peraturan perundang-undangan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) pencatatan perkawinan. Mengenai permasalahan tersebut, Penjelasan Umum angka 4 huruf b UU 1/1974 tentang asas-asas atau prinsip-prinsip perkawinan menyatakan, *"... bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; dan di samping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akte yang juga dimuat dalam daftar pencatatan"*. Berdasarkan Penjelasan UU 1/1974 di atas nyatalah bahwa (i) pencatatan perkawinan bukanlah merupakan faktor yang menentukan sahnya perkawinan; dan (ii) pencatatan merupakan kewajiban administratif yang diwajibkan berdasarkan peraturan perundang-undangan. Adapun faktor yang menentukan sahnya perkawinan adalah syarat-syarat yang ditentukan oleh agama dari masing-masing pasangan calon mempelai. Diwajibkannya pencatatan perkawinan oleh negara melalui peraturan perundang-undangan merupakan kewajiban administratif. Makna pentingnya kewajiban administratif berupa pencatatan perkawinan tersebut, menurut Mahkamah,

[257] *Ibid.*, hlm. 7-9.

dapat dilihat dari dua perspektif. *Pertama*, dari perspektif negara, pencatatan dimaksud diwajibkan dalam rangka fungsi negara memberikan jaminan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia yang bersangkutan yang merupakan tanggung jawab negara dan harus dilakukan sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis yang diatur serta dituangkan dalam peraturan perundang-undangan [*vide* Pasal 28I ayat (4) dan ayat (5) UUD 1945]. Sekiranya pencatatan dimaksud dianggap sebagai pembatasan, pencatatan demikian menurut Mahkamah tidak bertentangan dengan ketentuan konstitusional karena pembatasan ditetapkan dengan Undang-Undang dan dilakukan dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis [*vide* Pasal 28J ayat (2) UUD 1945]. *Kedua*, pencatatan secara administratif yang dilakukan oleh negara dimaksudkan agar perkawinan, sebagai perbuatan hokum penting dalam kehidupan yang dilakukan oleh yang bersangkutan, yang berimplikasi terjadinya akibat hukum yang sangat luas, di kemudian hari dapat dibuktikan dengan bukti yang sempurna dengan suatu akta otentik, sehingga perlindungan dan pelayanan oleh negara terkait dengan hak-hak yang timbul dari suatu perkawinan yang bersangkutan dapat terselenggara secara efektif dan efisien. Artinya, dengan dimilikinya bukti otentik perkawinan, hak-hak yang timbul sebagai akibat perkawinan dapat terlindungi dan terlayani dengan baik, karena tidak diperlukan proses pembuktian yang memakan waktu, uang, tenaga, dan pikiran yang lebih banyak, seperti pembuktian mengenai asal-usul anak dalam Pasal 55 UU 1/1974 yang mengatur bahwa bila asal-usul anak tidak dapat dibuktikan dengan akta otentik maka mengenai hal itu akan ditetapkan dengan putusan pengadilan yang berwenang. Pembuktian yang demikian pasti tidak lebih efektif dan efisien bila dibandingkan dengan adanya akta otentik sebagai buktinya;

[3.13] Menimbang bahwa pokok permasalahan hukum mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) frasa *"yang dilahirkan di luar perkawinan"*. Untuk memperoleh jawaban dalam perspektif yang lebih luas perlu dijawab pula permasalahan terkait, yaitu permasalahan tentang sahnya anak. Secara alamiah, tidaklah mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadinya pertemuan antara ovum dan spermatozoa baik melalui hubungan seksual (*coitus*) maupun melalui cara lain berdasarkan perkembangan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan. Oleh karena itu, tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari

tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu. Akibat hukum dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki, adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara bertimbal balik, yang subjek hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak. Berdasarkan uraian di atas, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayah seringkali mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan *stigma* di tengah-tengah masyarakat. Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan;

[3.14] Menimbang bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas maka Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"* harus dibaca, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"*;

[3.15] Menimbang bahwa, berdasarkan seluruh pertimbangan di atas, maka dalil para Pemohon sepanjang menyangkut Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 tidak beralasan menurut hukum. Adapun Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"* adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yakni inkonstitusional sepanjang ayat tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya;

6. Amar Putusan

Mengadili,
Menyatakan:

2. Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian;
3. Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"*, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hokum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya;
4. Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"*, tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut harus dibaca, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"*;
5. Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya;
6. Memerintahkan untuk memuat putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya[258];

7. Hari, Tanggal Putusan, Nama Hakim Konstitusi, Dan Panitera

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Moh. Mahfud MD., selaku Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Maria Farida Indrati, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, dan Muhammad Alim, masing-masing sebagai Anggota, pada hari Senin, tanggal tiga belas, bulan Februari, tahun dua ribu dua belas dan diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari Jumat, tanggal tujuh belas, bulan Februari, tahun dua ribu dua belas, oleh

[258] *Ibid.,* hlm. 10.

> sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Moh. Mahfud MD., selaku Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Maria Farida Indrati, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, dan Muhammad Alim, masing-masing sebagai Anggota, dengan didampingi oleh Mardian Wibowo sebagai Panitera Pengganti, serta dihadiri oleh para Pemohon dan/atau kuasanya, Pemerintah atau yang mewakili, dan Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili[259].

Keterangan dan penjelasan diatas merupakan Deskripsi dari Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang di sinkronkan dengan ketentuan Pasal 48 ayat (2) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

B. Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Membuat Ketentuan Norma Hukum Baru

Pada sub-bab ini penulis akan mencoba menganalisis rumusan masalah dalam tesis ini. Sebagaimana yang tertuang dalam Bab I tentang rumusan masalah, *pertama* akan mengupas terkait persoalan Apakah Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk membuat ketentuan norma hukum baru?

Secara *normatif-yuridis* sebagaimana pendekatan penelitian yang digunakan oleh penulis, sangat jelas dan *gamblang* dinyatakan dalam

[259] *Ibid.,* hlm. 11.

ketentuan Pasal 24C Undang-undang Dasar 1945 Junto Pasal 10 Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi bahwa[260];

> *(1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:*
> *a. Menguji Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;*
> *b. Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;*
> *c. Memutus pembubaran partai politik; dan*
> *d. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.*
>
> *(2) Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*

Salah satu dari kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagaimana disebutkan diatas pada poin (a) adalah "*Menguji Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar 1945*". Dalam hal pengujian ini, Undang-undang tentang Mahkamah Konstitusi secara tersendiri mengatur perihal tata cara serta prosedur pengujian UU terhadap UUD. Pada Pasal 51 UU MK dijelaskan bahwa;

> *(1) Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya Undang-undang, yaitu:*

[260] Lihat, Pasal 10 ayat (1) dan (2) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

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; dan*
d. *Lembaga negara.*

(2) Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

(3) Dalam permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa:
a. *Pembentukan Undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan/atau*
b. *Materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian Undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*

Melihat kasus pembahasan dalam tesis ini adalah perihal "*Permohonan Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia*". Maka permohonan pengujian ini termasuk pada kategori "*Permohonan Pengujian secara Materiil*". Sebagaimana diatur dalam Pasal 51A ayat (5) bahwa[261];

"Dalam hal permohonan pengujian berupa permohonan pengujian materiil, hal yang dimohonkan untuk diputus dalam permohonan pengujian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 31 ayat (1) huruf c meliputi[262]:
a. *Mengabulkan permohonan pemohon;*
b. *Menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal. Dan/atau bagian dari Undang-undang dimaksud bertentangan dengan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan*
c. *Menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-undang dimaksud tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat".*

[261] Lihat, Pasal 51A ayat (5) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

[262] Pada Pasal 31 ayat (1) huruf c disebutkan: "Hal-Hal Yang Diminta Untuk Diputus".

Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 perihal "*Permohonan Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia*" pada bagian "Pendapat Mahkamah" diantaranya menyatakan bahwa *"Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan"*[263]. Alasan tersebut juga telah penyusun jelaskan pada "Bab III Sub-bab e" bahwa putusan Mahkamah Konstitusi sebelumnya juga telah melakukan tafsir (petunjuk, arah, dan pedoman serta syarat bahkan membuat norma baru) dengan dalil *"Menimbang bahwa meskipun materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-undang yang dimohonkan dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, namun Mahkamah tidak serta merta menyatakan materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-undang yang dimohonkan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, karena apabila materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-undang yang dimohonkan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, hal itu akan menimbulkan kekosongan hukum (rechtsvacuum). Artinya, ketentuan yang dibuat oleh Mahkamah ini hanya berlaku sampai pembentuk Undang-Undang melakukan perubahan atas Undang-Undang a quo dengan memuat ketentuan yang lebih proporsional sesuai dengan jiwa putusan Mahkamah ini"*.

[263] Lihat, Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 perihal Permohonan Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia, tertanggal 17 Februari 2012.

Pada Pasal 45 ayat (1) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dijelaskan bahwa;

> *"Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim".*

Mahkamah Konstitusi pada dasarnya dalam membuat sebuah putusan selalu mengedepankan keadilan *substantif*, yaitu keadilan yang lebih didasarkan pada kebenaran *meterial* daripada kebenaran *formal-prosedural*. Dengan kata lain, apa yang secara *formal-prosedural* benar bisa saja disalahkan jika secara *material* dan substansinya melanggar keadilan. Begitupun sebaliknya, apa yang secara *formal-prosedural* salah bisa saja dibenarkan jika secara material dan substansial sudah cukup adil[264].

Perlunya pembatasan kewenangan MK dalam pengujian UU, ternyata direspon oleh DPR dan Pemerintah melalui perubahan UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dengan dicantumkan adanya larangan *ultra petita*. Dalam Pasal 45A UU No. 8 Tahun 2011 dinyatakan bahwa[265];

> *"Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon melebihi permohonana pemohon, kecuali terhadap hal tertentu yang terkait dengan pokok permohonan"*[266].

---

[264] Ni'matul Huda, "Pembatasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Pengujian Undang-Undang", *Jurnal Konstitusi*, Volume IV No. 2, (November 2011), hlm. 85-86.

[265] Lihat, Pasal 45A UU No. 8 Tahun 2011 Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

[266] Sejak hari Selasa tanggal 18 Oktober 2011, pasal ini tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 48/PUU-IX/2011.

Selanjutnya di dalam Pasal 50A UU No. 8 Tahun 2011 ditegaskan bahwa *"Mahkamah Konstitusi dalam menguji Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak menggunakan Undang-undang lain sebagai dasar pertimbangan hukum."* akan tetapi ketentuan Pasal 50A UU No. 8 Tahun 2011 diatas telah dilakukan *judicial review* dan diputus oleh MK bahwa ketentuan Pasal 50A dinyatakan "bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat"[267];

Dapat kita lihat pada ketentuan Pasal 57 ayat (2a) juga terdapat pembatasan terhadap putusan MK yakni;

> *"Putusan Mahkamah Konstitusi tidak memuat:*
> *a. Amar selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2)[268];*
> *b. Perintah kepada pembuat Undang-undang; dan*
> *c. Rumusan norma sebagai pengganti norma dari Undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945".*

Terhadap ketentuan diatas telah diajukan juga permohonan untuk dilakukan pengujian di Mahkamah Konstitusi. Dimana dalam pertimbangannya Mahkamah berpendapat bahwa[269];

> "Ketentuan Pasal 57 ayat (2a) UU No. 8 tahun 2011 tersebut bertentangan dengan tujuan pembentukan Mahkamah untuk menegakkan hukum dan keadilan khususnya dalam rangka menegakkan konstitusionalitas norma Undang-undang sesuai dengan Undang-

[267] Lihat, Putusan MK No. 49/PUU-IX/2011 Perihal pengujian UU No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, tertanggal 18 Oktober 2011.

[268] Lihat, Pasal 57 ayat (1) dan (2) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

[269] Lihat, Putusan MK No. 48/PUU-IX/2011 Perihal pengujian UU No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, tertanggal 18 Oktober 2011.

> undang Dasar. Adanya Pasal 57 ayat (2a) UU No. 8 Tahun 2011 tersebut berakibat terhalangnya Mahkamah untuk (i) menguji konstitusionalitas norma; (ii) mengisi kekosongan hukum sebagai akibat putusan Mahkamah yang menyatakan suatu norma bertentangan dengan UUD dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Sementara itu, proses pembentukan Undang-undang membutuhkan waktu yang cukup lama, sehingga tidak dapat segera mengisi kekosongan hukum tersebut; (iii) melaksanakan kewajiban hakim konstitusi untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian Pasal 57 ayat (2a) UU No. 8 Tahun 2011 tentang Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945".

Berdasarkan dua Putusan Mahkamah Konstitusi diatas yakni; (i) Putusan No. 48/PUU-IX/2011 dan (ii) Putusan No. 49/PUU-IX/2011 pada tanggal 18 Oktober 2012, memiliki konsekuensi logis sebagai yurisprudensi. Dimana yurisprudensi merupakan salah satu sumber hukum formil dan juga merupakan sumber ilmu hukum tata negara sebagaimana dijelaskan dalam buku **Jimly Asshiddiqie** tentang *"Hukum Acara Pengujian Undang-undang"*. Artinya, segala bentuk pembatasan Undang-undang No. 8 Tahun 2011 terhadap MK telah digugurkan oleh MK. Oleh karena itu, pembatasan atau pengawasan terhadap kewenangan maupun perilaku hakim MK tidak cukup hanya diatur dalam UU, tetapi harus dilakukan pembatasan melalui UUD 1945[270].

Perihal putusan MK yang memberi tafsir (petunjuk, arah, dan pedoman serta syarat bahkan membuat norma baru) dapat diklasifikasi sebagai putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) dan putusan inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Rumusannya adalah "Jika tafsir yang ditentukan dalam putusan MK dipenuhi maka suatu

[270] Ni'matul Huda dan R. Nazriyah, Teori ... *op.cit*., hlm. 156.

norma atau UU tetap konstitusional sehingga dipertahankan legalitasnya". Adapun "Jika tafsir yang ditentukan dalam putusan MK tidak terpenuhi maka suatu norma hukum atau UU menjadi inkonstitusional".

Menurut pandangan **Hamdan Zoelva**, pergeseran Mahkamah Konstitusi yang seolah-olah menjadi *positive legislator* ini disebabkan karena adanya kebutuhan untuk menyeimbangkan secara proporsional antara kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan[271]. Sebagaimana dijelaskan pula dalam asas-asas umum hukum Islam[272].

Di pihak lain, Menurut Guru Besar Ilmu Hukum Tata Negara **Mahfud MD** menegaskan, agar MK dalam melakukan kewenangannya menguji Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar tidak melampaui batas dan masuk ke ranah legislatif, maka menurut beliau ada sepuluh rambu-rambu yang harus dimengerti dan dipenuhi oleh MK antara lain[273];

1. *Dalam melakukan pengujian MK tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur; pembatalan Undang-undang tidak boleh disertai oleh pengaturan. Misalnya dengan putusan pembatalan yang disertai dengan isi, cara, dan lembaga yang harus mengatur kembali isi UU yang dibatalkan tersebut. Ini harus ditekankan bahwa bidang pengaturan adalah ranah legislatif. Jadi MK hanya boleh menyatakan suatu UU atau isinya konstitusional atau inkonstitusional yang disertai pernyataan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.*

2. *Dalam melakukan pengujian MK tidak boleh membuat **Ultra Petita** (putusan yang tidak diminta oleh pemohon) sebab dengan membuat Ultra Petita berati MK mengintervensi ranah legislatif. Meski ada yang berpendapat bahwa Ultra Petita boleh dilakukan oleh MK jika isi*

---

[271] Ni'matul Huda., "Pembatasan ... *op.cit*., hlm. 91.

[272] Zainuddin Ali, *Hukum Pidana Islam*, Cetakan Pertama (Jakarta: Sinar Grafika, 2007), hlm. 2-5.

[273] Moh. Mahfud MD, *Sepuluh Rambu*, Makalah ini disampaikan di depan Komisi III-DPR-RI pada saat mengikuti *fit and proper test* untuk menjadi hakim konstitusi tanggal 12 Maret 2008. Rambu-rambu ini pernah ditulis juga di dalam buku yang dipersiapkan untuk "mengantar purna tugas Prof. Dr. Maria Sumardjono", Tanggal 2 Mei 2008 di Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta.

Undang-undang yang dimintakan Judicial Review berkaitan langsung dengan pasal-pasal lain yang tak dapat dipisahkan. Pemikiran seperti itu wajar tetapi bagi beliau kalau sebuah pasal Undang-undang yang dimintakan uji materi ada kaitan dengan pasal-pasal lain yang tidak diminta untuk dibatalkan maka pembatalan tak bisa dilakukan atas pasal yang tidak diminta itu karena kalau itu dilakukan berarti merambah ke ranah legislatif. Jika pasal yang dibatalkan itu berkaitan dengan pasal lain, biarkanlah pembetulan/revisinya dilakukan oleh lembaga legislatif melalui legislative review.

3. *Dalam membuat putusan MK tidak boleh menjadikan Undang-undang sebagai dasar pembatalan Undang-undang lainnya, sebab tugas MK itu menguji konstitusionalitas UU terhadap UUD, bukan UU terhadap UU lainnya. Tumpang tindih antar berbagai UU menjadi kewajiban lembaga legislatif untuk menyelesaikannya melalui legislative review.*

4. *Dalam membuat putusan MK tidak boleh mencampuri masalah-masalah yang didelegasikan oleh UUD kepada lembaga legislatif untuk mengaturnya dengan atau dalam UU sesuai dengan pilihan politiknya sendiri.*

5. *Dalam membuat putusan MK tidak boleh mendasarkan pada teori yang tidak secara jelas dianut oleh konstitusi, sebab teori itu amat banyak dan bermacam-macam sehingga pilihan atas satu teori bisa bertentangan dengan pilihan atas teori lain yang sama jaraknya dengan UUD. Begitu pula putusan MK tidak boleh didasarkan pada apa yang berlaku di negara-negara lain, semaju apapun negara tersebut; sebab di negara-negara lain pun ketentuan konstitusinya dapat berbeda-beda. Maka yang harus menjadi dasar adalah isi UUD 1945 dan semua original inten-nya.*

6. *Dalam melakukan pengujian MK tidak boleh melanggar asas* ***nemo judex in causa sua****, yakni memutus hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan dirinya sendiri.*

7. *Para hakim MK tidak boleh berbicara atau mengemukakan opini kepada publik atas kasus konkret yang sedang diperiksa MK, termasuk di seminar-seminar dan pada pidato-pidato resmi.*

8. *Para hakim MK tidak boleh mencari-cari perkara dengan menganjurkan siapa pun untuk mengajukan gugatan atau permohonan ke MK. Biarlah yang mengambil inisiatif untuk itu* ***justisiabelen*** *sendiri.*

9. *Para hakim MK tidak boleh secara proaktif menawarkan diri sebagai penengah dalam sidang sengketa politik antar lembaga negara atau antar lembaga-lembaga politik, sebab tindakan menawarkan diri itu sifatnya adalah politis, bukan legalistik.*

10. *MK tidak boleh membuat opini tentang eksistensi atau tentang baik atau buruknya UUD, atau apakah UUD yang sedang berlaku itu perlu diubah atau dipertahankan. MK hanya wajib melaksanakan atau mengawal UUD yang sudah ada dan berlaku sedangkan urusan mempertahankan atau mengubah adalah urusan lembaga lain yang berwenang.*

Terkait masalah kewenangan MK dalam membuat ketentuan norma hukum baru pada Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Menurut **Ahmad Surkati**[274] bahwa[275];

> Esensi dari adanya Mahkamah Konstitusi itu adalah menyangkut produk Peraturan Perundang-undangan yang diajukan untuk dibatalkan atau dikuatkan. Didalam pengadilan Agama juga terdapat penemuan hukum melalui yurisprudensi hakim di PA, antara putusan MK dan pengadilan agama bisa saja berbeda. Anak dari hasil perkawinan *syiri* bisa di *isbat*-kan di pengadilan agama, kenapa harus MK yang menilai. Berarti MK sudah mencampuri kewenangan dari pengadilan agama, kalau memang itu nikah *syiri* atau resmi itu hanya secara administrasi negara, yang penting secara agama sah. Sekarang secara agama nikah yang dimaksud sah atau tidak? Sudah banyak kasus seperti **Machica** di PA yang diselesaikan. Apalagi keputusan MK bersifat final dan mengikat, itu berbahaya. Disatu sisi ada PA yang bisa mengurus itu, ini melampaui kewenangan MK.
>
> MK tidak berwenang mengadili perkara yang seperti itu, tetapi yang berwenang adalah PA. karena MK bukan PA, dimana MK adalah pengadilan untuk produk Perundang-undangan yg dibuat oleh DPR. Terlepas dari *negative* atau *positive* legislator kita harus melihat esensi dari Undang-Undang yang diajukan untuk diuji. jikalau substansi dari permohonan itu menyangkut kewenangan dari peradilan yang lain, maka harus ditolak dan dilimpahka jangan memaksakan diri, MK terlalu memaksakan diri karena *frame* nya produk Perundang-undangan. UU memang Produk DPR tapi esensi dari UU Perkawinan itu bukan konsumsi untuk MK tetapi PA.
>
> Beliau mengatakan secara jelas tidak sepakat atau menolak dengan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, sebab MK mencampuri substansi pasal dari pengadilan yang lain (UU Perkawinan). MK tidak memilah-memilih, MK beranggapan asalkan itu produk Perundang-undangan merupakan wilayah MK. Tidak melihat

[274] Beliau adalah mantan Dekan Fakultas Hukum Universitas Sultan Ageng Tirtayasa, Serang, Banten. Dan sekarang menjabat sebagai Direktur Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Sultan Ageng Tirtayasa.

[275] Pernyataan diatas merupakan hasil wawancara penulis kepada **Dr. Ahmad Surkati** pada hari Senin, Tanggal 2 Juli 2012, bertempat di ruangan Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Sultan Ageng Tirtayasa, Serang, Banten.

> esensinya. Padahal pasal yang diujikan tersebut merupakan wilayah PA, sedangkan PA lebih dahulu adanya dibandingkan MK.
>
> Sebenarnya Perkara itu bisa dilimpahkan dengan alasan "*bahwa substansi dari perkara yang diajukan bukan kewenangan wilayah MK*[276]" tidak harus semua persoalan permohonan itu diterima mentah-mentah, tetapi harus dikaji juga substansinya apakah masuk kewenangan MK ato tidak? Kita harus membedakan mana kajian kulit dan kajian isi? Seolah-olah UU hasil produk DPR disamaratakan semua. Disinilah kelemahannya yakni memaksakan kewenangan MK terhadap substansi yang bukan wilayah kewenangannya. Menurut saya, Ini bukan persoalan norma Penemuan hukum, karena masalah ini sudah berjalan di PA dan hakim-hakim di PA sudah mengeluarkan *yurisprudensi* terkait persoalan *isbat* tentang anak yang lahir melalui perkawinan yang tidak dicatat, tetapi sah menurut agama Islam. Masalah akte kelahiran, kalau sudah di-*isbat*-kan oleh PA kemudian disampaikan *isbat* itu ke KUA, niscaya anak itu sudah bisa memperoleh hak-haknya[277].

Inti dari pernyataan diatas adalah kritik terhadap Mahkamah Konstitusi yang terlalu mengedepankan *ego*-nya sebagai lembaga pengawal konstitusi bahkan cenderung menjadi lembaga *super body*. Disebabkan oleh ketentuan Pasal 24C ayat (1) Undang-undang Dasar 1945 Junto Pasal 10 ayat (1) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang menyatakan "*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final"*, bahkan Hakim-hakim MK terlepas dari kontrol Komisi Yudisial.

Melihat isi amar putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 terkait Pasal 43 ayat (1) perihal pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang

---

[276] Lebih jelasnya lihat, Pasal 48A ayat (1), (2), dan (3).

[277] Maksud hak-hak disini diantaranya adalah "hak perwalian, akte kelahiran, waris, nasab, dan lain-lain". Selayaknya anak sah dari hasil perkawinan yang sah menurut agama dan negara Indonesia.

Perkawinan yang menyatakan, ***"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"***, kemudian serta-merta berubah dan harus dibaca menjadi ***"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"*** secara jelas Mahkamah Konstitusi telah membuat ketentuan norma hukum baru dengan menambahkan norma "***serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"***.

Untuk menjawab perihal ketentuan norma hukum baru yang dibuat oleh MK pada putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan diatas penyusun berada pada posisi sepakat atau meng-amini terhadap keputusan MK tersebut dengan beberapa argumentasi yakni;

1) Secara yuridis, pada awalnya MK memang tidak diperbolehkan untuk melakukan *Ultra petita*, menggunakan UU lain sebagai dasar pertimbangan hukum, dan memuat ketentuan norma hukum baru. Setelah adanya dua putusan MK yakni (i) Putusan No. 48/PUU-IX/2011 dan (ii) Putusan No. 49/PUU-IX/2011 pada tanggal 18 Oktober 2011 secara

otomatis pembatasan maupun pengawasan sebagaimana diatur dalam Pasal 45A, Pasal 50A, dan Pasal 57 ayat (2a) Undang-undang No. 8 Tahun 2011 terhadap MK telah digugurkan secara hukum. Selanjutnya kita lihat secara teliti bahwa putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ditetapkan/ dikeluarkan oleh MK pada tanggal 17 Februari 2012. Artinya, putusan tersebut bersifat *konstitusional* dan memiliki kekuatan hukum mengikat, walupun isi dari amar putusan tersebut memuat ketentuan norma hukum baru.

2) Terdapat salah satu asas dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi yakni; asas *Ius Curia Novit* (pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya).
3) Sejalan dengan pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan khususnya dalam rangka menegakkan konstitusionalitas norma Undang-undang sesuai dengan Undang-undang Dasar yakni; (i) menguji konstitusionalitas norma; (ii) mengisi kekosongan hukum sebagai akibat putusan Mahkamah yang menyatakan suatu norma bertentangan dengan UUD dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Sementara itu, proses pembentukan Undang-undang membutuhkan waktu yang cukup lama, sehingga tidak dapat segera

mengisi kekosongan hukum tersebut; (iii) melaksanakan kewajiban hakim konstitusi untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

4) Putusan hakim (yurisprudensi) merupakan salah satu sumber hukum formil dan juga merupakan salah satu sumber ilmu hukum tata negara yang harus dijunjung tinggi dan dipatuhi keberadaannya.

C. Konstruksi Hukum yang Dibangun Oleh Mahkamah Konstitusi dalam Membuat Ketentuan Norma Hukum Baru Pada Putusan No. 46/PUU.VIII/2010

Pada sub-bab terakhir ini penulis akan mencoba menganalisis rumusan masalah *kedua* dalam tesis ini terkait persoalan Bagaimana konstruksi hukum yang dibangun oleh MK dalam membuat ketentuan norma hukum baru pada Putusan No. 46/PUU.VIII/2010 Tentang Pasal 43 Ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan?

Sebagai bahan analisis, Disini Penulis akan mencoba menjelaskan inti-inti terkait perjalanan sidang pada perkara No. 46/PUU.VIII/2010 perihal *"Pengujian UU nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan terhadap UUD NRI 1945"*, yang selanjutnya diselaraskan dengan pendekatan yang penulis gunakan yakni pendekatan kasus (*case approach*).

Berawal dari sidang *pertama* ***Perihal*** permohonan pengujian "UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap UUD NRI 1945", ***Pemohon*** "**Hj. Aisyah Mochtar**", ***Acara*** "pemeriksaan perbaikan

permohonan (II)", Senin, 26 Juli 2010 Pukul 13.06 – 13.46 WIB ruang sidang panel gedung Mahkamah Konstitusi RI, Jl. Medan Barat No. 6, Jakarta Pusat. ***Susunan Persidangan*** "**Maria Farida Indrati** (Ketua), **Harjono** (Anggota), **Ahmad Fadlil Sumadi** (Anggota), **Mardian Wibowo** (Panitera Pengganti), **Hj. Aisyah Mochtar** (Pemohon), **Rusdianto**, **Oktryan Makta**, **Miftachul Ikhwal Al-Annur**, **Eko Hari Harsono** (Kuasa Hukum Pemohon)". Dimana kuasa hukum pemohon bernama **Oktryan Makta** menjelaskan kepada Majelis hakim MK bahwa[278];

> "Dalam permohonan yang diajukan merupakan satu keinginan dari Bu **Aisyah** selaku klien kami yang merasa hak-haknya telah dirugikan berkaitan dengan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan karena sampai sejauh ini anak dari klien kami tidak dapat mengajukan atau tidak bisa memiliki akte kelahiran, karena berdasarkan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan menyatakan *"tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku"* mengakibatkan anaknya pun tidak bisa memiliki akte kelahiran, karena akte kelahiran diajukan dengan persyaratan adanya buku nikah atau akte pernikahan.
>
> Berdasarkan Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 *"Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah"* dan ayat (2) *"setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan dikriminasi"* dan Pasal 28D ayat (1) *"setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum"*.
>
> Disebabkan karena anak dari klien kami ini tidak bisa mendapatkan akte kelahiran, dimana dalam negara ini merupakan hak yang sangat penting sekali untuk kepentingan hukumnya maka kami mengajukan permohonan uji materil ini".

Selanjutnya sidang *kedua* ***Perihal*** permohonan pengujian "UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap UUD NRI 1945", ***Pemohon*** "**Hj.**

[278] Lebih jelasnya lihat, Risalah Sidang Perkara Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Permohonan Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Acara Pemeriksaan Permohonan (II), Jakarta, Senin, 26 Juli 2010.

Aisyah Mochtar", ***Acara*** "pemeriksaan perbaikan permohonan (II)", Rabu, 1 Desember 2010 Pukul 10.20 – 10.35 WIB ruang sidang panel gedung Mahkamah Konstitusi RI, Jl. Medan Barat No. 6, Jakarta Pusat. ***Susunan Persidangan*** "**Maria Farida Indrati** (Ketua), **Harjono** (Anggota), **Ahmad Fadlil Sumadi** (Anggota), **Mardian Wibowo** (Panitera Pengganti), **Hj. Aisyah Mochtar** (Pemohon), **Rusdianto**, **Miftachul Ikhwal Al-Annur**, **Ferdinand Robot** (Kuasa Hukum Pemohon)". Dimana kuasa hukum pemohon bernama **Miftachul Ikhwal Al-Annur** menjelaskan bahwa[279];

> "Dalam UU Nomor 1 Tahun 1974 itu, kami berpendapat terkandung azas agama sebagaimana itu tercermin dalam Pasal 2 ayat (1) *"Perkawinan adalah sah apabila dilaksanakan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu"* sehingga bagi pemohon yang beragama Islam tidak dicatatkannya perkawinan tidaklah menjadikan sebuah perkawinan menjadi tidak sah, sebab syarat sahnya perkawinan dalam Islam tidak mensyaratkan adanya sebuah pencatatan perkawinan".
>
> Terkait dengan Pasal 28B ayat (1), kami berpendapat mengandung prinsip kebebasan berkehendak, dimana dalam hal ini setiap orang berhak melakukan suatu perkawinan untuk membentuk sebuah keluarga dan melanjutkan keturunannya berdasarkan atas agama dan kepercayaannya, sehingga adanya syarat pencatatan perkawinan agar sebuah perkawinan dianggap sah dan anak yang dihasilkan dari perkawinan tersebut adalah sebagai anak sah, merupakan pengengkangan atas prinsip kebebasan.
>
> Berkaitan dengan pasal 28D ayat (1), menurut kami mengandung norma kepastian hukum, sehingga kepastian hukum yang berkeadilan melarang diskriminasi. Sehingga anak yang dianggap lahir diluar nikah hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibu dan keluarga ibunya. Ada diskriminasi yang dilakukan oleh negara mengakibatkan seorang anak yang tidak tahu apa-apa untuk menanggung beban ketidakpastian hukum sebagai dirinya, artinya menutup pintu kesempatan untuk diakui sebagai warga negara yang utuh yang berhak

[279] Lihat, Risalah Sidang Perkara Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Permohonan Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Acara Pemeriksaan Permohonan (II), Jakarta, Rabu, 1 Desember 2010.

atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta persamaan di hadapan hukum.

Kemudian **Harjono** selaku hakim anggota memberikan masukan kepada kuasa hukum pemohon agar;

Pemohon untuk mempertimbangkan kembali permohonan yang mempermasalahkan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, karena konsekuensinya akan luas kalau kata kerjanya harus ditetapkan oleh Mahkamah sebagai Pasal yang bertentangan dengan UUD 1945, Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang dimohonkan itu berbunyi "*Anak yang lahir dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan Ibunya dan keluarga Ibunya"*. Sekarang, jika Pasal itu tidak ada, lalu yang menjadi persoalan adalah, apakah justru dijamin lebih baik kedudukan anak itu? Sedangkan anda mengiginkan tidak hanya kepada Ibunya tapi juga kepada Bapaknya, mungkin, kan itu yang dimaksud lebih baik.

Selanjutnya **Maria Farida** selaku hakim ketua menegaskan kepada pemohon bahwa;

Kalau Pasal 43 itu memang mungkin pemohon mengiginkan bahwa anak itu mempunyai hubungan perdata dengan ayah dan ibunya juga? Tetapi Mahkamah Konstitusi **tidak boleh menambah norma ya!** Kita hanya menyatakan **apakah Pasal itu bertentangan dengan konstitusi atau tidak**.

Nah, kalau Mahkamah mengabulkan ini nanti kasihan anaknya, maka mohon dipertimbangkan kembali dalam hari-hari berikutnya, nanti kalau sampai ke sidang Pleno juga masih bisa dilakukan pencabutan tapi secara tertulis terhadap pasal itu.

Jadi, ini dipikirkan kembali, dijelaskan pada pemohon (Ibu Machica) supaya bagaimana nanti keinginannya? **Pada dasarnya MK tidak boleh membuat norma baru**, kecuali karena ini sudah pasti, bukan rumusan yang tidak pasti.

Selanjutnya sidang *ketiga **Perihal*** permohonan pengujian "UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap UUD NRI 1945", ***Pemohon*** "**Hj. Aisyah Mochtar**", ***Acara*** "Mendengarkan keterangan Pemerintah, DPR, dan Saksi Ahli dari Pemohon dan Pemerintah (III)", Rabu, 9 Februari 2011 Pukul 10.20 – 10.55 WIB ruang sidang gedung Mahkamah Konstitusi RI, Jl. Medan

Barat No. 6, Jakarta Pusat. ***Susunan Persidangan*** "**Achmad Sodiki** (Ketua), **M. Akil Mochtar** (Anggota), **Maria Farida Indrati** (Anggota), **Harjono** (Anggota), **Ahmad Fadlil Sumadi** (Anggota), **Muhammad Alim** (Anggota), **Hamdan Zoelfa** (Anggota), **Mardian Wibowo** (Panitera Pengganti), **Hj. Aisyah Mochtar** (Pemohon), **Rusdianto**, **Miftachul Ikhwal Al-Annur**, (Kuasa Hukum Pemohon), **Mualimin Abdi** (Direktur Litigasi Kemenkumham), **Heni Susila Wardoyo** (Kasubdit Penyiapan & Pendampingan Sidang MK, Kemenkumham), **Mubarok** (Kabiro Hukum Kementrian Agama), **Fatah** (Kementerian Agama), **Tulus** (Staf Ahli Kementerian Agama), **Pieter C. Zulkifli Simabuea** (Anggota Komisi III)". Dimana Staf Ahli Kementerian Agama bernama **Tulus** memberikan keterangan bahwa[280];

> Menanggapi permohonan pemohon tersebut, pemerintah memberikan penjelasan bahwa: perkawinan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 UU Perkawinan ialah *"Ikatan lahir antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*". Untuk itu, suami istri perlu saling membantu dan melengkapi agar masing-masing dapat mengembangkan kepribadian dan membantu mencapai kesejahteraan spiritual dan material.
>
> Pasal 2 ayat (1) UU *a quo* menyatakan bahwa *"Suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu".* Dan pada Pasal 2 ayat (2) dinyatakan bahwa *"Tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut Peraturan Perundang-undangan yang berlaku*". Artinya, menurut UU *a quo,* sahnya perkawinan disandarkan kepada hukum agama masing-masing, namun suatu perkawinan belum dapat diakui keabsahannya apabila tidak dicatat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-

[280] Lihat, Risalah Sidang Perkara Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Permohonan Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Mendengarkan keterangan Pemerintah, DPR, dan Saksi Ahli dari Pemohon dan Pemerintah (III), Jakarta, Rabu, 9 Februari 2011.

undangan. Pencatatan perkawinan sebagaimana dimaksud pada Pasal 2 ayat (2) bertujuan untuk;

a. Tertib administrasi perkawinan,
b. Memberikan kepastian dan perlindungan terhadap status hukum suami, istri maupun anak, dan
c. Memberikan jaminan dan perlindungan terhadap hak-hak tertentu yang timbul karena perkawinan seperti hak waris, hak untuk memperoleh akta kelahiran dan lain-lain.

Pasal 2 ayat (2) UU *a quo* memang tidak berdiri sendiri karena frase *"Dicatat menurut Peraturan Perundang-undangan yang berlaku"* memiliki pengertian bahwa pencatatan harus mengikuti persyaratan dan prosedur yang ditetapkan dalam perundang-undangan. Hal ini dimaksudkan agar hak-hak suami, istri, dan anak-anaknya benar-benar dapat dijamin dan dilindungi oleh negara.

Memang benar UU *a quo* menganut asas monogami, tetapi tidak berarti bahwa UU ini melarang seorang suami untuk beristri lebih dari satu atau poligami. Jika dikehendaki, seorang suami dapat melakukan poligami dengan istri kedua dan seterusnya. Akan tetapi, hal tersebut hanya dapat dilakukan setelah yang bersangkutan memenuhi persyaratan dan prosedur yang ditetapkan dalam UU *a quo* Pasal 3 ayat (2), Pasal 4, dan Pasal 5 serta Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang pelaksanaan UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Disamping itu ketentuan tersebut sejalan dengan ketentuan Pasal 24, 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 yang berbunyi *"Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan Undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis"*. Dengan demikian Pasal 2 ayat (2) tersebut tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945.

Kemudian Pasal 43 ayat (1) berbunyi *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"*. Menurut pandangan Pemerintah bertujuan untuk memberikan perlindungan dan kepastian hukum terhadap hubungan keperdataan antara anak dan ibunya serta keluarga ibunya. Karena perkawinan yang tidak dicatat dapat diartikan bahwa peristiwa perkawinan tersebut tidak ada, sehingga anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat menurut UU *a quo* dikategorikan sebagai anak yang lahir di luar perkawinan yang sah.

Oleh karena itu, menurut pemerintah Pasal 43 ayat (1) tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945, karena apabila perkawinan

tersebut dilakukan secara sah maka hak-hak sebagaimana dimaksud Pasal 28, 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 dapat terpenuhi.

Kemudian pandangan dari **Pieter C. Zulkifli Simabuea** (Anggota Komisi III DPR RI) terkait Permohonan Pemohon dijelaskan bahwa;

Satu, berdasarkan atas dalil tujuan pencatatan perkawinan, maka ketentuan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan yang berbunyi *"Tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut Peraturan Perundang-undangan yang berlaku*" merupakan norma yang mengandung legalitas sebagai suatu bentuk formal perkawinan. Pencatatan perkawinan dalam bentuk akta perkawinan, akta autentik yang dimaksud untuk memberikan jaminan kepastian hukum dan perlindungan hukum dalam setiap perkawinan. Dengan demikian, DPR berpendapat bahwa dalil pemohon yang menyatakan ketentuan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan telah menimbulkan ketidakpastian hukum adalah anggapan yang keliru dan tidak benar.

Dua, merujuk pada putusan Mahkamah Konstitusi perkara Nomor 12/PUU-V/2007, dalam pertimbangan hukum halaman 97 dan 98 menyebutkan bahwa *"Pasal-pasal yang tercantum dalam UU perkawinan yang memuat alasan, syarat, dan prosedur poligami, sesungguhnya semata-mata sebagai upaya untuk menjamin dapat dipenuhinya hak-hak istri dan calon istri menjadi kewajiban suami yang akan berpoligami dalam rangka mewujudkan tujuan perkawinan".* Oleh karena itu, persyaratan poligami tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) UUD NRI Tahun 1945. Dengan demikian, alasan pemohon tidak dapat mencatatkan perkawinan karena UU Perkawinan pada prinsipnya berasas monogami adalah sangat tidak mendasar. Pemohon tidak dapat mencatatkan perkawinannya karena tidak dapat memenuhi persyaratan poligami sebagaimana diatur dalam UU Perkawinan.

Tiga, menurut pendapat DPR justru dengan berlakunya ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan akan menjamin terwujudnya tujuan perkawinan serta memberikan perlindungan dan kepastian hukum terhadap status keperdataan anak dan hubungannya dengan ibu serta keluarga ibunya. Apabila ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU perkawinan ini dibatalkan, justru akan berimplikasi terhadap kepastian hukum atas status keperdataan anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat. Dengan demikian, ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28DD ayat (1) UUD NRI Tahun1945.

Selanjutnya sidang *keempat* ***Perihal*** permohonan pengujian "UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan [Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat

(1)] terhadap UUD NRI 1945", ***Pemohon*** "**Hj. Aisyah Mochtar**", ***Acara*** "Mendengarkan keterangan Saksi/Ahli dari Pemohon dan Pemerintah (III)", Kamis, 14 April 2011 Pukul 11.07 – 11.13 WIB ruang sidang gedung Mahkamah Konstitusi RI, Jl. Medan Barat No. 6, Jakarta Pusat. ***Susunan Persidangan*** "**Moh. Mahfud MD** (Ketua), **M. Akil Mochtar** (Anggota), **Harjono** (Anggota), **Maria Farida Indrati** (Anggota), **Muhammad Alim** (Anggota), **Mardian Wibowo** (Panitera Pengganti), **Hj. Aisyah Mochtar** (Pemohon), **Rusdianto**, **Oktryan Makta**, **Ferdinand Robot** (Kuasa Hukum Pemohon), **Mualimin Abdi** (Kemenkumham), **Heni Susila Wardoyo** (Kemenkumham), **Anang Kusmawadi** (Kementrian Agama), **Arif Pramono** (Kementerian Agama)". Dimana dalam sidang ini tidak berjalan sesuai agenda dikarenakan waktu jadwal sidang belum bisa ditentukan oleh Pemohon kepada Ahlinya, sedangkan jadwal panggilan sidang yang menentukan adalah MK[281].

Pada jadwal yang telah ditentukan berlangsunglah sidang *kelima* ***Perihal*** permohonan pengujian "UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan [Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1)] terhadap UUD NRI 1945", ***Pemohon*** "**Hj. Aisyah Mochtar**", ***Acara*** "Mendengarkan keterangan Saksi/Ahli dari Pemohon dan Pemerintah (IV)", Rabu, 4 Mei 2011 Pukul 09.58 – 10.29 WIB ruang sidang gedung Mahkamah Konstitusi RI, Jl. Medan Barat No. 6, Jakarta Pusat. ***Susunan Persidangan*** "**Moh. Mahfud MD**

[281] Lihat, Risalah Sidang Perkara Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Permohonan Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Mendengarkan keterangan Saksi/Ahli dari Pemohon dan Pemerintah (III), Jakarta, Kamis,14 April 2011.

(Ketua), **Achmad Sodiki** (Anggota), **Maria Farida Indrati** (Anggota), **Harjono** (Anggota), **Ahmad Fadlil Sumadi** (Anggota) **M. Akil Mochtar** (Anggota), **Hamdan Zoelva** (Anggota) **Muhammad Alim** (Anggota), **Anwar Usman** (Anggota), **Mardian Wibowo** (Panitera Pengganti), **Hj. Aisyah Mochtar** (Pemohon), **Rusdianto**, **Oktryan Makta** (Kuasa Hukum Pemohon), **Mualimin Abdi** (Kemenkumham), **Arif Pramono** (Kementerian Agama), **Abdul Latief**, **Nurul Azizah**, **Tony Prayogo**, H.M. Nurul Irfan (Ahli dari Pemohon)". Dimana Ahli dari dari Pemohon bernama **M. Nurul Irfan** memberikan penjelasan sebagai Ahli sebagai berikut[282];

> Perkawinan yang sah dan status anak yang sah menurut hukum Islam. Pernikahan dalam bahasa Arab disebut dengan nikah, ada dua pengertian. *Pertama,* menurut **Jumhurul Ulama**, **Imam Syafi'i** dan kawan-kawan disebut sebagai akad nikahnya. *Kedua,* disebut sebagai hubungan badan. Ini diyakini oleh **Imam Abu Hanifah**. Yang akibatnya, ada hubungan dengan persoalan status anak. Ketika nikah dipahami hanya sekedar hubungan badan, maka hubungan badan sudah bisa membentuk nasab, ini pendapat **Abu Hanifah**. Sementara **Jumhurul Ulama**, **Imam Syafi'i**, **Imam Muhammad**, **Imam Maliq** menyebut bahwa nikah adalah akad. Karenanya jika tidak ada akad, maka tidak akan membentuk nasab atau hubungan kekerabatan antara anak dengan bapak.
>
> Sahnya sebuah pernikahan menurut hukum Islam adalah jika telah terpenuhi seluruh syarat dan rukun-rukunnya. Dari kalangan *mazhab Syafi'iah, mazhab Ikna, Al-Bujairini* disebutkan bahwa syarat atau rukun-rukun nikah, meliputi lima hal;
>
> 1. Ijab Qobul
> 2. Calon Mempelai Wanita
> 3. Calon Mempelai Pria
> 4. Wali
> 5. Saksi (dua orang saksi yang hadir)
>
> Berdasarkan uraian singkat dalam hukum Islam atau *fiqih*, memang hanya lima (5) itu dikatakan sah atau tidaknya sebuah perkawinan,

[282] Lihat, Risalah Sidang Perkara Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Permohonan Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Mendengarkan keterangan Saksi/Ahli dari Pemohon dan Pemerintah (IV), Jakarta, Rabu, 4 Mei 2011.

namun sebagai warga negara yang baik di dalam surat An-Nisa ayat 59 ada konsep ketaatan terhadap *ulil amri*, dimana *ulil amri* yang diyakini dalam hal ini adalah pemerintah atau DPR yang telah sepakat menetapkan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, yang diantara pasalnya menyebut mengenai wajibnya atau perlunya pernikahan dicatat. Seandainya ada pernikahan yang tidak dicatat, maka warga negara tersebut tampaknya bisa dipertanyakan konsep ketaatan terhadap *ulil amri*. Walaupun konsep taat terhadap *ulil amri* masih harus diukur dengan sabda nabi yang mengatakan *latho'tul lihukmin fi maksiatin kholik'* "tidak ada keweajiban taat terhadap mahluk' termasuk Undang-undang produk *ulil amri*, jika ketentuan Undang-undangnya bertentangan dengan ketentuan khalik yaitu Allah SWT.

Ada sebuah hadis *shahih* yang diriwayatkan oleh **Imam Bukhori** dan **Imam Muslim** yang menyebutkan bahwa *al waladu lil firosyi walil akhiri al hajaru "Seorang anak hanya bisa bernasab kepada pemilik atau tempat tidur yang sah (suami), sedngkan pezinah hanya akan memperoleh kesialan atau batu hukuman"*. Berdasarkan hadis ini, **Wahbah Az-Zuhaili** dalam kitab *Al-Fiqhul Islami wa Adillatuhu* menjelaskan bahwa nasab anak kepada bapak kandungnya bisa ditetapkan atas dasar tiga hal yaitu; (i) Perkawinan yang sah, (ii) Hubungan badan *syara subhat*, dan (iii) Ikrar atau pengakuan adanya hubungan nasab. Tetapi secara tegas beliau katakan bahwa nasab anak terhadap Ibu kandungnya bisa ditetapkan atas dasar kelahiran semata-mata, baik lahir secara *syar'i* (nikah) atau tidak secara *syar'i* (perzinahan).

Menurut **Prof. Wahbah Az-Zuhaili**[283], anak yang lahir dalam nikah dibawah tangan atau nikah *siri* tetap mempunyai hubungan nasab dengan ayah kandungnya. Cara penetapan nasab menurut beliau dilihat dari ada atau tidaknya perkawinan, jika memang telah nyata-nyata terjadi perkawinan, walau dalam nikah *fasid*[284] maka tetap saja nasab anak yang dilahirkan oleh wanita tersebut bisa ditetapkan dengan ayah kandungnya.

Terakhir, jika keberadaan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 memang mengandung *mudharat*, maka menurut kaidah hukum Islam, pilih *mudharat* yang paling ringan di antara dua *mudharat* tersebut.

Menurut pandangan **Hj. Mursyidah Thahir** argumentasi yang melandasi keputusan ini antara lain bahwa setiap anak adalah tetap anak dari

[283] Beliau adalah Guru Besar Bidang Hukum Islam di Syiria.

[284] Nikah *fasid* adalah "nikah yang rusak karena syarat dan rukunnya tidak sempurna atau karena status hukumnya diperdebatkan seperti nikah *mut'ah*, kawin kontrak dan lain-lain". Termasuk juga perkawinan adat yang tidak terdaftar pada lembaga atau instansi perkawinan yang resmi.

kedua orang tuanya, terlepas apakah dia lahir dalam perkawinan yang sah atau di luar itu dan bahwasanya dia berhak memperoleh layanan dan tanggung jawab yang sama dalam perwalian, pemeliharaan, pengawasan dan pengangkatan anak tanpa diskriminasi. Hal ini sesuai dengan UU N0 12 tahun 2006 tentang Kewargannegaraan yang menyangkut hak asasi manusia (HAM)[285]. Beliau menyimpulkan bahwa;

1. Bahwa pergaulan bebas yang dapat menjerumuskan pada perbuatan zina wajib dicegah karena menimbulkan banyak kesulitan bagi anak sebagai individu maupun sebagai anggota masyarakat serta menimbulkan kekacauan nasab.
2. Anak yang dilahirkan kurang dari 6 bulan setelah akad nikah ibunya, menurut jumhur ulama tidak bisa dinasabkan kepada ayah biologisnya.
3. Anak yang dilahirkan di luar perkawinan menurut Abu hanifah haram dinikahi ayah biologisnya.
4. Bila negara menetapkan UU yang mengatur status anak yang dilahirkan di luar perkawinan memiliki hubungan perdata dengan orang tua biologisnya maka pengertian " perdata " tersebut harus dituangkan dalam Peraturan Pemerintah dengan mempertimbangkan hal-hal berikut:
   a. Untuk kepentingan kemanusiaan, seperti tanggung jawab nafkah untuk anak, biaya kesehatan dan pendidikannya.
   b. Dalam hal menghormati nilai kemanusiaan sang anak, meskipun ia dilahirkan di luar perkawinan, maka status anak tersebut bukan "anak

[285] http://www.muslimat-nu.or.id/ Status Anak Diluar Nikah, Akses 5 Agustus 2012.

haram" atau " anak zina" karena "haram" tidak berhubungan dengan benda, tetapi hanya berhubungan dengan perbuatan (zina yang dilakukan orang tua biologisnya). Demikian pula Allah tidak akan menghukum seseorang karena dosa yang dibuat orang lain.

c. Untuk kepentingan administrasi negara dengan tetap menjaga agar tidak terjadi benturan dengan hukum agama. Dalam hal ini bila negara berkepentingan untuk mengadministrasi identitas anak yang harus dituangkan dalam akta kelahiran, tidak boleh mencantumkan nama anak laki-laki diberi "bin" atau nama anak perempuan dengan " binti" yang dihubungkan kepada ayah biologisnya.

Keputusan yang dibuat MK ini dinilai oleh para partai-partai politik bercorak Islam (seperti PPP) dan tokoh-tokoh Islam lainnya seperti Pimpinan Pusat Muhammadiyah (**Din Syamsudin**), dan Pengurus Besar Nahdlatul Ulama (**KH. Malik Madani**) mengecam keputusan MK tersebut. Mereka tidak setuju dengan isi dari kebijakan itu karena dinilai bertentangan dengan syari'at Islam. Dalam syari'at Islam anak yang lahir diluar nikah nasabnya hanya terhubung dengan ibunya dan tidak berhubungan nasab dengan ayahnya. Namun Ketua Mahkamah Konstitusi (**Mahfud MD**) mengatakan setiap manusia mempunyai martabat, dan setiap anak yang lahir harus dilindungi. Di dalam Islam juga dijelaskan dalam hadits nabi bahwa setiap orang yang lahir dalam keadaan fitrah (tanpa dosa) sehingga kedua orang

tuanya tidak boleh seenaknya saja, mereka harus bertanggung jawab[286]. Dari perbedaan pendapat inilah terjadi perselisihan antara MK dan tokoh-tokoh agama Islam. Di satu sisi, MK menjujunjung tinggi nilai kemanusiaan dan persamaan hak diantara anak-anak yang lahir di dalam nikah dan yang lahir di luar nikah karena mereka sama-sama tidak berdosa dan lahir dalam keadaan fitrah. Di sisi lain para tokoh Islam menganggap keputusan ini bertentangan dengan syari'at Islam dan dipandang secara implisit melegalkan kasus perzinaan dan mengakibatkan masyarakat menyepelekan lembaga perkawinan.

Berdasarkan hasil pembahasan perkara Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Pengujian Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan [Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1)] terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945. Dalam persidangan yang berlangsung selama kurang lebih lima (5) kali masa sidang, Kemudian Mahkamah Konstitusi mengeluarkan Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 pada hari Jumat, Tanggal 17 Februari 2012 yang berdasar kepada konstruksi hukum dan/atau pertimbangan hukum Mahkamah yang menjadi dasar dikeluarkannya Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 diantaranya adalah sebagai berikut;

1) Menimbang bahwa pokok permohonan para Pemohon, adalah pengujian konstitusionalitas Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 yang menyatakan, *"Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku"*, dan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga*

[286] http://alhada-fisip11.web.unair.ac.id/index.html/ Keperdataan Anak Yang Lahir Di Luar Nikah, Akses 5 Agustus 2012.

ibunya", khususnya mengenai hak untuk mendapatkan status hukum anak;

2) Menimbang bahwa pokok permasalahan hukum mengenai pencatatan perkawinan menurut peraturan perundang-undangan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) pencatatan perkawinan. Mengenai permasalahan tersebut, Penjelasan Umum angka 4 huruf b UU 1/1974 tentang asas-asas atau prinsip-prinsip perkawinan menyatakan, *"... bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; dan di samping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akte yang juga dimuat dalam daftar pencatatan"*. Berdasarkan Penjelasan UU 1/1974 di atas nyatalah bahwa (i) pencatatan perkawinan bukanlah merupakan faktor yang menentukan sahnya perkawinan; dan (ii) pencatatan merupakan kewajiban administratif yang diwajibkan berdasarkan peraturan perundang-undangan. Adapun faktor yang menentukan sahnya perkawinan adalah syarat-syarat yang ditentukan oleh agama dari masing-masing pasangan calon mempelai. Diwajibkannya pencatatan perkawinan oleh negara melalui peraturan perundang-undangan merupakan kewajiban administratif. Makna pentingnya kewajiban administratif berupa pencatatan perkawinan tersebut, menurut Mahkamah, dapat dilihat dari dua perspektif. *Pertama,* dari perspektif negara, pencatatan dimaksud diwajibkan dalam rangka fungsi negara memberikan jaminan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia yang bersangkutan yang merupakan tanggung jawab negara dan harus dilakukan sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis yang diatur serta dituangkan dalam peraturan perundang-undangan [*vide* Pasal 28I ayat (4) dan ayat (5) UUD 1945]. Sekiranya pencatatan dimaksud dianggap sebagai pembatasan, pencatatan demikian menurut Mahkamah tidak bertentangan dengan ketentuan konstitusional karena pembatasan ditetapkan dengan Undang-Undang dan dilakukan dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis [*vide* Pasal 28J ayat (2) UUD 1945]. *Kedua*, pencatatan secara administratif yang dilakukan oleh negara dimaksudkan agar perkawinan, sebagai perbuatan hokum penting dalam kehidupan yang dilakukan oleh yang bersangkutan, yang berimplikasi terjadinya akibat hukum yang sangat luas, di kemudian

hari dapat dibuktikan dengan bukti yang sempurna dengan suatu akta otentik, sehingga perlindungan dan pelayanan oleh negara terkait dengan hak-hak yang timbul dari suatu perkawinan yang bersangkutan dapat terselenggara secara efektif dan efisien. Artinya, dengan dimilikinya bukti otentik perkawinan, hak-hak yang timbul sebagai akibat perkawinan dapat terlindungi dan terlayani dengan baik, karena tidak diperlukan proses pembuktian yang memakan waktu, uang, tenaga, dan pikiran yang lebih banyak, seperti pembuktian mengenai asal-usul anak dalam Pasal 55 UU 1/1974 yang mengatur bahwa bila asal-usul anak tidak dapat dibuktikan dengan akta otentik maka mengenai hal itu akan ditetapkan dengan putusan pengadilan yang berwenang. Pembuktian yang demikian pasti tidak lebih efektif dan efisien bila dibandingkan dengan adanya akta otentik sebagai buktinya;

3) Menimbang bahwa pokok permasalahan hukum mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) frasa *"yang dilahirkan di luar perkawinan"*. Untuk memperoleh jawaban dalam perspektif yang lebih luas perlu dijawab pula permasalahan terkait, yaitu permasalahan tentang sahnya anak. Secara alamiah, tidaklah mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadinya pertemuan antara ovum dan spermatozoa baik melalui hubungan seksual (*coitus*) maupun melalui cara lain berdasarkan perkembangan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan. Oleh karena itu, tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu. Akibat hukum dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki, adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara bertimbal balik, yang subjek hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak. Berdasarkan uraian di atas, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika tidak

demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayah seringkali mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan *stigma* di tengah-tengah masyarakat. Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan;

4) Menimbang bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas maka Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"* harus dibaca, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"*;

5) Menimbang bahwa, berdasarkan seluruh pertimbangan di atas, maka dalil para Pemohon sepanjang menyangkut Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 tidak beralasan menurut hukum. Adapun Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"* adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yakni inkonstitusional sepanjang ayat tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya;

Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 ini mencerminkan prinsip Persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi : *"Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum"*. **Scheltema**, merumuskan pandangannya tentang unsur-unsur dan asas-asas Negara Hukum itu secara baru yang meliputi 5 (lima) hal, salah satu diantaranya adalah prinsip

persamaan dihadapan hukum, berlakunya persamaan (*Similia Similius atau Equality before the Law*) dalam negara hukum bermakna bahwa Pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang atau kelompok orang tertentu, atau memdiskriminasikan orang atau kelompok orang tertentu. Di dalam prinsip ini, terkandung (a) adanya jaminan persamaan bagi semua orang di hadapan hukum dan pemerintahan, dan (b) tersedianya mekanisme untuk menuntut perlakuan yang sama bagi semua warga Negara. Dengan demikian Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status setiap anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah menurut peraturan perundang-undangan.

Dampak positif dari putusan MK tersebut adalah Putusan ini menimbulkan konsekuensi adanya hubungan nasab anak luar nikah dengan bapak biologisnya. Adanya hak dan kewajiban antara anak luar nikah dan bapak biologisnya, baik dalam bentuk nafkah, waris, wali dan lain sebagainya. Hal ini tentunya berlaku apabila terlebih dahulu dilakukan pembuktian melalui ilmu pengetahuan dan teknologi seperti tes DNA dan lain sebagainya, yang menyatakan bahwa benar anak diluar nikah tersebut memiliki hubungan darah dengan laki-laki sebagai ayah biologisnya tersebut. Dalam hal ini terbuka kesempatan bagi para anak diluar nikah untuk mendapatkan hak nafkah, waris, wali dan lain sebagainya.

Dampak negatif dari Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 ini dinilai melanggar ajaran Islam dan tatanan hukum Islam. Hukum Islam menyatakan

bahwa status anak dari perkawinan yang sah tidak sama dengan anak hasil zina, oleh karena itu anak hasil zina mempunyai akibat hukum sebagai berikut: (a) tidak ada hubungan nasab dengan bapaknya. Anak itu hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya. Bapaknya tidak wajib memeberikan nafkah kepada anak itu, namun secara biologis ia tetap anaknya. Jadi hubungan yang timbul hanyalah secara manusiawi, bukan secara hukum. (b) tidak ada saling mewaris dengan bapaknya, karena hubungan nasab merupakan salah satu penyebab kewarisan. (c) bapak tidak dapat menjadi wali bagi anak diluar nikah. Apabila anak diluar nikah itu kebetulan seorang perempuan dan sudah dewasa lalu akan menikah, maka ia tidak berhak dinikahkan oleh bapak biologisnya.

Menurut Ketua MUI, **KH Ma'ruf Amin** *"Putusan MK itu telah melampaui permohonan yang sekedar menghendaki pengakuan keperdataan atas anak dengan bapak hasil perkawinan tapi tidak dicatatkan kepada KUA menjadi meluas mengenai hubungan keperdataan atas anak hasil hubungan zina dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya"*[287]. Selanjutnya beliau menegaskan, tidak ada diskriminasi terhadap anak hasil zina. *"Karena memang hukumnya anak hasil zina itu beda dengan anak hasil perkawinan sah. Kalau anak hasil perkawinan sah mempunyai hubungan dengan bapak dan ibunya. Tapi anak hasil zina hanya punya hubungan dengan ibunya. Begitu hukum agamanya"*. Jelas putusan MK ini telah menyebabkan lembaga perkawinan menjadi kurang relevan apalagi sekedar pencatatannya,

[287] http://myquran.org/ Putusan MK Soal Status Anak di Luar Nikah Melampaui Batas, Akses 8 Agustus 2012.

mengingat penyamaan hak antara anak hasil zina dengan anak hasil perkawinan yang sah. Hal ini sangat menurunkan derajad kesucian dan keluhuran lembaga perkawinan, bahkan pada tingkat ekstrem dapat muncul pendapat tidak dibutuhkan lagi lembaga perkawinan karena orang tidak perlu harus menikah secara sah apabila dikaitkan dengan perlindungan hukum anak[288]. Terkait dengan kasus **Machica** ini Sebaiknya Mahkamah Konstitusi hanya mengabulkan permohonan pemberian status anak luar kawin dari pernikahan *sirri* bukan anak dari hasil zina. Karena tentunya hal ini membawa dampak yang bukan hanya teknis tetapi ideologis dan akidah umat Islam.

Disisi pihak lain, **Mahfud MD** menyatakan bahwa *"Jangan samakan antara hubungan nasab dengan hubungan keperdataan. Kalau hubungan perdata artinya anak memiliki hak kepada orang tuanya"*[289]. Dengan adanya keputusan MK berarti tidak boleh menelantarkan anak walaupun yang dihasilkan diluar nikah. Anak yang lahir diluar nikah memang tidak memiliki nasab, tapi punya hak keperdataan. Akibat putusan MK itu, kemudian MUI mengeluarkan fatwa No. 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya, menyatakan: *"Anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris, dan nafaqah dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya"*. Jika Pengertian anak diluar pernikahan yang dimaksud UU adalah anak yang dilahirkan diluar pernikahan resmi maka

[288] http://www.pengacara_online.com/ Dampak Positif Dan Negatif Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 Terhadap Status Anak Diluar Nikah, Akses 8 Agustus 2012.

[289] http://emka.web.id/ Jangan Benturkan Soal Perdata dengan Soal Nasab, Akses 12 Agustus 2012.

bunyi putusannya seyogyanya menjadi *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan resmi (lahir dalam pernikahan tidak tercatat) mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"*[290].

Wakil Ketua MK **Achmad Sodiki**, menjelaskan bahwa hak perdata adalah hubungan yang mengatur hak dan kewajiban seseorang dengan orang lain. Dalam putusan pasal anak di luar nikah, hubungan tersebut menyangkut hak kemanusiaan sang anak. *"Hak perdata itu dapat berupa tuntutan pada pihak lain seperti ganti rugi, baik yang materiil maupun yang imateriil, pemenuhan kewajiban tertentu, santunan, perhatian, pembinaan, biaya hidup"*. Seperti diketahui, polemik berkisar soal konsekuensi putusan MK pada masalah seperti perwalian dan waris dalam sudut pandang hukum Islam. Menurut Sodiki, hak perdata tak sama dengan nasab. Memang karena hubungan nasab dalam hukum waris, seseorang dapat memperoleh hak keperdataan (warisan). Tetapi, tidak setiap hak perdata berupa hak waris[291].

Mahkamah Konstitusi mengakui perlunya peraturan tersendiri tentang perundang-undangan ini. Dalam hal ini adalah tugas *legislatif* untuk mengatur hak perdata lebih rinci. Tugas MK adalah menguji Undang-undang yang ada terhadap UUD 1945. Dengan memberikan hak perdata anak luar kawin,

---

[290] http://kuagunungjati.blogspot.com/ Polemik Mui Dan Mk Soal Anak Diluar Nikah, Akses 12 Agustus 2012.

[291] http://dutaonline.com/ Memecah Tafsir Pasal Status Anak di Luar Nikah, Akses 24 Agustus 2012.

sambung Sodiki, artinya hukum telah memanusiakan manusia, dan tidak menjadikannya sosok manusia yang didiskriminasi oleh apapun dan siapapun. *"Jika hukum hanya diartikan secara tekstual belaka dan mengingkari moralitas yang memuliakan manusia maka hukum akan kehilangan makna sesungguhnya bagi kehidupan masyarakat"*.

Disampaikan kepada *Gatranews* pada akhir Februari 2012, **Mahfud MD** menilai, putusan yang diambil oleh majelis hakim konstitusi merupakan salah satu sejarah bagi anak-anak di negeri ini. Sebelum ada putusan ini, menurutnya, seorang anak yang memiliki masalah hukum, seperti putra Machica, dinyatakan tidak diakui, kecuali melewati sidang penetapan anak (*isbat*). "Ini sangat penting dan revolusioner, sebenarnya". *"Jadi, yang kawin sirri, terikat sepanjang ada alat bukti, yaitu ada saksi, ada pengakuan, ada isbat, dan ada temuan teknologi bahkan melalui tes DNA"*. Selain itu, menurut **Mahfud MD**, ketentuan ini tidak hanya berlaku pada orang yang melakukan di luar perkawinan resmi. Melainkan mereka yang di luar nikah pun harus bertanggungjawab terhadap anak yang lahir. "sesuai dengan UU Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan yang menyangkut hak azasi manusia"[292]. Machica, yang mengajukan gugatan UU Perkawainan ini lantaran efek dari perceraiannya dengan mantan menteri sekretaris negara **Moerdiono**, pernah berujar jika putusan Mahkamah Konstitusi (MK) itu merupakan kemerdekaan bagi anak-anak Indonesia. MK, melalui putusannya menyatakan, anak yang dilahirkan di luar perkawinan memiliki hubungan

[292] http://jurnaltoddoppuli.wordpress.com/ Anak di Luar Nikah Tak Punya Hubungan Perdata dengan Ayah, Akses 28 Agustus 2012.

perdata (status hukum) dengan pihak laki-laki. Namun harus dibuktikan bahwa anak tersebut secara ilmu pengetahuan dan teknologi, atau alat bukti lain menurut hukum, ternyata benar anak kandungnya.

Konsekuensi logis dengan adanya putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, mengakibatkan terbaginya dua golongan atau kelompok antara yang pro dan kontra dengan landasan argumentasi masing-masing kelompok tersebut. Terhadap Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, salah satu diantara sembilan (9) Hakim Konstitusi bernama **Maria Farida Indrati** memiliki alasan berbeda (*concurring opinion*), sebagai berikut[293];

a) Perkawinan menurut Pasal 1 UU 1/1974 adalah *"... ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa"*; sedangkan mengenai syarat sahnya perkawinan Pasal 2 UU 1/1974 menyatakan bahwa: ayat (1) *"Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu."* Sementara ayat (2) menyatakan, *"Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku"*.

   Keberadaan Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 menimbulkan ambiguitas bagi pemaknaan Pasal 2 ayat (1) UU 1/1974 karena pencatatan yang dimaksud oleh Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang *a quo* tidak ditegaskan apakah sekadar pencatatan secara administratif yang tidak berpengaruh terhadap sah atau tidaknya perkawinan yang telah dilangsungkan menurut agama atau kepercayaan masing-masing, ataukah pencatatan tersebut berpengaruh terhadap sah atau tidaknya perkawinan yang dilakukan.

   Keberadaan norma agama dan norma hukum dalam satu peraturan perundangundangan yang sama, memiliki potensi untuk saling melemahkan bahkan bertentangan. Dalam perkara ini, potensi saling meniadakan terjadi antara Pasal 2 ayat (1) dengan Pasal 2 ayat (2)

[293] Lebih jelasnya lihat, Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

UU 1/1974. Pasal 2 ayat (1) yang pada pokoknya menjamin bahwa perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya, ternyata menghalangi dan sebaliknya juga dihalangi oleh keberlakuan Pasal 2 ayat (2) yang pada pokoknya mengatur bahwa perkawinan akan sah dan memiliki kekuatan hukum jika telah dicatat oleh instansi berwenang atau pegawai pencatat nikah.

Jika Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 dimaknai sebagai pencatatan secara administratif yang tidak berpengaruh terhadap sah atau tidak sahnya suatu pernikahan, maka hal tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945 karena tidak terjadi penambahan terhadap syarat perkawinan. Seturut dengan itu, kata "perkawinan" dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang *a quo* juga akan dimaknai sebagai perkawinan yang sah secara Islam atau perkawinan menurut rukun nikah yang lima.

Namun demikian, berdasarkan tinjauan sosiologis tentang lembaga perkawinan dalam masyarakat, sahnya perkawinan menurut agama dan kepercayaan tertentu tidak dapat secara langsung menjamin terpenuhinya hak-hak keperdataan istri, suami, dan/atau anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut karena pelaksanaan norma agama dan adat di masyarakat diserahkan sepenuhnya kepada kesadaran individu dan kesadaran masyarakat tanpa dilindungi oleh otoritas resmi (negara) yang memiliki kekuatan pemaksa.

b) Pencatatan perkawinan diperlukan sebagai perlindungan negara kepada pihak-pihak dalam perkawinan, dan juga untuk menghindari kecenderungan dari inkonsistensi penerapan ajaran agama dan kepercayaan secara sempurna/utuh pada perkawinan yang dilangsungkan menurut agama dan kepercayaan tersebut. Dengan kata lain, pencatatan perkawinan diperlukan untuk menghindari penerapan hukum agama dan kepercayaannya itu dalam perkawinan secara sepotong-sepotong untuk meligitimasi sebuah perkawinan, sementara kehidupan rumah tangga pascaperkawinan tidak sesuai dengan tujuan perkawinan dimaksud. Adanya penelantaran istri dan anak, kekerasan dalam rumah tangga, fenomena kawin kontrak, fenomena istri simpanan (wanita idaman lain), dan lain sebagainya, adalah bukti tidak adanya konsistensi penerapan tujuan perkawinan secara utuh.

Esensi pencatatan, selain demi tertib administrasi, adalah untuk melindungi wanita dan anak-anak. Syarat pencatatan perkawinan dimaksud dapat diletakkan setidaknya dalam dua konteks utama, yaitu (i) mencegah dan (ii) melindungi, wanita dan anak-anak dari perkawinan yang dilaksanakan secara tidak bertanggung jawab. Pencatatan sebagai upaya perlindungan terhadap wanita dan anak-

anak dari penyalahgunaan perkawinan, dapat dilakukan dengan menetapkan syarat agar rencana perkawinan yang potensial menimbulkan kerugian dapat dihindari dan ditolak.

Negara mengatur (mengundangkan) syarat-syarat perkawinan sebagai upaya positivisasi norma ajaran agama atau kepercayaan dalam hukum perkawinan. Syarat-syarat perkawinan yang dirumuskan oleh negara, yang pemenuhannya menjadi syarat pencatatan nikah sekaligus syarat terbitnya Akta Nikah, dapat ditemukan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan perkawinan dan administrasi kependudukan. Saya berharap adanya upaya sinkronisasi peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan agama atau kepercayaan dengan konstruksi hukum negara mengenai perkawinan dan administrasi kependudukan.

Saya berharap adanya upaya sinkronisasi hukum dan peraturan perundangundangan yang berkaitan dengan perkawinan menurut agama dan kepercayaannya dan masalah yang menyangkut administrasi kependudukan.

c) Tidak dapat dipungkiri bahwa dalam prakteknya, hukum tidak selalu dapat dilaksanakan sesuai yang dikehendaki oleh pembuatnya. Pada kenyataannya, hingga saat ini masih terdapat perkawinan-perkawinan yang mengabaikan UU 1/1974, dan hanya menyandarkan pada syarat perkawinan menurut ajaran agama dan kepercayaan tertentu. Terhadap perkawinan secara hukum agama atau kepercayaan yang tidak dilaksanakan menurut UU 1/1974 yang tentunya juga tidak dicatatkan, negara akan mengalami kesulitan dalam memberikan perlindungan secara maksimal terhadap hak-hak wanita sebagai istri dan hak-hak anak-anak yang kelak dilahirkan dari perkawinan tersebut.

Para Pemohon menyatakan bahwa Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 yang menyatakan, "*Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*", adalah bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Saya menilai, Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 karena Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang *a quo* yang mensyaratkan pencatatan, meskipun faktanya menambah persyaratan untuk melangsungkan perkawinan, namun ketiadaannya tidak menghalangi adanya pernikahan itu sendiri. Kenyataan ini dapat terlihat adanya pelaksanaan program/kegiatan perkawinan massal dari sejumlah pasangan yang telah lama melaksanakan perkawinan tetapi tidak dicatatkan.

Selain itu hak anak yang dilindungi oleh Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, tidak dirugikan oleh adanya Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 yang mensyaratkan pencatatan perkawinan. Perlindungan terhadap hak anak sebagaimana diatur oleh Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, justru akan dapat dimaksimalkan apabila semua perkawinan dicatatkan sehingga dengan mudah akan diketahui silsilah anak dan siapa yang memiliki kewajiban terhadap anak dimaksud. Pencatatan perkawinan adalah dimensi sosial yang dimaksudkan untuk memberikan jaminan atas status dan akibat hukum dari suatu peristiwa hukum seperti juga pencatatan tentang kelahiran dan kematian.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, menurut saya tidak ada kerugian konstitusional yang dialami para Pemohon sebagai akibat keberadaan Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974, walaupun jika pencatatan ditafsirkan sebagai syarat mutlak bagi sahnya perkawinan, pasal *a quo* potensial merugikan hak konstitusional
Pemohon I.

d) Harus diakui bahwa praktek hukum sehari-hari menunjukkan adanya pluralisme hukum karena adanya golongan masyarakat yang dalam hubungan keperdataannya sehari-hari berpegang pada hukum agama, atau secara utuh berpegang pada hukum nasional, maupun mendasarkan hubungan keperdataannya kepada hukum adat setempat. Pluralisme hukum ini diatur dan secara tegas dilindungi oleh UUD 1945, selama tidak bertentangan dengan citacita Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Sebagai implikasi pluralisme hukum, memang tidak dapat dihindari terjadinya friksi-friksi, baik yang sederhana maupun yang kompleks, terkait praktek-praktek hukum nasional, hukum agama, maupun hukum adat dimaksud. Dengan semangat menghindarkan adanya friksi-friksi dan efek negatif dari friksi-friksi dimaksud, negara menghadirkan hukum nasional (peraturan perundangundangan) yang berusaha menjadi payung bagi pluralisme hukum. Tidak dapat dihindarkan jika upaya membuat sebuah payung yang mengayomi pluralisme hukum, di satu sisi harus menyelaraskan tafsir bagi pelaksanaan hukum agama maupun hukum adat. Praktek pembatasan semacam ini mendapatkan pembenarannya dalam paham konstitusionalisme, yang bahkan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 menyatakan dengan tegas bahwa, "*Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai*

dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis."

Dalam kenyataannya, di Indonesia masih banyak terdapat perkawinan yang hanya mendasarkan pada hukum agama atau kepercayaan, yaitu berpegang pada syarat-syarat sahnya perkawinan menurut ajaran agama atau kepercayaan tertentu tanpa melakukan pencatatan perkawinan sebagai bentuk jaminan kepastian hukum dari negara atas akibat dari suatu perkawinan. Kenyataan ini dalam prakteknya dapat merugikan wanita, sebagai istri, dan anak-anak yang lahir dari perkawinan tersebut. Terkait dengan perlindungan terhadap wanita dan anak-anak sebagaimana telah diuraikan di atas, terdapat perbedaan kerugian akibat perkawinan yang tidak didasarkan pada UU 1/1974 dari sisi subjek hukumnya, yaitu (i) akibat bagi wanita atau istri; dan (ii) akibat bagi anak-anak yang lahir dari perkawinan dimaksud.

e) Secara teoritis, norma agama atau kepercayaan memang tidak dapat dipaksakan oleh negara untuk dilaksanakan, karena norma agama atau kepercayaan merupakan wilayah keyakinan transendental yang bersifat privat, yaitu hubungan antara manusia dengan penciptanya; sedangkan norma hukum, dalam hal ini UU 1/1974, merupakan ketentuan yang dibuat oleh negara sebagai perwujudan kesepakatan warga (masyarakat) dengan negara sehingga dapat dipaksakan keberlakuannya oleh negara (Pemerintah).

   Potensi kerugian akibat perkawinan yang tidak didasarkan pada UU 1/1974, bagi wanita (istri) sangat beragam, tetapi sebenarnya yang terpenting adalah apakah kerugian tersebut dapat dipulihkan atau tidak. Di sinilah titik krusial UU 1/1974 terutama pengaturan mengenai pencatatan perkawinan. Dalam konteks sistem hukum perkawinan, perlindungan oleh negara (Pemerintah) terhadap pihak-pihak dalam perkawinan, terutama terhadap wanita sebagai istri, hanya dapat dilakukan jika perkawinan dilakukan secara sadar sesuai dengan UU 1/1974, yang salah satu syaratnya adalah perkawinan dilakukan dengan dicatatkan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku (vide Pasal 2 UU 1/1974). Konsekuensi lebih jauh, terhadap perkawinan yang dilaksanakan tanpa dicatatkan, negara tidak dapat memberikan perlindungan mengenai status perkawinan, harta gono-gini, waris, dan hak-hak lain yang timbul dari sebuah perkawinan, karena untuk membuktikan adanya hak wanita (istri) harus dibuktikan terlebih dahulu adanya perkawinan antara wanita (istri) dengan suaminya.

f) Perkawinan yang tidak didasarkan pada UU 1/1974 juga memiliki potensi untuk merugikan anak yang dilahirkan dari perkawinan

tersebut. Potensi kerugian bagi anak yang terutama adalah tidak diakuinya hubungan anak dengan bapak kandung (bapak biologis)-nya, yang tentunya mengakibatkan tidak dapat dituntutnya kewajiban bapak kandungnya untuk membiayai kebutuhan hidup anak dan hak-hak keperdataan lainnya. Selain itu, dalam masyarakat yang masih berupaya mempertahankan kearifan nilai-nilai tradisional, pengertian keluarga selalu merujuk pada pengertian keluarga batih atau keluarga elementer, yaitu suatu keluarga yang terdiri dari ayah, ibu, dan anak (anak-anak). Keberadaan anak dalam keluarga yang tidak memiliki kelengkapan unsur keluarga batih atau tidak memiliki pengakuan dari bapak biologisnya, akan memberikan stigma negatif, misalnya, sebagai anak haram. Stigma ini adalah sebuah potensi kerugian bagi anak, terutama kerugian secara sosial-psikologis, yang sebenarnya dapat dicegah dengan tetap mengakui hubungan anak dengan bapak biologisnya. Dari perspektif peraturan perundang-undangan, pembedaan perlakuan terhadap anak karena sebab-sebab tertentu yang sama sekali bukan diakibatkan oleh tindakan anak bersangkutan, dapat dikategorikan sebagai tindakan yang diskriminatif.

Potensi kerugian tersebut dipertegas dengan ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*". Keberadaan Pasal *a quo* menutup kemungkinan bagi anak untuk memiliki hubungan keperdataan dengan bapak kandungnya. Hal tersebut adalah risiko dari perkawinan yang tidak dicatatkan atau perkawinan yang tidak dilaksanakan menurut UU 1/1974, tetapi tidaklah pada tempatnya jika anak harus ikut menanggung kerugian yang ditimbulkan oleh tindakan (perkawinan) kedua orang tuanya. Jika dianggap sebagai sebuah sanksi, hukum negara maupun hukum agama (dalam hal ini agama Islam) tidak mengenal konsep anak harus ikut menanggung sanksi akibat tindakan yang dilakukan oleh kedua orang tuanya, atau yang dikenal dengan istilah "dosa turunan". Dengan kata lain, potensi kerugian akibat perkawinan yang dilaksanakan tidak sesuai dengan UU 1/1974 merupakan risiko bagi laki-laki dan wanita yang melakukan perkawinan, tetapi bukan risiko yang harus ditanggung oleh anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut. Dengan demikian, menurut saya, pemenuhan hak-hak anak yang terlahir dari suatu perkawinan, terlepas dari sah atau tidaknya perkawinan tersebut menurut hukum negara, tetap menjadi kewajiban kedua orang tua kandung atau kedua orang tua biologisnya.

BAB V

PENUTUP

A. Simpulan

Berdasarkan hasil pembahasan, kajian, serta analisis dari bab-bab sebelumnya, akhirnya sebagai penutup dari Tesis ini penulis mencoba untuk memberikan 2 (dua) simpulan terkait dengan tesis yang penulis angkat mengenai **"Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Pembentukan Norma Hukum Baru (Studi Kasus Putusan MK NO. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan)"** adalah sebagai berikut;

1) Keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*) dengan visi menegakkan konstitusi dalam rangka mewujudkan cinta negara hukum dan demokrasi demi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan yang bermartabat serta Misi (i) Mewujudkan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu kekuasaan kehakiman yang modern dan terpercaya; dan (ii) Membangun konstitusionalitas Indonesia dan budaya sadar konstitusi. Dalam perjalanannya MK seringkali bermetamorfasa dari *negative legislator* menjadi *positive legislator*. MK terkadang *inkonsistensi* terhadap beberapa putusannya, ada yang bersifat linier, konstitusional bersyarat, inkonstitusional bersyarat, bahkan membuat ketentuan norma hukum baru. hal ini disebabkan karena beberapa alasan; (a) Secara yuridis, pada awalnya MK memang tidak

diperbolehkan untuk melakukan *Ultra petita*, menggunakan UU lain sebagai dasar pertimbangan hukum, dan membuat ketentuan norma hukum baru. Akan tetapi setelah adanya dua putusan MK yakni (i) Putusan No. 48/PUU-IX/2011 dan (ii) Putusan No. 49/PUU-IX/2011 pada tanggal **18 Oktober 2011** secara otomatis pembatasan maupun pengawasan sebagaimana diatur dalam Pasal 45A, Pasal 50A, dan Pasal 57 ayat (2a) Undang-undang No. 8 Tahun 2011 terhadap MK telah digugurkan secara hukum. Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ditetapkan/ dikeluarkan oleh MK pada tanggal **17 Februari 2012**. Artinya, putusan tersebut bersifat *konstitusional* dan memiliki kekuatan hukum mengikat, walupun isi dari amar putusan tersebut memuat ketentuan norma hukum baru; (b) Terdapat salah satu asas dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi yakni; asas *Ius Curia Novit* (pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya); (c) Sejalan dengan pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan khususnya dalam rangka menegakkan konstitusionalitas norma Undang-undang sesuai dengan Undang-undang Dasar yakni; (i) menguji konstitusionalitas norma; (ii) mengisi kekosongan hukum sebagai akibat putusan

Mahkamah yang menyatakan suatu norma bertentangan dengan UUD dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Sementara itu, proses pembentukan Undang-undang membutuhkan waktu yang cukup lama, sehingga tidak dapat segera mengisi kekosongan hukum tersebut; (iii) melaksanakan kewajiban hakim konstitusi untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat; (d) Putusan hakim (yurisprudensi) merupakan salah satu sumber hukum formil dan juga merupakan salah satu sumber ilmu hukum tata negara yang harus dijunjung tinggi dan dipatuhi keberadaannya; (e) Apabila ada putusan Mahkamah Konstitusi yang memuat *ultra petita*, menguji UU dengan batu uji UU yang lain, bahkan memuat ketentuan norma hukum baru dan ditetapkan **sebelum** adanya Putusan Nomor 48/PUU-IX/2011 dan Putusan Nomor 49/PUU-IX/2011, tertanggal 18 Oktober 2011. Maka Putusan yang dimaksud bersifat *inkonstitusional* dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Tetapi sebaliknya, Apabila ada putusan Mahkamah Konstitusi yang memuat *ultra petita*, menguji UU dengan batu uji UU yang lain, bahkan memuat ketentuan norma hukum baru dan ditetapkan **setelah** adanya Putusan Nomor 48/PUU-IX/2011 dan Putusan Nomor 49/PUU-IX/2011, tertanggal 18 Oktober 2011. Maka Putusan yang dimaksud bersifat *konstitusional* dan memiliki kekuatan hukum mengikat.

2) Berkenaan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi, sesungguhnya tidak bisa dilepaskan dari apa yang disebut sebagai Konstruksi hukum yang

kemudian dibangun oleh Mahkamah Konstitusi dalam membuat sebuah ketentuan dalam setiap putusan-putusannya. Berkaitan dengan norma hukum baru yang terdapat pada Putusan No. 46/PUU.VIII/2010 Perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan terdapat konstruksi hukum yang dibangun sebagaimana tertuang dalam "Pendapat Mahkamah" diantara konstruksi hukum sebagaimana dimaksud diantaranya adalah; (a) secara alamiah, tidaklah mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadinya pertemuan antara *ovum* dan *spermatozoa* baik melalui hubungan seksual (*coitus*) maupun melalui cara lain berdasarkan perkembangan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan. Oleh karena itu, tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu. Akibat hukum dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang

laki-laki, adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara bertimbal balik, yang subjek hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak. Berdasarkan uraian di atas, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayah seringkali mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan *stigma* di tengah-tengah masyarakat. Sudah sepatutnya keberadaan "Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan";

B. Saran-Saran

Pada bagian ini penulis ingin sekali menyampaikan beberapa masukan, saran, maupun kritik kepada institusi Mahkamah Konstitusi dan kepada para hakim konstitusi.

1. Keberadaan Mahkamah konstitusi pasca reformasi merupakan tonggak sejarah baru dalam bidang penegakan konstitusi, khususnya dalam mengawal keadilan, kepastian, dan kemanfaatan hukum, serta sebagai *check and balance* dalam sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia. Oleh karena itu, aturan-aturan maupun prosedur-prosedur dalam membuat putusan sebagaimana telah diatur menurut Undang-undang Dasar 1945, Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Peraturan Mahkamah Konstitusi harus dilaksanakan dengan penuh ketaatan, jangan sampai menabrak, melampaui, bahkan menginjak-injak sendiri ketentuan yang sudah ada dan berjalan. Oleh karena itu perlu diatur kembali secara jelas sampai sejauh mana hakim Mahkamah Konstitusi boleh melakukan penafsiran terhadap suatu norma hukum tanpa mengesampingkan aspek keadilan, kepastian dan kemanfaatan.
2. Sembilan hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, dengan diajukan masing-masing 3 (tiga) orang oleh Mahkmah Agung, tiga orang oleh DPR, dan tiga orang oleh Presiden hanyalah manusia biasa, walaupun kualifikasi menjadi hakim konstitusi sunguh luar biasa ketatnya, tetapi mereka tidak akan luput dari kesalahan karena mereka bukan Tuhan. Oleh karena itu; (a) harus dilakukan amandemen terkait Pasal 24C ayat (1) Junto Pasal 10 ayat (1) Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah

Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi pada frase *"Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final ....."*. (b) Hakim-hakim Mahkamah Konstitusi seharusnya masuk dalam pengawasan Komisi Yudisial agar hakim-hakim konstitusi tidak berlindung dibalik *"keputusannya yang bersifat final"* serta mengantisipasi apabila hakim MK keluar jalur dari *negative legislator* menjadi *positive legislator*. (c) terkait putusan MK No. 46/PUU.VIII/2010 mengenai Pasal 43 ayat (1) UU perkawinan agar secepatnya dibuat aturan hukum baru oleh DPR bersama Presiden supaya tidak terjadi ambiguisitas pemahaman serta penafsiran di kalangan umat Islam di Indonesia secara umum. Semoga saran maupun kritik ini bisa bermanfaat bagi khazanah ilmu pengetahuan hukum khusunya ilmu hukum tata negara dan sistem ketatanegaraan di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Abdul Ghofur Anshori. *Filsafat Hukum*. Cetakan Pertama. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2006.

Abdul Latief et. al. *Buku Ajar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Cetakan Pertama. Yogyakarta: Total Media, 2009.

Bagir Manan. *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*. Bandung: Pusat Penerbitan Universitas Islam Bandung, 1995.

- - - - - - - - - . *Teori dan Politik Konstitusi*. Cetakan Pertama. Yogyakarta: FH UII Press, 2003.

- - - - - - - - - . *Hukum Positif Indonesia*. Cetakan Pertama. Yogyakarta: FH UII Press, 2004.

Bambang Sutiyoso dan Sri Hastuti Puspitasari. *Aspek-aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*. Cetakan Pertama. Yogyakarta: UII Press, 2005.

Bintan Saragih. *MPR-RI, Suatu Pemikiran Tentang MPR di Masa Mendatang*. Jakarta: Gaya Media Pratama, 1992.

Dahlan Thaib et. al. *Teori dan Hukum Konstitusi*. Cetakan ke-6. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2006.

Dudung Abdurrahman. *Pengantar Metode Penelitian*. Yogyakarta: Kurnia Kalam Semesta, 2003.

Djazuli Bahar. *Ide dan Lembaga yang Klasik Menurut Beberapa Tokoh Pendiri Republik dan Keadaan Sekarang*. Jakarta: *Vide, Varia Peradilan*, 1995.

Fatkhurohman et. al. *Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi Di Indonesia*. Cetakan Pertama. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004.

Hans Kelsen. *General Theory Of Law And State*. New York: Russel & Russel, 1945.

- - - - - - - - . *Essay in Legal and Moral Philosophy*. Terjemah Arief Sidharta. *Hukum dan Logika*. Cetakan Ke-3. Bandung: PT Alumni, 2006.

Indroharto. *Usaha Memahami Undang-undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*. Jakarta: Sinar Harapan, 1991.

Jazim Hamidi. *Revolusi Hukum Indonesia; Makna, Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*. Cetakan Pertama. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.

Jimly Asshiddiqie. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. Cetakan Pertama. Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum UI, 2004.

- - - - - - - - - - . *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*. Cetakan Pertama. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.

- - - - - - - - - - . *Hukum Tata Negara Darurat*. Cetakan Pertama. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2007.

- - - - - - - - - - . *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*. Cetakan Pertama. Jakarta: Sinar Grafika, 2010.

- - - - - - - - - - . *Perihal Undang-Undang*. Cetakan Kedua. Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2011.

Joeniarto. *Sejarah Ketatanegaraan Republik Indonesia*. Cetakan Pertama. Jakarta: Bina Aksara, 1982.

J.A. Pointer. *Rechtsvinding*, Terjemah, Arief Sidharta. *Penemuan Hukum*. Cetakan Pertama. Bandung: Jendela Mas Pustaka, 2008.

Maria *Farida*. *Ilmu Perundang-Undangan; Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*. Yogyakarta: Kanisius, 2007.

Maruar Siahaan. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.

Miriam Budiardjo. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Cetakan ke-22. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2002.

Moh. Mahfud MD. *Hukum Dan Pilar- Pilar Demokrasi*, Yogyakarta: Gama Media, 1999.

Muhyar Fanani. *Membumikan Hukum Langit "Nasionalisasi Hukum Islam Dan Islamisasi Hukum Nasional Pasca Reformasi*". Yogyakarta: Tiara Wacana, 2008.

Ni'matul Huda. *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review*. Cetakan Pertama. Yogyakarta: UII Press, 2005.

- - - - - - - - - . dan R. Nazriyah. *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-undangan*. Cetakan Pertama. Bandung: Nusa Media, 2011.

Notonagaro. *Pancasila Dasar Falsafah Negara*; *Kumpulan Tiga Uraian Pokok-Pokok Persoalan Tentang Pancasila*. Cetakan Ke-7. Jakarta: Bina Aksara, 1988.

Peter Mahmud Marzuki. *Penelitian Hukum*. Cetakan ke-6. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010.

Ridwan HR. *Hukum Administrasi Negara*. Cetakan ke-6. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2011.

Rosjidi Ranggawidjaja. *Wewenang Menafsirkan Undang-undang Dasar*. Cetakan Pertama. Bandung: Citra Bhakti Akademika, 1996.

Saifuddin Azwar. *Metode Penelitian*. Cetakan ke-5. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004.

Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka. *Perihal Kaidah Hukum*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1989.

Sri Soemantri. *Hak Menguji Material Di Indonesia*. Bandung: Penerbit Alumni, 1986.

Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kelima Jakarta: PT Rineka Cipta, 2007.

Sudarto. Metode *Penelitian Filsafat*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 1996.

Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*. Cetakan Pertama. Jakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 1993.

- - - - - - - - - - . *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*. Cetakan Kelima. Yogyakarta: Liberty, 2007.

Suyuthi Pulungan. *Fiqh Siyasah*. Cetakan Kelima. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2002.

S.F. Marbun. *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif di Indonesia*. Cetakan Ke-3. Yogyakarta: FH UII Press, 2011.

Zaenal Abidin EP dan Lisa Suroso. *Setengah Abad Jimly Asshiddiqie "Konstitusi dan Semangat Kebangsaan"*. Cetakan Pertama. Jakarta: Percetakan Sumber Agung, 2006.

Zainuddin Ali. *Hukum Pidana Islam*. Cetakan Pertama. Jakarta: Sinar Grafika, 2007.

B. Kamus Dan Ensiklopedi

WJS Poerwadarminta. Diolah kembali oleh Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta: PN Balai Pustaka, 1984.

Peter Salim. *The Contemporary English-Indonesia Dictionary*. Second Edition. Jakarta: Modern English Press, 1986.

C. Jurnal, Majalah, dan Makalah

A. Hamid S. Attamimi. *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara (suatu studi analisis mengenai keputusan presiden yang berfungsi pengaturan dalam kurun waktu PELITA I-PELITA IV*), disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 1990.

Jimly Asshiddiqie. *"Judicial Review: Kajian atas Permohonan Hak Uji Materiil terhadap Peraturan Pemerintah Nomor 19 Tahun 2000 tentang TGPTPK"*. Makalah dalam dictum edisi 1, Tahun 2002.

Majalah Tempo Edisi 26 Maret-1 April 2012.

Maria Farida Indarti, "Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Menguatkan Prinsip-prinsip Demokrasi di Indonesia", makalah disampaikan pada Simposium Internasional "*Negara Demokrasi Konstitusional*", diselenggarakan dalam rangka ulang tahun ke-8 Mahkamah Konstitusi RI, jakarta, selasa 12 juli 2011.

Moh. Mahfud MD. *Sepuluh Rambu,* Makalah disampaikan di depan Komisi III-DPR-RI pada saat mengikuti *fit and proper test* untuk menjadi hakim konstitusi tanggal 12 Maret 2008. Rambu-rambu ini pernah ditulis juga di dalam buku yang dipersiapkan untuk "mengantar purna tugas Prof. Dr. Maria Sumardjono", Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta Tanggal 2 Mei 2008.

Ni'matul Huda. "Pembatasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Pengujian Undang-Undang", *Jurnal Konstitusi*, Volume IV No. 2, (November 2011).

Philipus M. Hadjon. *Fungsi Normatif Hukum Administrasi dalam Mewujudkan* Pemerintahan *yang Bersih*. Disampaikan Pada Saat Pidato Guru Besar, Universitas Airlangga, Surabaya, Tanggal 10 Oktober 1994.

- - - - - - - - - - . *Tentang Wewenang*. Makalah disampaikan pada penataran Hukum Administrasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 1998.

D. Peraturan Perundang-undangan

Indonesia. Undang-undang Dasar 1945 dan Amandemenya. Jakarta: Trinity, 2004.

Indonesia. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor III/MPR/1978 tentang kedudukan dan hubungan tata kerja lembaga tertinggi negara dengan/atau antar lembaga-lembaga tinggi negara.

Indonesia. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Indonesia. Undang-undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden.

Indonesia. Undang-undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik.

Indonesia. Undang-undang RI Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Indonesia. Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Indonesia. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/PMK/2005 Pasal 4 tentang pedoman beracara pengujian Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

E. Putusan Pengadilan

Risalah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Pengujian Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-VIII/2010 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 48/PUU-IX/2011 Perihal pengujian Undang-undang No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 49/PUU-IX/2011 Perihal pengujian Undang-undang No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 70/PUU-IX/2011 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1992 tentang Jaminan Sosial Tenaga Kerja.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 81/PUU-IX/2011 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum.

F. Data Elektronik

http://www.hukumonline.com/ Berita Pro Kontra Status Anak Luar Kawin, Akses 10 April 2012.

http://www.pikiranrakyatonline.htm/ MUI Nilai Putusan Mahkamah Konstitusi Overdosis, Senin, 2 April, 2012, Akses 10 April 2012.

http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/ Sejarah Pembentukan Mahkamah Konstitusi, Akses 15 Juni 2012.

http://www.google.com/ Perlukah Pembubaran Partai Politik, Akses 10 Juli 2012.

http://www.muslimat-nu.or.id/ Status Anak Diluar Nikah, Akses 5 Agustus 2012.

http://alhada-fisip11.web.unair.ac.id/index.html/ Keperdataan Anak Yang Lahir Di Luar Nikah, Akses 5 Agustus 2012.

http://myquran.org/ Putusan MK Soal Status Anak di Luar Nikah Melampaui Batas, Akses 8 Agustus 2012.

http://www.pengacara_online.com/ Dampak Positif Dan Negatif Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 Terhadap Status Anak Diluar Nikah, Akses 8 Agustus 2012.

http://emka.web.id/ Jangan Benturkan Soal Perdata dengan Soal Nasab, Akses 12 Agustus 2012.

http://kuagunungjati.blogspot.com/ Polemik Mui Dan Mk Soal Anak Diluar Nikah, Akses 12 Agustus 2012.

http://dutaonline.com/ Memecah Tafsir Pasal Status Anak di Luar Nikah, Akses 24 Agustus 2012.

http://jurnaltoddoppuli.wordpress.com/ Anak di Luar Nikah Tak Punya Hubungan Perdata dengan Ayah, Akses 28 Agustus 2012.