

**MAHKAMAH KONSTITUSI SEBAGAI *NEGATIVE LEGISLATOR*  
DALAM PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NO. 46/PUU-XIV/2016 TENTANG UJI  
MATERI PASAL KESUSILAAN DALAM KUHP**

Oleh:

**Dian Kus Pratiwi, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia**

Email: dian.pratiwi.sh@gmail.com

***Abstrak***

*Mahkamah konstitusi merupakan institusi kehakiman di Indonesia yang memiliki wewenang untuk melakukan judicial review (uji materiil) undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945). Putusan yang dihasilkan oleh mahkamah konstitusi bersifat final, tidak memiliki upaya hukum untuk ditinjau kembali. Melalui Putusan No. 46/PUU-XIV/2016 (Uji Materi Pasal Kesusilaan dalam KUHP) Mahkamah Konstitusi menolak gugatan pemohon untuk seluruhnya tentang permohonan uji materi Pasal 284, Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP dalam Perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016. Pemohon dalam gugatannya meminta Pasal 284 tidak perlu memiliki unsur salah satu orang berbuat zina sedang dalam ikatan perkawinan dan tidak perlu ada aduan. Terkait pasal 285, pemohon meminta MK menyatakan bahwa pemerkosaan mencakup semua kekerasan atau ancaman kekerasan untuk bersetubuh, baik yang dilakukan oleh laki-laki terhadap perempuan maupun yang dilakukan oleh perempuan terhadap laki-laki. Serta Terkait Pasal 292, Pemohon meminta dihapuskannya frasa "anak" sehingga semua perbuatan seksual sesama jenis dapat dipidana. Selain itu, Pemohon meminta pelaku homoseksual harus dilarang tanpa membedakan batasan usia korban, baik masih belum dewasa atau sudah dewasa. Penelitian ini dapat dikategorikan sebagai penelitian hukum normatif. Objek penelitian ini adalah Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-XIV/2016 Tentang Uji Materi Pasal Kesusilaan dalam KUHP. Penelitian ini dimaksudkan untuk memberi gambaran secara rinci tentang obyek yang dikaji dengan norma-norma hukum ketatanegaraan. Hasil penelitian menunjukkan bahwa dalam Putusan Perkara No 46/PUU-XIV/2016 Mahkamah Konstitusi menolak permohonan pemohon untuk seluruhnya. Dari putusan tersebut maka, pertama Mahkamah Konstitusi telah melaksanakan kewenangan yang dimilikinya sesuai dengan Pasal 24C ayat (1) yakni menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Kedua, Dalam putusan tersebut Mahkamah Konstitusi telah menjalankan kedudukannya sebagai negative legislator, yakni hanya semata-mata sebagai penguji norma peraturan perundang-undangan. Meskipun dalam pengujiannya Mahkamah Konstitusi dapat menyatakan suatu norma Undang-Undang konstitusional bersyarat (conditionally constitutional) ataupun inkonstitusional bersyarat (conditionally unconstitutional) yang mempersyaratkan pemaknaan tertentu terhadap suatu norma Undang-Undang untuk dapat dikatakan konstitusional, namun Mahkamah Konstitusi dituntut untuk tidak boleh masuk wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana (criminal policy). Ketiga, permohonan yang diajukan pemohon, terhadap Pasal 284, 285, dan 292 KUHP bukan sekedar memberi pemaknaan baru atas norma atau memperluas pengertian yang terkandung dalam norma undang-undang yang dimohonkan melainkan benar-benar merumuskan tindak pidana baru yang sudah masuk wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana (criminal policy). Sehingga menurut Mahkamah Konstitusi hanya pembentuk UU yang berwenang melakukannya dalam kedudukannya sebagai positive legislator.*

***Kata Kunci:*** Putusan, Mahkamah Konsitusi, Negative Legislator

## PENDAHULUAN

Sistem ketatanegaraan yang diatur dalam konstitusi suatu negara dan dalam format politik yang demokratis serta sistem pemisahan kekuasaan negara dan *checks and balances* tidak terlepas dari adanya prinsip dan pelaksanaan wewenang untuk menguji atau pengujian peraturan perundang-undangan (*judicial review*). Kehadiran sistem pengujian konstitusi tersebut, dianggap sebagai cara negara hukum modern untuk mengendalikan dan mengimbangi (*check and balance*) kekuasaan para pejabat pemerintah yang cenderung menjadi sewenang-wenang. Konsep *judicial review* itu sendiri sebenarnya dilihat sebagai hasil perkembangan modern tentang sistem pemerintahan demokratis yang didasarkan atas ide-ide negara hukum (*rule of law*), prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*), serta perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia (*the protection of fundamental rights*).<sup>1</sup>

Mahkamah konstitusi merupakan institusi kehakiman di Indonesia yang memiliki wewenang untuk melakukan *judicial review* (uji materiil) undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945). Putusan yang dihasilkan oleh mahkamah konstitusi bersifat final, tidak memiliki upaya hukum untuk ditinjau kembali.

Dalam rapat permusyawaratan Mahkamah Konstitusi melalui Putusan No. 46/PUU-XIV/2016 (Uji Materi Pasal Kesusilaan dalam KUHP) menolak gugatan pemohon terhadap permohonan uji materi Pasal 284, Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP dalam Perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016 diajukan oleh Guru Besar IPB Euis Sunarti bersama sejumlah pihak terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pemohon dalam gugatannya meminta Pasal 284 tidak perlu memiliki unsur salah satu orang berbuat

zina sedang dalam ikatan perkawinan dan tidak perlu ada aduan. Terkait pasal 285, pemohon meminta MK menyatakan bahwa pemerkosaan mencakup semua kekerasan atau ancaman kekerasan untuk bersetubuh, baik yang dilakukan oleh laki-laki terhadap perempuan maupun yang dilakukan oleh perempuan terhadap laki-laki. Serta Terkait Pasal 292, Pemohon meminta dihapuskannya frasa "anak" sehingga semua perbuatan seksual sesama jenis dapat dipidana. Selain itu, Pemohon meminta pelaku homoseksual harus dilarang tanpa membedakan batasan usia korban, baik masih belum dewasa atau sudah dewasa. Dalam putusannya MK menilai dalil para pemohon tersebut tidak beralasan menurut hukum. Dalam pertimbangannya MK menjelaskan, pada prinsipnya permohonan pemohon meminta Mahkamah memperluas ruang lingkup karena sudah tidak sesuai dengan masyarakat. Hal itu berakibat pada perubahan hal prinsip atau pokok dalam hukum pidana dan konsep-konsep dasar yang berkenaan dengan suatu perbuatan pidana. Artinya secara substansial, pemohon meminta MK merumuskan tindak pidana baru yang merupakan wewenang pembentuk undang-undang.

Namun dari sembilan hakim MK terdapat empat hakim yang memiliki perbedaan pendapat atau *dissenting opinion* atas putusan tersebut, yakni Arief Hidayat, Anwar Usman, Wahiduddin Adams dan Aswanto. Menurut mereka, dengan menyatakan bahwa zina seharusnya meliputi *adultery* (perselingkuhan) dan *fornication* (hubungan seksual di luar nikah), Mahkamah tidak menjadi "*positive legislator*" atau memperluas ruang lingkup suatu tindak pidana, melainkan mengembalikan kembali konsep zina sesuai dengan nilai hukum dan keadilan menurut berbagai nilai agama dan hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia. Sehingga putusan ini menuai perdebatan. Perdebatan terjadi akibat substansi materi putusan, atau yang diajukan pemohon, terkait dengan delik kesusilaan di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) pasal 284 (ayat 1-4), Pasal 285 dan Pasal 292.

<sup>1</sup> Herbert Hausmaninger, 2003, *The Austrian Legal System*, Wien, h. 139 dalam Jimly Asshiddiqie, 2010, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Sinar Grafika, Jakarta. Hlm 8

## PERUMUSAN PERMASALAHAN

1. Apa kerugian konstitusional pemohonan yang menjadi dasar gugatan dalam Pengujian Materi Pasal Kesusilaan dalam KUHP?
2. Apa putusan dan dasar pertimbangan Hakim dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-XIV/2016 Tentang Uji Materi Pasal Kesusilaan dalam KUHP?
3. Bagaimana kedudukan Mahkamah Konstitusi sebagai *negative legislator* dalam Putusan No. 46/PUU-XIV/2016 Tentang Uji Materi Pasal Kesusilaan dalam KUHP?

## TUJUAN

1. Untuk mengetahui apa yang menjadi kerugian konstitusional pemohonan yang menjadi dasar gugatan dalam Uji Materi Pasal Kesusilaan dalam KUHP.
2. Untuk mengetahui putusan dan dasar pertimbangan Hakim dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-XIV/2016 Tentang Uji Materi Pasal Kesusilaan dalam KUHP.
3. Untuk mengetahui kedudukan Mahkamah Konstitusi sebagai *negative legislator* dalam Putusan No. 46/PUU-XIV/2016 Tentang Uji Materi Pasal Kesusilaan dalam KUHP.

## TINJAUAN PUSTAKA

### 1. *Judicial Review*

*Judicial Review* merupakan proses pengujian peraturan perundang-undangan yang lebih rendah terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi yang dilakukan oleh lembaga peradilan. Dalam praktik, *judicial review* (pengujian) undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi (MK). Sedangkan, pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU dilakukan oleh Mahkamah Agung (MA).

Dalam teori pengujian (*toetsing*), dibedakan antara *materiële toetsing* dan *formeele toetsing*. Perbedaan tersebut biasanya dikaitkan dengan perbedaan

pengertian antara *wet in materiële zin* (undang-undang dalam arti materiil) dan *wet in formele zin* (undang-undang dalam arti formal).

Kedua bentuk pengujian tersebut oleh UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dibedakan dengan istilah pembentukan undang-undang dan materi muatan undang-undang. Pengujian atas materi muatan undang-undang adalah pengujian materiil, sedangkan pengujian atas pembentukannya adalah pengujian formil.

*Judicial review* merupakan kewenangan lembaga peradilan untuk menguji kesahihan dan daya laku produk-produk hukum yang dihasilkan oleh eksekutif, legislatif, maupun yudikatif di hadapan konstitusi yang berlaku. Pengajuan oleh hakim terhadap produk-produk cabang kekuasaan legislatif dan eksekutif adalah konsekuensi dari dianutnya prinsip *check and balance* berdasarkan pada doktrin pemisahan kekuasaan (*Sparation of power*). Karena itu kewenangan untuk melakukan *judicial review* melekat pada fungsi hakim sebagai subyeknya, bukan pada pejabat lain. Jika pengujian dilakukan bukan oleh hakim, tetapi oleh lembaga parlemen, maka pengujian seperti itu dapat disebut dengan *legislative review*. Jika dilakukan oleh pemerintahan yang berada pada struktur yang lebih tinggi terhadap produk peraturan perundang-undangan yang dihasilkan oleh pemerintahan yang berada pada struktur lebih rendah, maka pengujian itu disebut *administrative review*.

Sehingga *judicial review* mencakup pengujian terhadap suatu norma hukum yang terdiri dari pengujian secara materiil (uji materiil) maupun secara formil (uji formil). Dan hak uji materiil adalah hak untuk mengajukan uji materiil terhadap norma hukum yang berlaku yang dianggap melanggar hak-hak konstitusional warga negara. Pengujian peraturan perundang-undangan merupakan pengenalan dasar tentang *judicial review*

(uji materiil sebuah peraturan perundang-undangan), yang di dalam sistem hukum di Indonesia, baru diadopsi setelah amandemen UUD 1945.<sup>2</sup>

*Judicial review* merupakan kewenangan lembaga peradilan untuk menguji kesahihan dan daya laku produk hukum yang dihasilkan oleh eksekutif, legislatif, maupun yudikatif di hadapan konstitusi yang berlaku. Pengajuan oleh hakim terhadap produk-produk cabang kekuasaan legislatif dan eksekutif adalah konsekuensi dari dianutnya prinsip *check and balance* berdasarkan pada doktrin pemisahan kekuasaan (*Sparation of power*). Karena itu kewenangan untuk melakukan *judicial review* melekat pada fungsi hakim sebagai subyeknya, bukan pada pejabat lain. Jika pengujian dilakukan bukan oleh hakim, tetapi oleh lembaga parlemen, maka pengujian seperti itu dapat disebut dengan *legislative review*. Jika dilakukan oleh pemerintahan yang berada pada struktur yang lebih tinggi terhadap produk peraturan perundang-undangan yang dihasilkan oleh pemerintahan yang berada pada struktur lebih rendah, maka pengujian itu disebut *administrative review*.

Baik *judicial review*, *legislatif review*, maupun *administrative review*, pada dasarnya merupakan kegiatan pengujian peraturan perundang-undangan, yang melahirkan konsekuensinya keberlakuan dan atau perubahan sebuah undang-undang.

Kewenangan *judicial review* di Indonesia dijalankan oleh Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung. Sementara kewenangan *administratif review* melekat pada Departemen Dalam Negeri, sebagai departemen yang secara administratif menanggungjawab penyelenggaraan pemerintahan daerah.

Sedangkan kewenangan *legislatif review* dimiliki Dewan Perwakilan Rakyat.

## 2. Pengujian UU oleh Mahkamah Kostitusi

Salah satu substansi penting perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara baru yang merupakan cabang kekuasaan kehakiman. Dalam pembentukannya berfungsi untuk menangani perkara tertentu di bidang ketatanegaraan, dalam rangka menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi. Pembentukan Mahkamah Konstitusi dimaksudkan agar tersedia jalan hukum untuk mengatasi perkara-perkara yang terkait erat dengan penyelenggaraan Negara dan kehidupan sosial politik. Dengan demikian konflik yang terjadi dan terkait dengan dua hal tersebut tidak berkembang menjadi sengketa politik kenegaraan dengan penyelesaian yang baku, transparansi, dan akuntabel melainkan dikelola secara obyektif dan rasional sehingga sengketa hukum dapat juga diselesaikan secara hukum sebagaimana prosedur yang berlaku. Oleh karena itu Mahkamah Konstitusi sering disebut sebagai lembaga Negara pengawal konstitusi atau *The Guardian and The Interpreter of The Constitution*.<sup>3</sup>

Oleh karena itu, sewaktu ada kesempatan reformasi untuk mengevaluasi dan mengoreksi kembali dasar-dasar ketatanegaraan kita yang tertuang dalam UUD 1945 gagasan *checks and balances* dalam kekuasaan dan penegakan konstitusional oleh lembaga kehakiman yang mempunyai kedudukan sederajat atau sama rata dengan lembaga tinggi negara lainnya mulai dihembuskan kembali. Dan hasilnya

<sup>2</sup>Ismail Hasani & A. Gani Abdullah, 2006, *Pengantar Ilmu Perundang-undangan*, FSH UIN Syarif Hidayatullah Jakarta. Hlm.78.

<sup>3</sup> Jimly Asshidiqie, 2008, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Setjen dan Kepanitraan MK RI, Jakarta. hlm. 39.

adalah ditetapkannya Mahkamah Konstitusi melalui amandemen ketiga UUD 1945, sebagai sebuah lembaga kehakiman yang independen, sederajat dengan lembaga tinggi lainnya, dan memiliki kompetensi untuk mengadili persoalan-persoalan pelaksanaan konstitusi.

Berdasarkan Pasal 24C UUD 1945 perubahan ketiga Mahkamah Konstitusi berwenang memeriksa, mengadili, menyelesaikan, serta memutuskan sengketa yang timbul di bidang pelaksanaan kaidah konstitusi (UUD 1945), yang dalam istilah hukum tatanegara lazim disebut *constitutioneele geschil* atau *constitutional disputes*. Kewenangan tersebut salah satunya diberikan kepada Mahkamah Konstitusi dalam bentuk menguji materiil Undang-undang terhadap UUD 1945. Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menyatakan tidak sah suatu UU dan/atau sebagian dari UU atas dasar alasan bertentangan dengan konstitusi, inilah hakikat dari Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi.

Konstitusi sebagai wujud kristalisasi kehidupan bangsa, pada dasarnya merupakan kerangka masyarakat politik yang diorganisir dengan dan melalui hukum mengenai pengaturan pendirian dan pelaksanaan lembaga-lembaga kekuasaan serta jaminan kehidupan akan hak-hak politik warga Negara. Legitimasi kekuasaan yang dimiliki oleh sebagian dan/atau sekelompok orang (pemerintah) untuk berkuasa atas yang lainnya, di samping karena proses politik juga karena proses politik, juga karena di benarkan dan/atau dengan melalui konstitusi untuk menjamin keberlangsungan hidup bersama. Karena itu, konstitusi juga pada prinsipnya mengandung unsur pokok dari asas-asas penyelenggaraan kekuasaan secara luas, dan jaminan konstitusional atas hak-hak yang

diperintah serta hubungan antara keduanya.<sup>4</sup>

Pasal 24 ayat (2) Perubahan Ketiga UUD 1945 menetapkan bahwa 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 tata usah negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Sehingga Mahkamah Konstitusi merupakan bagian dari kekuasaan kehakiman yang merdeka guna menegakkan hukum dan keadilan sebagaimana dimaktub dalam Pasal 24 ayat (1) UUD 1945.

Kehadiran Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga baru tidaklah cukup difahami secara parsial saja, tetapi harus pula difahami sebagai suatu penguatan terhadap dasar-dasar konstitusionalisme pada UUD 1945 setelah perubahan. Ini inti dari faham konstitusionalisme bahwa setiap kekuasaan Negara harus mempunyai batas kewenangan. Dalam hal perlunya ada pembatasan kewenangan tersebut, maka menjadi sangat relevan hadirnya sebuah konstitusi yang didalamnya diatur kelembagaan Negara serta batas-batas kewenangannya.<sup>5</sup>

Hal tersebut mempunyai arti pula, bahwasanya kedudukan Mahkamah Konstitusi adalah sederajat dengan MPR, demikian pula dengan semua lembaga Negara lain. Astawa menyatakan, meskipun Mahkamah Konstitusi berwenang untuk memutus sengketa kewenangan antara lembaga Negara lain, tidak berarti Mahkamah Konstitusi tersebut secara hierarkis lebih tinggi kedudukannya, melainkan lebih sebagai upaya checks and balances

<sup>4</sup> Soimin dan Mashuriyanto, 2013, *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Cetakan Pertama, UII Press : Yogyakarta. hlm. 33.

<sup>5</sup> Abdul Latif, Hamza Baharudin, dkk, 2009, *Buku Ajar Acara Mahkamah Konstitusi, Cetakan I*, Total Media, Jakarta, hlm. 15.

dalam rangka tegaknya konstitusi sebaliknya, tiadanya lembaga negara yang dapat membatalkan putusan Mahkamah Konstitusi, hal itu semua semata-mata untuk menjamin kemandirian dari pengaruh kekuasaan lembaga-lembaga negara yang lain, sehingga Mahkamah Konstitusi akan dapat senantiasa bertindak sebagai pengawal konstitusi atau UUD 1945. Dari sini dapat dipahami, kedudukan Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga Negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan konstitusi.<sup>6</sup>

Seperti yang tertuang dalam Pasal 24C ayat (1) Mahkamah Konstitusi berwenang 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 peselisihan hasil pemilihan umum. Kewenangan tersebut adalah dalam tingkat pertama dan terakhir dan putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final, yakni langsung mempunyai kekuatan hukum tetap dan tidak memiliki upaya hukum untuk mengubahnya.

Selain wewenang itu, berdasarkan Pasal 24C ayat (2) jo Pasal 7B, Mahkamah Konstitusi juga berkewajiban untuk memeriksa, mengadili, dan memutus 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 lagi. Perlu dicatat bahwa putusan ini sifatnya tidak final karena tunduk pada (*subject to*) putusan MPR, lembaga politik yang berwenang memberhentikan Presiden (Pasal 7A). Hal ini berbeda dengan di Amerika yang

mendahulukan proses politik daripada proses hukum.<sup>7</sup>

Berdasarkan kewenangan yang dimiliki, Mahkamah Konstitusi merupakan pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) terkait dengan empat wewenang dan satu kewajiban yang dimilikinya. Hal ini membawa konsekuensi Mahkamah Konstitusi sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*). Konstitusi sebagai hukum tertinggi mengatur penyelenggaraan negara berdasarkan prinsip demokrasi dan salah satu fungsi konstitusi adalah melindungi hak-hak asasi manusia yang dijamin dalam konstitusi sehingga menjadi hak konstitusional warga negara. Oleh karena itu Mahkamah Konstitusi juga berfungsi sebagai pengawal demokrasi (*the guardian of democracy*), pelindung hak Konstitusional warga negara (*the protector of citizen's constitutional right*) serta pelindung hak asasi manusia.<sup>8</sup>

Di dalam sistem ketatanegaraan atau pemerintahan yang bersistem pemisahan kekuasaan, harus dapat mekanisme "*checks and balances*" dari sesama lembaga Negara. Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian undang-undang, yang berarti terdapat mekanisme penyeimbang kekuasaan legislatif oleh Mahkamah Konstitusi. Pemberian kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian Undang-undang terhadap UUD adalah merupakan pelaksanaan prinsip (ajaran kedaulatan hukum yang bersumber dari implikasi perubahan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945. Kedaulatan hukum sebagai simbol "*supremacy of law*" oleh karena

<sup>7</sup> Ni'mul Huda, 2004, *Politik Ketatanegaraan Indonesia Kajian terhadap Dinamika Perubahan UUD 1945*, Cetakan Kedua, FH UII Press, Yogyakarta. Hlm 195-200.

<sup>8</sup> Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi, *Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2009*, Sekjend dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Cetakan Pertama Jakarta, 2009, hlm 13 Dalam Ni'matul Huda, 2011, *Dinamika Ketatanegaraan Indonesia dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, FH UII Press, Yogyakarta. Hlm 37

itu segala oduk perundang-undangan seharusnya dapat diuji melalui proses peradilan. Dengan melihat konstruksi yang digambarkan dalam konstitusi dan diterima secara universal, terutama di Negara-negara yang telah mengadopsi lembaga Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan mereka, Mahkamah Konstitusi mempunyai fungsi untuk mengawal (*to Guard*) konstitusi, agar dilaksanakan dan dihormati baik penyelenggara kekuasaan Negara maupun warganegara. Mahkamah Konstitusi juga menjadi penafsir akhir konstitusi. Di beberapa Negara bahkan dikatakan bahwa Mahkamah Konstitusi juga menjadi pelindung (*protector*) konstitusi. Sejak di-inkorporasi-kannya hak-hak asasi manusia (fundamental rights) juga benar adanya. Di tengah kelemahan sistem onstitusi yang ada, Mahkamah Konstitusi berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat. mengingat keberadaannya sebagai lembaga yang dibentuk untuk mengawal konstitusi agar dilaksanakan oleh ketentuan dibawahnya, Mahkamah Konstitusi adalah lembaga yang menyelenggarakan peradilan konstitusi sehingga sering disebut sebagai Pengadilan Konstitusi (*constitutional court*). Hal itu juga tercermin dari dua hal lain. Pertama, perkara-perkara yang menjadi wewenang Mahkamah Konstitusi adalah perkara-perkara konstitusional, yaitu perkara yang menyangkut konstitusi pelaksanaan norma-norma konstitusi. Kedua, sebagai konsekuwensi, dasar utama yang digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa, megadili, dan memutus perkara adalah konstitusi itu sendiri. Walaupun terdapat ketentuan undang-undang yang berlaku dan mengatur bagaimana Mahkamah Konstitusi menjalankan wewenangnya, jika undang-undang tersebut bertentangan dengan konstitusi Mahkamah Konstitusi dapat

mengesampingkan atau bahkan membatalkannya jika dimohonkan.<sup>9</sup>

Dengan demikian dapat dimengerti, bahwa konstitusi lahir bukan sekedar sebagai dasar hukum atas berdirinya suatu Negara. Lebih dari itu, konstitusi juga merupakan landasan kehidupan bangsa yang dalam kehidupan bernegara sebagai landasan kehidupan yang demokrasi. Oleh sebab itu, konstitusi juga arus dimaknai sebagai jaminan terhadap hak-hak politik rakyat sebagai hak konstitusional warga Negara. Dari kenyataan tersebut, sulit untuk dibayangkan sebuah demokrasi terwujud dalam kehidupan berbangsa dan bernegara tanpa adanya kepastian yang terwujud melalui landasan konstitusi. Seolah menjadi keyakinan dunia bahwa keberlanjutan demokrasi hanya dapat terjaga dengan melalui landasan konstitusi yang kokoh, dalam arti konstitusi yang dapat dijadikan landasan yang utuh dan sistematis bagi kehidupan demokrasi bangsa dalam Negara. Selain itu, landasan demokrasi yang utuh dan sistematis dalam konstitusi dapat bertahan dan merupakan kekuatan yang efektif dalam mengatur sendi-sendi kehidupan bernegara jika sumber dan keberadaannya diakui secara sah (*legitimate*). Sebab tidak mungkin konstitusi sebagai landasan demokrasi menjadi *legitimate* dan mengikat perilaku politik warga, kalo konstitusi tersebut tidak memperoleh pengesahan yang kuat secara demokratis oleh rakyat.

Jadi, salah satu syarat yang mendasar konstitusi untuk menopang kehidupan demokrasi harus memperoleh persetujuan melalui proses demokrasi dan mendapatkan dukungan yang luas dari sebageian besar rakyat sebagai warga negara. Di alam demokrasi, sebuah konstitusi keberadaannya tidak sekedar

---

<sup>9</sup> Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Cetakan Pertama, Sekertariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta. hlm. 13.

dimaksudkan menjadi kewajiban bagi keberlanjutan demokrasi, tetapi juga bagaimana konstitusi tersebut bisa diterima secara luas oleh rakyat. Menurut N. R. L. Haysom, konstitusi sebagai landasan demokrasi harus memenuhi dua persyaratan yang tak terpisahkan yaitu, dukungan dan sekaligus penerimaan mayoritas oleh berbagai ragam elemen masyarakat disegala level dan daerah. Hal itu menjadi sangat penting untuk menjaga keutuhan bangsa, karena didalamnya terdapat hal-hal yang berbeda akan nilai budaya, agama, ras, dan identitas yang mudah pecah. Dari sisi kemudian pentingnya konstitusi sebagai landasan seluruh anggota masyarakat yang beraneka ragam, agar segala kebutuhan dan kepentingannya terayomi, terlindungi dan terintegrasikan dalam kepentingan dan kesejahteraan demokrasi bersama.<sup>10</sup>

#### METODE PENELITIAN

Penelitian ini dapat dikategorikan sebagai penelitian hukum normatif. Penelitian ini dimaksudkan untuk memberi gambaran secara rinci tentang obyek yang dikaji dengan norma-norma hukum ketatanegaraan.

Objek penelitian ini adalah Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-XIV/2016 Tentang Uji Materi Pasal Kesusilaan dalam KUHP.

Pada penelitian ini, prosedur analisis bahan hukum ditempuh yakni dengan deskriptif kualitatif, yakni data diuraikan secara diskriptif dan dianalisis secara kualitatif berkaitan dengan memaparkan putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-XIV/2016 dan dianalisis secara kualitatif dengan menggunakan teori *Judicial Review* dan praktek Pengujian UU oleh Mahkamah Konstitusi di Indonesia.

#### HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

##### 1. Kerugian Konstitusional yang menjadi Dasar Gugatan Pemohon

Melalui tuntutan yang dimohonkan para pemohon, pemohon menganggap banyak sekali kerugian konstitusional pemohon akibat tidak adanya perluasan tafsir dan terkait dengan delik kesusilaan di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) pasal 284 (ayat 1-4), ayat 285 dan 292.

Sebelumnya, penulis akan menguraikan isi Pasal 284 (ayat 1-4), ayat 285 dan 292 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) yang dimohonkan oleh pemohon sebagai berikut:

##### **Pasal 284**

(1) Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan:

1.a. seorang pria yang telah kawin yang melakukan gendak (*overspel*), padahal diketahui bahwa pasal 27 BW berlaku baginya,

1.b. seorang wanita yang telah kawin yang melakukan gendak, padahal diketahui bahwa pasal 27 BW berlaku baginya;

2.a. seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya bahwa yang turut bersalah telah kawin;

2.b. seorang wanita yang telah kawin yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui olehnya bahwa yang turut bersalah telah kawin dan pasal 27 BW berlaku baginya.

(2) Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami/istri yang tercemar, dan bilamana bagi mereka berlaku pasal 27 BW, dalam tenggang waktu tiga bulan diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah-meja dan ranjang karena alasan itu juga.

(3) Terhadap pengaduan ini tidak berlaku pasal 72, 73, dan 75.

(4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.

(5) Jika bagi suami-istri berlaku pasal 27 BW, pengaduan tidak diindahkan selama perkawinan belum diputuskan karena perceraian atau sebelum putusan yang menyatakan pisah meja dan tempat tidur menjadi tetap.

##### **Pasal 285**

Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita

<sup>10</sup> Soimin dan Mashuriyanto, Op.Cit., Hlm. 37

bersetubuh dengan dia di luar perkawinan, diancam karena melakukan perkosaan dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun.

**Pasal 292**

Orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain sesama kelamin, yang diketahuinya atau sepatutnya harus diduganya belum dewasa, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun.

Menurut para pemohon, pemohon mempunyai hak konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang mana hak-hak tersebut telah terlanggar atau berpotensi untuk terlanggar dengan keberadaan Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), hak-hak tersebut adalah secara Konstitusional sebagai berikut *Pertama*, Hak untuk mendapat perlindungan negara dan hak untuk menjadi masyarakat yang adil dan beradab sebagaimana termaktub dalam Pembukaan UUD 1945 yang berbunyi: “Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.” *Kedua*, Hak untuk tinggal dalam Negara yang berdaulat, negara yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa serta kemanusiaan yang adil dan beradab sesuai dengan sila pertama dan sila kedua Pancasila yang juga termaktub dalam Pembukaan UUD 1945 yang bunyi: “.....Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab.....” *Ketiga*, Hak untuk memperjuangkan hak secara kolektif untuk kemajuan bangsa dan negara sebagaimana dalam Pasal 28C ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi; “Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya.” Keempat, Hak atas rasa aman untuk bebas dari rasa takut dan ancaman bagi diri, martabat dan keluarga sebagaimana di jamin dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi; “Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa

aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu ...” serta Keenam Hak untuk dihormati Hak Asasi Manusia sebagai sesama warga negara Indonesia sebagaimana dalam Pasal 28J ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi; “Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.”

Dari beberapa kerugian Konstitusional tersebut Secara Penegakan dan Perlindungan Hukum Pemohon I sampai dengan Pemohon XII sebagai perorangan warga negara Indonesia (WNI) juga merasa dirugikan hak konstitusionalnya untuk mendapatkan kepastian hukum dan perlindungan sebagai pribadi, keluarga dan masyarakat atas berlakunya Pasal 284 ayat (1) ayat (2) ayat (3) ayat (4) dan ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP. Hal ini dikarenakan pasal-pasal tersebut isinya tidak lagi dapat menjangkau kejahatan yang terjadi sekarang ini. Sehingga menimbulkan kerugian nyata bagi para Pemohon yaitu tidak adanya rasa aman dari kejahatan-kejahatan tersebut, terbukti dari tidak dapatnya ditindak oleh aparat hukum kejahatan kejahatan yang berkembang sekarang ini sebagai akibat tidak terjangkau oleh ketiga pasal tersebut. Selain itu, para Pemohon merasakan adanya keresahan masyarakat atas maraknya perilaku seks bebas di luar nikah, kumpul kebo, prostitusi, perkosaan dan cabul sesama jenis yang semakin marak terjadi di Indonesia. Perilaku amoral demikian dewasa ini makin marak terjadi Indonesia namun tidak dapat ditindak secara hukum dikarenakan pasal-pasal a quo pada khususnya dan Pasal-pasal dalam KUHP pada umumnya tidak dapat menjangkau penindakan kasus-kasus seperti zina di luar pernikahan, perkosaan kepada laki-laki, maupun cabul sesama jenis bagi pelaku yang sama-sama dewasa maupun dilakukan oleh anak-anak kepada anak-anak.

Kejadian-kejadian ini sebenarnya amat memprihatinkan dan mendorong para Pemohon untuk mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi sebagai *The Guardian Of Constitutions*, di mana Mahkamah diharapkan dapat memberikan perlindungan

hukum bagi seluruh warga Indonesia atas kejahatan tersebut.

Kekhawatiran ini bukan saja telah merugikan para korban namun juga memberikan ketakutan bagi para Pemohon yang merupakan para orang tua atas keselamatan anggota keluarganya. Pemohon Juga khawatir adanya celah terhadap tindak kejahatan yang tidak dicakup dalam KUHP memungkinkan seorang lelaki memperkosa lelaki lainnya tanpa ada hukuman yang jelas. Pun bagi perempuan yang memperkosa perempuan, anak-anak yang mencabuli anak-anak, maupun orang dewasa yang mencabulisesama orang dewasa secara nyata tidak dapat dijangkau oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Kekosongan hukum dalam masyarakat ternyata menimbulkan kerusakan moral yang berdampak pula pada lingkungan sosial para Pemohon. Bukan saja keselamatan jiwa dan kehormatan para Pemohon dan keluarganya yang terancam namun juga merusak tatanan sosial. Sebagai contohnya maraknya aktivitas kumpul kebo dan akibat pada anak yang dilahirkan, Selain itu juga seks bebas dikalangan remaja dan anak-anak telah memberikan ancaman sosial yang serius bagi generasi penerus dalam hal ini anak-anak dan keluarga para Pemohon. Oleh karena itu secara bersama-sama para Pemohon mengalami kerugian konstitusional atas berlakunya ketiga Pasal tersebut, karena ketiga pasal tersebut tidak dapat menjangkau kejahatan-kejahatan sebagaimana tersebut di atas, di mana kejahatan tersebut bisa terjadi baik pada diri para Pemohon maupun keluarganya.

Oleh karenanya maka para Pemohon mengajukan *judicial review* atas keberlakuan ketiga pasal tersebut. Selain itu Bahwa secara khusus masing-masing dari Pemohon mengalami pula kerugian konstitusional atas berlakunya ketiga Pasal tersebut, kerugian yang mana adalah khas sesuai dengan kapasitas masing-masing Pemohon yang Intinya, berdasarkan uraian tersebut di atas, menurut para Pemohon terdapat kerugian hak konstitusional para Pemohon dengan berlakunya Pasal 284, Pasal 285 dan Pasal 292

KUHP ternyata menimbulkan hilangnya rasa aman, dan perlindungan atas Hak Asasi Manusia serta ancaman atas generasi penerus Indonesia atas maraknya zina, seks bebas, prostitusi, perkosaan dan cabul sesama jenis telah nyata memberikan ancaman kepada para Pemohon pada khususnya, keluarga Pemohon maupun kepada seluruh bangsa Indonesia.

Bahwa maksud Permohonan para Pemohon, sebagaimana secara tegas termuat dalam Petitum Permohonannya, pada intinya adalah meminta Mahkamah untuk memperluas cakupan atau ruang lingkup, bahkan mengubah, jenis-jenis perbuatan yang dapat dipidana dalam pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian karena, menurut para Pemohon, sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat, sementara jika menunggu proses legislasi yang sedang berlangsung saat ini tidak dapat dipastikan kapan akan berakhir. Dengan kata lain, para Pemohon meminta Mahkamah untuk melakukan kebijakan pidana (*criminal policy*) dalam pengertian merumuskan perbuatan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan pidana (*delict*), yaitu:

1. Zina, sebagaimana diatur dalam Pasal 284 KUHP, akan menjadi mencakup seluruh perbuatan persetubuhan antara laki-laki dan perempuan yang tidak terikat dalam suatu ikatan perkawinan yang sah;
2. Pemeriksaan, sebagaimana diatur dalam Pasal 285 KUHP, akan menjadi mencakup semua kekerasan atau ancaman kekerasan untuk bersetubuh, baik yang dilakukan oleh laki-laki terhadap perempuan maupun yang dilakukan oleh perempuan terhadap laki-laki;
3. Perbuatan cabul, sebagaimana diatur dalam Pasal 292 KUHP, akan menjadi mencakup setiap perbuatan cabul oleh setiap orang dengan orang dari jenis kelamin yang sama, bukan hanya terhadap anak di bawah umur.

## 2. Putusan Mahkamah Konstitusi dan Dasar Pertimbangan Hakim dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-XIV/2016

Dalam Putusan Perkara No 46/PUU-XIV/2016 Tanggal 14 Desember 2017 Mahkamah Konstitusi menolak Perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016 tentang pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP. Dalam Putusannya Mahkamah Konstitusi menyatakan menolak permohonan para pemohon untuk seluruhnya. Dengan berbagai pertimbangan *Pertama*, Mahkamah Konstitusi menemukan adanya inkonsistensi antara posita dan petitum permohonan Mahkamah Konstitusi melihat bahwa permohonan ini bukan sekedar memberi pemaknaan baru atas norma atau memperluas pengertian yang terkandung dalam norma undang-undang yang dimohonkan melainkan benar-benar merumuskan tindak pidana baru. Menurut Mahkamah Konstitusi hanya pembentuk UU yang berwenang melakukannya. Argumentasi bahwa proses pembentukan UU akan memakan waktu yang lebih lama tidak dapat dijadikan alasan pembenar Mahkamah Konstitusi untuk mengambil alih wewenang pembentuk UU, Dengan demikian, apabila ditelaah lebih jauh berarti para Pemohon memohon agar Mahkamah bukan lagi sekedar memperluas ruang lingkup perbuatan atau tindakan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan pidana atau tindak pidana tetapi juga mengubah sejumlah halpokok atau prinsip dalam hukum pidana, bahkan merumuskan tindak pidanabar. Sebab, dengan permohonan demikian secara implisit Pemohon memohon agar Mahkamah mengubah rumusan delik yang terdapat dalam pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian sehingga dengan sendirinya bukan hanya akan mengubah kualifikasi perbuatan yang dapat dipidana tetapi juga kualifikasi subjek atau orang yang dapat diancam pidana karena melakukan perbuatan tersebut. Hal itu lebih jauh juga berarti akan mengubah konsep-konsep mendasar yang berkenaan dengan suatu perbuatan pidana atau tindak pidana.

*Kedua*, menurut Mahkamah Konstitusi, menghilangkan frasa tertentu dan atau menambahkan pemaknaan baru terhadap suatu norma hukum pidana, yang berarti mengubah pula sifat melawan hukum perbuatan itu, tanpa melakukan penyesuaian dalam ancaman pidananya dan bentuk pengenaan pidananya tidaklah dapat diterima oleh penalaran hukum dalam merancang suatu norma hukum pidana. Karena hal itu melekat pada jenis atau kualifikasi perbuatan yang dapat di pidana atau tidak di pidana yang bersangkutan.

*Ketiga*, secara esensial permohonan ini menjadi berhadapan dengan asas legalitas yang wajib di terapkan secara ketat dalam hukum pidana. Terutama terkait dengan asas *nullum cimen nulla poena sine lege stricta*, tidak ada perbuatan pidana dan karenanya tidak ada pidana jika tidak ada hukum tertulis yang ketat. Jika diterima maka putusan ini jelas tidak memenuhi asas *nullum cimen nulla poena sine lege stricta*. Dengan merujuk pada empat makna yang terkandung dalam pengertian asas legalitas jika dikaitkan dengan permohonan *a quo* dan jika Mahkamah mengabulkan permohonan para Pemohon maka timbul pertanyaan, apakah putusan Mahkamah Konstitusi dalam konteks ini memenuhi ukuran empat makna yang membentuk kebulatan pengertian yang terkandung dalam asas legalitas? Dalam hukum pidana, terminologi “undang-undang” yang terkandung dalam keempat makna asas legalitas adalah merujuk pada pengertian undang-undang dalam arti yang sesungguhnya, yaitu produk hukum tertulis yang dibuat oleh pembentuk undang-undang (di Indonesia, oleh Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden). Artinya, produk hukum yang lahir dari kebijakan pidana atau politik hukum pidana (*criminal policy*).

Keempat, kedudukan harus dipahami sebagai MK sebagai *negative legislator* bukan dalam pemahaman sebagai pembentuk UU (*positive legislator*). Ketika menyangkut norma hukum pidana, MK di tuntutan untuk tidak memasuki wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana. Pengujian UU yang pada pokoknya berisikan permohonan

kriminalisasi maupun dekriminalisasi terhadap perbuatan tertentu tidak dapat dilakukan oleh MK karena hal itu merupakan bentuk pembatasan hak dan kebebasan seseorang dimana pembatasan demikian sesuai dengan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 adalah kewenangan Eksekutif pembuat UU. Kelima, bahwa dalam melakukan kriminalisasi haruslah pula melihat kriteria umum yang menjadi prasyarat kriminalisasi sebuah perbuatan.

*Keenam*, Bahwa hukum pidana adalah *ultimum remedium* atau obat terakhir. Sehingga tidak semua masalah sosial tidak melulu harus diarahkan penyelesaiannya lewat kebijakan hukum pidana sebagai satu-satunya obat. artinya, hukum pidana baru akan digunakan apabila kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan, kaidah agama, dan kaidah hukum dalam bidang atau lapangan hukum lainnya telah tidak memadai lagi. Oleh karena itulah hukum pidana dikatakan sebagai “obat terakhir” (*ultimum remedium*). Dengan demikian, membebankan seluruh tanggung jawab dalam menata fenomena sosial berupa perilaku yang di anggap menyimpang (*deviant behavior*) semata-mata kepada kaidah hukum, lebih-lebih hanya kepada kaidah hukum pidana, tidaklah proporsional, bahkan cenderung terlalu menyederhanakan persoalan. Sebab belum tentu akar dari semua problema social itu bersumber pada lemahnya kaidah hukum, *in casu* hukum pidana, sehingga “obat” yang dibutuhkan guna mengatasinya juga belum tentu semata-mata berupa perbaikan kaidah hukum, khususnya kaidah hukum pidana.

*Ketujuh*, bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan pengujiannya tidak bertentangan dengan UUD 1945. Bahwa dengan seluruh pertimbangan di atas bukanlah berarti Mahkamah menolak gagasan “pembaruan” para Pemohon sebagaimana tercermin dalam dalil-dalil permohonannya. Bukan pula berarti Mahkamah berpendapat bahwa norma hukum pidana yang ada dalam KUHP, khususnya yang dimohonkan pengujian dalam Permohonan *a quo*, sudah lengkap. Mahkamah hanya menyatakan bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang

dimohonkan pengujian dalam permohonan *a quo* tidak bertentangan dengan UUD 1945. Perihal perlu atau tidaknya dilengkapi, hal itu sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk undang-undang melalui kebijakan pidana (*criminal policy*) nya yang merupakan bagian dari politik hukum pidana. Oleh karena itu, gagasan pembaruan yang ditawarkan para Pemohon seharusnya diajukan kepada pembentuk undang-undang dan hal tersebut seharusnya menjadi masukan penting bagi pembentuk undang-undang dalam proses penyelesaian perumusan KUHP yang baru.

### 3. Mahkamah Konstitusi Sebagai *Negative Legislator* dalam Putusan 46/PUU-XIV/2016

Mahkamah Kontitusi melalui putusannya telah berkali-kali menyatakan suatu norma Undang-Undang konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) ataupun inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yang mempersyaratkan pemaknaan tertentu terhadap suatu norma Undang-Undang untuk dapat dikatakan konstitusional, yang artinya jika persyaratan itu tidak terpenuhi maka norma-norma Undang-Undang yang dimaksud adalah inkonstitusional. Namun ketika menyangkut norma hukum pidana, Mahkamah Konstitusi dituntut untuk tidak boleh masuk wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana (*criminal policy*). Hukum pidana berbeda dengan hukum lainnya. Hukum pidana sanksinya keras misalnya permpasan kemerdekaan seseorang, bahkan nyawa seseorang, maka legitimasi negara untuk merumuskan perbuatan yang dilarang dan diancam pidana serta jenis sanksi yang diancamkan terhadap perbuatan itu harus berdasarkan persetujuan rakyat yang dalam hal ini diwakilkan oleh DPR sebagai pembentuk Undang-Undang.

Dalam Putusan Perkara No 46/PUU-XIV/2016 Tanggal 14 Desember 2017 Mahkamah Konstitusi menolak Perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016 tentang pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP. Menurut hemat penulis, keputusan Mahkamah Konstitusi tersebut sudah tepat. Karena Mahkamah Konstitusi telah menjalankan

peranya sebagai *negative legislator*, yakni semata-mata sebagai penguji norma peraturan perundang-undangan.

Menurut Moh Mahfud MD, bahwa dalam UU Mahkamah Konstitusi perlu adanya pembatasan kewenangan terhadap putusan yang dibuat, yakni dalam membuat putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh membuat putusan yang isinya mengatur. Mahkamah Konstitusi hanya boleh menyatakan sebuah Undang-Undang atau sebagian isinya batal karena bertentangan dengan bagian tertentu di dalam UUD. Lebih lanjut, menurutnya betapun Mahkamah Konstitusi mempunyai pemikiran yang baik sebagai alternatif atas UU atau sebagian isi UU yang dibatalkannya, sebab urusan mengatur itu adalah hak lembaga lembaga legislatif.<sup>11</sup>

Lebih lanjut, terkait dengan putusan Perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016 tentang pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP, dalam penjelasan yang disampaikan oleh Moh Mahfud MD dalam *Indonesian Lawyer Club* 20 Desember 2017, Mahkamah Konstitusi memang dapat memperluas tafsir norma, namun ada beberapa syarat yakni:<sup>12</sup>

1. Jika Putusan akan mengakibatkan kekosongan hukum, maka MK boleh membuat norma baru

Contohnya, yakni dalam Putusan MK tentang UU Pemilu. Menurut UU Pemilu yang boleh memilih yakni yang terdaftar dalam DPT. Namun hal ini mengurangi hak warga negara yang lain yang tidak terdaftar dalam DPT. Oleh karenanya Mahkamah Konstitusi membuat norma baru “siapa pun yang memiliki KTP maupun Paspor berhak untuk memilih di pemilihan umum”. Norma baru ini dibuat dikarenakan, jika Mahkamah Konstitusi memutuskan hanya DPT yang boleh memilih di Pemilu, akan terjadi kekosongan hukum dalam penyelenggaraan pemilu. Untuk itu Mahkamah Konstitusi membuat norma

baru agar penyelenggaraan pemilu tetap berjalan, bagi setiap masyarakat meskipun tidak masuk dalam DPT.

2. Ada Undang-Undang yang bertentangan dengan Undang-Undang yang lain.

Contoh pengujian terhadap Undang-Undang Pilkada calon perseorangan.

3. Penafsiran oleh Undang-Undang kabur. Sehingga timbul penafsiran konstitusional bersyarat. Contoh kasus pengujian terhadap UU Perkawinan yang diajukan oleh Macihca Muhtar. Yang menyatakan “anak diluar perkawinan yang sah mempunyai hubungan keperdataan dengan anaknya”. Dalam kasus ini, Mahkamah Konstitusi dalam kaitannya dengan *guardian of human right* (pengawal Hak Asasi Manusia) sehingga Mahkamah Konstitusi memberikan hak asasi warga negara. Contoh: Putusan MK No. 84/PUU-X/2012 yakni Putusan tentang Pengujian terhadap UU tentang Penodaan Agama

Hal senada juga disampaikan oleh Maruar Siahaan, bahwa Mahkamah Konstitusi sebagai *negative legislator*, boleh jadi mengabulkan permohonan pemohon atau menolaknya. Akan tetapi juga ada kemungkinan bahwa permohonan dinyatakan tidak diterima karena memenuhi syarat formal yang diharuskan.<sup>13</sup>

Sebagaimana diketahui bahwasannya adanya perluasan makna dalam suatu peraturan perundang-undangan, maka hal tersebut berkaitan dengan kewenangan legislator sebagai pembentuk dan pengubah undang-undang. Dalam hal ini, yang menjadi *positive legislator* adalah DPR dan Presiden. DPR dan Presiden selaku legislator berperan dalam pembentukan produk hukum berdasarkan atas kebijakannya. Pengkontruksian atas produk hukum tidaklah dapat dialihkan kepada Mahkamah Konstitusi. Sebagaimana diketahui bahwasannya fungsi Mahkamah Konstitusi sebagaimana dalam Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 menyebutkan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama

<sup>11</sup> Moh Mahfud MD, 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara*, LPES, Jakarta. Hlm 98-99

<sup>12</sup> Moh Mahfud MD dalam *Indonesia Lawyer Club* dengan Tema “Benarkah MK Melegakan Zina dan LGBT” tanggal 19 Desember 2017

<sup>13</sup> Maruar Siahaan, 2015, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Edisi Ke Dua*, Sinar Garfika, Jakarta. Hlm 218

dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945. Kewenangan ini telah dilaksanakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 46/PUU-XIV/2016. Adapun pengujian ini bertujuan untuk membuktikan apakah substansi yang terkandung dalam suatu undang-undang bersifat inkonstitusional atau tidak. Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XIV/2016 tersebut bahwasannya pengaturan dalam Pasal 284, 285, dan 292 KUHP bukanlah suatu bentuk inskonstitusional. Sehingga, apabila pemohon menginginkan perluasan makna dalam pasal-pasal tersebut maka sejatinya kewenangan tersebut tidaklah berada ditangan Mahkamah Konstitusi, melainkan menjadi kewenangan legislatif.

Dengan beberapa pertimbangan yang telah disampaikan dalam putusnya, bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan pengujiannya tidak bertentangan dengan UUD 1945. Hal ini bukanlah berarti Mahkamah menolak gagasan “pembaruan” para Pemohon sebagaimana tercermin dalam dalil-dalil permohonannya. Bukan pula berarti Mahkamah berpendapat bahwa norma hukum pidana yang ada dalam KUHP, khususnya yang dimohonkan pengujian dalam Permohonan *a quo*, sudah lengkap. Mahkamah hanya menyatakan bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan pengujian dalam permohonan *a quo* tidak bertentangan dengan UUD 1945. Perihal perlu atau tidaknya dilengkapi, hal itu sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk undang-undang melalui kebijakan pidana (*criminal policy*) nya yang merupakan bagian dari politik hukum pidana. Oleh karena itu, gagasan pembaruan yang ditawarkan para Pemohon seharusnya diajukan kepada pembentuk undang-undang dan hal tersebut seharusnya menjadi masukan penting bagi pembentuk undang-undang dalam proses penyelesaian perumusan KUHP yang baru.

Berdasarkan permasalahan atas permohonan yang diajukan pemohon, maka yang menjadi urgensi ialah perluasan makna yang terkandung dalam pasal 284, 285, dan 292 KUHP. Hal ini bertujuan agar pasal-pasal tersebut benar-

benar memenuhi nilai-nilai yang terkandung dalam UUD NRI 1945 maupun Pancasila. Sebagaimana dalam Pasal 284 KUHP, maka yang dimaksud dengan perzinahan tidak hanya terkait dengan hubungan yang salah satunya telah terikat perkawinan. Namun, perzinahan yang dimaksud ialah perzinahan yang tercermin dalam nilai-nilai agama, yakni persetubuhan yang dilakukan oleh orang diluar perkawinan. Sehingga, dalam hal ini perzinahan terbagi atas 2, yakni *adultery* dan *fornication*.

## KESIMPULAN

Dari hasil kajian yang telah dipaparkan maka, dalam Putusan Perkara No 46/PUU-XIV/2016 Mahkamah Konstitusi menolak permohonan pemohon untuk seluruhnya. Dari putusan tersebut maka, *pertama* Mahkamah Konstitusi telah melaksanakan kewenangan yang dimilikinya sesuai dengan Pasal 24C ayat (1) yakni menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. *Kedua*, Dalam putusan tersebut Mahkamah Konstitusi telah menjalankan kedudukannya sebagai *negative legislator*, yakni hanya semata-mata sebagai penguji norma peraturan perundang-undangan. Meskipun dalam pengujiannya Mahkamah Konstitusi dapat menyatakan suatu norma Undang-Undang konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) ataupun inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yang mempersyaratkan pemaknaan tertentu terhadap suatu norma Undang-Undang untuk dapat dikatakan konstitusional, namun Mahkamah Konstitusi dituntut untuk tidak boleh masuk wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana (*criminal policy*).

*Ketiga*, permohonan yang diajukan pemohon, terhadap Pasal 284, 285, dan 292 KUHP bukan sekedar memberi pemaknaan baru atas norma atau memperluas pengertian yang terkandung dalam norma undang-undang yang dimohonkan melainkan benar-benar merumuskan tindak pidana baru yang sudah masuk wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana (*criminal policy*). Sehingga menurut Mahkamah Konstitusi hanya pembentuk UU yang berwenang melakukannya dalam kedudukannya sebagai *positive legislator*.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Abdul Latif, Hamza Baharudin, dkk, 2009, *Buku Ajar Acara Mahkamah Konstitusi, Cetakan I*, Total Media, Jakarta.
- Ismail Hasani & A. Gani Abdullah, *Pengantar Ilmu Perundang-undangan*, FSH UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2006.
- Jimly Asshiddiqie, 2010, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Setjen dan Kepanitraan MK RI, Jakarta, 2008.
- Soimin dan Mashuriyanto, 2013, *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Cetakan Pertama, UII Press : Yogyakarta.
- Maruar Siahaan, 2015, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Edisi Ke Dua*, Sinar Garfika, Jakarta.
- Moh Mahfud MD, 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara*, LPES, Jakarta.
- Ni'mul Huda, 2004, *Politik Ketatanegaraan Indonesia Kajian terhadap Dinamika Perubahan UUD 1945, Cetakan Kedua*, FH UII Press, Yogyakarta.
- \_\_\_\_\_ 2011, *Dinamika Ketatanegaraan Indonesia dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, FH UII Press, Yogyakarta.
- Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Cetakan Pertama, Sekertariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta.

### Peraturan Perundang-Undangan

- UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- UU No. 23 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi
- Putusan Perkara No 46/PUU-XIV/2016

### Sumber Lain

- Moh Mahfud MD dalam Indonesia Lawyer Club dengan Tema “*Benarkah MK Melegakan Zina dan LGBT*” tanggal 19 Desember 2017.