



TESIS

**Penemuan Hukum Berbasis Hukum Progresif Oleh Hakim Mahkamah
Konstitusi Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Terhadap
Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945**

Disusun oleh ;

Sadhu Bagas Suratno, S.H.

NIM: 130720101001

KEMENTERIAN RISET, TEKNOLOGI DAN PENDIDIKAN TINGGI

UNIVERSITAS JEMBER

FAKULTAS HUKUM

2015

TESIS

**Penemuan Hukum Berbasis Hukum Progresif Oleh Hakim Mahkamah
Konstitusi Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Terhadap
Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945**

*Legal Findings Based On Progressive Law By Justice Of Constitutional
Court In Review Of The Law Against Constitution
Of State Of The Republic Indonesia 1945*

**Disusun oleh ;
Sadhu Bagas Suratno, S.H.
(NIM: 130720101001)**

**KEMENTERIAN RISET, TEKNOLOGI DAN PENDIDIKAN TINGGI
UNIVERSITAS JEMBER
FAKULTAS HUKUM
2015**

MOTTO:

Memang dalam proses penegakan hukum prosedur dan pasal undang-undang tidak boleh diabaikan, karena itu merupakan sarana pokoknya. Akan tetapi harus diingat, bahwa sarana itu bukanlah tujuan sesungguhnya yang ingin dicapai oleh hukum. Prosedur dan pasal-pasal itu hanyalah sarana yang diharapkan dapat mengantarkan para penegak hukum untuk sampai pada tujuan hukum sesungguhnya, yakni keadilan dan kemanfaatan.¹

(Achmad Ali)

¹ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, (Jakarta: PT. Gunung Agung Tbk, 2002), hlm. 96.

PERNYATAAN ORISINALITAS TESIS

Saya yang bertanda tangan di bawah ini:

NAMA : SADHU BAGAS SURATNO, S.H.

NIM : **130720101001**

menyatakan dengan sesungguhnya bahwa karya ilmiah dengan judul **PENEMUAN HUKUM BERBASIS HUKUM PROGRESIF OLEH HAKIM MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PERKARA PENGUJIAN UNDANG-UNDANG TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945** adalah benar-benar hasil karya sendiri, kecuali jika disebutkan sumbernya dan belum pernah diajukan pada institusi manapun, serta bukan karya jiplakan. saya bertanggung jawab atas keabsahan dan kebenaran isinya sesuai dengan sikap ilmiah yang harus dijunjung tinggi. Pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya tanpa tekanan dan paksaan dari pihak manapun serta bersedia mendapat sanksi akademik jika ternyata di kemudian hari pernyataan itu tidak benar.

Jember, 2015

SADHU BAGAS SURATNO, S.H.

NIM: 130720101001

PERSEMBAHAN

Penulis mempersembahkan tesis ini kepada:

1. Ayahanda H. Agus Suratno dan ibunda Novi Wardianti yang senantiasa menjadi sumber motivasi dan energi bagi penulis;
2. Para guru, sejak Taman Kanak-Kanak hingga Perguruan Tinggi yang telah memberikan ilmunya dengan penuh kasih sayang;
3. Almamater Universitas Jember yang penulis cintai dan banggakan.

**PENEMUAN HUKUM BERBASIS HUKUM PROGRESIF OLEH HAKIM
MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PERKARA PENGUJIAN
UNDANG-UNDANG TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR
NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945**

*Legal Findings Based On Progressive Law By Justice Of Constitutional
Court In Review Of The Law Against Constitution
Of State Of The Republic Indonesia 1945*

TESIS

**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum
dalam Program Studi Magister Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum
Universitas Jember**

SADHU BAGAS SURATNO, S.H.

NIM. 130720101001

**KEMENTERIAN RISET, TEKNOLOGI DAN PENDIDIKAN TINGGI
UNIVERSITAS JEMBER
FAKULTAS HUKUM**

2015

**TESIS INI TELAH DISETUJUI
TANGGAL 26 SEPTEMBER 2015**

Oleh :

Dosen Pembimbing Utama,

Prof. Dr. WIDODO EKATJAHJANA, S.H., M.Hum.

NIP : 19710501 199303 1 001

Dosen Pembimbing Anggota,

Dr. JAYUS, S.H., M.Hum.

NIP : 19561206 198303 1 003

Mengetahui,

Ketua Program Studi

Magister Ilmu Hukum Universitas Jember

Dr. JAYUS, S.H., M.Hum.

NIP : 19561206 198303 1 003

PENGESAHAN

Tesis dengan judul:

**PENEMUAN HUKUM BERBASIS HUKUM PROGRESIF OLEH HAKIM
MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PERKARA PENGUJIAN
UNDANG-UNDANG TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR
NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945**

Oleh :

Sadhu Bagas Suratno, S.H.
NIM: 130720101001

Dosen Pembimbing Utama

Dosen Pembimbing Anggota

Prof. Dr. Widodo Ekatjahjana, S.H., M.Hum.
NIP : 19710501 199303 1 001

Dr. Jayus, S.H., M.Hum.
NIP : 19561206 198303 1 003

Mengesahkan :

Kementerian Riset, Teknologi dan Pendidikan Tinggi

Universitas Jember

Fakultas Hukum

Penjabat Dekan,

Dr. Nurul Ghufron, S.H., M.H.
NIP. 19740922 199903 1 003

**PENEMUAN HUKUM BERBASIS HUKUM PROGRESIF OLEH HAKIM
MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PERKARA PENGUJIAN
UNDANG-UNDANG TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR
NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945**
*Legal Findings Based On Progressive Law By Justice Of Constitutional
Court In Review Of The Law Against Constitution
Of State Of The Republic Indonesia 1945*

Telah dipertahankan di depan Tim Penguji pada tanggal 26 September 2015

Susunan Tim Penguji

Prof. Dr. Drs. Abintoro Prakoso, S.H., M.S (Ketua)
NIP. 194907251971021001

Dr. Bayu Dwi Anggono, S.H., M.H. (Sekretaris)
NIP. 198206232005011002

Prof. Widodo Ekatjahjana, S.H., M.Hum. (Anggota)
NIP. 197105011993031001

Dr. Jayus, S.H., M.Hum (Anggota)
NIP. 195612061983031003

Dr. Aries Harianto, S.H., M.H. (Anggota)
NIP. 196912301999031001

Mengetahui,
Ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum Universitas Jember

Dr. Jayus, S.H., M.Hum.
NIP : 19561206 198303 1 003

RINGKASAN

Secara konstitusional Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga peradilan sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di samping Mahkamah Agung yang dibentuk melalui perubahan ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pembentukan Mahkamah Konstitusi dilatarbelakangi oleh konsepsi negara hukum yang menjadikan konstitusi sebagai *the supreme law of the land* yang harus dijaga konstitusionalitasnya karena di dalamnya terdapat landasan filosofis dan cita-cita bangsa Indonesia.

Dalam rangka menegakkan konstitusi, Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final 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 hasil pemilihan umum sebagaimana tercantum dalam Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Ketentuan tersebut kemudian diderivasi lebih terperinci dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Namun dalam perkembangannya, terdapat beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak sesuai atau tidak diatur dalam undang-undang Mahkamah Konstitusi. Diantaranya ialah putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), putusan sela dan *ultra petita*. Selain itu, perkembangan cara berhukum MK yang tidak terikat pada teks undang-undang (mengesampingkan undang-undang) juga tampak pada beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi penemuan hukum (*rechtsvinding*). Dalam tatanan praktik, kegiatan hakim dalam melakukan penemuan hukum ternyata identik dengan karakter hukum progresif, yang menganggap

bahwa hukum bukanlah institusi yang mutlak dan final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menerus menjadi (*law as a process law in the making*). Dalam konteks yang demikian, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya, hal ini akan mempengaruhi cara berhukum yang tidak sekedar terjebak dalam ritme kepastian hukum semata, tetapi juga keadilan dan kemanfaatan.

Kata Kunci: *Mahkamah Konstitusi, Penemuan Hukum, dan Hukum Progresif*

KATA PENGANTAR

Alhamdulillah, puji syukur ke hadirat Allah SWT karena dengan karunia-Nya, penulis dapat menyelesaikan tesis yang berjudul “PENEMUAN HUKUM BERBASIS HUKUM PROGRESIF OLEH HAKIM MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM PERKARA PENGUJIAN UNDANG-UNDANG TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945” dengan baik. Tesis ini disusun untuk memenuhi salah satu syarat menyelesaikan pendidikan Strata 2 (S2) pada Program Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Jember.

Penulis sadar penyusunan tesis ini tidak lepas dari bantuan berbagai pihak. Oleh karena itu, dalam kesempatan kali ini penulis haturkan rasa hormat dan terimakasih yang mendalam kepada :

1. Drs. H. Moh. Hasan, MSc., Phd., selaku Rektor Universitas Jember yang telah memberikan izin bagi penulis untuk menempuh kuliah pada Program Pascasarjana Universitas Jember;
2. Dr. Nurul Gufon, S.H., M.H., selaku Penjabat Dekan, Mardi Handono, S.H., M.H., selaku Pembantu Dekan II dan Iwan Rachmad Soetijono S.H., M.H., selaku Pembantu Dekan III, terimakasih atas segala kemudahan yang diberikan selama penulis menuntut ilmu di Program Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Jember;
3. Prof. Dr. Widodo Ekatjahjana, S.H., M.Hum., Dirjen Peraturan Perundang-Undangan Kementerian Hukum dan HAM Republik Indonesia sekaligus sebagai dosen pembimbing tesis, terimakasih untuk motivasi, ilmu, kesabaran dan keikhlasannya dalam membimbing penulis selama penulis menuntut ilmu di program Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Jember;

4. Dr. Jayus, S.H., M.Hum., Ketua Program Studi Magister Hukum, Fakultas Hukum Universitas Jember sekaligus sebagai dosen pembimbing tesis, terimakasih untuk motivasi, ilmu, kesabaran dan keikhlasannya dalam membimbing penulis selama penulis menuntut ilmu di program Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Jember;
5. H. Abdullah Azwar Anaz (Bupati Banyuwangi), sosok inspiratif yang telah mengajarkan pentingnya kerja keras dalam setiap perjuangan;
6. Hagni Ngesti Sri Redjeki, S.H., M.M., selaku Kepala Bagian (Kabag) Hukum, Aang Muslimin, S.H., M.H., selaku Kepala Sub Bagian (Kasubag) Peraturan Perundang-Undangan, Umi Belgis, S.H., selaku Kasubag Dokumentasi dan Informasi, dan As'ad Maimun, S.H., selaku Kasubag Bantuan Hukum pada Bagian Hukum Sekretariat Daerah Kabupaten Banyuwangi, yang senantiasa memotivasi dan mendorong penulis untuk segera menyelesaikan studinya di Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember;
7. Prof. Dr. Tjuk Wirawan, S.H., yang telah banyak memberikan wawasan keilmuan kepada penulis, khususnya mengenai hakikat Negara Hukum Pancasila;
8. Almarhum Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, S.H. (Prof Tjip) yang telah banyak memberikan inspirasi mengenai hukum progresif, sekalipun kita belum pernah bertatap muka secara langsung;
9. Prof. Dr. Drs. Abintoro Prakoso, S.H., M.S., selaku Ketua Penguji Tesis yang telah bersedia meluangkan waktunya untuk menguji tesis ini di tengah kesibukan yang begitu padat, terimakasih pula telah banyak memberikan tambahan referensi bagi penulis perihal konsep dan perkembangan penemuan hukum di Indonesia;
10. Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H., yang telah banyak memberikan wawasan keilmuan kepada penulis, serta mengajarkan pentingnya kedisiplinan selama penulis menuntut ilmu di program Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Jember;

11. Dr. Aries Harianto, S.H., M.H., yang telah banyak memberikan pengetahuan mendalam mengenai metode penelitian hukum;
12. Dr. Bayu Dwi Anggono, S.H., M.H., yang telah berkenan menjadi ‘partner’ diskusi penulis perihal konsep pembentukan peraturan perundangan-undangan yang baik;
13. Seluruh Dosen Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember yang telah banyak memberikan wawasan keilmuan kepada penulis, diantaranya ialah: Prof. Dr. Arief Amrullah, S.H., M.Hum., Dr. Harjono, S.H., M.C.L., Dr. Jazim Hamidi, S.H., M.H., Dr. Fanny Tanuwijaya, S.H., M. Hum., dan Dr. Dominikus Rato, S.H., M.Si,
14. Drs. Dodik Sutikno, S.H., M.M., mantan Rektor Universitas Islam Jember (UIJ) yang telah memberikan ruang bagi penulis untuk menyalurkan ilmu sekaligus ‘hobinya’, yakni mengajar pada program studi Fakultas Ilmu Sosial dan Politik UIJ;
15. Drs. H. Abd Hadi, S.pd., S.H., M.M., selaku Rektor Universitas Islam Jember (UIJ) yang telah mengajarkan pentingnya amal jariyah berupa ilmu yang bermanfaat, sehingga penulis terdorong untuk senantiasa mengamalkan ilmunya meski itu hanya sedikit;
16. Kedua orang tua yang saya hormati dan muliakan, ayahanda H. Agus Suratno dan ibunda Novi Wardianti, adik-adikku yang saya banggakan Sadhu Ayom Suratno dan Sindhu Bening Suratno, yang senantiasa menjadi sumber motivasi dan energi dalam kehidupan penulis, serta Dhea Dana Mariska terimakasih atas dukungan dan ketulusannya semoga Allah SWT membalasnya dengan setimpal;
17. Rekan-rekan staff Bagian Hukum Sekretariat Daerah Kabupaten Banyuwangi;
18. Sahabat-terbaikku, Yudhas, Rama, Firjohn, Tito, Habib, Irul, Zeindha, Budi, Rizki, Hendri, Hendra dan Dedy yang telah menyadarkan penulis akan arti penting dan indahnya persahabatan ;

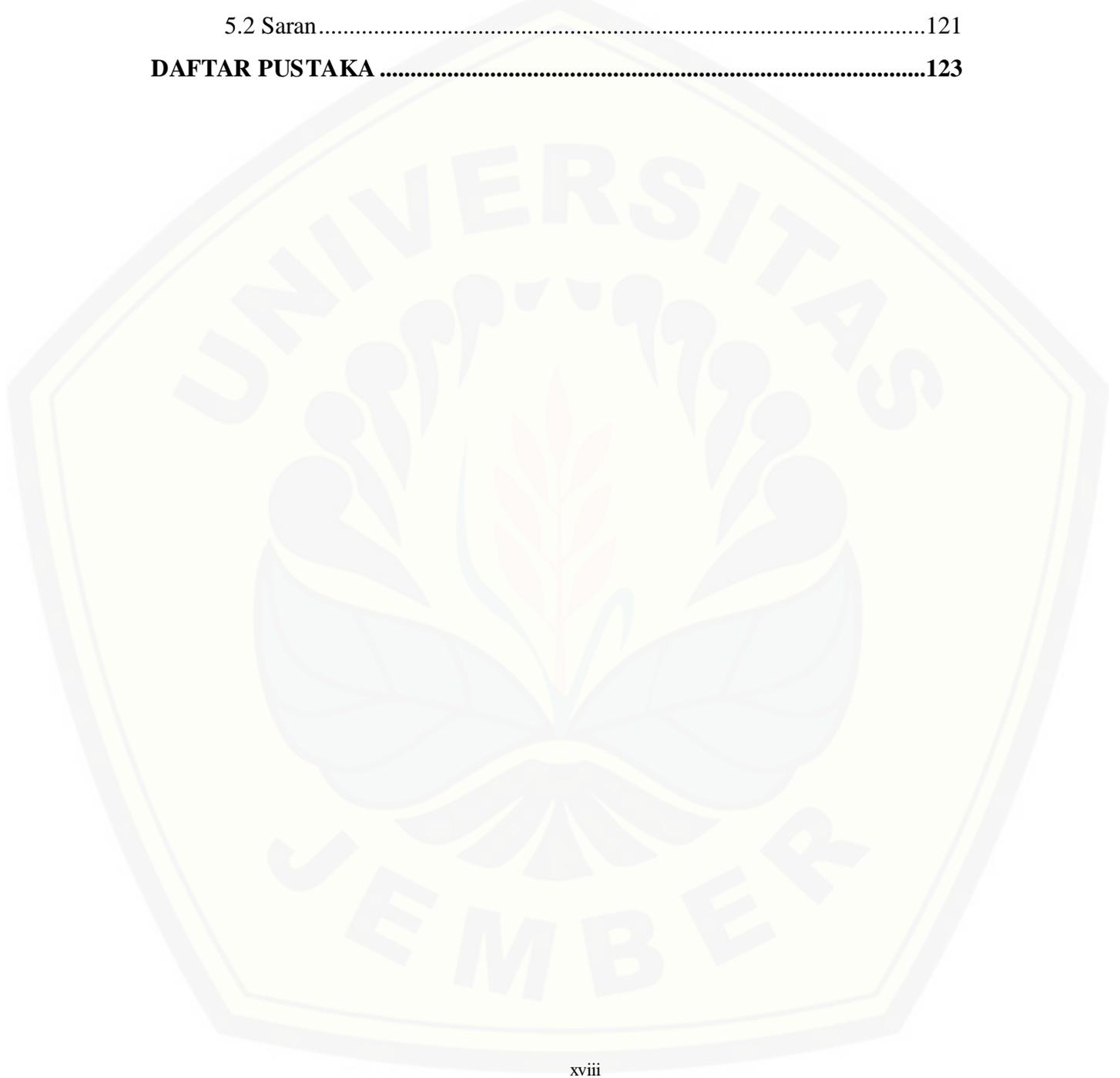
19. Rekan-rekan senasib dan seperjuangan di program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember Angkatan 2013, serta Forum Kajian dan Keilmuan Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember (FK2H FH UNEJ);
20. Rekan-rekan di Sekretariat Program Magister Ilmu Hukum Universitas Jember, yang telah banyak membantu kegiatan belajar mengajar di kelas diantaranya ialah: Nurul Aini, Nita Erdiana, Agus Basuki, Dedy Kurniawan dan Sunarto; dan
21. Semua pihak yang penulis tidak dapat sebutkan satu-persatu yang telah banyak memberikan bantuan dalam menyelesaikan penyusunan tesis ini.

DAFTAR ISI

HALAMAN SAMPUL DEPAN	i
HALAMAN SAMPUL DALAM	ii
HALAMAN MOTTO	iii
HALAMAN PERNYATAAN	
ORISINALITAS TESIS	iv
HALAMAN PERSEMBAHAN	v
HALAMAN PRASAYARAT GELAR	vi
HALAMAN PERSETUJUAN	vii
HALAMAN PENGESAHAN	viii
HALAMAN PENETAPAN PANITIA PENGUJI	ix
RINGKASAN	x
KATA PENGANTAR	xii
HALAMAN DAFTAR ISI	xvi
BAB 1 PENDAHULUAN	1
1.1 Latar Belakang	1
1.2 Rumusan Masalah	11
1.3 Tujuan dan Manfaat Penelitian	11
1.3.1 Tujuan Penelitian	11
1.3.2 Manfaat Penelitian	12
1.4 Metode Penelitian	12
1.4.1 Tipe Penelitian	12
1.4.2 Sumber Bahan Hukum	13
1.4.2.1 Bahan Hukum Primer	13
1.4.2.2 Bahan Hukum Sekunder	14
1.4.3 Pendekatan Masalah	15

1.4.4 Analisis Bahan Hukum.....	16
BAB 2 TINJAUAN PUSTAKA	18
2.1 Konsep Negara Hukum.....	18
2.2 Kedudukan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Kewenangannya Dalam Menguji Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945	24
2.2.1 Kedudukan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.....	24
2.2.2 Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945	26
2.3 Paradigma Hukum Progresif	27
2.4 Hakikat dan Konsep Penemuan Hukum (<i>Rechtsvinding</i>) oleh Hakim	31
2.4.1 Hakikat Penemuan Hukum oleh Hakim.....	31
2.4.2 Konsep Penemuan Hukum oleh Hakim	34
BAB 3 KERANGKA KONSEPTUAL.....	42
BAB 4 PEMBAHASAN	46
4.1 Konsep Penemuan Hukum Berbasis Hukum Progresif oleh Hakim Mahkamah Konstitusi Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang	46
4.2 Implikasi Hukum Dari Putusan Mahkamah Konstitusi yang Berdimensi Penemuan Hukum Terhadap Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara	89
4.3 Konstruksi Normatif Penemuan Hukum oleh Hakim Mahkamah Konstitusi Dalam Hukum Nasional Indonesia Di Masa Mendatang .	106

BAB 5 PENUTUP.....	120
5.1 Kesimpulan.....	120
5.2 Saran.....	121
DAFTAR PUSTAKA	123



BAB 1. PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Pembentukan Mahkamah Konstitusi tidak dapat dilepaskan dari perkembangan hukum dan ketatanegaraan tentang pengujian produk hukum oleh lembaga peradilan atau *judicial review*.¹ Dalam hal pengujian produk hukum oleh lembaga peradilan, Mahkamah Konstitusi dibentuk untuk menjamin agar konstitusi sebagai hukum tertinggi dapat ditegakkan sebagaimana mestinya,² oleh karena itu Mahkamah Konstitusi biasa disebut dengan *the guardian of the constitution*.³

Keberadaan Mahkamah Konstitusi pada suatu negara yang memproklamkan diri sebagai negara hukum, merupakan suatu keharusan yang tidak terbantahkan mengingat prinsip dasar dari negara hukum ialah adanya pembatasan kekuasaan dimana pada lazimnya hal tersebut dimuat dalam konstitusi sebagai dasar hukum tertinggi.⁴ Sehingga perlu adanya badan peradilan yang bertugas menjamin konstitusi dapat ditegakkan sebagaimana mestinya.⁵

¹ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, (Jakarta: Konpress, 2005), hlm. 6-9.

² Terkait hal tersebut, Abdul Mukhtie Fajar pernah berujar bahwa kelahiran Mahkamah Konstitusi semata-mata demi tegaknya konstitusi dalam rangka mewujudkan cita negara hukum dan demokrasi demi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan yang bermartabat, serta misi, mewujudkan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang modern dan terpercaya, dan membangun konstitusionalitas Indonesia dan budaya sadar berkonstitusi. Lihat Abdul Mukhtie Fajar, *Mahkamah Konstitusi dan Perkembangan hukum di Indonesia*, Malang: Orasi ilmiah dalam rangka Dies Natalis Universitas Brawijaya ke-47, 20 Februari 2010, hlm. 1.

³ Anshori Ilyas, *Hubungan Konstitusional Antara MA, KY, dan MK*, (Yogyakarta: Rangkang Education, 2009), hlm. 78. Lihat pula Pasal 24C ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

⁴ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2005), hlm. 123.

⁵ Mengacu pada pandangan Widodo Ekatjahjana perihal penggunaan istilah konstitusi dan undang-undang dasar dalam praktik ketatanegaraan di Indonesia, dalam penelitian ini penulis mengguna

Adapun salah satu kewenangan dari Mahkamah Konstitusi guna menjamin tegaknya konstitusi ialah kewenangan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang baik secara formil maupun materil terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, atau yang sering disebut dengan istilah *judicial review* sebagaimana tercantum dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003, yakni *Mahkamah Konstitusi berwenang mengadakan pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*.

Hak uji materil (*materiele toetsingsrecht*) adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu (*verordenende macht*) berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu. Sedangkan hak uji formil (*formele toetsingsrecht*) adalah suatu wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang misalnya terjelma melalui cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah ditentukan atau diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau tidak.⁶

Meskipun terdapat perbedaan pada objek pengujiannya, namun dalam hal putusan terdapat kesamaan diantara keduanya, yakni putusan Mahkamah Konstitusi terbatas pada ;

kan istilah konstitusi dan undang-undang dasar secara bergantian (tidak dibedakan). Pertimbangan pokoknya ialah, istilah undang-undang dasar itu ternyata dipakai bersama-sama oleh para penyelenggara negara saat itu, dan digunakan dengan makna atau pengertian yang sama pula. Indonesia pernah memiliki Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang dibuat oleh Badan Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), pernah memiliki Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS 1949), juga pernah memiliki Undang-Undang Dasar Sementara 1950 (UUDS 1950), dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hasil perubahan (amandemen). Lihat Widodo Ekatjahjana, *Penetapan dan Perubahan Konstitusi (Perspektif Historis Praktik Hukum Ketatanegaraan Indonesia)*, (Jakarta: APHAMK Press, 2010), hlm. 6.

⁶ Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, (Bandung: Alumni Bandung, 1986), hlm. 6.

1. Dikabulkannya *judicial review*/pengujian undang-undang (dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan, sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003) ;
2. Ditolaknya *judicial review*/pengujian undang-undang (dalam hal undang-undang dimaksud tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, baik mengenai pembentukan maupun materinya sebagian atau keseluruhan, amar putusan menyatakan permohonan ditolak, sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 ayat (5) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003) ;
3. Tidak dapat diterimanya *judicial review*/pengujian undang-undang (Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat, sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003).

Namun ternyata dalam perkembangannya, terdapat beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak sesuai atau tidak diatur dalam undang-undang Mahkamah Konstitusi. Diantaranya ialah putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), putusan ultra petita, mengesampingkan undang-undang dan putusan sela.⁷ Cara berhukum yang tidak hanya terikat pada teks undang-undang tersebut dapat digolongkan sebagai putusan yang berdimensi penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Penemuan hukum yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi menuai pro-kontra di tengah masyarakat khususnya diantara para pencari keadilan (*justicia balance*), mereka yang pro beranggapan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak terkungkung pada bunyi teks undang-undang merupakan perwujudan dari komitmen Mahkamah Konstitusi dalam menegakkan keadilan substantif dan tidak tersandera pada aspek *legal procedural* semata. Sedangkan mereka yang

⁷ Saldi Isra dkk, *Perkembangan Pengujian Perundang-Undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berpikir Hukum Tekstual Ke Hukum Progresif)*, (Padang: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia bekerjasama dengan Pusat Studi Konstitusi (PUSAKO) Fakultas Hukum Universitas Andalas, 2010), hlm. 2.

kontra, beranggapan bahwa hal tersebut berpotensi menjadikan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang *superbody/superpower* dan sewenang-wenang.

Terkait hal ini, Mahfud MD pernah berujar bahwa pada masa kepemimpinannya Mahkamah Konstitusi menganut paham hukum progresif dan menegakkan keadilan substantif (dalam tatanan praktik, penerapan hukum progresif masih sering digunakan oleh hakim Mahkamah Konstitusi bahkan selepas kepemimpinan Mahfud MD).⁸ Bukan sistem hukum klasik yang memberi kewenangan kepada pengadilan untuk memutus perkara sesuai dengan apa yang tertera dalam peraturan undang-undang dalam bentuknya yang tertulis (tekstual).⁹ Hal tersebut menyebabkan hakim hanya menjadi corong undang-undang (*la bouche de la loi*) sehingga berpotensi menciptakan putusan yang mengabaikan nilai keadilan yang ada pada masyarakat.¹⁰ Hal ini dikarenakan pada hakikatnya tidak ada undang-undang yang sempurna, pasti di dalamnya ada kekurangan dan keterbatasannya. Tidak ada undang-undang yang lengkap, selengkap-lengkapnyanya

⁸ Terkait hal ini, SETARA INSTITUTE pernah melakukan suatu penelitian perihal kualitas putusan MK selama tiga masa kepemimpinan. Adapun para responden terdiri dari 200 orang, yang meliputi ahli hukum tata negara dan pegiat hak asasi manusia. Menurut SETARA INSTITUTE, dari 200 responden yang dimintai pendapatnya sebanyak 94,9 % menyatakan kualitas putusan mantan Ketua MK Jimly Asshidiqie bersifat akademis, dan 89,7 % menilai putusannya argumentatif. Untuk mantan Ketua MK Mahfud MD, 89,7 % & dipandang putusannya progresif, kemudian 79,5 % argumentatif. Sedangkan dalam kepemimpinan MK oleh Akil Mochtar, 80 % menilai hasil putusannya politis. Lihat <http://www.edisnews.com/berita-putusan-mk-di-bawah-mahfud-md-progresif.html>, diakses pada tanggal 1 Januari 2015.

⁹ Putusan hakim yang mencerminkan keadilan substantif tidak hanya mengakomodir aturan yang berlaku dalam tahapan penemuan keadilan tapi juga aspek-aspek sosial. Menurut Roscoe Pound, keadilan bukan semata-mata persoalan yuridis semata, akan tetapi masalah sosial yang dalam banyak hal disoroti oleh sosiologi hukum. Keadilan substantif senantiasa bersandar pada nilai-nilai keadilan yang ada dalam masyarakat, dan tidak terpaku hanya pada undang-undang semata. Lihat Umar Sholehudin, *Hukum & Keadilan Masyarakat*, (Malang: Setara Press, 2011), hlm. 45.

¹⁰ <http://www.indopos.co.id/index.php/arsip-berita-nasional/75-nasional-reviews/17614> menganuthukum- progresif.html, diakses pada tanggal 1 Januari 2015.

atau sejelas-jelasnya dalam mengatur seluruh kegiatan manusia.¹¹ Undang-undang bersifat statis dan rigid (kaku), sedangkan perkembangan kegiatan manusia selalu meningkat dari waktu ke waktu baik jenis maupun jumlahnya. Sehingga dapat dimengerti kalau kemudian muncul suatu ungkapan “*het recht hink achter de feiten ann*”, yaitu bahwa hukum tertulis selalu ketinggalan dengan peristiwanya.¹²

Oleh karena itu, hakim dalam memutus suatu perkara tidak boleh hanya bertumpu pada teks undang-undang semata. Hal ini dikarenakan cara ber hukum yang demikian memiliki beberapa kelemahan di dalamnya, diantaranya ialah:

1. Peraturan perundang-undangan tidak fleksibel. Tidak mudah menyesuaikannya dengan masyarakat. Pembentukan peraturan perundang-undangan membutuhkan waktu dan tata cara tertentu sementara masyarakat berubah terus bahkan mungkin sangat cepat. Akibatnya terjadi jurang pemisah antara peraturan perundang-undangan dengan masyarakat;
2. Peraturan perundang-undangan tidak pernah lengkap untuk memenuhi semua peristiwa hukum atau tuntutan hukum dan ini menimbulkan apa yang lazim disebut kekosongan hukum.

Di Indonesia sendiri, penggunaan penafsiran yang hanya didasarkan pada teks semata ternyata juga mengalami berbagai permasalahan dan kegagalan, khususnya dalam hal mewujudkan keadilan substansif di dalam persidangan. Hal tersebut dapat dilihat dalam beberapa putusan hakim, diantaranya ialah:

¹¹ Hal diatas terjadi terutama karena hukum positif sebagai suatu produk hukum, selalu dipersepsikan memotret masyarakat dalam konteks penggalan waktu tertentu (sinkronis). Hasil potret ini memperlihatkan sistem hukum sebagai karya momentaris (*momentary legal system*). Disisi lain, disadari atau tidak disadari masyarakat mengalami pergolakan tanpa mengenal titik perhatian. Masyarakat senantiasa berproses, disatu sisi pembentuk undang-undang memang tidak pernah mampu memperkirakan secara lengkap varian peristiwa konkret seperti apa saja yang bakal terjadi di kemudian hari. Shidarta, *Pendekatan Hukum Progresif Dalam Mencairkan Kebekuan Produk Legislasi*, dalam *Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*, (Yogyakarta: Thafa Media, 2013), hlm. 27-28.

¹² Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: UII Press, 2006), hlm. 104.

1. Kasus pencurian 3 (tiga) kakao (Putusan No. 247/PID.B/2009/PN.PWT).¹³
2. Kasus pencurian sisa panen randu (Putusan /PID.B/2009/PN.Btg, nomor putusan oleh Pengadilan Negeri Batang sengaja dikaburkan dalam *fotocopy* putusan karena alasan kode etik).¹⁴
3. Kasus pencurian sandal bolong (Putusan No. 857/Pid.b/2001/PN.TNG; PT No. 84/PID/2002PT. Bandung; MA No. 1668 K/Pid/2002).¹⁵

¹³ Kasus bermula pada suatu hari di bulan Agustus tahun 2009, Minah memanen kedelai di lahan garapannya yang berbatasan dengan sebuah kebun kakao milik PT Rumpun Sari Antan. Ketika sedang memanen kedelai, dia melihat pohon kakao kemudian dia memetik tiga buah kakao yang ada di kebun itu lalu meletakkannya di tempat (tanah), dengan maksud akan digunakannya sebagai benih. Tak lama berselang, lewat seorang mandor perkebunan dan menanyakan siapa yang mengambil kakao tersebut. Mandor lalu memberi pengertian kepada Minah bahwa yang dilakukannya tersebut merupakan tindak pidana pencurian. Minah lalu meminta maaf dan berjanji tidak akan mengulangnya, tiga buah kakao itu kemudian dia serahkan kepada mandor perkebunan tersebut. Namun, sepekan setelah kejadian itu Minah dipanggil dan diperiksa polisi di Polsek Ajibarang. Dari hasil pemeriksaan polisi menyimpulkan bahwa perbuatan Minah sepenuhnya memenuhi unsur-unsur yang disebutkan dalam Pasal 362 KUHP yang secara legal formal dikategorikan sebagai tindak pidana pencurian. Dalam persidangan, hakim juga berpendapat bahwa perbuatan yang dilakukan Minah tersebut terbukti secara sah dan meyakinkan memenuhi unsur-unsur dalam Pasal 362 KUHP, berdasarkan hal tersebut kemudian hakim menjatuhkan vonis pidana satu bulan 15 hari, dengan masa percobaan tiga bulan.

¹⁴ Kasus ini bermula ketika Manisih, Rusnoto, Sri dan Juwono melakukan gresek/ngasak yakni mengambil sisa hasil panen randu, padi, daun cengkeh dan hasil pertanian lainnya. Kebiasaan ngasak bagi orang Jawa berlangsung secara turun temurun untuk menghindari kemubadziran, Namun, permasalahan mulai muncul ketika perkebunan tempat mereka biasa mengasak beralih pengelolaannya ke perkebunan swasta yang orientasinya ialah mencari untung sehingga kebiasaan ngasak tersebut mulai dikesampingkan, dimana puncaknya Manisih cs dijerat Pasal 363 KUHP tentang Pencurian dengan Pemberatan.

¹⁵ Kasus ini bermula ketika Hamdani pada hari Senin tanggal 4 September sekitar jam 16.30 di dalam areal PT OSAGA mengambil sepasang sandal contoh milik perusahaan PT OSAGA tanpa seijin pemilikinya. Karena hal tersebut, dalam dakwaan Jaksa Penuntut Umum disebutkan bahwa PT OSAGA selaku saksi korban mengalami kerugian sebesar Rp. 25.000 atau setidaknya-tidaknya lebih dari Rp. 250. Jaksa Penuntut Umum menjerat hamdani dengan Pasal 362 KUHP dan menuntut dengan pidana penjara 5 (lima) bulan dikurangi masa tahanan. Melalui beberapa kali persidangan, Majelis Hakim Pengadilan Negeri Tangerang berkesimpulan bahwa Hamdani secara

4. Kasus kawin lari (Putusan No. 232/Pid.B/2008/PN.Pra).¹⁶

Beberapa kelemahan tersebut tampaknya juga disadari oleh pembentuk undang-undang, khususnya Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, sehingga di dalam Pasal 5 ayat (1) diperintahkan agar *hakim dan hakim konstitusi wajib untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*. Ketentuan ini mengandung pengertian bahwa hakim dalam memutus perkara tidak boleh hanya terikat pada teks undang-undang semata namun juga harus melakukan pendekatan hukum yang lebih komprehensif, seperti mengakomodir unsur filosofis (keadilan) dan kemanfaatan (sosiologis).¹⁷

Di satu sisi, cara berhukum hakim Mahkamah Konstitusi yang tidak terikat pada teks undang-undang melainkan senantiasa memperhatikan rasa keadilan masyarakat, selaras dengan semangat dan sifat Undang-Undang Dasar Negara

sah dan meyakinkan bersalah telah melakukan tindak pidana pencurian dan menjatuhkan pidana 2 bulan 24 hari. Di tingkat banding putusan tersebut dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Bandung dan di tingkat Kasasi, Mahkamah Agung menguatkan putusan Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi. Lihat Widodo Dwi Putro, *Kritik Terhadap Paradigma Positivisme Hukum*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2011), hlm. 193-194.

¹⁶ Kasus bermula ketika Muhammad Zaini alias Kacung melakukan kawin lari dengan Baiq Ernawati. Dalam perspektif adat dan budaya (khususnya di Nusa Tenggara Barat, *locus* kejadian perkara) hal tersebut bukan merupakan hal yang dilarang, bahkan menurut budayawan Lombok M. Yamin prosesi perkawinan bagi masyarakat Lombok harus dilalui dengan prosesi kawin lari dimana si perempuan dibawa lari atas dasar suka sama suka untuk dinikahi tanpa ijin orang tuanya. Awalnya yang membawa lari perempuan adalah orang kepercayaan si laki-laki supaya tidak terjadi persentuhan antara laki-laki dengan perempuan sebelum pernikahan. Namun, sekarang terjadi pergeseran, si laki-laki yang langsung membawa kekasihnya. Setelah sampai di tempat tujuan barulah laki-laki tersebut melapor kepada kepala desa setempat bahwa ia telah melarikan anak gadis untuk dinikahi. Setelah itu kepala desa menghubungi keluarga perempuan untuk datang ke desanya dan dilakukan musyawarah untuk menentukan tanggal pernikahan. Namun, masalah mulai muncul ketika secara normatif Pasal 332 ayat (1) mengatur sebaliknya, yakni membawa pergi seorang wanita yang belum dewasa tanpa mendapat persetujuan orang tua/wali merupakan suatu tindak pidana.

¹⁷ Sisworo Soeyono, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, (Semarang: Penerbit Universitas Diponegoro, 1998), hlm. 57.

Republik Indonesia Tahun 1945 yang dibentuk dan disusun sedemikian rupa sehingga mampu mengikuti perkembangan zaman.¹⁸ Oleh karena itu, untuk memahami dan mengerti dengan seksama ketentuan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak cukup hanya dipahami melalui teksnya saja melainkan perlu dipahami secara seksama suasana kebatinan yang menjadi latar belakang filosofis, sosiologis, politis, dan historis perumusan juridis konstitusi tersebut.¹⁹

Adapun beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat penemuan hukum berbasis hukum progresif diantaranya ialah :

1. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 14-17/PUU-V/2007 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan. Secara normatif dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi terbatas hanya pada 1) dikabulkan, 2) ditolak, dan 3) tidak dapat diterimanya perkara. Namun, dalam putusan ini Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa perkara yang diajukan oleh para pemohon tidak dapat diputus menggunakan salah satu jenis dari ketiga amar putusan tersebut. Dalam hal ini, Mahkamah Konstitusi melakukan penemuan hukum dengan menggunakan klausula “konstitusional bersyarat” (*conditionally*

¹⁸ Sifat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang fleksibel dan dinamis dapat dilihat dari perumusan isinya yang disusun secara sistematis mulai dari prinsip-prinsip yang bersifat umum dan mendasar, kemudian dilanjutkan dengan perumusan prinsip-prinsip kekuasaan dalam setiap cabangnya, serta pasal dan ayatnya yang dirumuskan dalam tingkat abstraksi yang sesuai dengan hakikatnya sebagai hukum dasar, membuatnya menjadi fleksibel mengikuti perkembangan dan tuntutan zaman. Jimly Asshidiqie, *Konstitusi... op. cit.*, hlm. 31.

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 29.

constitutional), sepanjang ketentuan *a quo* yang dimohonkan oleh para pemohon diartikan tidak mencakup tindak pidana yang lahir karena kealpaan ringan (*culpa levis*) dan tindak pidana karena alasan politik tertentu serta dengan mempertimbangkan sifat jabatan tertentu yang memerlukan persyaratan berbeda sebagaimana diuraikan diatas;

2. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 102/PUU-VII/2009 mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden. Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi membolehkan kartu tanda penduduk (KTP) dipakai untuk mencontreng dalam pemilu presiden 2009. Meskipun putusan Mahkamah Konstitusi ini bersifat ultra petita, namun keberadaannya mendapat sambutan positif dari masyarakat luas. Hal ini dikarenakan dengan menggunakan pendekatan hukum progresif hakim Mahkamah Konstitusi coba merasakan dan menyelami kegelisahan masyarakat Indonesia yang khawatir tidak dapat menyalurkan hak konstitusionalnya untuk memilih dalam pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden periode 2009-2014 karena tidak terdaftar dalam DPT.
3. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 133/PUU-VII/2009 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, dalam putusannya Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan provisi para pemohon.²⁰ Padahal, secara normatif dalam hukum acara MK hanya mengatur permohonan provisi dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara sebagaimana dimuat dalam Pasal 63 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi yang berbunyi, “Mahkamah dapat mengeluarkan penetapan yang

²⁰ Putusan provisi lazim dipraktikkan dalam hukum acara perdata, yakni dalam kondisi penggugat mengajukan permohonan kepada pengadilan agar mengeluarkan tindakan hukum sementara dengan maksud untuk mencegah suatu kerugian yang semakin besar bagi penggugat dan memudahkan pelaksanaan putusan hakim jika penggugat dimenangkan, oleh karenanya tindakan sementara ini diperintahkan pelaksanaannya terlebih dahulu sedangkan perkara masih sedang berjalan. Subekti sebagaimana dikuti dalam Saldi Isra dkk, *Perkembangan...op.cit.*, hlm. 133.

memerintahkan pada pemohon dan/atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi?”. Meskipun dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi tidak dikenal putusan provisi dalam perkara pengujian undang-undang, namun dalam rangka memberikan perlindungan terhadap hak konstitusional warga negara, Mahkamah berani untuk menerobos kekakuan positivisme hukum yang terlalu bersandar pada ketentuan undang-undang untuk kemudian menjatuhkan putusan provisi yang bersandar pada aspek keadilan dan kemanfaatan.

4. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 138/PUU-VII/2009 mengenai Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Dalam putusannya, meskipun Mahkamah Konstitusi menolak permohonan pemohon namun dalam pertimbangan hukumnya (*ratio decidendi*) Mahkamah menyatakan berwenang melakukan *judicial review* terhadap Perppu. Padahal secara konstitusional, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak memberikan kewenangan untuk menguji Perppu pada Mahkamah Konstitusi. Terkait hal ini Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa materi muatan Perppu pada hakikatnya sama dengan undang – undang, hanya segi formilnya yang menjadi pembeda fundamental antara keduanya. Karena materi Perppu sama dengan undang – undang, maka tidak menutup kemungkinan ketentuan yang terdapat dalam Perpu tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan berpotensi melanggar hak konstitusional warga negara, sehingga perlu ada lembaga yang berwenang untuk menguji konstitusionalitasnya.

Masih banyak lagi sebenarnya putusan Mahkamah Konstitusi berdimensi penemuan hukum yang bercorak progresif selain dari apa yang telah dikemukakan diatas. Namun, dari beberapa contoh tersebut sudah cukup untuk memberi alasan bahwa penemuan hukum berbasis hukum progresif sangatlah menarik untuk dikaji

dan ditelaah lebih detil dalam lagi. Oleh karena itu, penulis tertarik untuk meneliti lebih lanjut permasalahan tersebut melalui karya tulis ilmiah berbentuk tesis dengan judul *“Penemuan Hukum Berbasis Hukum Progresif Oleh Hakim Mahkamah Konstitusi Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”*

1.2 Rumusan Masalah

Dari uraian latar belakang diatas dapat diidentifikasi beberapa masalah yang kemudian dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah konsep penemuan hukum berbasis hukum progresif oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian undang – undang ?
2. Apakah implikasi hukum dari putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi penemuan hukum terhadap perlindungan hak konstitusional warga negara ?
3. Bagaimanakah seharusnya konstruksi normatif penemuan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam hukum nasional Indonesia di masa mendatang ?

1.3 Tujuan dan Manfaat Penelitian

1.3.1 Tujuan Penelitian

Atas dasar perumusan masalah yang telah diuraikan diatas, maka tujuan penelitian ini adalah :

1. Untuk mengetahui konsep penemuan hukum berbasis hukum progresif oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian undang – undang.
2. Untuk mengetahui implikasi hukum dari putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi penemuan hukum serta korelasinya terhadap perlindungan hak konstitusional warga negara.
3. Untuk mengetahui bagaimanakah seharusnya konstruksi normatif penemuan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam hukum nasional Indonesia di masa mendatang.

1.3.2 Manfaat Penelitian

Manfaat penelitian dalam tesis ini adalah :

1. Secara akademis: Sebagai referensi bagi para penstudi atau peminat kajian Ilmu Hukum, Hukum Tata Negara dan Hukum Konstitusi mengenai penerapan penemuan hukum yang progresif oleh hakim Mahkamah Konstitusi guna melindungi hak konstitusional warga negara yang berpotensi terlanggar oleh undang – undang yang inkonstitusional.
2. Secara praktis: Penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi pemikiran bagi hakim Mahkamah Konstitusi dalam melakukan penemuan hukum khususnya dalam perkara pengujian undang – undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, serta memberi masukan bagi pemerintah maupun lembaga negara lainnya yang berwenang dalam melakukan pembentukan undang – undang untuk lebih memperhatikan hak konstitusional warga negara dalam menyusun undang – undang yang hendak dibuat.

1.4 Metode Penelitian

Penggunaan metode dalam sebuah penelitian merupakan suatu keharusan yang ditujukan guna mengungkapkan kebenaran secara sistematis, metodologis, dan konsisten. Penggunaan metode dalam sebuah karya ilmiah sebagai sebuah proses untuk menggali, mengolah dan merumuskan bahan-bahan hukum dalam menjawab permasalahan dengan uraian yang logis dan sistematis sehingga diakhir penelitian dapat ditarik suatu kesimpulan yang ilmiah. Metode penelitian dalam penelitian ini meliputi empat aspek yakni tipe penelitian, pendekatan masalah, sumber bahan hukum dan analisa bahan hukum.

1.4.1 Tipe Penelitian

Tipe penelitian yang digunakan adalah penelitian yuridis normatif (*legal research*), yaitu penelitian mengenai penerapan norma-norma hukum positif. Metode penelitian ini dilakukan dengan mengkaji aturan hukum yang bersifat autoritatif dan literatur sebagai konsep teori serta pendapat ahli hukum

yang kemudian dihubungkan dengan permasalahan yang akan dianalisis dalam penelitian ini.²¹

1.4.2 Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum merupakan pedoman dalam mencari pokok jawaban yang akan dicapai guna memecahkan permasalahan sekaligus sebagai preskripsi yang diperlukan sebagai sumber penelitian. Sumber dalam penelitian ini terdiri atas bahan hukum primer (*primary sources or authorities*), bahan hukum sekunder (*secondary sources or authorities*) dan bahan non hukum.²²

1.4.2.1 Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif sehingga dalam penelitian ini mengacu pada hierarki hukum (*hierakhi of law*) yakni Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai (peraturan dasar) *grundnorm* dan diikuti oleh peraturan perundang-undangan dibawahnya sebagaimana diatur dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Adapun bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian ini adalah :

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ;
2. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316) ;
3. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 9, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4359) ;

²¹ Johny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif, Cetakan Keempat*, (Jakarta: Banyumedia, 2008), hlm. 310.

²²*Ibid.*, hlm. 124.

4. Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 85, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4654) ;
5. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 176, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4437) ;
6. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 132, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5051) ;
7. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076) ;
8. 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) ;
9. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – Undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 81, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5233).
10. Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 58, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5679).

1.4.2.2 Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder berupa publikasi hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal hukum dan komentar ahli hukum atas

putusan pengadilan.²³ Adapun bahan hukum sekunder yang digunakan dalam penelitian ini adalah buku, majalah, makalah tentang hukum dan putusan pengadilan.

1.4.3 Pendekatan Masalah

Pendekatan masalah dilakukan untuk memperoleh informasi mengenai isu yang dibahas dalam sebuah penelitian. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan asas-asas hukum (*legal principle approach*), pendekatan perundang-undangan (*state approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan analitis (*analytical approach*).²⁴

Pertama, pendekatan asas-asas hukum dilakukan untuk memahami asas-asas hukum yang terkandung dan diterapkan secara hierarkis dalam peraturan perundang-undangan.

Kedua, pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah dan mengkaji peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan permasalahan yang sedang mengemuka dan berkembang di masyarakat.

Ketiga, pendekatan konseptual sebagai pendekatan yang berangkat dari pandangan hukum yang berkembang dalam ilmu hukum dalam menguraikan gagasan atas permasalahan relevan yang tengah dihadapi.

Keempat, pendekatan kasus dilakukan dengan menelaah permasalahan hukum yang telah terjadi dan diputus dengan tujuan untuk mempelajari penerapan norma-norma hukum. Sebagai konsekuensi kasus telah terjadi sehingga bermakna empiris yang digunakan untuk memperoleh gambaran terhadap dampak dimensi penormaan dalam suatu aturan hukum dan praktik hukum serta menggunakan hasil analisisnya untuk bahan masukan dalam eksplanasi hukum.²⁵

²³Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), hlm. 141.

²⁴*Ibid.*, hlm. 95.

²⁵ Johny Ibrahim, *Teori... op.cit.*, hlm. 310

Kelima, pendekatan analitis dilakukan untuk mengetahui, makna yang terkandung oleh istilah-istilah yang digunakan dalam peraturan perundang-undangan secara konsepsional, sekaligus untuk mengetahui penerapannya dalam praktik dan putusan-putusan hukum sehingga dilakukan dua pemeriksaan. Pertama, peneliti berusaha memperoleh makna baru yang terkandung di dalam aturan hukum yang bersangkutan. Kedua, menguji istilah-istilah hukum tersebut dalam praktik melalui analisis terhadap putusan-putusan hukum. putusan-putusan hukum sehingga dilakukan dua pemeriksaan. Pertama, peneliti berusaha memperoleh makna baru yang terkandung di dalam aturan hukum yang bersangkutan. Kedua, menguji istilah-istilah hukum tersebut dalam praktik melalui analisis terhadap putusan-putusan hukum.²⁶

1.4.4 Analisis Bahan Hukum

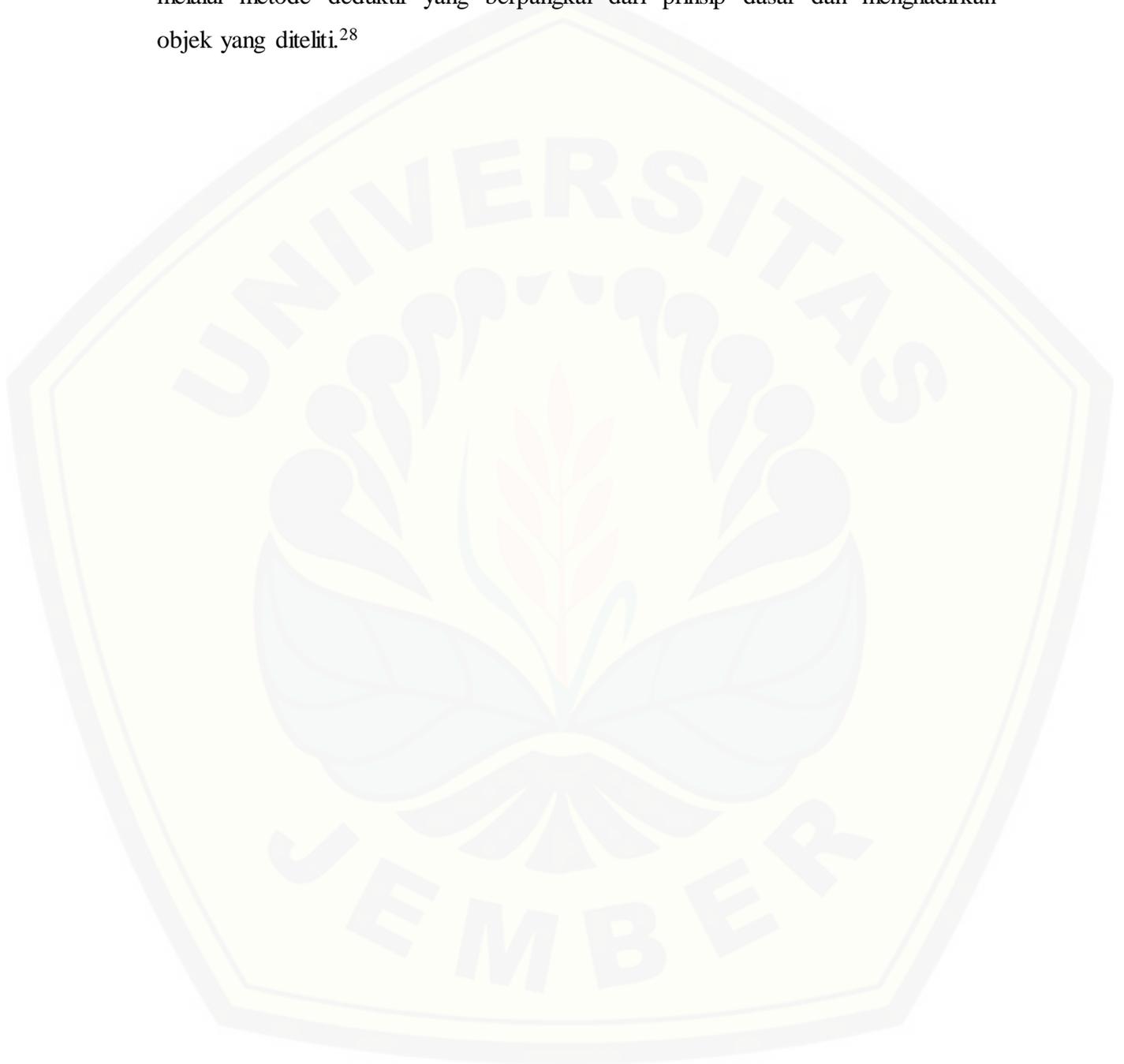
Analisa bahan hukum dilakukan setelah seluruh bahan hukum terkumpul kemudian dianalisa secara yuridis normatif. Analisa secara yuridis normatif merupakan suatu analisa yang dilakukan dengan cara mengevaluasi norma-norma hukum positif yang didasarkan pada konstitusi terhadap permasalahan yang sedang mengemuka dan berkembang di masyarakat. sebagai proses untuk menemukan jawaban atas pokok permasalahan melalui beberapa tahap sebagai berikut:²⁷

1. Mengidentifikasi fakta hukum dan mengeliminasi hal yang tidak relevan dengan pokok permasalahan.
2. Pengumpulan bahan hukum yang relevan dengan permasalahan.
3. Telaah atas permasalahan yang diajukan berdasarkan bahan hukum yang telah dikumpulkan.
4. Menyimpulkan pembaharuan dalam bentuk argumentasi dengan menjawab rumusan permasalahan.
5. Mengajukan preskripsi berdasarkan argumentasi yang telah dibangun secara konsisten dalam kesimpulan.

²⁶ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian... op.cit.*, hlm. 124.

²⁷ *Ibid.*, hlm. 141.

Hasil analisis bahan hukum kemudian dibahas untuk menghasilkan generalisasi sehingga memberikan pemahaman atas permasalahan yang dimaksudkan untuk menarik kesimpulan yang dapat dipertanggung jawabkan melalui metode deduktif yang berpangkal dari prinsip dasar dan menghadirkan objek yang diteliti.²⁸



²⁸*Ibid.*, hlm. 42.

BAB 2. TINJAUAN PUSTAKA

2.1 Konsep Negara Hukum

Ide awal negara hukum berkaitan erat dengan konsep ‘*nomocracy*’ yang berasal dari perkataan ‘*nomos*’ dan ‘*cratos*’. Perkataan nomokrasi itu dapat dibandingkan dengan ‘*demos*’ dan ‘*cratos*’ atau ‘*cratien*’ dalam demokrasi. ‘*Nomos*’ berarti hukum, sedangkan ‘*cratos*’ adalah kekuasaan yang dibayangkan sebagai faktor penentu dalam penyelenggaraan kekuasaan adalah hukum.²⁹ Oleh karena itu, istilah nomokrasi berkaitan erat dengan ide kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi (supremasi hukum).³⁰

Secara historis, gagasan negara hukum sudah ada sejak zaman Yunani Kuno sebagaimana dapat dilihat diantaranya dalam karya Aristoteles dan Plato.³¹ Plato dalam bukunya yang berjudul *Republic* menginginkan agar negara diperintah oleh ‘raja filosof’,³² sehingga negara tersebut dapat diperintah secara bijaksana tanpa perlu tunduk pada hukum. Tetapi keadaan ideal hampir – hampir tidak dapat diwujudkan dalam kenyataan. Karenanya, menurut Plato sebagai pilihan terbaik yang kedua, negara harus diperintah oleh seorang kepala negara

²⁹ Kaelan, *Pendidikan Kewarganegaraan Untuk Perguruan Tinggi*, (Yogyakarta: Paradigma, 2007), hlm. 96.

³⁰ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi... op.cit.*, hlm. 123.

³¹ Moh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih, *Ilmu Negara*, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2008), hlm. 131.

³² Filsuf yang dimaksud dalam ungkapan diatas bukanlah filsuf dalam arti yang sesungguhnya melainkan ia yang mencintai kebenaran dan segala hal yang benar (*a lover of truth and all true being*). Pentingnya raja filsuf memerintah negara ditekankan oleh Plato (sebagaimana dikisahkan dalam dialog antara Socrates dan Glaucon), yakni “ *the philosophers must become kings in our cities, I said... until the happens, my dear Glaucon, there can be no rest from troubles for the cities and i think for the whole human race. Until then, this constitution which we have now evolved in words will never grow into being as something possible: it will never see the light of the sun, but it will live only in our description*”. Lavine sebagaimana dikutip dalam I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complain) Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak - Hak konstitusional Warga Negara.*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), hlm. 46.

yang tunduk kepada aturan – aturan yang berlaku. Sedangkan Aristoteles lebih realistis sebagaimana yang tertulis dalam karyanya yang berjudul *Politics*, dia menyimpulkan bahwa negara memang harus diperintah oleh kepala negara yang tunduk kepada hukum yang berlaku.³³

Dalam perkembangannya, konsep negara hukum di Eropa Kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte, dan lain-lain dengan menggunakan istilah Jerman yaitu '*rechtsstaat*'.³⁴ Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika, konsep negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A. V. Dicey dengan sebutan '*the rule of law*'. Menurut Julius Stahl, konsep negara hukum yang disebutnya dengan istilah '*rechtsstaat*' itu mencakup empat elemen penting, yaitu:³⁵

1. Perlindungan hak asasi manusia ;
2. Pembagian kekuasaan ;
3. Pemerintahan berdasarkan undang-undang ;
4. Peradilan tata usaha negara.³⁶

³³ Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern*, (Bandung: Refika Aditama, 2009), hlm. 27.

³⁴ Konsep *rechtsstaat* yang secara longgar sering diterjemahkan sebagai *law state*, *rule of law* atau *a state governed by law* dalam bahasa Inggris, menurut Bockenforde mengandung pengertian lebih daripada sekedar gagasan tentang suatu pemerintahan menurut hukum (*a government of law*) baik dalam perwujudannya yang lama maupun yang lebih baru. Sebagaimana saat awal dikembangkannya, pada abad ke-19, *rechtsstaat* mengandung pengertian sebagai 'suatu negara yang diatur menurut hukum nalar' (*a state governed by the law of reason*), suatu konsep yang menekankan kebebasan, persamaan, dan otonomi dari tiap – tiap individu di dalam kerangka suatu tertib hukum yang ditentukan oleh undang- undang dan dijalankan oleh pengadilan yang independen. Terkait hal ini, Raymond Youngs berpendapat bahwa dalam makna yang demikian, *rechtsstaat* juga sangat menekankan pentingnya kepastian hukum. Lihat I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan... op. cit.*, hlm. 80.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 122.

³⁶ Adanya unsur peradilan tata usaha negara atau peradilan administrasi pada konsep *rechtsstaat* menunjukkan adanya keterkaitan historis yang erat antara negara hukum Eropa Kontinental dengan sistem hukum Romawi dan kemunculan hukum administrasi negara. Terkait hal ini, P. M. Hadjon berpendapat bahwa "konsep *rechtsstaat* bertumpu pada sistem hukum kontinental yang disebut *civil law* atau *modern roman law*, sedangkan konsep *rule of law* bertumpu atas sistem

Sedangkan A.V. Dicey menguraikan adanya tiga ciri penting dalam setiap negara hukum yang disebutnya dengan istilah *the rule of law*, yaitu:

1. Supremasi hukum ;
2. Kedudukan yang sama di hadapan hukum ;
3. Terjaminnya hak – hak manusia dalam undang – undang atau keputusan pengadilan.

Adapun menurut Jimly Asshiddiqie, dengan mempertimbangkan bahwa disatu pihak, pemikiran tentang negara hukum yang selalu berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat dan di lain pihak, prinsip – prinsip negara hukum senantiasa berpusat di sekitar dua isu pokok yaitu masalah pembatasan kekuasaan dan perlindungan hak asasi manusia, maka terdapat 12 prinsip pokok yang menjadi pilar utama penyangga negara hukum, yaitu:³⁷

1. Supremasi hukum (*supremacy of law*), prinsip ini tidak hanya membutuhkan pengakuan secara normatif tetapi juga empiris. Pengakuan normatif terwujud dalam pembentukan norma hukum secara hierarkis yang berpuncak pada supremasi konstitusi. Sedangkan pengakuan empiris terwujud dalam perilaku pemerintahan dan masyarakat yang mendasarkan diri pada aturan hukum ;

hukum yang disebut *common law*. Karakteristik *civil law* adalah administratif, sedangkan karakteristik *common law* adalah *judicial*. Perbedaan karakteristik yang demikian disebabkan karena latar belakang daripada kekuasaan raja. Pada zaman Romawi, kekuasaan yang menonjol dari raja ialah membuat peraturan melalui dekrit. Kekuasaan itu kemudian di delegasikan kepada pejabat – pejabat administratif yang membuat pengarah – pengarah tertulis bagi hakim tentang bagaimana memutus suatu sengketa. Begitu besarnya peranan administrasi, sehingga tidaklah mengherankan kalau dalam sistem kontinental – lah muncul pertama kali cabang ilmu hukum baru yang disebut '*droit administratif*' dan inti dari '*droit administratif*' tersebut adalah hubungan administratif dengan rakyat yang memfokuskan pada bahasan langkah – langkah untuk membatasi kekuasaan administrasi negara. Philip. M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, (Surabaya: Bina Ilmu, 1987), hlm. 76-82.

³⁷ Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008), hlm. 49-52.

2. Persamaan dalam hukum (*equality before the law*), dalam prinsip ini terkandung pengertian bahwa bukan hanya setiap orang memiliki kedudukan yang sama dalam hukum dan pemerintahan tetapi juga bahwa setiap sikap dan tindakan diskriminatif adalah sikap dan tindakan terlarang, kecuali tindakan – tindakan yang bersifat khusus dan sementara mendorong mempercepat perkembangan kelompok tertentu (*affirmative action*);
3. Asas legalitas, yakni segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Perundang-undangan tersebut harus ada dan berlaku terlebih dahulu atau mendahului perbuatan yang dilakukan. Artinya, setiap perbuatan administratif harus berdasarkan *rules and procedures*. Agar hal ini tidak menjadikan birokrasi terlalu kaku, maka diakui pula keberlakuan asas *freies ermessen* yang memungkinkan para pejabat administratif negara mengembangkan dan menetapkan sendiri *beleid – regels* atau *policy rule* yang berlaku internal dalam rangka menjalankan tugas yang dibebankan oleh peraturan yang sah ;
4. Pembatasan kekuasaan, maksudnya, ada pembatasan kekuasaan negara dan organ–organ negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. Tujuannya untuk menghindari penyalahgunaan kekuasaan dan mengembangkan mekanisme *check and balances* antara cabang–cabang kekuasaan negara ;
5. Organ–organ pendukung yang independen, prinsip ini merujuk pada pengaturan adanya lembaga pendukung yang bersifat independen dalam rangka pembatasan kekuasaan, misalnya bank sentral, organisasi tentara, kepolisian dan kejaksaan serta lembaga–lembaga baru seperti Komisi Nasional, Hak Asasi Manusia, Komisi Pemilihan Umum, Ombudsman, Komisi Penyiaran Indonesia, dan lain–lain. Sifat independen dari lembaga–lembaga tadi menjadi penting sebagai jaminan bahwa demokrasi tidak akan disalah gunakan oleh pemerintah ;

6. Peradilan bebas dan tidak memihak, yakni hakim tidak boleh memihak kepada siapapun kecuali kepada kebenaran dan keadilan. Juga tidak boleh dipengaruhi oleh siapapun, baik oleh kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang (ekonomi). Untuk itu, tidak boleh ada intervensi terhadap putusan pengadilan ;
7. Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN), keberadaan PTUN secara khusus disebut, karena dalam negara hukum harus terbuka kesempatan bagi warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi yang menjadi kompetensi PTUN. Artinya, dengan adanya peradilan ini, hak-hak warga negara yang terancam terlanggar oleh keputusan pejabat administrasi negara, sebagai pihak yang berkuasa akan terjamin dari adanya pelanggaran itu. Tetapi, keberadaan peradilan ini harus diikuti oleh jaminan bahwa putusannya ditaati oleh pejabat administrasi negara ;
8. Peradilan tata negara (*constitutional court*). Negara hukum modern juga lazim mengadopsi gagasan pembentukan Mahkamah Konstitusi. Tujuannya, memperkuat sistem *checks and balances* antara cabang-cabang kekuasaan negara untuk menjamin demokrasi ;
9. Perlindungan hak asasi manusia. Jaminan perlindungan terhadap hak asasi manusia ini harus disertai dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil. Terbentuknya negara tidak boleh mengurangi arti dan makna kebebasan dasar dan hak asasi. Dengan kata lain, jika di suatu negara hak asasi manusia terabaikan atau pelanggaran terhadapnya tidak dapat diatasi secara adil maka negara itu tidak dapat disebut sebagai negara hukum dalam arti yang sesungguhnya;
10. Bersifat demokratis (*demokratische rechtsstaat*). Maksudnya, dianut dan dipraktikkannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga peraturan perundang – undangan yang diterapkan dan ditegakkan mencerminkan perasaan keadilan masyarakat. Hukum tidak boleh dibuat dan diterapkan secara sepihak oleh dan / atau hanya untuk kepentingan penguasa. Hukum tidak boleh dibuat hanya hanya untuk menjamin

kepentingan beberapa orang yang berkuasa, melainkan untuk keadilan bagi semua orang. Dengan kata lain, negara hukum yang dikembangkan bukanlah *absolute rechtsstaat* tetapi *democratie rechtsstaat* ;

11. Berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara (*welfarerechtsstaat*). Maksudnya, cita – cita hukum itu baik yang dilembagakan melalui gagasan negara hukum maupun gagasan negara demokrasi dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum ;
12. Transparansi dan kontrol sosial terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum sehingga dapat memperbaiki kelemahan mekanisme kelembagaan demi menjamin kebenaran dan keadilan. Kebutuhan akan adanya partisipasi langsung dikarenakan mekanisme perwakilan di parlemen tidak selalu dapat diandalkan sebagai satu –satunya saluran aspirasi rakyat ;

Sedangkan menurut *International Commission of Jurists* dalam Konferensi Bangkok tahun 1965 mengemukakan bahwa syarat-syarat atau prinsip-prinsip terselenggaranya pemerintahan demokratis di bawah *rule of law* adalah:

1. Perlindungan konstitusional ;
2. Kekuasaan kehakiman yang bebas dan tidak memihak ;
3. Pemilihan umum yang bebas ;
4. Kebebasan untuk menyatakan pendapat ;
5. Kebebasan untuk berserikat ;
6. Pendidikan kewarganegaraan (*civic education*).

Dari apa yang telah diuraikan tersebut, tujuan awal dicetuskannya negara hukum pada hakikatnya ialah untuk menghindari tindakan sewenang–wenang yang dilakukan oleh penguasa atau pemerintah, dengan cara menerapkan pembagian kekuasaan dan menegakkan supremasi hukum. Kedua elemen tersebut pada umumnya tercantum di dalam konstitusi suatu negara,³⁸ tidak terkecuali

³⁸ Terkait hal ini Ivo D. Duchacek Bogdanor menyatakan bahwa “ semua konstitusi selalu menjadikan kekuasaan sebagai pusat perhatian, karena kekuasaan itu sendiri pada intinya memang perlu diatur dan dibatasi sebagaimana mestinya“. ‘ *Constitutions*’ menurut Ivo D. Duchacek adalah “*identify the sources, purposes, uses and restraints of public power*” (mengidentifikasi sumber,

dengan Indonesia, yang memproklamkan diri sebagai negara hukum sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sebagai negara hukum yang konstitusional, maka sudah semestinya hukum yang menjadi panglima dalam penyelenggaraan negara yang sesungguhnya (supremasi hukum).³⁹

2.2 Kedudukan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Kewenangannya Dalam Menguji Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

2.2.1 Kedudukan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Secara konstitusional MK merupakan lembaga peradilan sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di samping Mahkamah Agung (MA) yang dibentuk melalui perubahan ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di Indonesia, fungsi konstitusional yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi adalah fungsi peradilan untuk menegakkan hukum dan keadilan.

Namun fungsi tersebut belum bersifat spesifik yang berbeda dengan dengan fungsi yang dijalankan oleh Mahkamah Agung. Fungsi Mahkamah Konstitusi dapat ditelusuri dari latar belakang pembentukannya, yaitu untuk menegakkan supremasi konstitusi. Oleh karena itu, ukuran dan keadilan dan

tujuan penggunaan dan pembatasan – pembatasan kekuasaan umum). Karena itu, pembatasan kekuasaan pada umumnya dianggap merupakan corak umum materi konstitusi. Lihat Vernon (ed), *Blackwell's Encyclopedia of Political Science*, (Blackwell: Oxford, 1987), hlm. 142.

³⁹ Dalam perkembangannya (khususnya di Amerika Serikat), gagasan hukum sebagai panglima tertinggi yang diakomodir dalam *prinsip rule of law* (A.V. Dicey) berkembang menjadi jargon *rule of law, and not of Man* dalam arti bahwa suatu kepemimpinan dalam pemerintahan yang sebenarnya adalah terdapat pada hukum, bukan pada orangnya. Artinya, pemimpin suatu negara itu sendiri pada hakikatnya adalah hukum, bukan pribadi orang. Hukum di sini dilihat sebagai satu kesatuan sistem aturan yang berpuncak pada konstitusi. Karena itu, sesuai prinsip supremasi hukum dan supremasi konstitusi, pemimpin kita sebenarnya dalam setiap negara hukum adalah konstitusi (*constitution*), bukan pribadi Presiden ataupun pribadi Raja. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi... op.cit.*, hlm. 288-289.

hukum yang ditegakkan dalam peradilan Mahkamah Konstitusi adalah konstitusi itu sendiri yang dimaknai tidak hanya sekedar sebagai sekumpulan norma dasar, melainkan juga dari sisi prinsip dan moral konstitusi, antara lain prinsip negara hukum dan demokrasi, perlindungan hak asasi manusia, serta perlindungan hak konstitusional warga negara.⁴⁰

Di dalam penjelasan umum Undang-Undang Mahkamah Konstitusi disebutkan bahwa tugas dan fungsi Mahkamah Konstitusi adalah menangani perkara ketatanegaraan atau perkara konstitusional tertentu dalam rangka menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi. Selain itu, keberadaan Mahkamah Konstitusi juga dimaksudkan sebagai koreksi terhadap pengalaman ketatanegaraan yang ditimbulkan oleh tafsir ganda atas konstitusi.⁴¹

Sebagai lembaga kehakiman yang kewenangannya bersinggungan dengan persoalan konstitusionalisme dan ketatanegaraan, menurut Jimly Asshidiqqie ada lima fungsi yang biasanya dilekatkan pada Mahkamah Konstitusi. Pertama, sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) agar supremasi konstitusi dapat ditegakkan. Kedua, sebagai pengendali keputusan berdasarkan sistem demokrasi (*control of democracy*). Ketiga, merupakan satu-satunya penafsir konstitusi (*the sole or the highest interpreter of the constitution*) yang memiliki kekuatan hukum mengikat. Keempat, melaksanakan fungsi sebagai pelindung hak konstitusional (*the protector of citizen's constitutional right*). Kelima, sebagai pelindung hak asasi manusia (*the protector of human rights*).⁴²

⁴⁰ Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia bekerjasama dengan Asosiasi Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, 2010), hlm. 10.

⁴¹ A. Muchtie Fadjar sebagaimana dikutip dalam *Ibid.*, hlm. 10.

⁴² Jimly Asshidiqqie sebagaimana dikutip dalam Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Mahkamah Konstitusi*, (Bandung: Mandar Maju, 2012), hlm. 38.

2.2.2 Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Secara konstitusional kewenangan Mahkamah Konstitusi menguji undang-undang diatur dalam Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yakni: *Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final 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 hasil pemilihan umum.*

Ketentuan tersebut kemudian diderivasi ke dalam Pasal 51 ayat (3) huruf a dan huruf b Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, Pasal 51 ayat (3) huruf a mengatur mengenai pengujian formil (*formele toetsingrecht*) yakni, *pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945* sedangkan Pasal 51 ayat (3) huruf b mengatur perihal pengujian materil (*materiele toetsingrecht*), yakni *materi muatan dalam ayat, pasal, dan / atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Terkait pengujian formil oleh Mahkamah Konstitusi, Sri Soemantri berpendapat bahwa pengujian ini adalah wewenang Mahkamah Konstitusi untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang misalnya, terjelma melalui cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah ditentukan atau diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku ataukah tidak. Sedangkan Harun Alrasid mengemukakan bahwa hak menguji formil adalah mengenai prosedur pembuatan undang-undang.⁴³

Sedangkan mengenai hak menguji secara materil, Harun Alrasid mengemukakan bahwa hak menguji materil merupakan kewenangan pembuat undang-undang dan apakah isinya bertentangan atau tidak dengan peraturan yang

⁴³ Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Hukum... op.cit.*, hlm. 92.

lebih tinggi, Sedangkan menurut Jimly Asshidiqqie, pengujian materiil berkaitan dengan kemungkinan pertentangan materi suatu peraturan dengan peraturan lain yang lebih tinggi ataupun menyangkut kekhususan-kekhususan yang dimiliki suatu aturan dibandingkan dengan norma-norma yang berlaku umum.

Lepas dari konteks pengujian formil dan materil, secara konseptual pengujian konstitusional (*constitutional review*) harus dibedakan dengan *judicial review*. Sepanjang pengujian dilakukan oleh pengadilan dan secara *a pasteriori* terhadap norma yang bersifat umum dan abstrak, maka pengujian demikian disebut dengan *judicial review*. Pengujian konstitusional menjadi sama pengertiannya dengan pengujian undang-undang, dalam arti pengujian konstitusionalitas undang-undang (*judicial review on the constitutionality of law*), apabila pengujian itu dilakukan (oleh pengadilan) terhadap undang-undang dengan menggunakan konstitusi sebagai tolak ukurnya. Hal ini dikarenakan Indonesia menganut *twins model* dalam sistem pengujian peraturan perundang-undangannya, dimana Mahkamah Agung mempunyai kewenangan untuk menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, sedangkan Mahkamah Konstitusi berwenang menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

2.3 Paradigma Hukum Progresif

Secara etimologis, kata progresif berasal dari kata *progress* dari bahasa Inggris yang berarti kemajuan. Jika kata hukum dan kata progresif digabungkan, maka bermakna bahwa hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman agar mampu melayani kepentingan masyarakat berdasarkan aspek moralitas penegak hukum. Sedangkan apabila hukum progresif dihubungkan dengan penafsiran hukum, hal ini berarti bahwa penafsiran progresif memahami proses hukum sebagai proses pembebasan terhadap suatu konsep kuno yang tidak dapat digunakan dalam melayani kehidupan masa kini.⁴⁴

⁴⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 1-2.

Kondisi demikian, dikarenakan terdapat stagnasi dalam praktik dan teori hukum. Oleh karena itu, diajukanlah suatu gagasan untuk memilih cara yang menolak *status quo*, melainkan secara progresif melakukan pembebasan dan hal tersebut dirumuskan ke dalam gagasan dan tipe hukum progresif. Gagasan hukum progresif bertolak dari pandangan bahwa hukum harus dilihat sebagai suatu ilmu. Oleh karenanya, hukum tidak hanya dianggap selesai setelah tersusun sebagai peraturan perundang-undangan dengan kalimat-kalimat yang sangat rapi dan sistematis, namun hukum harus selalu mengalami proses pemaknaan sebagai sebuah pendewasaan atau pematangan.⁴⁵ Dengan proses inilah maka hukum dapat menampakkan jati dirinya sebagai sebuah ilmu, yaitu selalu berproses untuk mencari kebenaran. Dalam pengertian ini, hukum juga harus dilihat secara utuh yang menekankan pada sifat substantif dan transendental yang tidak lepas dari nilai-nilai agama, etik, dan moral bukan hanya dalam wujud norma-norma tertulis.⁴⁶ Oleh karena itu, jika hukum tertulis sudah tidak mampu lagi mewadahi keadilan, maka hakim harus berpikir progresif untuk menerobos dari norma-norma tertulis tersebut.

Untuk mewujudkan keadilan tersebut, hukum progresif beranggapan bahwa hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*). Hukum progresif bisa diibaratkan sebagai papan petunjuk yang selalu memperingatkan, hukum itu harus terus menerus merobohkan, mengganti, membebaskan hukum yang mandek karena tidak mampu melayani lingkungan yang berubah. Karena itu menurut Satjipto Rahardjo, hakim harus

⁴⁵ Berlawanan dengan hukum progresif, aliran legisme hanya mengidentikan hukum sebagai hukum positif sehingga tidak ada norma hukum di luar hukum positif. Konsekuensi logis dari hal ini ialah, hakim hanya merupakan corong undang – undang (*la bouche de la loi*). Satu –satunya penafsiran yang wajib dilakukan oleh hakim dalam memutus perkara menurut penganut aliran ini ialah dengan cara penafsiran tekstual / gramatikal, yakni hakim tidak boleh menyimpang sedikitpun dari apa yang telah tercantum / tertulis dalam undang – undang.

⁴⁶ Turiman, *Memahami Hukum Progresif Prof Satjipto Rahardjo dalam Paradigma “Thawaf” (Sebuah Kontemplasi Bagaimana Mewujudkan Teori Hukum yang Membumi / Grounded Theory Meng – Indonesia)*. Dalam <http://eprints.undip.ac.id>, diakses pada tanggal 5 Februari 2015.

berani melakukan suatu *rule breaking*,⁴⁷ yaitu berani melakukan suatu terobosan hukum yang bersifat progresif.⁴⁸

Hakekat hukum progresif sebenarnya adalah pergeseran dari sistem formal ke sistem manusia. Jadi *vexatious litigation* yang benar-benar bersifat *vexing* (tidak ada visi luhurnya) tidak boleh dibiarkan menjadi trend dalam budaya peradilan. Namun biarkan peran hakim secara progresif (pengetahuan, keahlian dan logika yang utuh serta ketajaman nurani) memberikan makna di balik sebuah gugatan.⁴⁹ Terkait hal tersebut Taverne pernah berujar “berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk pun saya bisa membuat putusan yang baik”.⁵⁰ Sejalan dengan apa yang telah diucapkan oleh Taverne, mantan Hakim Agung Bismar Siregar sering mengatakan bahwa “keadilan berada diatas hukum”, oleh karena itu Bismar selalu memutuskan berdasarkan hati nurani terlebih dahulu dan baru kemudian dicarikan peraturannya.⁵¹

Dengan demikian, penafsiran progresif menundukkan rumusan peraturan pada posisi sebagai eksemplar awal, sedangkan yang ingin dijangkau adalah suatu makna yang lebih dalam lagi yakni keadilan. Posisi awal dibuatnya hukum tertulis bukan hal yang bersifat final dan mutlak. Peraturan hanya mengingatkan, dalam masyarakat harus ada keadilan dan keadilan itu kemudian dirumuskan dalam bentuk kata – kata rumusan hukum. Keadilan baru merupakan satu hal, karena

⁴⁷ Menurut Satjipto Rahardjo, ada tiga cara untuk melakukan *rule breaking*, yaitu: 1. Menggunakan kecerdasan spiritual untuk bangun dari keterpurukan hukum dan berani mencari jalan baru serta tidak membiarkan diri terkekang dengan cara – cara lama yang jelas – jelas telah banyak melukai rasa keadilan, 2. Pencarian makna lebih untuk menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum, dan masing – masing pihak yang terlibat dalam proses penegakan hukum didorong untk selalu bertanya pada hati nuraninya tentang makna hukum yang lebih dalam, 3. Dalam menjalankan hukum tidak hanya menurut ukuran logika, tetapi dengan perasaaan kepedulian dan keterlibatan (*compassion*) kepada kelompok yang lemah. Lihat Satjipto Rahardjo, *Menuju Produk Hukum Progresif*, makalah diskusi terbatas Fakultas Hukum UNDIP, Semarang 18 Februari 2006, hlm. 32 – 33.

⁴⁸ Satjipto Rahardjo, *Tidak Hanya Memeriksa dan Mengadili*, Harian Kompas, 2 November 2007.

⁴⁹ Saldi Isra dkk, *Perkembangan... op.cit.*, hlm. 47.

⁵⁰ Satjipto Rahardjo, *Hukum... op.cit.*, hlm. 10.

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 10.

masih ada yang lain seperti *justice, utility, doelmatigheid, bilijckheid*. Dengan kata lain, setiap membaca peraturan maka setiap kali pula harus dicari makna lebih dalam yang ada di belakang peraturan tersebut.⁵²

Sehingga dapat dikatakan bahwa, hukum progresif merubah cara ber hukum dan sekedar menerapkan hukum positif secara tekstual semata menjadi cara ber hukum dengan mendayagunakan hukum dengan tujuan, misi, dan dimensi spiritual. Penilaian keberhasilan cara ber hukum yang demikian, tidak hanya dilihat dari diterapkannya hukum materil maupun formil semata, melainkan dari penerapannya yang bermakna dan berkualitas.⁵³

Dari apa yang telah diuraikan, maka dapat disimpulkan bahwa karakteristik hukum progresif adalah:

1. Hukum ada untuk mengabdikan pada manusia ;
2. Hukum progresif akan tetap hidup karena hukum selalu berada pada statusnya sebagai *law in the making* dan tidak pernah bersifat final, sepanjang manusia masih ada, maka hukum progresif akan terus hidup dalam menata kehidupan masyarakat ;
3. Dalam hukum progresif selalu mendekat etika dan moralitas kemanusiaan yang sangat kuat, yang akan memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia serta mengabdikan pada keadilan, kesejahteraan dan kepedulian terhadap manusia pada umumnya.

⁵² Satjipto Rahardjo sebagaimana dikutip dalam M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012), hlm. 246.

⁵³ Penegakan hukum progresif menjalankan hukum tidak hanya sekedar menurut kata-kata hitam putih dari peraturan (*according to the letter*), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (*to the very meaning*) dari undang-undang atau hukum. Penegakan hukum tidak hanya dengan kecerdasan intelektual, melainkan dengan kecerdasan spiritual. Dengan kata lain, penegakan hukum yang dilakukan dengan penuh determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap penderitaan bangsa dan disertai keberanian untuk mencari jalan lain daripada yang biasa dilakukan. Lihat Yohanes Suhardin, *Peranan Hukum Progresif Dalam Melindungi Hak Asasi Dan Pemberdayaan Kelompok Marginal*, dalam *Dekonstruksi... op.cit.*, hlm. 583.

2.4 Hakikat dan Konsep Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) oleh Hakim

2.4.1 Hakikat Penemuan Hukum oleh Hakim

Pada dasarnya penemuan hukum muncul sebagai akibat tidak lengkap atau tidak jelasnya peraturan perundang-undangan tertulis yang ada,⁵⁴ sehingga untuk memutus suatu perkara maka hakim harus melakukan kreasi aktifnya guna menemukan solusi hukum.⁵⁵ Kreasi aktif dalam bentuk melakukan penemuan hukum ini perlu dilakukan oleh hakim karena hakim tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan tidak ada atau kurang jelas dasar hukumnya, sebagaimana tercantum dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, yakni: *Pengadilan dilarang 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.*

Hakim dianggap tahu hukumnya, artinya melalui penemuan hukum itu hakim mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*). Itulah sebabnya kata Sudikno Mertokusumo, “penegakan dan pelaksanaan hukum sering merupakan penemuan hukum dan tidak sekedar penerapan hukum”.⁵⁶ Lebih lanjut Sudikno Mertokusumo menjelaskan bahwa penemuan hukum umumnya diartikan sebagai “proses pembentukan hukum oleh hakim, atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan hukum umum pada peristiwa hukum konkrit”.⁵⁷ Untuk sampai pada penemuan hukum, hakim melakukan penafsiran hukum manakala terdapat kekosongan atau ketidakjelasan undang-undang yang wajib diisi dan diperjelas oleh hakim.⁵⁸ Atas dasar itu, Sudikno Mertokusumo mendefinisikan penemuan hukum adalah “konkritisasi kristalisasi atau

⁵⁴ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab–Bab Tentang Penemuan Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993), hlm. 3.

⁵⁵ Munafrizal Manan, *Penemuan... op.cit.*, hlm. 15

⁵⁶ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab... op.cit.*, hlm. 4.

⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 49.

⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 56 & 84.

individualisasi peraturan hukum atau *das sollen*, yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret atau *das sein*.⁵⁹

Senada dengan pendapat Sudikno Mertokusumo, Paul Scholten berpendapat bahwa penemuan hukum oleh hakim merupakan sesuatu yang lain daripada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya, kadang – kadang dan bahkan sangat sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogi ataupun *rechtssveroijning* (pengkokritan hukum).⁶⁰

Sedangkan N.E. Algra dan Van Duyvendijk berpendapat bahwa penemuan hukum sebagai menemukan hukum untuk sesuatu kejadian konkrit, untuk mana oleh hukum atau oleh seorang pemutus yuridis lainnya harus diberikan penyelesaian yuridis.⁶¹ Selanjutnya juga dikemukakan bahwa penemuan hukum sebagai kegiatan hakim untuk mempergunakan berbagai macam tehnik penafsiran dan cara menguraikan dengan mempergunakan berbagai macam alasan yang tidak terdapat di dalam aturan hukum yang ada pada kejadian yang disampaikan kepadanya. Ia juga tidak hanya membuat hukum untuk persoalan yang ada di depannya, tetapi juga untuk kejadian yang sama yang akan datang.⁶²

⁵⁹*Ibid.*, hlm. 102.

⁶⁰ N.E. Algra dan Van Duyvendijk, *Mula Hukum*, diterjemahkan oleh J.C.T. Simorangkir dkk, (Bandung: Bina Cipta, 1983), hlm. 359.

⁶¹Terkait hal ini, Jazim Hamidi pernah berpendapat bahwa penemuan hukum pada dasarnya merupakan wilayah kerja hukum yang sangat luas cakupannya. Ia dapat dilakukan oleh orang – perorangan (individu), ilmuwan / peneliti hukum, para penegak hukum (hakim, jaksa, polisi dan pengacara / advokat), direktur perusahaan swasta dan BUMN / BUMD sekalipun. Namun, dalam diskursus penemuan hukum, lebih banyak dibicarakan pada upaya penemuan hukum oleh hakim, pembentuk undang – undang dan peneliti hukum. Penemuan hukum oleh hakim, tidak semata – mata menyangkut penerapan peraturan perundang – undangan hukum terhadap peristiwa konkret, tetapi juga penciptaan hukum dan pembentukan hukum sekaligus. Lihat Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, (Yogyakarta: UII Press, 2005), hlm. 56.

⁶²John Z. Loude sebagaimana dikutip dalam Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 51.

Terkait hal tersebut, Munafrizal Manan berpendapat bahwa hakim boleh melakukan penemuan hukum, namun hakim tidak boleh tergesa-gesa melakukan penemuan hukum sebelum memastikan aturan yang ada mengenai perkara yang ditanganinya memang tidak ada atau kurang jelas.⁶³ Dalam konteks ini, Ahmad Rifai berpendapat bahwa hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, pertama-tama harus menggunakan hukum tertulis terlebih dahulu, yakni peraturan perundang-undangan tetapi kalau peraturan perundang-undangan tersebut ternyata tidak cukup atau tidak tepat dengan permasalahan dalam suatu perkara, maka barulah hakim akan mencari dan menemukan hukumnya dari sumber-sumber hukum lain seperti yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis.⁶⁴

Pentingnya batasan bagi seorang hakim dalam melakukan penemuan hukum juga diutarakan oleh Marwan Mas, dimana ia berpendapat bahwa setidaknya ada tiga alasan bagi hakim dalam rangka melakukan penemuan hukum, diantaranya adalah:⁶⁵

1. Karena peraturannya tidak ada, tetapi esensi perkara sama atau mirip dengan suatu peraturan lain yang dapat diterapkan pada kasus tersebut;
2. Peraturannya memang ada, tetapi kurang jelas sehingga hakim perlu menafsirkan peraturan tersebut untuk diterapkan pada perkara yang ditangani;
3. Peraturannya ada, tetapi peraturan itu sudah tidak sesuai lagi dengan kondisi dan kebutuhan warga masyarakat, sehingga hakim wajib menyesuaikannya dengan perkara yang sedang ditangani.

Wiarda dalam bukunya “*Drien Typen van Rechtvinding*” membedakan penemuan hukum menjadi tiga jenis, yaitu: 1. Penemuan hukum otonom, 2. Penemuan hukum heteronom, dan 3. Penemuan hukum campuran. Sedangkan Van Eikema Homes membedakan penemuan hukum menjadi *typisch logicitisch*

⁶³Munafrizal Manan, *Penemuan... op. cit.*, hlm. 20.

⁶⁴ Ahmad Rifai, *Penemuan... op. cit.*, hlm. 25-26

⁶⁵ Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum: Cetakan Kedua*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2011), hlm. 164.

dan *materiel juridisch*. Penemuan hukum heteronom pada hakikatnya sama dengan *typisch logicitisch*, sedangkan penemuan hukum otonom sama dengan *materiel juridisch*, Lebih lanjut tentang hal tersebut akan diuraikan dibawah ini:⁶⁶

1. Penemuan hukum heteronom (*typisch logicitisch*), yakni penemuan hukum dimana hakim dipengaruhi oleh faktor – faktor dari luar penemuan hukum itu sendiri, khususnya pengaruh undang – undang termasuk juga pengaruh dari sistem pemerintahan ekonomi, politik dan sebagainya. Penemuan hukum heteronom sesuai dengan pandangan klasik, yang dikemukakan oleh Montesquieu dan Emanuel Kant bahwa hakim dalam menerapkan undang – undang terhadap peristiwanya sesungguhnya tidak menjalankan peranannya secara mandiri. Hakim hanyalah sebagai penyambung lidah atau corong undang – undang, sehingga ia tidak dapat menambah dan mengurangi apa yang sudah ditentukan dalam undang – undang.
2. Penemuan hukum otonom (*materiel juridisch*), yakni penemuan hukum dimana hakim tidak lagi dipandang sebagai corong atau terompetnya undang – undang, tetapi sebagai pembentuk hukum yang secara mandiri memberi bentuk pada isi undang – undang dan menyesuaikannya dengan kebutuhan atau perkembangan masyarakat. Penemuan hukum otonom bersumber dari hati nurani sendiri, hakim tidak dipengaruhi oleh faktor – faktor diluar dirinya. Pandangan penemuan hukum otonom muncul sekitar tahun 1850 karena aliran heteronom tidak dapat lagi dipertahankan.
3. Penemuan hukum campuran, yakni gabungan antara penemuan hukum otonom dan heteronom. Kedua penemuan hukum tersebut saling mempengaruhi dan tidak ada yang lebih tinggi dari lainnya, melainkan setara.

2.4.2 Konsep Penemuan Hukum oleh Hakim

Menurut J.J.H Bruggink, terdapat beberapa metode yang dapat digunakan untuk melakukan penemuan hukum, diantaranya adalah metode interpretasi (*interpretation methode*) dan metode konstruksi hukum atau penalaran

⁶⁶ Wiarda sebagaimana dikutip dalam Bambang Sutiyoso, *Metode... op. cit.*, hlm. 62.

(*redeneerweijzen*).⁶⁷ Senada dengan J.J H Bruggink, Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati berpendapat bahwa penemuan hukum dapat dilakukan melalui dua teknik yakni teknik interpretasi dan teknik konstruksi hukum yang mencakup: 1) analogi, 2) penghalusan atau penyempitan hukum (*rechtsverfijning*), dan 3) *argumentum a contrario*.⁶⁸ Sedangkan menurut Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo metode penafsiran atau interpretasi yang secara umum digunakan oleh hakim di pengadilan ialah sebagai berikut:

1. Interpretasi gramatikal atau penafsiran menurut bahasa;

⁶⁷Menurut Achmad Ali, ada perbedaan pandangan tentang metode dan cara penemuan hukum oleh hakim yaitu menurut yuris yang berasal dari sistem hukum Eropa Kontinental dan yuris dari Anglo Saxon. Pada umumnya, para yuris dari kalangan penganut sistem hukum Eropa Kontinental tidak memisahkan secara tegas antara metode interpretasi dan metode konstruksi. Hal tersebut, dapat dilihat dalam paparan buku – buku karangan Paul Scholten, A. Pitlo, Sudikno Mertokusumo, dan Yudha Bakti Ardhiwisastra. Sebaliknya, para penulis yang condong kepada sistem hukum Anglo Saxon seperti Curzon, Arief Sidharta dan Achmad Ali membuat pemisahan secara tegas antara metode interpretasi dan metode konstruksi. Dasar pemikiran bagi kelompok yang memisahkan secara tegas dalam teori penemuan hukum, antara metode interpretasi dengan metode konstruksi adalah: metode interpretasi hukum dilakukan dalam hal peraturannya ada, tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkrit. Interpretasi terhadap teks peraturannya masih tetap berpegang pada bunyi teks itu. Sedangkan metode konstruksi hukum dilakukan dalam hal peraturannya tidak ada, jadi terdapat kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) atau lebih tepat disebut dengan kekosongan undang–undang (*wetvacuum*). Untuk mengisi kekosongan undang – undang ini, biasanya hakim menggunakan penalaran logisnya yang berupa analogi, metode *argumentum a contrario*, metode pengkokritan hukum dan fiksi hukum. Namun, menurut Bambang Sutyoso pandangan tersebut tidak sepenuhnya tepat, karena para jurisdiksi dari sistem hukum Eropa Kontinental juga sudah menarik garis pembeda yang tegas antara metode interpretasi dan metode konstruksi hukum sebagaimana dikemukakan oleh para yuris dari sistem hukum anglo-saxon. Sebagai contoh misalnya, Sudikno Mertokusumo menyatakan bahwa dalam hal peraturan perundang – undangan tidak jelas, maka tersedianya metode interpretasi atau penafsiran. Sedangkan metode konstruksi hukum atau eksposisi diperuntukkan untuk peristiwa–peristiwa yang tidak dijumpai aturan perundang – undangannya, yaitu metode untuk membentuk pengertian hukum. Lihat Ahmad Rifai, *Penemuan... op.cit.*, hlm. 25-26, lihat pula Bambang Sutyoso, *Metode... op.cit.*, hlm. 105-106 bandingkan dengan Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, (Jakarta: PT. Gunung Agung Tbk, 2002), hlm. 144.

⁶⁸ Munafrizal Manan, *Penemuan... op. cit.*, hlm. 20.

2. Interpretasi teleologis atau sosiologis;
3. Interpretasi sistematis atau logis;
4. Interpretasi historis;
5. Interpretasi komparatif atau perbandingan;
6. Interpretasi futuristis.⁶⁹

Adapun dalam penelitian ini, beberapa metode penemuan hukum yang digunakan oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara yang dihadapkan kepadanya (pada kasus yang penulis telaah dalam penelitian tesis ini) diantaranya ialah:

1. Interpretasi teleologis atau sosiologis

Interpretasi teleologis atau sosiologis adalah apabila makna undang-undang ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Dengan interpretasi teleologis ini undang-undang yang masih berlaku tetapi sudah usang atau tidak sesuai lagi, ditetapkan pada peristiwa, hubungan, kebutuhan dan kepentingan masa kini, tidak peduli apakah hal ini semuanya pada waktu diundangkannya undang-undang tersebut dikenal atau tidak. Disini peraturan perundang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Jadi peraturan hukum yang lama disesuaikan dengan keadaan baru atau dengan kata lain peraturan yang lama dibuat aktual.⁷⁰

2. Interpretasi sistematis (logis)

Terjadinya suatu undang-undang selalu berkaitan dengan peraturan perundang-undangan lain, dan tidak ada undang-undang yang berdiri sendiri lepas sama sekali dari keseluruhan sistem perundang-undangan. Menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan dengan jalan menghubungkannya dengan undang-undang lain disebut dengan interpretasi sistematis atau interpretasi logis.⁷¹

⁶⁹ Sudikno Mertokusumo dan A.Pitlo, *Bab... op.cit.*, hlm. 4.

⁷⁰ Sudikno Mertokusumo dan A.Pitlo, *Bab-bab... op. cit.*, hlm. 15-16.

⁷¹ *Ibid.*, hlm. 15-16.

3. Interpretasi historis

Terdapat dua macam interpretasi historis, yakni: a. penafsiran menurut sejarah undang-undang (*wet history*), dan b. penafsiran menurut sejarah hukum (*rechts history*). Penafsiran menurut sejarah undang-undang, yakni mencari maksud ketentuan undang-undang seperti yang dilihat atau dikehendaki oleh pembentuk undang-undang pada waktu pembentukkannya. Sedangkan metode interpretasi yang hendak memahami undang-undang dalam konteks seluruh sejarah hukum disebut dengan interpretasi menurut sejarah hukum.⁷²

4. Interpretasi perbandingan (komparatif)

Interpretasi komparatif atau perbandingan merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan jalan membandingkan antara beberapa aturan hukum. Tujuan hakim membandingkan adalah dimaksudkan untuk mencari kejelasan mengenai makna dari suatu ketentuan undang-undang.⁷³ Interpretasi perbandingan dapat dilakukan dengan jalan membandingkan penerapan asas-asas hukumnya (*rechtsbeginselen*) dalam peraturan perundang-undangan yang lain dan/atau aturan hukumnya (*rechtsregel*), disamping perbandingan tentang latar belakang atau sejarah pembentukan hukumnya.⁷⁴

Sedangkan metode konstruksi hukum yang digunakan oleh hakim Mahkamah Konstitusi pada beberapa kasus yang penulis telaah dalam penelitian tesis ini, diantaranya ialah sebagai berikut:⁷⁵

1. *Argumentum per analogiam* (analogi) ; dan
2. *Argumentum a contrario* (a contrario) .

Berikut ini penjelasan dari beberapa metode konstruksi tersebut :

1. *Argumentum per analogiam* (analogi)

⁷²*Ibid.*, hlm. 17-18.

⁷³*Ibid.*, hlm. 19.

⁷⁴ Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Hukum... op. cit.*, hlm. 73.

⁷⁵ Bambang Sutyoso, *Metode... op.cit.*, hlm. 135.

Analogi merupakan metode penemuan hukum dimana hakim mencari esensi yang lebih umum dari sebuah peristiwa hukum atau perbuatan hukum baik yang telah diatur oleh undang-undang maupun yang belum ada peraturannya.

2. *Argumentum a contrario (a contrario)*

Metode ini memberikan kesempatan kepada hakim untuk melakukan penemuan hukum dengan pertimbangan bahwa apabila undang-undang menetapkan hal-hal tertentu untuk peristiwa tertentu, berarti peraturan itu terbatas pada peristiwa tertentu itu dan bagi peristiwa di luarnya berlaku kebalikannya. Karena ada kalanya suatu peristiwa tidak secara khusus diatur oleh undang-undang, tetapi kebalikan dari peristiwa tersebut diatur oleh undang-undang. Jadi, esensi metode ini adalah mengedepankan cara penafsiran yang berlawanan pengertiannya antara peristiwa konkret yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang. Metode *argumentum a contrario* menitikberatkan pada ketidaksamaan peristiwanya. Disini diperlakukan segi negatif daripada suatu undang-undang.⁷⁶

Mengingat dalam karya tulis ilmiah ini dibahas mengenai penemuan hukum oleh hakim dalam ranah pengujian undang – undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka juga akan dipaparkan mengenai metode penafsiran dalam kepustakaan konstitusi atau yang dikenal dengan metode penafsiran konstitusi (*constitutional interpretation method*). Metode penafsiran konstitusi merupakan penafsiran terhadap ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam konstitusi atau Undang-Undang Dasar atau *interpretation of the basic law*. Penafsiran konstitusi ini adalah penafsiran yang digunakan sebagai metode dalam penemuan hukum berdasarkan konstitusi atau Undang-Undang Dasar yang digunakan atau berkembang dalam praktik peradilan di Mahkamah Konstitusi.⁷⁷

⁷⁶ Sudikno Mertokusumo dan A.Pitlo, *Bab... op.cit.*, hlm. 81.

⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 74. Terkait hal ini Satjipto Rahardjo berujar bahwa ukuran kejelasan dalam peraturan perundang-undangan (termasuk konstitusi atau Undang-Undang Dasar) terdapat kriteria untuk menyusun peraturan perundang-undangan ialah sebagai berikut: 1) gaya peraturannya hendaknya padat dan sederhana, 2) peraturan-peraturan hendaknya membatasi dirinya pada hal-hal yang nyata

Terkait hal ini, Bobbit mengidentifikasi enam macam metode penafsiran konstitusi (*constitutional interpretation*), yaitu:

1. Penafsiran tekstual;
2. Penafsiran historis (penafsiran *originalism*);
3. Penafsiran doktrinal;
4. Penafsiran prudensial;
5. Penafsiran struktural; dan
6. Penafsiran etika.⁷⁸

Adapun beberapa metode penafsiran konstitusi yang digunakan oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam beberapa putusan yang penulis telaah dalam penelitian tesis ini diantaranya ialah sebagai berikut:

1. Penafsiran historis (penafsiran *originalism*)

Penafsiran historis ini disebut juga dengan penafsiran orisinal, yaitu bentuk atau metode penafsiran konstitusi yang didasarkan pada sejarah konstitusi atau undang-undang itu dibahas, dibentuk, diadopsi atau diratifikasi oleh pembentuknya atau ditandatangani institusi yang berwenang. Dimana pada umumnya metode penafsiran ini menggunakan pendekatan *original intent* terhadap norma-norma hukum konstitusi.⁷⁹

dan aktual dengan menghindari hal-hal yang bersifat metaforis dan hipotesis, 3) peraturan-peraturan hendaknya jangan terlampau tinggi, oleh karenanya ditujukan untuk orang-orang dengan kecerdasan tengah-tengah saja, 4) janganlah masalah pokoknya dikacaukan dengan kekecualian, pembatasan dan modifikasi, kecuali dalam hal-hal yang diperlukan, 5) peraturan-peraturan tidak boleh mengandung argumentasi, adalah berbahaya untuk memberikan alasan terperinci, karena hanya kan membuka pintu pertentangan pendapat, 6) peraturan-peraturan harus dipertimbangkan dengan penuh kematangan dan mempunyai kegunaan praktis dan hendaknya jangan mengguncangkan hal-hal elementer serta *la nature de choice*. Lihat Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 94-95.

⁷⁸ Albert H Y Chen sebagaimana dikutip dalam Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Hukum... op. cit.*, hlm. 74.

⁷⁹*Ibid.*

2. Penafsiran struktural

Penafsiran struktural merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan cara mengaitkan aturan dalam undang-undang dengan konstitusi atau Undang-Undang Dasar yang mengatur tentang struktur-struktur ketatanegaraan.⁸⁰

3. Penafsiran etika

Penafsiran etikal merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan cara menurunkan prinsip-prinsip moral dan etik sebagaimana terdapat dalam konstitusi atau undang-undang dasar. Metode penafsiran ini dikonstruksi dari tipe berpikir konstitusional yang menggunakan pendekatan falsafati, aspirasi atau moral. Dengan demikian metode penafsiran ini dapat digunakan untuk isu-isu yang menekankan pada pentingnya hak-hak asasi manusia dan pembatasan terhadap kekuasaan negara atau pemerintahan.⁸¹

Metode penemuan hukum oleh hakim berupa interpretasi hukum dan konstruksi hukum, sebagaimana yang telah diuraikan pada prinsipnya masih relevan digunakan oleh hakim hingga saat ini. Akan tetapi, perlu dikemukakan suatu metode penemuan hukum lain yang dapat dipergunakan hakim dalam praktik peradilan sehari-hari, metode tersebut adalah hermeneutika hukum. Metode ini sedikit banyak juga diakomodir pada putusan Mahkamah Konstitusi yang penulis telaah dalam penelitian ini.⁸²

⁸⁰*Ibid.*

⁸¹*Ibid.*, hlm 76.

⁸² Akar kata hermeneutika berasal dari istilah Yunani, yakni dari kata kerja *hermeneuein* yang berarti 'menafsirkan' dan kata benda *hermeneia* yang berarti 'interpretasi'. Dalam perkembangannya, baik oleh pandangan klasik maupun pandangan modern, hermeneutika diartikan sebagai proses mengubah sesuatu atau situasi ketidaktahuan menjadi mengerti. Sedangkan perkataan hermeneutika merupakan pengindonesiaan dari kata Inggris *hermeneutics*. Kata ini aslinya berasal dari bahasa Yunani, yakni dari kata *hermeneuo* yang mempunyai tiga arti. Ketiga arti tersebut ialah 1) mengungkapkan pikiran-pikiran seseorang dalam kata-kata, 2) menerjemahkan dan 3) bertindak sebagai penafsir. Ketika pengertian ini sebenarnya dimaksudkan mengungkapkan bahwa hermeneutika merupakan usaha untuk beralih dari sesuatu yang gelap ke sesuatu yang terang. Lihat F. Budi Hardiman, *Melampaui Positivisme dan Modernisme Diskursus Filosofis tentang Metode Ilmiah dan Problem Modernitas*, (Yogyakarta: Kanisius, 2003), hlm. 15.

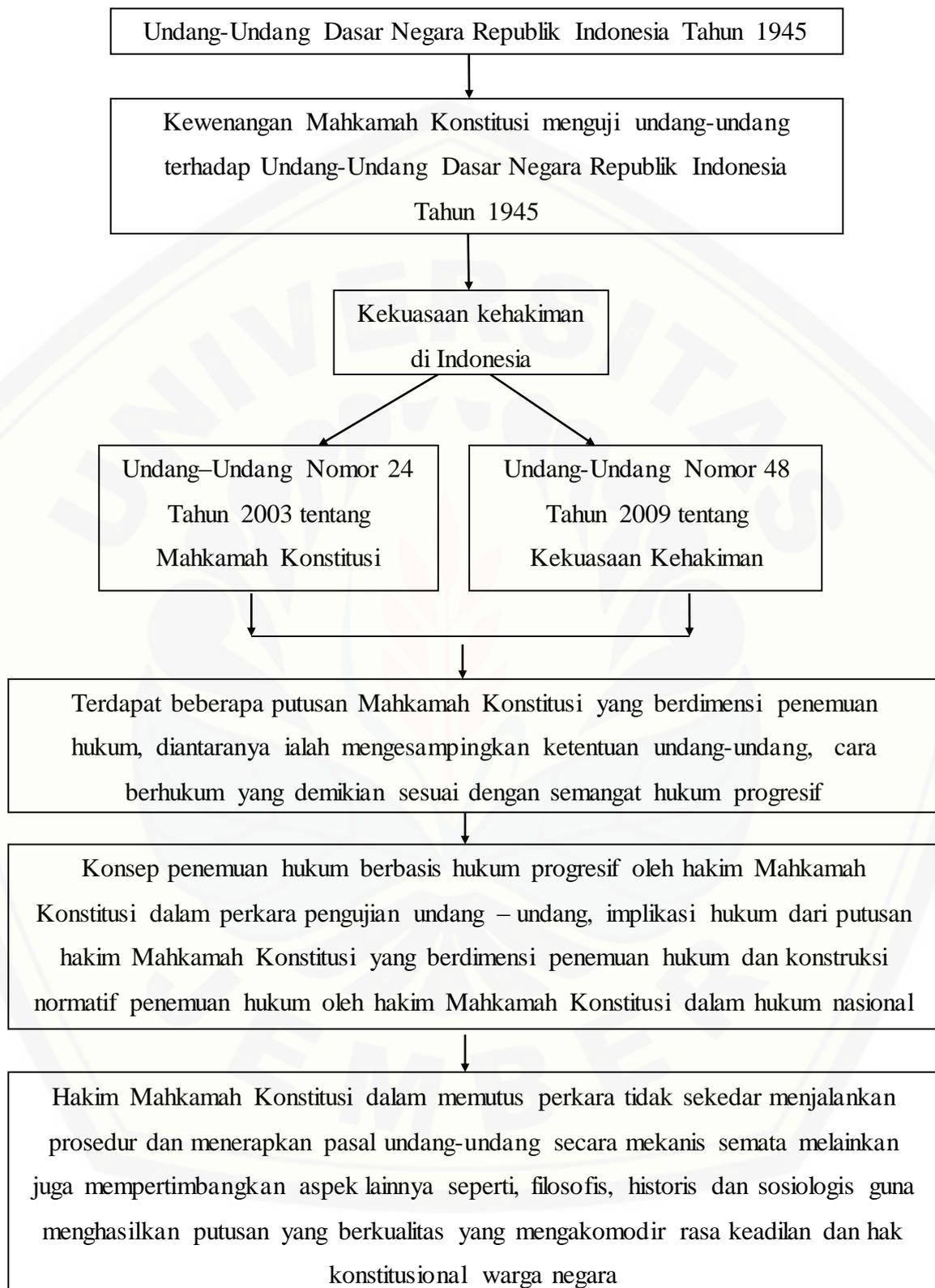
Pada bidang hukum, hermeneutika hukum relevan dalam praktik interpretasi terhadap hukum, terutama terkait dengan isi dari teks hukum.⁸³ Setiap hukum mempunyai dua segi, yaitu yang tersurat dan tersirat atau bunyi hukum dan semangat hukum. Dua hal ini selalu diperdebatkan oleh para ahli hukum. Dalam hal ini bahasa menjadi sangat penting. *Subtilitas Inteligendi* (ketepatan pemahaman) dan *subtilitas explicandi* (ketepatan penjabarannya) adalah sangat relevan bagi hukum. Hermeneutika dibutuhkan untuk menerangkan baik dari segi bunyi dan semangatnya.⁸⁴

Bagi ilmu hukum, hermeneutika dapat memberikan landasan kefilosofan (ontologikal dan epistemologikal) pada keberadaan ilmu hukum, atau filsafat ilmu dari hukum. Bahkan dapat dikatakan bahwa ilmu hukum dapat adalah sebuah eksemplar hermeneutika *in optima forma*, yang diaplikasikan pada aspek hukum kehidupan bermasyarakat. Sebab dalam mengimplementasikan ilmu hukum untuk menyelesaikan masalah hukum, misalnya di pengadilan, kegiatan interpretasi itu tidak hanya dilakukan terhadap teks yuridis, tetapi juga terhadap kenyataan yang menimbulkan masalah hukum yang bersangkutan (misalnya menetapkan fakta-fakta yang relevan dan makna yuridisnya).⁸⁵

⁸³ Menurut Jazim Hamidi, isi dari teks hukum disini dapat berupa: teks hukum, peristiwa hukum, fakta hukum, dokumen resmi negara, naskah-naskah kuno, ayat-ayat hukum (*ahkam*) dalam kitab suci, ataupun dapat berupa pendapat dan hasil ijtihad para ahli hukum (doktrin). Metode dan teknik menafsirkannya dilakukan secara holistik dalam bingkai keterkaitan antara teks, konteks dan kontekstualitasnya. Senada dengan Jazim Hamidi, Esmi Warrasih berujar bahwa hermeneutika sangat dibutuhkan untuk memahami hukum yang berbentuk teks-teks maupun berupa simbol-simbol. Bahkan pemahaman hermeneutik harus memadukan antara bahasa, tindakan dan pengalaman. Lihat Jazim Hamidi, *Hermeneutika... op.cit.*, hlm. 45, dibandingkan dengan Esmi Warrasih, *Mengapa Harus Legal Hermeneutics ?*, disampaikan pada seminar *Legal Hermeneutics* sebagai alternatif Kajian Hukum, Fakultas Hukum Diponegoro Semarang, 24 November 2007, hlm. 2.

⁸⁴ Sumaryono sebagaimana dikutip dalam M. Syamsudin, *Konstruksi... op. cit.*, hlm. 68.

⁸⁵ B. Arief Sidharta sebagaimana dikutip dalam Jazim Hamidi, *Hermeneutika... op.cit.*, hlm. 60.

BAB 3. KERANGKA KONSEPTUAL

Secara konstitusional Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga peradilan sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di samping Mahkamah Agung yang dibentuk melalui perubahan ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pembentukan Mahkamah Konstitusi dilatarbelakangi oleh konsepsi negara hukum yang menjadikan konstitusi sebagai *the supreme law of the land* yang harus dijaga konstitusionalitasnya karena di dalamnya terdapat landasan filosofis dan cita-cita bangsa Indonesia.

Dalam rangka menegakkan konstitusi, Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final 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 hasil pemilihan umum sebagaimana tercantum dalam pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Ketentuan tersebut kemudian diderivasi lebih terperinci lagi di dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Namun dalam perkembangannya, terdapat beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak sesuai atau tidak diatur dalam undang-undang Mahkamah Konstitusi. Diantaranya ialah putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), putusan sela dan ultra petita. Selain itu, perkembangan cara berhukum Mahkamah Konstitusi yang tidak terikat pada teks undang-undang (mengesampingkan undang-undang) juga tampak pada beberapa putusannya yang berdimensi penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Penemuan hukum yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi tersebut banyak menuai pro-kontra di tengah-tengah masyarakat, mereka yang pro menganggap bahwa putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak terkungkung pada bunyi teks undang-undang semata merupakan perwujudan dari komitmen Mahkamah Konstitusi dalam menegakkan keadilan substantif dan tidak tersandera pada aspek *legal procedural* semata. Adapun mereka yang kontra, beranggapan

bahwa penemuan hukum oleh Mahkamah Konstitusi berpotensi membuat Mahkamah Konstitusi menjadi lembaga negara yang bertindak melebihi kewenangannya sehingga berpotensi menimbulkan permasalahan di kemudian hari.

Disatu sisi, cara berhukum Mahkamah Konstitusi yang tidak terikat hanya pada teks undang-undang dan senantiasa memperhatikan rasa keadilan masyarakat, selaras dengan semangat dan sifat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang fleksibel dan dinamis mengikuti perkembangan zaman. Sehingga untuk memahami dan mengerti dengan seksama ketentuan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, tidak cukup hanya dipahami melalui teksnya saja melainkan perlu dipahami secara seksama suasana kebatinan yang menjadi latar belakang filosofis, sosiologis, politis, dan historis perumusan juridis konstitusi tersebut. Hal ini penting untuk diketahui mengingat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan batu uji Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara pengujian undang – undang. Cara berhukum yang demikian, juga sejalan dengan semangat hukum progresif yang menekankan bahwa hakim dalam memutus perkara tidak boleh hanya menjadi corong undang-undang (*la bouche de la loi*), melainkan harus menggali nilai keadilan di masyarakat dan berpikir secara kontekstual.

Berdasarkan apa yang telah diuraikan, terdapat isu hukum mengenai putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi penemuan hukum yang masih menjadi polemik hingga saat ini. Isu hukum tersebut penulis tuangkan dalam beberapa rumusan masalah: *pertama*, bagaimanakah konsep penemuan hukum berbasis hukum progresif oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian undang – undang; *kedua*, apa implikasi hukum dari putusan hakim Mahkamah Konstitusi yang berdimensi penemuan hukum, dan *ketiga* bagaimanakah konstruksi normatif penemuan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam hukum nasional Indonesia di masa mendatang.

Hasil yang diharapkan (*output*) adalah hakim Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan tidaklah sekedar menjalankan prosedur dan kemudian

menerapkan pasal-pasal undang-undang secara mekanis semata melainkan juga mempertimbangkan aspek lainnya seperti, filosofis, sosiologis (faktual) maupun variabel lainnya yang berada diluar hukum yang mempunyai korelasi dalam menghasilkan suatu putusan yang berkualitas. Sehingga putusan yang dihasilkan benar-benar dapat mengakomodir kepentingan dan rasa keadilan masyarakat serta mengembalikan hak konstitusional warga negara yang terenggut atau tercederai dengan berlakunya ketentuan *a quo*, terlebih batu uji dalam pengujian undang-undang adalah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang sifatnya abstrak. Untuk kedepannya, diharapkan pula semakin terbuka peluang bagi hakim Mahkamah Konstitusi dalam melakukan penemuan hukum dimana hal tersebut diakomodir secara lebih komprehensif dalam ketentuan undang-undang tertentu.

BAB 4. PEMBAHASAN

4.1 Konsep Penemuan Hukum Berbasis Hukum Progresif Oleh Hakim Mahkamah Konstitusi Dalam Perkara Pengujian Undang–Undang

Pada dasarnya penemuan hukum muncul sebagai akibat tidak lengkap atau tidak jelasnya peraturan perundang–undangan tertulis yang ada, sehingga untuk memutus suatu perkara maka hakim harus melakukan kreasi aktifnya guna menemukan solusi hukum.⁸⁶ Kreasi aktif dalam bentuk melakukan penemuan hukum ini perlu dilakukan oleh hakim karena hakim tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan tidak ada atau kurang jelas dasar hukumnya, sebagaimana tertuang dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, yakni *“pengadilan dilarang 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”*. Hakim dianggap tahu hukumnya, artinya melalui penemuan hukum itu hakim mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*).

Sehingga tidak salah apabila Achmad Ali berpendapat bahwa, pelaksanaan undang-undang oleh hakim bukan semata-mata merupakan persoalan logika dan penggunaan pikiran yang tepat saja, tetapi lebih merupakan pemberian bentuk yuridis kepada asas-asas hukum materiil yang menurut sifatnya tidak logis

⁸⁶ Bagir Manan mengemukakan bahwa dalam pelaksanaan tugas dan perannya, hakim berkewajiban menemukan hukum didorong oleh beberapa faktor: Pertama, karena hampir semua peristiwa hukum konkrit tidak sepenuhnya terlukis secara tepat dalam suatu undang-undang atau peraturan perundang-undangan. Kedua, karena ketentuan undang-undang atau peraturan perundang-undangan tidak jelas atau bertentangan dengan ketentuan lain yang memerlukan “pilihan” agar dapat diterapkan secara tepat, benar dan adil. Ketiga, akibat dinamika masyarakat, terjadi berbagai peristiwa hukum baru yang tidak terlukis dalam undang-undang atau peraturan perundang-undangan. Keempat, kewajiban menemukan hukum juga timbul karena ketentuan atau asas hukum yang melarang hakim menolak memutus suatu perkara atau permohonan atas alasan ketentuan tidak jelas atau undang-undang kurang mengatur. Lihat Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*, (Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia, 2009), hlm 169.

dan lebih mendasarkan pada pengalaman dan penilaian yuridis daripada mendasarkan pada akal yang abstrak.⁸⁷

Sehingga fungsi penemuan hukum itu tidak lain untuk mencari dan menemukan makna dan arti hukum yang sebenarnya karena makna hukum itu tidak selalu tersurat secara tekstual dalam rumusan undang-undang. Hukum dalam pengertian formil adalah kumpulan tulisan-tulisan dalam sebuah kertas yang bernama undang-undang atau peraturan perundang-undangan lainnya. Pengertian hukum secara eksplisit tidak lain adalah apa yang tertulis dalam setiap rumusan undang-undang, namun untuk menemukan makna implisit perlu adanya proses pemikiran dan kontemplasi, sehingga apa yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang dapat tercapai, meskipun tidak selalu diartikan bahwa hakim hanya sekedar menjalankan kehendak dari para pembentuk undang-undang tanpa ada pertimbangan kemanfaatan atas penerapan hukum itu sendiri.⁸⁸

Proses penemuan hukum itu sendiri merupakan proses atau rangkaian kegiatan yang bersifat kompleks, yang pada dasarnya dimulai sejak hakim memeriksa kemudian mengadili suatu perkara hingga dijatuhkan putusan dalam perkara tersebut. Kegiatan-kegiatan hakim itulah pada umumnya merupakan satu rangkaian yang tidak dapat dipisah-pisahkan satu sama lain, tetapi momentum dimulainya suatu penemuan hukum ialah setelah peristiwa konkretnya dibuktikan atau dikonstatasi, karena pada saat itulah peristiwa konkret yang telah dikonstatasi tersebut harus dicarikan atau diketemukan hukumnya.⁸⁹

Dalam konteks persidangan di Mahkamah Konstitusi, ditemukan beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi penemuan hukum. Penemuan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi dapat dianggap sebagai perwujudan hukum progresif karena hakim Mahkamah Konstitusi berani lepas dari belenggu undang-undang ketika undang-undang tersebut dirasa menciderai rasa keadilan

⁸⁷ Achmad Ali, *Menguak... op. cit.*, hlm. 153-154.

⁸⁸ Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif Dalam Perkara-Perkara Pidana*, (Bandung: Alfabeta, 2013), hlm. 23.

⁸⁹ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab... op.cit.*, hlm. 10.

masyarakat dan berpotensi melanggar hak konstitusional warga negara. Terkait hal tersebut, Satjipto Rahardjo sebagai penggagas hukum progresif pernah berujar bahwa sebagai satu-satunya institusi di Indoneia yang berhak menguji konstitusionalitas suatu undang-undang, hakim Mahkamah Konstitusi diharapkan tidak terbelenggu pada teks undang-undang semata, terlebih batu uji dari undang-undang tersebut ialah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang notabeneanya sifatnya abstrak. Dengan demikian, Mahkamah Konstitusi diharapkan menjadi sebuah badan yang dapat menerapkan konsep yang abstrak dari hukum.⁹⁰

Adapun beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang merupakan penemuan hukum berbasis hukum progresif yang akan dibahas dalam penelitian ini adalah:

1. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 14-17/PUU-V/2007 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan;
2. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 102/PUU-VII/2009 mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden;
3. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 133/PUU-VII/2009 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi; dan
4. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 138/PUU-VII/2009 mengenai Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu)

⁹⁰ Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum Esai-Esai Terpilih*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), hlm. 3.

Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Penjelasan dari beberapa putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, ialah sebagai berikut :

1. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 14-17/PUU-V/2007 (perkara konstitusional bersyarat)

Pada pokoknya, perkara nomor 14-17/PUU-V/2007 berkaitan dengan ketentuan yang membatasi seseorang untuk dapat menjadi pejabat publik karena pernah dipidana penjara yang ancaman pidananya lima tahun atau lebih. Ketentuan yang dimaksud terdapat Pasal 58 huruf f Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 yakni, *Calon Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah adalah warga negara Republik Indonesia yang memenuhi syarat: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau lebih*, Pasal 6 huruf t Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 yakni *Calon Presiden dan Wakil presiden harus memenuhi syarat: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*, Pasal 16 ayat (1) huruf d Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 yakni *untuk dapat diangkat menjadi hakim konstitusi seorang calon harus memenuhi syarat: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*, Pasal 7 ayat (2) huruf d Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 yakni *Apabila dibutuhkan, hakim agung dapat diangkat tidak berdasarkan sistem karier dengan syarat: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*, dan Pasal 13 huruf g Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 yakni *Untuk dapat dipilih sebagai Anggota BPK, calon harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut: tidak pernah dijatuhi pidana*

penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan hukuman 5 (lima) tahun atau lebih.

Dalam pertimbangannya, mahkamah berpendapat bahwa ketentuan yang dimohonkan oleh para pemohon tidak dapat diputuskan ke dalam tiga jenis amar putusan Mahkamah Konstitusi yakni:

1. Permohonan dinyatakan tidak dapat diterima, sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, yakni *dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 dan Pasal 51, amar putusan menyatakan permohonan tidak dapat diterima;*
2. Permohonan dinyatakan dikabulkan sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, yakni *dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan;* dan
3. Permohonan dinyatakan ditolak sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 ayat (5) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, yakni *dalam hal undang-undang dimaksud tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, baik mengenai pembentukan maupun materinya sebagian atau keseluruhan, amar putusan menyatakan permohonan ditolak. Sehingga mahkamah memutuskan perkara ini dengan putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*).⁹¹*

⁹¹ Putusan konstitusional bersyarat pertama kali dimuat dalam Putusan Nomor 10/PUU-VI/2008 bertanggal 1 Juli 2008 tentang pengujian Pasal 12 huruf c Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU Pemilu DPR, DPD, dan DPRD). Mahkamah Konstitusi dalam amar putusannya menyatakan Pasal *a quo* tetap konstitusional sepanjang dimaknai memuat syarat domisili di provinsi yang akan diwakilinya. Lihat Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, dan Mohammad Mahrus Ali, *Model dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003-2012)*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2013), hlm. 9.

Dikatakan konstitusional bersyarat karena dalam putusannya, mahkamah berpendapat bahwa *ketentuan yang mempersyaratkan tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*”, sebagaimana diatur dalam Pasal 6 huruf t UU Pilpres, Pasal 16 Ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 Ayat (2) huruf d UU MA, Pasal 58 huruf f UU Pemda, dan Pasal 13 huruf g UU BPK tidak bertentangan dengan UUD 1945, sepanjang ketentuan yang dimaksud diartikan tidak mencakup tindak pidana yang lahir karena kealpaan ringan (*culpa levis*) dan tindak pidana karena alasan politik tertentu,⁹² serta dengan mempertimbangkan sifat jabatan tertentu yang memerlukan persyaratan berbeda sebagaimana diuraikan di atas.⁹³

Mengacu pada pertimbangan hakim Mahkamah Konstitusi, dijatuhkannya putusan konstitusional bersyarat pada hakikatnya bertujuan untuk:⁹⁴

⁹² Diakomodinya *culpa levis* dalam putusan konstitusional bersyarat Mahkamah Konstitusi dikarenakan, dalam kealpaan demikian sesungguhnya tidak terkandung unsur niat jahat (*mens rea*). Oleh karena itu, orang yang dipidana karena kealpaannya pada hakikatnya bukanlah orang yang jahat, dengan kata lain pemidanaan terhadap seseorang karena suatu perbuatan kealpaan sesungguhnya tidaklah menggambarkan adanya moralitas kriminal pada diri orang itu melainkan semata-mata karena kurang hati-hatiannya. Dalam hal ini, kurang hati-hatian yang berakibat timbulnya perbuatan yang dapat dipidana. Sedangkan, dalam hal diakomodinya tindak pidana karena alasan politik tertentu dalam putusan konstitusional bersyarat Mahkamah Konstitusi dikarenakan, dalam negara hukum yang demokratis dikenal adanya proteksi terhadap ekspresi atau pandangan politik (*politieke overtuiging*), namun oleh hukum positif yang berlaku dirumuskan sebagai tindak pidana semata-mata karena berbeda dengan pandangan politik yang dianut oleh rezim yang sedang berkuasa. Padahal, telah menjadi pandangan yang diterima secara universal bahwa kejahatan politik sebagaimana diuraikan, bukanlah termasuk pengertian kejahatan pada umumnya. Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 14-17/PUU-V/2007, hlm. 131-132.

⁹³ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 14-17/PUU-V/2007, hlm. 134.

⁹⁴ Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, dan Mohammad Mahrus Ali, *Model... op.cit.*, hlm. 10.

1. Putusan konstitusional bersyarat bertujuan untuk mempertahankan konstitusionalitas suatu ketentuan dengan syarat-syarat yang ditentukan Mahkamah Konstitusi ;
2. Syarat-syarat yang ditentukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusan konstitusional bersyarat mengikat dalam proses pembentukan undang-undang ;
3. Membuka peluang adanya pengujian kembali norma yang telah diuji, dalam hal pembentukan undang-undang tidak sesuai dengan syarat-syarat yang ditentukan Mahkamah Konstitusi dalam putusannya ;
4. Putusan konstitusional bersyarat menjadi acuan atau pedoman bagi Mahkamah Konstitusi dalam menilai konstitusionalitas norma yang sama ;
5. Dilihat dari perkembangannya pencantuman konstitusional bersyarat, pada mulanya nampaknya Mahkamah Konstitusi mengalami kesulitan dalam merumuskan amar putusan dikarenakan terjadi pada perkara yang pada dasarnya tidak beralasan, sehingga putusannya sebagian besar ditolak sebagaimana ditentukan Pasal 56 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, namun dalam perkembangannya putusan model konstitusional bersyarat terjadi karena permohonan beralasan sehingga dinyatakan dikabulkan dengan tetap mempertahankan konstitusionalitasnya ;
6. Putusan konstitusional bersyarat membuka peluang adanya pengujian norma yang secara tekstual tidak tercantum dalam suatu undang-undang ;
7. Putusan konstitusional bersyarat untuk mengantisipasi terjadinya kekosongan hukum ;
8. Kedudukan Mahkamah Konstitusi yang pada dasarnya sebagai penafsir undang-undang, dengan adanya putusan model konstitusional bersyarat sekaligus sebagai pembentuk undang-undang secara terbatas.

Adapun menurut Harjono, *conditionally constitutional* dapat digunakan untuk dua tujuan. Pertama, *conditionally constitutional* dapat dipakai untuk mempersoalkan konstitusional sebuah pasal. Kedua, *conditionally constitutional* dapat digunakan mengajukan gugatan ke peradilan biasa oleh mereka yang dirugikan oleh peraturan-peraturan yang ditafsirkan secara berbeda. Harjono

menambahkan, *conditionally constitutional* merupakan solusi atas ketiadaan kewenangan *constitutional complain* pada Mahkamah Konstitusi saat ini. Menurut Robert Alexy dalam bukunya *A Theory of Constitutional Rights*, sebagaimana dikutip oleh Harjono, *constitutional complain* memiliki fungsi ganda, yaitu:

1. Bagi warga negara, *constitutional complain* menjadi semacam obat penawar *ekstra ordiner*, yang memberi warga negara hak untuk mempertahankan hak konstitusionalnya :
2. Bagi MK atau yang menjalankan kompetensinya, *constitutional complain* berfungsi sebagai upaya penegakan hukum konstitusi yang objektif, memberikan interpretasi, dan mengawal perkembangannya.⁹⁵

Diakomodirnya unsur konstitusional bersyarat dalam putusan Mahkamah Konstitusi, menunjukkan bahwa hakim Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara yang ditujukan kepadanya tidak hanya terikat pada teks undang-undang semata melainkan senantiasa memperhatikan pemenuhan rasa keadilan warga negara yang merasa hak konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang terkait. Adapun secara konseptual, penyimpangan hakim terhadap ketentuan hukum tertulis yang dirasa tidak mampu memenuhi rasa keadilan masyarakat lazim disebut dengan istilah *contra legem*.⁹⁶

Dalam konteks penemuan hukum, penyimpangan terhadap hukum tertulis sangat dimungkinkan mengingat pada hakikatnya tidak ada undang-undang yang sempurna, pasti di dalamnya terdapat kekurangan dan keterbatasan. Sebagaimana dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo, bahwa tidak ada hukum atau undang-undang yang lengkap selengkap-lengkapannya dan jelas sejelas-jelasnya.⁹⁷ Karena

⁹⁵ Harjono sebagaimana dikutip dalam Munafrizal Manan, *Penemuan... op. cit.*, hlm. 64.

⁹⁶ Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, (Jakarta: Kencana, 2004), hlm. 9.

⁹⁷ Meskipun dikatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang nyaris tidak memberikan peluang diskresi bagi hakim (*optimam esse legem, quae minimum relinquit arbitrio judicis: id quod certitude ejus praestat*), namun dalam prakteknya banyak ditemukan bahwa undang-undang ternyata tidak lengkap atau tidak jelas meskipun dalam penjelasan undang-undang sudah disebutkan cukup jelas. Oleh karena itu hakim tetap harus mencari dan menemukan hukumnya,

fungsi hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia dengan mengatur seluruh kegiatan manusia, sedangkan kepentingan manusia itu tidak terhitung jumlah dan jenisnya dan terus menerus berkembang sepanjang masa. Sehingga dapat dimengerti kalau kemudian muncul sebuah ungkapan “*het recht hink achter de feiten ann*” (hukum tertulis selalu tertinggal dengan peristiwanya).⁹⁸

Meskipun begitu sebelum melakukan penemuan hukum, hakim harus tetap mengawalinya dengan menggunakan hukum tertulis terlebih dahulu barulah kalau peraturan perundang-undangan tersebut ternyata dirasa tidak tepat dengan permasalahan konkret yang sedang dihadapinya, barulah hakim mencari dan menemukan hukumnya dari sumber-sumber hukum lain seperti yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis.⁹⁹

Adapun dalam putusan Mahkamah Konstitusi nomor 14-17/PUU-V/2007, hakim Mahkamah Konstitusi melakukan penemuan hukum dengan menggunakan metode interpretasi ekstensif, yakni suatu metode penemuan hukum dimana hakim melakukan interpretasi terhadap teks perundang-undangan melebihi batas-batas interpretasi gramatikal. Dengan kata lain, dalam metode ini hakim dapat menjelaskan suatu ketentuan undang-undang dengan melampaui batas yang diberikan oleh interpretasi gramatikal. Dalam putusan Mahkamah Konstitusi nomor 14-17/PUU-V/2007, interpretasi ekstensif tercermin dari dijatuhkan putusan konstitusional bersyarat meskipun di dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, amar putusan Mahkamah Konstitusi dibatasi hanya pada:

1. Permohonan dinyatakan tidak dapat diterima sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003;
2. Permohonan dinyatakan dikabulkan sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003; dan
3. Permohonan dinyatakan ditolak sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 ayat (5) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003.

karena setiap aturan hukum perlu dijelaskan dan memerlukan penafsiran sebelum dapat diterapkan pada peristiwa hukum tertentu. Lihat Johny Ibrahim, *Teori... op. cit.*, hlm. 215.

⁹⁸ Bambang Sutiyoso, *loc. cit.*, hlm. 104.

⁹⁹ Ahmad Rifai, *loc. cit.*, hlm. 25-26.

Dalam konteks pembaharuan hukum,¹⁰⁰ penemuan hukum yang dilakukan oleh mahkamah juga dapat digolongkan sebagai pembentukan hukum. Hal ini dikarenakan klausula konstitusionalitas bersyarat dalam putusan Mahkamah Konstitusi ‘mengubah’ makna dari sifat putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat final, khususnya terhadap putusan yang menggunakan klausula konstitusionalitas bersyarat. Hal ini tidak saja mengubah makna Pasal 60 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, tetapi juga memberikan makna baru atas Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dengan adanya klausula konstitusionalitas bersyarat, Mahkamah Konstitusi menjadi pencipta hukum meskipun tidak melalui suatu proses legislasi.¹⁰¹

¹⁰⁰ Dalam melaksanakan pembaharuan hukum, hakim harus dapat membuat putusan yang baik agar dapat menjadi referensi terhadap pembaharuan hukum di zamannya, sehingga hakim dituntut untuk senantiasa melengkapi diri dengan ilmu hukum, teori hukum dan filsafat hukum. Hakim tidak boleh hanya membaca hukum itu hanya secara normatif (yang terlihat) saja. Dia dituntut untuk dapat melihat hukum secara lebih dalam, lebih luas, dan lebih jauh ke depan. Dia harus mampu melihat hal-hal yang melatarbelakangi suatu ketentuan-ketentuan tertulis, pemikiran-pemikiran apa yang ada disana, dan bagaimana rasa keadilan dan kebenaran masyarakat akan hal itu. Jika hal tersebut tidak dilakukan dapat mengakibatkan kecenderungan disintegrasi dalam pemahaman hukum baik secara ontologi, epistemologi, maupun axiologi. Lihat Sugijanto Darmaji, *Kedudukan Hukum dalam Ilmu dan Filsafat*, (Jakarta: Mandar Maju, 1998), hlm. 22-23.

¹⁰¹ Dalam perspektif penemuan hukum, pembentukan hukum berkonotasi hukumnya belum ada, sehingga hakim berkewajiban untuk membentuk hukum yang dibutuhkan masyarakat itu supaya tidak terjadi kekosongan hukum (*rechts vacuum*) atau lebih tepat disebut dengan kekosongan undang-undang (*wet vacuum*). Sedangkan penciptaan hukum berkonotasi hukumnya sudah ada tetapi tidak jelas atau kurang lengkap, sehingga hakim harus menciptakan hukum yang baru sebagai penyempurnaan dan / atau pengganti hukum yang sudah ada. Argumentasi hukum dari kedua perbuatan hukum tersebut adalah adanya asas *ius curianovit*, yakni hakim tidak boleh menolak perkara yang diajukan ke pengadilan, karena hukumnya tidak ada atau kurang jelas. Dalam hal ini, hakim harus menggali dan menemukan nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Dasar hukumnya mengacu pada Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009. Asas *ius curianovit* juga dapat diartikan bahwa hakim dianggap tahu hukumnya dan hakim bebas untuk membuktikan dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkaranya, dalam konteks penegakan konstitusi menjadi prinsip dasar agar para hakim konstitusi itu tidak terbelenggu oleh aturan-aturan formal undang-undang yang diyakini akan merampas

Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 14-17/PUU-V/2007 sekaligus menegaskan bahwa hakim Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara senantiasa konsisten dengan konsep awal pembentukan Mahkamah Konstitusi yang didasarkan atas kedinamisan hukum.¹⁰² Sehingga putusan Mahkamah Konstitusi yang dihasilkan dapat mengakomodir hak konstitusional warga negara yang terkebiri oleh adanya ketentuan *a quo*. Cara berhukum yang di dasarkan atas kedinamisan hukum, sejalan dengan karakteristik hukum progresif yang beranggapan bahwa hukum bukan institusi yang mutlak dan final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menerus menjadi (*law as process, law in the making*). Sehingga, hukum senantiasa membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Dalam konteks yang

keadilan substansial dan hak-hak konstitusional warga negara yang dilindungi oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Lihat Jazim Hamidi, *Hermeneutika... op.cit.*, hlm. 21, lihat pula Widodo Ekadjahjana, *Menjaga Mahkamah Konstitusi dan Upaya Menegakkan Hukum Pemilu untuk Menangani Perkara Perselisihan Hasil Pemilu Pemilukada di Indonesia*, dalam Jurnal Konstitusi, Pusat Kajian Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Moch Soedji, Volume I Nomor 2, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2010), hlm. 17.

¹⁰² Dalam konteks pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, putusan Mahkamah Konstitusi yang didasarkan pada konsep kedinamisan hukum sangatlah penting dalam rangka menegakkan konstitusi. Hal ini dikarenakan, konstitusi bukan merupakan produk peraturan legislatif yang biasa (*ordinary legislative act*). Disebut dengan *Contituent act* karena di dalamnya terkandung nilai dan moral suatu bangsa yang banyak dipengaruhi oleh dasar-dasar filosofis (*filosofische grondslag*) yang sifatnya abstrak. Di Indonesia, dasar-dasar filosofis tersebut biasa disebut sebagai Pancasila yang berarti lima sila atau lima prinsip dasar. Kelima sila tersebut dipakai sebagai dasar filosofis-ideologis untuk mewujudkan empat tujuan atau cita-cita ideal bernegara (empat tujuan atau cita-cita ideal bernegara ialah: (i) melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, (ii) meningkatkan kesejahteraan umum, (iii) mencerdaskan kehidupan bangsa, dan (iv) ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian yang abadi, dan keadilan sosial). Oleh karena itu, untuk memahami dan mengerti dengan seksama ketentuan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 tidak cukup hanya dipahami melalui teksnya saja melainkan perlu dipahami secara seksama suasana kebatinan yang menjadi latar belakang filosofis, politis, dan historis perumusan juridis konstitusi tersebut. Kemudian, dikorelasikan dengan kondisi sosiologis bangsa dan negara saat ini. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi... op. cit.*, hal. 22 dan 26.

demikian, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya, hal ini akan mempengaruhi cara berhukum yang tidak sekedar terjebak dalam ritme kepastian hukum semata,¹⁰³ *status quo*, dan hukum sebagai skema yang final, melainkan suatu kehidupan hukum yang selalu mengalir dan dinamis baik itu melalui perubahan undang-undang maupun kultur hukumnya.¹⁰⁴

Cara berhukum yang didasarkan pada kedinamisan hukum akan senantiasa menundukkan rumusan peraturan pada posisi sebagai eksemplar awal, sedangkan yang ingin dijangkau adalah suatu makna yang lebih dalam lagi, yaitu keadilan. Dengan demikian, posisi awal dibuatnya hukum tertulis bukan merupakan sesuatu hal yang bersifat mutlak dan final. Peraturan hanya mengingatkan, dalam masyarakat harus ada keadilan dan keadilan itu kemudian dirumuskan dalam bentuk kata-kata rumusan hukum. Keadilan baru merupakan satu hal, karena masih ada yang lain seperti *justice*, *utility*, *doelmatigheid*, *bilijkheid*. Dengan kata lain, setiap kali membaca peraturan maka setiap kali pula harus dicari makna yang lebih dalam lagi yang ada di belakang peraturan tersebut.¹⁰⁵

¹⁰³ Menurut Gustav Radbruch, tujuan hukum dapat dibagi menjadi tiga nilai dasar, yakni keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Lebih lanjut dia mengajarkan penggunaan asas prioritas dari ketiga nilai dasar tersebut. Prioritas pertama jatuh pada keadilan, baru kemanfaatan, dan terakhir kepastian hukum. Terkait keadilan sebagai salah satu tujuan hukum, bahkan Aristoteles dalam buah pikirannya "*ethica necoma-chela*" dan "*rethorica*", menyebutkan bahwa tujuan hukum semata-mata hanya untuk keadilan. Lihat Ahmad Rifai, *Penemuan... op.cit.*, hlm. 132., lihat pula Tjuk Wirawan, *Amputasi Hukum Suatu Upaya Para Birokrat Pembangunan*, (Jember: Universitas Jember, 2000), hlm. 8.

¹⁰⁴ Titik inilah yang membuat perbedaan mendasar antara hukum progresif dan positivisme hukum yang selama ini dianut dan mendominasi pemikiran hukum di Indonesia. Jika selama ini hukum selalu tertinggal jauh terhadap perkembangan kebutuhan masyarakat, hukum progresif lebih membuka diri pada perubahan dan tidak mau terikat pada ketentuan hukum tertulis semata. Melainkan berani keluar dari *mainstream* pemikiran *absolutism* hukum, kemudian menempatkan hukum dalam posisi yang relatif. Dalam hal ini, hukum harus diletakkan dalam keseluruhan persoalan kemanusiaan.

¹⁰⁵ M. Syamsudin, *loc.cit.*, hlm. 246.

Namun, putusan Mahkamah Konstitusi yang didasarkan pada penafsiran yang fleksibel dan kontekstual tidak jarang memicu lahirnya suatu kontroversi. Hal ini dikarenakan, cara penafsiran tersebut jika tidak cermat dapat mengaburkan perbedaan antara melakukan penafsiran dan melakukan perubahan. Kondisi demikian akan memicu dampak negatif untuk ruang lingkup yang lebih luas dan jangka panjang. Sedikitnya ada dua aspek untuk menjelaskan hal ini.

1. Penafsiran kontekstual menggencirkan Mahkamah Konstitusi menjadi lembaga kehakiman otoriter karena Mahkamah Konstitusi memiliki cek kosong yang dapat ditulisnya sendiri. Atas nama penafsiran kontekstual, Mahkamah Konstitusi bebas menafsirkan konstitusi sesuai dengan pemahaman dan keyakinannya, meskipun kadang menerabas ketentuan tertulis yang berlaku;
2. Berpotensi melahirkan konflik antara Mahkamah Konstitusi dan lembaga tinggi negara lain, terutama dengan lembaga legislatif sebagai pemegang kekuasaan pembentuk undang-undang. Ini dapat terjadi karena Mahkamah Konstitusi melalui putusannya berkuasa menafikan produk legislasi oleh lembaga negara tersebut.¹⁰⁶

Kondisi tersebut diperparah dengan tidak adanya tolak ukur baku bagi hakim dalam melakukan suatu penafsiran kontekstual yang identik dengan aktifitas penemuan hukum. Pada umumnya, seorang pelaku penemuan hukum memiliki persepsi masing-masing dalam melihat suatu persoalan hukum, yang hal ini tidak dapat dilepaskan dari latar belakang pendidikan maupun pengalamannya selama ini. Boleh dikatakan penggunaan berbagai metode yang ada dalam penemuan hukum merupakan seni dalam praktik peradilan dan oleh karenanya diserahkan sepenuhnya pada hati nurani pelaku penemuan hukum tersebut.

Kondisi tersebut berpotensi memicu terjadinya disparitas pendapat antara hakim yang satu dengan yang lain. Meskipun demikian, dengan melihat kaidah-kaidah dan asas hukum serta berbagai kelaziman dalam praktik peradilan, sebenarnya dapat ditarik beberapa pedoman umum dalam penggunaan metode

¹⁰⁶Munafrizal Manan, *Mahkamah Konstitusi dan Penafsiran Teksual*, Koran Tempo, 26 Februari 2009.

penemuan hukum oleh hakim. Beberapa pedoman tersebut diantaranya ialah, 1) nilai-nilai moral, kesusilaan, ketertiban umum, 2) nilai-nilai keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum, 3) argumentasi yuridis atau penalaran hukum, 4) keterkaitan antara satu peraturan dengan peraturan lainnya (pendekatan sistem), dan 5) melihat hierarki sumber hukum yang ada.¹⁰⁷

Sedangkan menurut Satjipto Rahardjo, untuk meminimalisir munculnya disparitas tersebut, diperlukan adanya kebijaksanaan, empati dan kepedulian serta kesadaran bersama (konsepsi awal) dari para hakim yang menempatkan kepentingan rakyat sebagai titik orientasi dan tujuan akhir penyelenggaraan hukum.¹⁰⁸ Sehingga, dari merekalah juga akan lahir suatu keputusan yang berkualitas ‘yurisprudensial’, yakni suatu putusan bermutu yang layak jadi rujukan untuk memandu perubahan hukum secara progresif.

2. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 102/PUU-VII/2009 (perkara ultra petita)

Pada pokoknya para pemohon dalam permohonannya menginginkan agar

¹⁰⁷ Jika dalam teori Fuller, Raz, dan Peczenik moralitas hukum terdapat pada sistem aturan yang baik, maka moralitas hukum menurut Ronald Dworkin terdapat dalam seni penafsiran hukum. Teori penafsiran Dworkin adalah *law as integrity*. Menurut Dworkin, ada tiga nilai yang sangat berkaitan erat dengan hukum sebagai integritas, yaitu *justice, fairness and procedural due process*. Hukum sebagai integritas, menurut Dworkin adalah kesatuan tiga prinsip tersebut. Hakim ketika mengadili dan mengambil keputusan, harus secara sungguh-sungguh memperhitungkan dan mencari titik kesesuaian yang tepat (*best fit*) antara ketiga nilai di atas, sehingga bisa menghasilkan keputusan yang berbobot dari sisi hukum maupun moral. Bagi Dworkin, prinsip-prinsip moralitas tidak bisa diabaikan dalam pengambilan keputusan hukum. Berlakunya prinsip-prinsip ini disesuaikan dengan bobotnya atau tergantung pada kasus yang dihadapi. Menurutnya, prinsip-prinsip moral memiliki posisi legal karena memberi makna pada hukum. Banyak dari prinsip-prinsip moral merupakan aspek yang terintegrasi dalam hukum dan dapat digunakan oleh hakim dalam membuat keputusan yang berbobot. Yovitas A. Mangesti & Bernard L. Tanya, *Moralitas Hukum*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2014), hlm. 49, lihat pula Bambang Sutiyoso, *Penemuan... op. cit.*, hlm. 165.

¹⁰⁸ Artidjo Alkostar, *Mencanda Hakim Agung Progresif dan Peran Komisi Yudisial*, makalah disampaikan di Komisi Yudisial Republik Indonesia, lihat www.komisiyudisial.org diakses pada tanggal 15 Januari 2015.

1. Pasal 28 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008, yakni *untuk dapat menggunakan hak memilih, Warga Negara Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 harus terdaftar sebagai pemilih*, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat ; dan
2. Pasal 111 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008, yakni *Pemilih yang berhak mengikuti pemungutan suara di TPS meliputi: Pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tetap pada TPS yang bersangkutan*, serta Pasal 111 ayat (1) huruf b yakni *pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tambahan* bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, atau setidaknya menyatakan bahwa Pasal 111 ayat (1) harus dibaca bahwa mereka yang tidak tercantum dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT) pun tetap dapat memilih sepanjang telah berusia 17 tahun dan/atau sudah kawin.

Permohonan tersebut diajukan karena para pemohon khawatir ketentuan *a quo* dapat merugikan hak konstitusionalnya untuk memilih dan dipilih (*rights to vote and right to be candidate*) dalam suatu pemilihan umum bila namanya tidak tercantum dalam DPT. Kekhawatiran para pemohon bukannya tanpa alasan, pada Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD yang dilaksanakan pada tanggal 9 April 2009 (sekitar 3 bulan sebelum pelaksanaan Pemilu Presiden dan Wakil Presiden 2009), para pemohon tidak dapat memilih disebabkan namanya tidak tercantum dalam DPT. Hal tersebut merupakan implikasi dari ketentuan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD. Padahal substansi pasal tersebut sama dengan ketentuan yang termuat dalam Pasal 28 dan pasal 111 Undang- Undang Nomor 42 Tahun 2008. Sehingga wajar apabila para pemohon mengajukan *judicial review* terhadap ketentuan *a quo* karena khawatir tidak dapat menyalurkan kembali hak konstitusionalnya pada pemilu berikutnya (Pemilu Presiden dan Wakil Presiden periode 2009-2014).

Adapun terhadap permohonan yang diajukan oleh para pemohon, mahkamah memutuskan bahwa Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 konstitusional sepanjang diartikan mencakup warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dengan syarat dan cara sebagai berikut:

- a. Selain warga negara Indonesia yang terdaftar dalam DPT, warga negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) yang masih berlaku atau Paspor yang masih berlaku bagi warga negara Indonesia yang berada di luar negeri ;
- b. Warga negara Indonesia yang menggunakan KTP harus dilengkapi dengan Kartu Keluarga (KK) atau nama sejenisnya ;
- c. Penggunaan hak pilih bagi warga negara Indonesia yang menggunakan KTP yang masih berlaku hanya dapat digunakan di Tempat Pemungutan Suara (TPS) yang berada di RT/RW atau nama sejenisnya sesuai dengan alamat yang tertera di dalam KTP-nya ;
- d. Warga negara Indonesia sebagaimana disebutkan dalam angka 3 diatas, sebelum menggunakan hak pilihnya, terlebih dahulu mendaftarkan diri pada KPPS setempat ;
- e. Warga negara Indonesia yang akan menggunakan hak pilihnya dengan KTP atau Paspor dilakukan 1 (satu) jam sebelum selesainya pemungutan suara di TPS atau TPS luar negeri setempat.

Putusan MK tersebut mendapat apresiasi positif dari berbagai komponen bangsa,¹⁰⁹ dengan tidak terbelenggu pada ketentuan *a quo* hakim Mahkamah

¹⁰⁹ Meskipun begitu, terdapat sebagian kecil yang kecewa dengan putusan ini karena menganggap putusan dikeluarkan agak terlambat dan terkesan tidak sepenuh hati. Pasalnya, menurut mereka, putusan tersebut dijatuhkan hanya kurang 2 (dua) hari dari pelaksanaan Pilpres, serta tidak mengakomodasi para pemilih yang tidak berada di tempat tinggalnya karena alasan dinas, kuliah, berpergian, dan lain sebagainya. Sementara itu, pedoman MK menyatakan bahwa penggunaan KTP hanya dapat dilakukan sesuai dengan domisilinya masing-masing. Berdasarkan data akhir yang dikeluarkan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU), jumlah pemilih yang menggunakan KTP untuk memilih dalam Pilpres di seluruh Indonesia berjumlah 382.540 orang. Lihat Pan Mohamad

Konstitusi mencoba merasakan dan menyelami kegelisahan masyarakat Indonesia yang khawatir tidak dapat menyalurkan hak pilihnya dalam pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden periode 2009-2014 karena tidak terdaftar dalam DPT. Sehingga lahirlah putusan yang sangat penting bagi eksistensi pelaksanaan demokrasi di Indonesia.

Terkait hal ini, Din Syamsudin pernah berujar bahwa “*sebagai warga masyarakat, kita bersyukur dan bergembira atas keputusan tersebut karena memberi jaminan bagi penunaian hak-hak pilih rakyat yang dijamin oleh konstitusi. Kami sudah lama menyerukan agar KTP dapat digunakan pada pilpres, karena kami tahu hal itu memerlukan Perppu, maka kami juga meminta dikeluarkan Perppu sebagai pengganti undang-undang. Sayangnya yang kita harapkan tidak juga keluar, hal ini tentu sangat disesalkan. Namun alhamdulillah, MK bisa secara jernih dan bertanggung jawab memperhatikan usulan tersebut dan mengeluarkan keputusannya*”.¹¹⁰

Terlepas dari apresiasi masyarakat Indonesia terhadap putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, dalam tatanan konsep putusan Mahkamah Konstitusi nomor 102/PUU-VII/2009 ini masih banyak diperdebatkan oleh kalangan ahli hukum. Hal ini dikarenakan, putusan Mahkamah Konstitusi yang memuat amar putusan melebihi permohonan yang diajukan oleh pemohon, atau sering disebut dengan istilah *ultra petita*. Secara historis normatif, ketentuan *ultra petita* pada mulanya diatur dalam Pasal 178 ayat (2) dan (3) *Het Herziene Indonesisch Reglement* (HIR) serta padanannya dalam Pasal 189 ayat (2) dan (3) RBg yang melarang seorang hakim memutus melebihi apa yang dituntut (*petitum*) oleh pemohon.¹¹¹

Faiz, *Mengawal Demokrasi Melalui Constitutional Review, Sembilan Pilar Demokrasi Putusan Mahkamah Konstitusi*, 2009, hlm. 16.

¹¹⁰<http://www.inilah.com/berita/politik/2009/07/07/124952/din-sambut-gembira-putusan-mk/>, diakses pada tanggal 3 Februari 2015.

¹¹¹ Secara konseptual, larangan melakukan *ultra petita* dalam pengadilan perdata di Indonesia dilatarbelakangi oleh adanya asas hakim bersifat pasif (*pasife rechter*) atau hakim “tidak berbuat apa-apa”, dalam artian ruang lingkup atau luas pokok sengketa yang diajukan kepada hakim untuk diperiksa pada dasarnya ditentukan para pihak yang berperkara. Hakim hanya menimbang hal-hal yang diajukan para pihak dan tuntutan hukum yang didasarkan kepadanya (*iudex non ultra petita*

Sehingga dalam putusan nomor 102/PUU-VII/2009, Mahkamah Konstitusi dianggap telah melanggar prinsip larangan *ultra petita*.

Namun demikian, berdasarkan karakteristik perkara yang menjadi wewenang Mahkamah Konstitusi, tidaklah dapat dikatakan bahwa larangan *ultra petita* tersebut dapat diterapkan untuk peradilan di Mahkamah Konstitusi. Kewenangan pengujian undang-undang yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi pada prinsipnya bersifat publik walaupun pengajuannya dapat dilakukan oleh individu tertentu yang hak konstitusionalnya dirugikan oleh ketentuan undang-undang. Hal itu sesuai dengan objek pengujiannya yaitu ketentuan undang-undang sebagai norma yang bersifat abstrak dan mengikat secara umum. Dalam hal pengujian undang-undang misalnya, jelas bahwa perkara ini menyangkut kepentingan umum yang akibat hukumnya mengikat semua orang (*erga omnes*). Larangan *ultra petita* berlaku dalam lapangan hukum perdata karena insiatif untuk mempertahankan atau tidak satu hak yang bersifat privat yang dimiliki individu tertentu terletak pada kehendak atau pertimbangan individu itu sendiri dan akibat

atau ultra petita non cognoscitur). Hakim hanya menentukan, adakah hal-hal yang diajukan dan dibuktikan para pihak itu dapat membenarkan tuntutan hukum mereka. Ia tidak boleh menambah sendiri hal-hal yang lain, dan tidak boleh memberikan lebih dari yang diminta. Sedangkan menurut L.J. Van Apeldorn, sikap hakim perdata yang “tidak bisa berbuat apa-apa” dikarenakan oleh beberapa sebab antara lain: (i) insiatif untuk mengadakan acara perdata, tidak hakim atau badan pemerintah lain. (ii) kedua, para pihak mempunyai kuasa untuk menghentikan acara yang telah dimulainya, sebelum hakim memberikan keputusan (Pasal 227 B. Rv). (iii), luas pertikaian yang diajukan pada pertimbangan hakim tergantung pada pihak-pihak. Hakim hanya menimbang hal-hal yang diajukan para pihak dan tuntutan hukum yang didasarkan kepadanya (*iudex non ultra petita* atau *ultra petita non cognoscitur*). Ia hanya menentukan, adakah hal-hal yang diajukan dan dibuktikan oleh para pihak itu dapat membenarkan tuntutan hukum mereka. Ia tidak boleh melebihi apa yang diminta. (iv) Jika salah satu pihak membenarkan pihak lain, hakim tidak perlu membuktikannya lagi. (v) Hakim perdata tidak boleh melakukan pemeriksaan atas kebenaran sumpah *decisoir* yang dilakukan. Hakim harus menerima kebenaran formil, sedangkan hakim pidana mencari kebenaran materiil. Lihat Miftakhul Huda, *Ultra Petita*, Jakarta: Majalah Konstitusi BMK, No. 27, Maret 2009, hlm. 63., lihat pula L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2001), hlm. 250-252.

hukumnya hanya mengikat pada individu tersebut, tidak kepada individu yang lain.¹¹²

Bahkan, perkembangan dan kebutuhan pemenuhan tuntutan keadilan telah menyebabkan larangan tersebut tidak lagi diberlakukan secara mutlak. Dalam pertimbangan hukum putusan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan misalnya, mahkamah berpendapat bahwa walaupun hanya Pasal 16, 17 ayat (3), dan Pasal 68 yang dipandang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, namun karena ketentuan yang mengatur masalah *unbundling* dan kompetisi tersebut termasuk merupakan jantung dan paradigma dari Undang-Undang Ketenagalistrikan yang tidak sesuai dengan semangat dan jiwa Pasal 33 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka keseluruhan Undang-Undang Ketenagalistrikan tersebut dianggap juga bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Kondisi serupa juga terjadi pada pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, dimana pada salah satu pertimbangan hukumnya, mahkamah berpendapat bahwa putusan Mahkamah Agung tentang larangan *ultra petita* tidak dapat diberlakukan secara mutlak karena adanya kewajiban hakim bersifat aktif dan harus berusaha memberikan putusan yang benar-benar menyelesaikan perkara. Selain itu, dalam setiap gugatan, dakwaan, ataupun permohonan biasanya selalu dicantumkan permohonan kepada hakim untuk menjatuhkan putusan yang seadilnya-adilnya (*et aequo et bond*) sehingga hakim memiliki kekuasaan untuk menjatuhkan putusan lebih dari petitum.¹¹³

Terkait hal ini, Bagir Manan sebagaimana dikutip oleh Mahfud MD berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi boleh membuat putusan *ultra petita* apabila dari sejak awal pemohon pengujian undang-undang menyebut *et aequo et bond* pada petitumnya. Dengan adanya penyebutan itu, artinya pemohon meminta

¹¹² Lihat Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Hukum... op. cit.*, hlm.53-54.

¹¹³ *Ibid.*, hlm. 54.

Mahkamah Konstitusi untuk membuat putusan yang seadil-adilnya meskipun tidak secara eksplisit diminta dalam permohonannya. Dengan demikian, Mahkamah Konstitusi memiliki dasar untuk membuat putusan *ultra petita*.¹¹⁴ Dengan kata lain, Bagir Manan berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi seharusnya tidak membuat putusan *ultra petita* jika pemohon tidak menyebut *et aequo et bond* pada petitumnya.¹¹⁵

Sedangkan menurut Jimly Asshiddiqie, dalam konteks peradilan konstitusi, larangan *ultra petita* tidak dapat diterapkan karena karakter hukum acara konstitusi berbeda dengan hukum acara peradilan perdata. Setidaknya terdapat lima pertimbangan hukum mengapa mahkamah boleh menjatuhkan putusan *ultra petita*, diantaranya ialah:¹¹⁶

1. Sengketa di Mahkamah Konstitusi bukanlah sengketa orang-perorangan seperti di dalam peradilan perdata. Lagipula, petitum pemohon sering menyertakan permohonan putusan yang seadil-adilnya (*et aequo et bond*) yang memberi kewenangan mengabulkan putusan yang tidak diminta pemohon ;
2. Pengujian undang-undang adalah menyangkut kepentingan umum, meskipun yang mengajukan orang-perorang, sehingga akibat hukum dari putusan Mahkamah Konstitusi bersifat *erga omnes*, yaitu berlaku untuk seluruh masyarakat atau pihak. Oleh karena itu, jika kepentingan umum menghendaki, maka hakim konstitusi tidak boleh terpaku hanya pada petitum yang diajukan ;
3. Pasal undang-undang yang dimohonkan pengujian konstitusionalitanya adalah ‘jantung’ undang-undang sehingga jika pasal tersebut dinyatakan

¹¹⁴ Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, (Jakarta: LP3ES, 2007). hlm. 74.

¹¹⁵ Munafrizal Manan, *Penemuan... op. cit.*, hlm. 86.

¹¹⁶ Jimly Asshiddiqie, *Menegakkan Tiang Konstitusi, Memoar Lima Tahun Kepemimpinan Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. di Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008), hlm. 170-172.

tidak memiliki kekuatan hukum mengikat maka artinya seluruh pasal undang-undang tersebut tidak dapat dilaksanakan

4. Putusan *ultra petita* juga lazim dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi di negara lain ;
5. Tidak ada aturan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang melarang atau membolehkan putusan *ultra petita*.

Namun dalam perkembangannya, dengan telah disahkannya Undang-Undang Nomor 8 tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, secara tegas Mahkamah Konstitusi dilarang untuk membuat putusan *ultra petita*. Pasal 45A undang-undang tersebut mengatur bahwa *Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon atau melebihi permohonan pemohon, kecuali terhadap hal tertentu yang terkait dengan pokok permohonan*. Kemudian didalam Pasal 50A diatur bahwa *Mahkamah Konstitusi dalam menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 tidak menggunakan undang-undang lain sebagai dasar pertimbangan hukum*. Adanya pengaturan ini menunjukkan bahwa pembuat undang-undang saat itu tidak menghendaki Mahkamah Konstitusi membuat putusan *ultra petita*.¹¹⁷ Meskipun pada hakikatnya, amar putusan yang memuat *ultra petita* merupakan upaya Mahkamah Konstitusi dalam menghadirkan keadilan yang seadil-adilnya bagi para pencari keadilan.

Hal tersebut dikarenakan, secara filosofis lembaga peradilan itu pada hakikatnya merupakan perpanjangan tangan dari tujuan pembentukan hukum, yaitu sebagai alat untuk menemukan keadilan. Terkait hal ini, menurut Saldi Isra, Mahkamah Konstitusi melalui hakim periode kedua telah mengukuhkan dirinya sebagai lembaga pelindung keadilan substantif (*substantive justice*).¹¹⁸ Sebuah

¹¹⁷ Munafrizal Manan, *Penemuan... op. cit.*, hlm. 88.

¹¹⁸ Dalam *Black's Law Dictionary 7th Edition* keadilan substantif dimaknai sebagai: "*Justice Fairly Administered According to Rules of Substantive Law, Regardless of Any Procedural Errors Not Affecting The Litigant's substantive Rights*", ("Keadilan yang diberikan sesuai dengan aturan-

semangat keadilan sesungguhnya bukan keadilan formalistik, yang hanya mengacu pada teks produk perundang-undangan semata.¹¹⁹ Melainkan juga menggali nilai-nilai keadilan yang ada di masyarakat serta menyelami semangat dan jiwa dari suatu undang-undang.

Cara ber hukum yang demikian diterapkan oleh mahkamah pada putusan nomor 102/PUU-VII/2009. Dalam putusan ini, mahkamah tidak hanya menggunakan interpretasi gramatikal yang hanya terfokus pada bunyi undang-undang semata, melainkan juga memperhatikan rasa keadilan dan kegelisahan masyarakat, sebagaimana yang tercermin dalam interpretasi sosiologis. Selain itu, guna menyelami semangat dan jiwa dari undang-undang, mahkamah menggunakan interpretasi komparatif dan sistematis agar diperoleh pemahaman yang lebih holistik dan komprehensif akan ketentuan *a quo*.

Interpretasi sosiologis tercermin dari pendapat mahkamah yang menyatakan bahwa *menimbang bahwa dalam persidangan Mahkamah menemukan fakta hukum, sebagai berikut* :¹²⁰

- *Bahwa para Pemohon kehilangan haknya untuk memilih pada Pemilu DPR, DPD, dan DPRD Tahun 2009 karena tidak terdaftar dalam DPT ;*
- *Bahwa para Pemohon sama sekali tidak mendapatkan informasi sosialisasi yang memadai tentang DPT;*
- *Bahwa para Pemohon telah berusaha sedemikian rupa untuk berpartisipasi dalam Pemilu dengan memeriksa DPT dan undangan pada*

aturan hukum substantif, dengan tanpa melihat kesalahan-kesalahan prosedural yang tidak berpengaruh pada hak-hak substantif Penggugat”). Ini berarti bahwa apa yang secara formal prosedural benar bisa saja disalahkan secara materiil apabila substansinya melanggar keadilan, demikian juga sebaliknya, apa yang secara formal salah bisa saja dibenarkan jika secara materiil dan substansinya sudah cukup adil. Dengan kata lain, keadilan substantif bukan berarti hakim harus selalu mengabaikan bunyi undang-undang. Melainkan, dengan keadilan substantif berarti hakim bisa mengabaikan undang-undang yang tidak memberi rasa keadilan, tetapi tetap berpedoman pada formal-prosedural undang-undang yang sudah member rasa keadilan sekaligus menjamin kepastian hukum.

¹¹⁹ Saldi Isra dkk, *Perkembangan... op.cit.*, hlm. 10.

¹²⁰ Lihat Putusan MK nomor 102/PUU-VII/2009, hlm. 13.

alamat lama para Pemohon pada Pemilu Tahun 2004 dan pada alamat para Pemohon saat ini, namun belum memperoleh informasi dan undangan untuk memilih di TPS.

Selanjutnya mahkamah berpendapat menimbang bahwa pembenahan DPT melalui pemutakhiran data akan sangat sulit dilakukan oleh KPU mengingat waktunya yang sudah sempit, sedangkan penggunaan KTP atau Paspor yang masih berlaku untuk menggunakan hak pilih bagi Warga Negara Indonesia yang tidak terdaftar dalam DPT merupakan alternatif yang paling aman untuk melindungi hak pilih setiap warga negara. Terkait dengan hal tersebut, mahkamah memandang bahwa penggunaan KTP atau Paspor yang masih berlaku untuk memilih tidak dapat diberlakukan melalui keputusan atau peraturan KPU; sedangkan bentuk hukum Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) juga beresiko menimbulkan masalah jika ternyata nantinya dibatalkan melalui legislative review pada saat pembahasan dalam masa sidang DPR berikutnya;

Sehingga berdasarkan pertimbangan tersebut, maka demi keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum, Mahkamah memutuskan dalam Putusan yang bersifat self executing yang langsung dapat diterapkan oleh KPU tanpa memerlukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) guna melindungi, menjamin, dan memenuhi hak konstitusional warga negara untuk menggunakan hak pilihnya;

Pertimbangan Mahkamah Konstitusi tersebut didasarkan pada ketentuan Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 8, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4358), yang mewajibkan mahkamah untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hal ini dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.¹²¹

¹²¹ *Ibid.*, hlm. 17.

Beberapa pertimbangan tersebut menunjukkan bahwa mahkamah dalam memutus perkara yang dihadapkan kepadanya tidak ragu untuk keluar dari bunyi undang-undang apabila dirasa undang-undang tersebut (berdasarkan fakta yang muncul dalam persidangan) justru berpotensi melanggar hak konstitusional warga negara. Melalui interpretasi sosiologis ini, Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa undang-undang yang masih berlaku tetapi sudah usang atau tidak sesuai lagi untuk ditetapkan pada peristiwa, hubungan, kebutuhan dan kepentingan masa kini harus disesuaikan dengan dinamika sosial yang ada. Jadi peraturan hukum yang lama disesuaikan dengan keadaan baru atau dengan kata lain peraturan yang lama dibuat aktual.

Sedangkan interpretasi komparatif tercermin dari pendapat mahkamah yang menyatakan bahwa *menimbang bahwa hal tersebut di atas sejalan dengan pasal 21 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) yang berbunyi:*

- (1) Setiap orang berhak turut serta dalam pemerintahan negerinya sendiri, baik dengan langsung maupun dengan perantaraan wakil-wakil yang dipilih dengan bebas;*
- (2) Setiap orang berhak atas kesempatan yang sama untuk diangkat dalam jabatan pemerintahan negerinya;*
- (3) Kemauan rakyat harus menjadi dasar kekuasaan pemerintah; kemauan ini harus dinyatakan dalam pemilihan-pemilihan berkala yang jujur dan yang dilakukan menurut hak pilih yang bersifat umum dan berkesamaan, serta dengan pemungutan suara yang rahasia ataupun menurut cara-cara lain yang juga menjamin kebebasan mengeluarkan suara.*

Lebih lanjut mahkamah berpendapat bahwa *terlebih lagi, ketentuan sebagaimana dimaksud dalam paragraf [3.14] juga sejalan dengan Pasal 25 Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik yang telah diratifikasi dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan International Covenant on Civil and Political Rights (Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik) sebagaimana termuat dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 119, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4558, yang berbunyi: "Setiap warga negara*

juga harus mempunyai hak dan kebebasan, tanpa perbedaan apapun sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 dan tanpa pembatasan yang tidak beralasan:

- a) Ikut dalam pelaksanaan urusan pemerintahan, baik secara langsung maupun melalui wakil-wakil yang dipilih secara bebas;*
- b) Memilih dan dipilih pada pemilihan umum berkala yang jujur, dan dengan hak pilih yang universal dan sama, serta dilakukan melalui pemungutan suara secara rahasia untuk menjamin kebebasan dalam menyatakan kemauan dari para pemilih;*
- c) Memperoleh akses pada pelayanan umum di negaranya atas dasar persamaan.¹²²*

Sedangkan jika mengacu pada pandangan Bobbit mengenai metode penafsiran konstitusi (*constitutional interpretation*), maka putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dapat digolongkan sebagai penafsiran konstitusi secara etikal karena dikonstruksi dari tipe berpikir konstitusional yang menggunakan pendekatan secara falsafati, sosiologis dan moral. Dengan demikian metode penafsiran ini dapat digunakan untuk isu-isu yang menekankan pada pentingnya hak-hak asasi manusia dan pembatasan terhadap kekuasaan negara atau pemerintahan.¹²³

Dimasukkannya pendekatan non hukum (filsafat, sosiologis dan moral) dalam putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, sejalan dengan karakteristik hukum progresif yang beranggapan bahwa hukum tidak bersifat otonom.¹²⁴ Dalam

¹²² *Ibid.*, hlm. 14.

¹²³ Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *loc.cit.*, hlm. 76.

¹²⁴ Bertolak belakang dari gagasan hukum progresif, positivisme hukum beranggapan bahwa hukum merupakan sesuatu yang otonom. Hal tersebut dapat dilihat dari pendapat tokoh positivisme hukum, yakni H.L.A Hart yang menyatakan bahwa 1) Hukum adalah perintah dari penguasa, 2) Tidak ada hubungan yang mutlak antara hukum dan moral serta etika, 3) Analisis tentang konsepsi-konsepsi hukum dibedakan dari penyelidikan sejarah dan sosiologi, 4) Sistem hukum harus bersifat logis dan tertutup yang diperoleh atas dasar logika, tanpa mempertimbangkan aspek sosial, politik, moral maupun etik (faktor non hukum). Lihat Satjipto

konteks pemikiran itulah, keberadaan hukum senantiasa dipengaruhi oleh faktor diluar non hukum karena pada hakikatnya hukum hanya salah satu subsistem yang ada di dalam masyarakat. Selain sistem hukum masih terdapat subsistem lain yaitu keluarga, sistem pendidikan, pranata-pranata, dan organisasi-organisasi sosial serta ekonomi dan kondisi lingkungan. Antara subsistem tersebut, terdapat hubungan saling mempengaruhi. Hal itu berarti sistem hukum memberi dan menerima pengaruh pada dan dari berbagai subsistem lain.¹²⁵

Rahardjo sebagaimana dikutip dalam Ahmad Rifai, *Penemuan... op.cit.*, hlm. 29. Sedangkan menurut Hans Kelsen, salah satu pencetus positivisme hukum berpandangan bahwa 1) Hukum harus bersifat murni. Hukum harus dipisahkan dari moral, sehingga tujuan hukum hanya untuk mewujudkan kepastian hukum: “*The pure theory of law separates the concept of the legal completely from that of the moral norm and establishes the law as a specific system independent even of the moral law*” 2) Norma kebiasaan, tradisi, atau adat belum menjadi hukum apabila belum ditetapkan oleh atau dengan norma yang lebih tinggi. Pandangannya tersebut terlihat dalam bukunya “*The pure theory of law*” sebagai berikut: “*Norms according to which men ought to behave in a certain way can also be created by custom. If men who socially live together behave for some time and under the same circumstances in the same way, then a tendency - that is psychologically, a will - comes into an existence within the men to behave as the members of the group habitually do. At first the subjective meaning of the acts that constitute the custom is not an ought. But later, when these acts have existed for some time, the idea arises in the individual member that he ought to behave in the manner in which the other members customarily behave and at the same time the will arises that the other members ought to behave in that same way. If one member of the group does not behave in the manner in which the other members of the group does not behave in the manner in which the other members customarily behave than his behavior will be disapproved by the other members customarily behave than his behavior will be disapproved by the others, as contrary to their will. In this way the custom becomes the expression of a collective will whose subjective meaning is an ought. However, the subjective meaning of the acts that constitute the custom can be interpreted as an objectively valid norm only if the custom has been instituted by a higher norm as norm creating fact. Since custom is constituted by human acts, even norms created by custom are created by acts of human behavior, and are therefore - like the norms which are the subjective emanation of legislative acts “posited” or “positive” norms.*” Hans Kelsen sebagaimana dikutip dalam Widodo Dwi Putro, *Kritik... op.cit.*, hlm. 42.

¹²⁵ Talcott Parsons sebagaimana dikutip dalam Achmad Ali & Wiwie Heryani, *Menjelajah Kajian Empiris Terhadap Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012), hlm. 42.

Sedangkan dalam kaitannya dengan penegakan hukum progresif, keberanian hakim Mahkamah Konstitusi mendobrak ketentuan *a quo* sesuai dengan karakteristik hukum progresif, yang menekankan bahwa paradigma progresif merubah cara ber hukum dari sekedar menerapkan hukum positif secara tekstual semata menjadi cara ber hukum dengan mendayagunakan hukum dengan tujuan, misi dan nurani. Penilaian keberhasilan cara ber hukum dengan nurani tidak hanya dilihat dari diterapkannya hukum materiel maupun formil semata, melainkan dari penerapannya yang bermakna dan berkualitas.¹²⁶

3. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 133/PUU-VII/2009 (Putusan Sela)

Perkara ini merupakan pengujian Pasal 32 Ayat 1 Huruf c Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002, yang menyatakan *pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan karena menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan*. Bibit Samad Rianto dan Chandra M Hamzah, pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi yang dinonaktifkan akibat dikriminalisasi, mengajukan permohonan tersebut dengan tujuan agar mereka tidak dinonaktifkan sebelum terbukti melalui putusan yang *incracht*.

Dalam positanya, pemohon mempermasalahkan ketentuan pemberhentian secara tetap tanpa putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap melanggar hak para pemohon atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil, dalam hal ini hak atas pra-duga tidak bersalah (*presumption of innocence*), telah dijamin dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terutama pada 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*. Pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil sebagaimana dimaksud di atas juga mencakup pengakuan, jaminan, dan perlindungan atas asas-asas hukum yang berlaku universal. Salah satu asas hukum yang dihormati dan juga diakui

¹²⁶ Satjipto Rahardjo, *Hukum...op.cit.*, hal. 10.

eksistensinya dalam sistem hukum Indonesia adalah asas “pra-duga tidak bersalah” atau “*presumption of innocence*”.

Dalam amar putusannya, Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa:

1. Mengabulkan permohonan provisi para Pemohon untuk sebagian;
2. Sebelum menjatuhkan Putusan Akhir, menyatakan menunda pelaksanaan berlakunya Pasal 32 ayat (1) huruf c dan Pasal 32 ayat (3) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, yakni pemberhentian Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi yang menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan, sampai ada putusan akhir Mahkamah terhadap pokok permohonan *a quo*;
3. Menolak permohonan provisi untuk selain dan selebihnya.

Putusan ini terasa istimewa karena dengan dikabulkannya provisi yang diajukan oleh para pemohon, menjadikan putusan nomor 133/PUU-VII/2009 sebagai tonggak awal dijatuhkannya putusan sela oleh Mahkamah Konstitusi pada perkara pengujian undang-undang.¹²⁷ Mengingat putusan sela biasanya dijatuhkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam perkara perselisihan hasil pemilihan umum (PHPU). Dengan kata lain, dikabulkannya putusan sela dalam perkara ini, merupakan provisi pertama dalam perkara pengujian undang-undang.¹²⁸

¹²⁷ Jauh sebelum adanya permohonan putusan sela yang diajukan oleh para pemohon dalam perkara pengujian Undang-Undang KPK, permohonan provisi juga pernah diajukan oleh Amrozi dkk dalam perkara pengujian Undang-Undang Nomor.2/Pnps/1964 tentang Tata Cara Pelaksanaan Pidana Mati, dalam putusannya MK menyatakan tidak menerima permohonan tersebut. MK mempertimbangkan: Undang-Undang MK tidak mengenal permohonan provisi dalam pengujian undang-undang; dalam setiap pengujian undang-undang, undang-undang yang diuji tersebut tetap berlaku sebelum dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Permohonan provisi dikenal dalam sengketa kewenangan lembaga negara yang diatur dalam Pasal 63 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi; bahwa mekanisme permohonan provisi sifatnya harus penting dan mendesak; dan permohonan provisi adalah permohonan yang bersifat sementara dan sama sekali tidak ada hubungannya dengan pokok permohonan. Sehingga ketika itu Mahkamah Konstitusi menganggap permohonan provisi yang diajukan tidak berdasar dan beralasan hukum. Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 21/PUU-VI/2008.

¹²⁸ Saldi Isra dkk, *Perkembangan... op.cit.*, hlm. 119.

Putusan sela itu sendiri menurut Surbekti, lazim dipraktikkan dalam hukum acara perdata, yakni permohonan penggugat kepada pengadilan agar mengeluarkan tindakan hukum sementara dengan maksud untuk mencegah suatu kerugian yang semakin besar bagi penggugat dan memudahkan pelaksanaan putusan hakim jika penggugat dimenangkan, oleh karenanya tindakan sementara ini diperintahkan pelaksanaannya terlebih dahulu sedangkan perkara masih sedang berjalan.¹²⁹ Secara normatif, ketentuan mengenai putusan sela dapat ditemukan pada penjelasan Pasal 185 HIR yang menyatakan, *putusan provisionil yaitu keputusan atas tuntutan supaya di dalam hubungan pokok perkaranya dan menjelang pemeriksaan pokok perkara itu, sementara diadakan tindakan-tindakan pendahuluan untuk kefaedahan salah satu pihak atau ke dua belah pihak. Keputusan yang demikian itu banyak digunakan di dalam pemeriksaan singkat.*

Terkait hal tersebut, hakim Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangan hukumnya berpendapat bahwa meskipun pada awalnya permohonan provisi adalah ranah hukum acara perdata, namun hukum acara Mahkamah juga mengatur permohonan provisi dalam perkara sengketa kewenangan lembaga Negara sebagaimana dimuat dalam Pasal 63 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi yang berbunyi, *“Mahkamah dapat mengeluarkan penetapan yang memerintahkan pada pemohon dan/atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi”*. Selain itu, jika diperlukan untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara, Pasal 86 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 dan penjelasannya memberikan kewenangan kepada Mahkamah untuk mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan jika terjadi kekosongan/kekurangan dalam hukum acara. Dalam praktik selama ini, Mahkamah telah menggunakan Pasal 86 tersebut untuk memutus perkara perselisihan hasil pemilihan umum melalui beberapa putusan sela yang berlaku mengikat dan telah dilaksanakan. Tambahan pula, dalam perkara pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara

¹²⁹ *Ibid.*, hlm. 133.

Republik Indonesia Tahun 1945, berdasarkan Pasal 16 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Pengujian Undang-Undang juga membuka kemungkinan bagi Mahkamah untuk menerbitkan ketetapan atau putusan di dalam permohonan provisi, yakni *dalam hal pemohon mendalilkan adanya dugaan perbuatan pidana dalam pembentukan undang-undang yang dimohonkan pengujiannya, mahkamah dapat menghentikan sementara pemeriksaan permohonan atau menunda putusan*.¹³⁰

Keputusan Mahkamah Konstitusi mengabulkan putusan sela dilatarbelakangi oleh keinginan mahkamah untuk secara terus menerus mengikuti perkembangan kesadaran hukum dan rasa keadilan yang tumbuh di masyarakat yang menjadi dasar agar Mahkamah tidak berdiam diri atau membiarkan terjadinya pelanggaran hak konstitusional warga negara. Oleh karenanya, meskipun dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi tidak dikenal adanya putusan provisi dalam perkara pengujian undang-undang, seiring dengan perkembangan kesadaran hukum, kebutuhan praktik dan tuntutan rasa keadilan masyarakat serta dalam rangka memberikan perlindungan dan kepastian hukum yang adil, Mahkamah memandang perlu menjatuhkan putusan provisi dalam perkara *a quo* dengan mendasarkan pada aspek keadilan, keseimbangan, kehati-hatian, kejelasan tujuan, dan penafsiran yang dianut dan telah berlaku tentang kewenangan Mahkamah dalam menetapkan putusan sela.¹³¹

Dikabulkannya putusan sela tersebut sekaligus menegaskan bahwa mahkamah telah keluar dari kerengkekng pemikiran legal positivisme dan mendobrak paradigma lama yang telah mengakar kuat di Indonesia bahwa hakim hanyalah corong undang-undang. Dengan kata lain, hakim Mahkamah Konstitusi tidak segan untuk keluar dari teks undang-undang dan melakukan terobosan hukum ketika undang-undang dinilai berpotensi menciderai dan melanggar nilai keadilan dan hak konstitusionalitas warga negara.¹³² Sehingga putusan yang

¹³⁰ Lihat putusan Mahkamah Konstitusi nomor 133/PUU-VII/2009, hlm. 29.

¹³¹ *Ibid.*, hlm. 29.

¹³² Menurut Satjipto rahardjo sebagaimana dikutip dalam M. Syamsudin, *Konstruksi... op.cit.*, hlm. 231. Terobosan hukum yang dilakukan oleh hakim guna membebaskan diri dari penggunaan pola

dihasilkan mampu mengakomodir keadilan yang substansial, dan tidak sekedar mengejar keadilan formal-prosedural semata.

Seorang yuris yang baik, tidak hanya membutuhkan sekedar kemampuan membaca seperti orang lain, tetapi ia harus mampu menafsirkan dengan tepat apa yang ia baca dan menghubungkannya dengan untuk apa bacaan itu dibaca.¹³³ Menurut Pitlo, membaca suatu teks bukanlah merupakan kegiatan mekanis, karena seorang yuris dalam tugasnya sebagai penafsir hanya dapat berkembang sepenuhnya jika ia memiliki sifat-sifat yang khas seperti menguasai kenyataan dan kebutuhan masyarakatnya, memiliki rasa kemasyarakatan yang peka, memiliki rasa keseimbangan, menyadari hal-hal yang esensial dalam suatu masalah, kesediaan untuk mengkonkretkan dan memberi nuansa dalam hubungan teks dengan peristiwa konkret.¹³⁴

Dalam konteks penemuan hukum berbasis hukum progresif, kemampuan yuris dalam menafsirkan undang-undang menjadi sangat penting karena proses

berhukum secara tekstual disebut dengan *rule breaking*. Ada 3 (tiga) cara dalam melakukan *rule breaking*, yaitu: (1) menggunakan kecerdasan spiritual untuk bangun dari keterpurukan hukum dan berani mencari jalan baru serta tidak membiarkan diri terkekang dengan cara-cara lama yang jelas-jelas telah banyak melukai rasa keadilan; (ii) pencarian makna lebih untuk menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum, dan masing-masing pihak yang terlibat dalam proses penegakan hukum didorong untuk selalu bertanya pada hati nuraninya tentang makna hukum yang dalam; (iii) dalam menjalankan hukum tidak hanya menurut ukuran logika, tetapi dengan perasaan, kepedulian dan keterlibatan (*compassion*) kepada kelompok yang lemah. Konsep terobosan hukum yang dibatasi oleh *rule breaking* ini penting mengingat jangan sampai dengan alasan melakukan terobosan hukum, justru hakim merugikan pencari keadilan (*judicial terrorism*).

¹³³ Hakim dalam menghubungkan antara teks undang-undang dengan suatu peristiwa konkret yang diadilinya wajib menggunakan pikiran dan nalarnya untuk memilih metode penemuan hukum apa yang paling relevan untuk diterapkannya dalam suatu perkara. Hakim harus jeli, cerdas, adil, dan memiliki wawasan pengetahuan yang luas dan kedepan dalam menentukan pilihan metode interpretasi atau konstruksi, karena ketetapan penggunaan metode interpretasi atau konstruksi tertentu akan sangat mempengaruhi putusannya. Hanya dengan demikian, putusan hakim tersebut dapat dinilai adil dan bermanfaat oleh warga masyarakatnya. Putusan hakim memang hukum, bukan sekedar sumber hukum. Lihat Achmad Ali, *Menguak... op.cit.*, hlm. 190.

¹³⁴ *Ibid.*, hlm. 158.

perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, akan tetapi pada kreatifitas pelaku hukum untuk mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat.¹³⁵ Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan “pemaknaan yang kreatif” terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan. Peraturan yang buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif untuk menghadirkan keadilan bagi rakyat dan pencari keadilan,¹³⁶ karena mereka dapat melakukan interpretasi secara baru terhadap suatu peraturan.¹³⁷

Dengan demikian, seorang hakim dalam membuat putusan yang akan dijatuhkan tidaklah sekedar menjalankan prosedur dan kemudian menerapkan pasal-pasal undang-undang yang cocok atas kejadian atau peristiwa yang akan dihukumkan, akan tetapi secara *factual* banyak variabel yang ikut andil.¹³⁸

¹³⁵ Menurut Feldman, kreatifitas adalah “*the achievement of something remarkable and new, something which transforms and changes a field of endeavor in a significant way... the kinds of things that people do that change the world*”, sedangkan menurut Munandar kreatifitas adalah kemampuan untuk membuat kombinasi baru, berdasarkan data, informasi, atau unsur-unsur yang ada. Hasil yang diciptakan tidak selalu hal-hal yang baru, tetapi juga dapat berupa gabungan dari hal-hal yang sudah ada sebelumnya. Adapun Campbell mengemukakan kreatifitas sebagai suatu kegiatan yang mendatangkan hasil yang sifatnya baru atau *novel*, berguna atau *useful*, dapat dimengerti atau *understandable*. Lihat Besar, *Menggeser Pemikiran Hukum Kapitalis Di Bidang Digital Multimedia*, dalam *Dekonstruksi... op. cit.*, hlm. 544.

¹³⁶ Salah satu kunci keberhasilan penerapan hukum progresif terletak pada para pelaku hukum yang arif dan kreatif sebagai pelaksananya. Hal ini dikarenakan, kunci perubahan penegakan hukum konvensional terletak pada penafsiran kontekstual terhadap hukum. Hukum progresif seperti juga *interssenjurisprudenz*, tidak sekali-kali menafikan peraturan yang ada sebagaimana dianjurkan oleh aliran *freirechtlehre*. Meski begitu, hukum progresif tidak seperti legisme yang mematok peraturan sebagai harga yang mati. Hukum progresif juga tidak seperti *analytical jurisprudence* yang hanya berkuat pada proses logis-formal. Hukum progresif merangkul baik peraturan maupun kenyataan sebagai dua hal yang harus dipertimbangkan dalam setiap keputusan. Lihat Bernard L. Tanya, *Hukum, Politik dan KKN*, (Surabaya: Srikandi, 2005), hlm. 39.

¹³⁷ Satjipto Rahardjo sebagaimana dikutip dalam M. Syamsudin, *Konstruksi... op. cit.*, hlm. 232.

¹³⁸ Hukum dan segala perangkat perwujudannya tumbuh dan berkembang bersama faktor nonhukum yang ada dilingkungannya seperti faktor ekonomi, faktor politik, faktor sosial, faktor kultur dan faktor agama. Kondisi ini secara tidak langsung berdampak pada ketidakotonoman

Memang dalam proses penegakan hukum prosedur dan pasal-pasal undang-undang itu tidak boleh diabaikan, karena itu merupakan sarana / perlengkapan pokoknya. Akan tetapi harus diingat, bahwa sarana dan perlengkapan itu bukanlah tujuan yang sesungguhnya ingin dicapai oleh hukum. Prosedur dan pasal-pasal itu hanyalah sarana dan perlengkapan yang diharapkan dapat mengantarkan para

hukum, ketidakotonomian hukum tersebut tampak dalam teori sibernetik (Talcott Parsons) maupun pengembangan lebih lanjut dalam konsep *input-output* dari Harry C. Bredemeier yang memandang hukum (dalam hal ini disimbolkan oleh pengadilan) memperoleh masukan sekaligus menghasilkan keluaran bagi sub-sub sistem lain yang terdapat dalam masyarakat. Dalam kedua teori tersebut, hukum hanya satu diantara subsistem yang terdapat dalam masyarakat. Selain sistem hukum, masih terdapat subsistem lain yaitu keluarga, sistem pendidikan, pranata-pranata, dan organisasi-organisasi sosial serta ekonomi dan kondisi lingkungan. Terkait hal ini, Mochtar Kusumaatmadja menekankan arti pentingnya seorang sarjana hukum tidak hanya menjadi 'tukang' (*craftsmanship*), tetapi tidak mampu menganalisis perubahan –perubahan dalam masyarakat mampu menemukan solusi dari masalah penerapan hukum di masyarakat. Mochtar Kusumaatmadja menganjurkan agar sistem pendidikan hukum ditujukan untuk meningkatkan kemampuan menganalisis kasus (studi kasus) sehingga lulusan pendidikan hukum telah dipersiapkan sebagai ahli hukum yang juga mengenal ilmu-ilmu non hukum (ilmu sosial). Sehingga, lulusan hukum menjadi lulusan yang mampu menganalisis masalah hukum dalam arti luas termasuk dari perspektif ilmu-ilmu lainnya (ekonomi, sosiologi, dan politik), dan dapat menjadi pelopor pembaharuan hukum dalam masyarakat. Pendapat mengenai pentingnya aspek non hukum dalam menilai bekerjanya hukum dalam masyarakat juga dikemukakan oleh Roscoe Pound dan Eugen Erlich. Pendekatan lebih spesifik dan terkenal luas tentang hubungan saling pengaruh antara hukum dengan aspek non hukum, khususnya bidang ekonomi telah ditulis oleh Richard A. Postner, Robert Cooter dan Thomas Ulen. Di Indonesia, pentingnya analisis non hukum terhadap bekerjanya hukum telah terbukti dari ketidaksepahaman para ahli hukum dan ahli ekonomi terhadap penyelesaian kasus BLBI, kebijakan pemerintah terhadap *bail out* Bank Century, dan penegakan hukum dalam kasus BUMN yang telah diduga terlibat dalam tindak pidana korupsi. Lihat Achmad Ali & Wiwie Heryani, *Menjelajah... op.cit.*, hlm. 41. Lihat pula Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif: Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum progresif*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2012), hlm. 63-65.

penegak hukum untuk sampai pada tujuan hukum yang sesungguhnya,¹³⁹ yakni keadilan dan kemanfaatan.¹⁴⁰

Oleh karena itu, hakekat dari hukum progresif sebenarnya adalah pergeseran dari sistem formal ke sistem manusia. Jadi *vexatious litigation* yang benar-benar bersifat *vexing* (tidak ada visi luhurnya) tidak boleh dibiarkan menjadi trend dalam budaya peradilan. Namun biarkan peran manusia (hakim) secara progresif (pengetahuan, keahlian dan logika yang utuh serta ketajaman nurani) memberikan makna di balik sebuah gugatan.¹⁴¹ Terkait hal tersebut, Taverne pernah berujar, berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk pun saya bisa membuat putusan yang baik. Sejalan dengan apa yang telah diucapkan oleh Taverne, mantan Hakim Agung Bismar Siregar sering mengatakan bahwa, keadilan berada diatas hukum. Oleh karena itu, beliau selalu memutus berdasar hati nurani terlebih dahulu, baru kemudian dicarikan peraturannya.¹⁴² Hal ini tercermin dalam pernyataannya, yaitu: “ aku tidak menghindari caci, cercaan, dan celaan sesama, sepanjang hati nuraniku berucap bahwa itulah yang adil dan tepat jadi keputusan. Aku tidak

¹³⁹ Achmad Ali & Wiwie Heryani, *Menjelajah... op. cit.*, hlm. 259.

¹⁴⁰ Menurut Achmad Ali, tujuan hukum dapat dikaji melalui tiga sudut pandang, yaitu: a. dari sudut pandang ilmu hukum positif normatif atau yuridis dogmatis, tujuan hukum dititikberatkan pada kepastian hukum, b. dari sudut pandang filsafat hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi keadilan, dan c. dari sudut pandang sosiologi hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kemanfaatan. Senada dengan yang dikatakan oleh Achmad Ali, Gustav Radbruch berpendapat bahwa tujuan hukum terdiri dari tiga aspek, yakni keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Namun, ketiga aspek tersebut tidak selalu berada dalam hubungan harmonis satu sama lain. Keadilan bisa bertabrakan dengan kemanfaatan dan kepastian hukum, tuntutan kemanfaatan bisa bertabrakan dengan keadilan dan kepastian hukum dan seterusnya. Menghadapi kondisi demikian, Radbruch mengajarkan penggunaan asas prioritas dari ketiga asas tersebut, dimana prioritas pertama selalu jatuh pada keadilan, baru kemanfaatan dan terakhir kepastian hukum. Lihat Achmad Ali, *Menguak... op.cit.*, hlm. 96.

¹⁴¹ Saldi Isra dkk, *Perkembangan... op. cit.*, hlm. 47.

¹⁴² Satjipto Rahardjo, *loc. cit.*, hlm. 10.

mempertanggungjawabkan keputusan kepada sesama, tetapi yang utama kepada Tuhanku, hati nuraniku, baru kepada yang lain”.¹⁴³

Sedangkan jika berpijak pada argumentasi dan landasan Mahkamah Konstitusi dalam menjatuhkan putusan sela, hal tersebut memberikan makna bahwa hakim Mahkamah Konstitusi merupakan perumus dari nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (*living of constitution*).¹⁴⁴ Bahkan dengan alur berpikir progresif yang tidak terkekang pada *legal procedural* semata, Dalam persidangan di Mahkamah Konstitusi, dengan membuka rekaman percakapan Anggodo dengan beberapa aparat penegak hukum, hakim telah membuktikan adanya fakta baru terkait adanya skenario kriminalisasi terhadap pimpinan KPK yang berpotensi pada mandeknya penegakan hukum terutama pemberantasan korupsi.¹⁴⁵

Kondisi tersebut semakin meneguhkan keyakinan Mahkamah untuk menjatuhkan putusan sela terhadap uji materil Pasal 32 ayat 1 huruf c Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 yang menyebutkan, *Pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan karena menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan*. Implikasinya, proses penyelidikan dan penyidikan dapat dihentikan dan tidak dilimpahkan ke pengadilan sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi

¹⁴³ Antonius Sudirman sebagaimana dikutip dalam Faisal, *Pemaknaan Hukum Progresif (Upaya Mendalami Pemikiran Satjipto Rahardjo)*, (Yogyakarta: Thafa Media, 2015), hlm. 107.

¹⁴⁴ Paradigma *living constitution* melihat konstitusi didasarkan pada kondisi kekinian (kontekstual). Dalam konteks pengujian konstiusionalitas undang-undang di Mahkamah Konstitusi, konsep tersebut diwujudkan oleh hakim Mahkamah Konstitusi melalui cara berhukum yang hanya melihat teks undang-undang dasar semata melainkan “jiwa” dari teks tersebut dan menyesuaikannya dengan kehendak konstiusional generasi kekinian dari bangsa Indonesia. Dalam perspektif penegakan hukum yang progresif, cara berhukum yang kontekstual baru bisa dilaksanakan apabila hakim dalam memutus perkara tidak hanya terikat pada bunyi teks undang-undang semata, melainkan denyut kehidupan masyarakat. Itulah pasal-pasal sebenarnya dari keadilan. Undang-Undang seringkali dibuat secara situasional, tetapi keadilan bersifat kondisional. Situasional artinya berdasarkan pada situasi tertentu, sedangkan kondisional adalah kondisi apa yang sedang terjadi pada saat kasus itu muncul. Lihat Moh. Mahfud MD, *Inilah Hukum Progresif Indonesia* dalam *Dekonstruksi.. op.cit.*, hlm. 7.

¹⁴⁵ Saldi Isra dkk, *Perkembangan... op.cit.*, hlm. 136.

mengenai uji materi. Pemberhentian tetap itu juga dianggap sebagai "hukuman" tanpa proses pengadilan, bersifat permanen, meski di kemudian hari dinyatakan tak bersalah oleh pengadilan.¹⁴⁶

4. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 138/PUU-VII/2009 (mengesampingkan undang-undang)

Perkara ini merupakan pengujian terhadap Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) Nomor 4 Tahun 2009. Dalam posisinya, pemohon meminta kepada mahkamah agar Perppu tersebut dinyatakan bertentangan dengan Pasal 22 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyebutkan bahwa:

- (1) Pemberian kewenangan kepada Presiden untuk membuat peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang ;
- (2) Kewenangan tersebut hanya dapat digunakan apabila dalam keadaan kegentingan yang memaksa ;
- (3) Peraturan pemerintah pengganti undang-undang tersebut harus mendapatkan persetujuan dari DPR pada persidangan berikutnya ;

Serta bertentangan pula terhadap Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang menyebutkan, *setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.*

Adapun isi dari Perppu Nomor 4 Tahun 2009, adalah: *ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4250), diubah dengan menambahkan 2 (dua) pasal di antara Pasal 33 dan Pasal 34 yakni Pasal 33A dan Pasal 33B, yang berbunyi sebagai berikut:*

Pasal 33A menyebutkan sebagai berikut ;

- (1) *Dalam hal terjadinya kekosongan keanggotaan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi yang menyebabkan Pimpinan Komisi*

¹⁴⁶ *Ibid.*, hlm 136.

Pemberantasan Korupsi berjumlah kurang dari 3 (tiga) orang, Presiden mengangkat anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi sejumlah jabatan yang kosong ;

- (2) Anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mempunyai tugas, wewenang, kewajiban, dan hak yang sama dengan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi ;*
- (3) Calon anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi harus memenuhi persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29 ;*
- (4) Pengangkatan dan pemberhentian anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi ditetapkan oleh Presiden ;*
- (5) Dalam hal kekosongan keanggotaan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi menyangkut Ketua, maka Ketua dipilih dari dan oleh anggota Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi ;*
- (6) Ketua dan Wakil Ketua Komisi Pemberantasan Korupsi ditetapkan dengan Keputusan Presiden ;*
- (7) Sebelum memangku jabatan, Ketua dan Wakil Ketua Komisi Pemberantasan Korupsi yang baru wajib mengucapkan Sumpah / janji sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35 ;*

Pasal 33B menyebutkan sebagai berikut :

Masa jabatan anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33A ayat (1) berakhir pada saat :

- a. anggota Pimpinan Pemberantasan Korupsi yang digantikan karena diberhentikan sementara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 32 ayat (2) diaktifkan kembali karena pemberhentian sementara tidak berlanjut menjadi pemberhentian tetap ; atau*
- b. pengucapan sumpah/janji anggota Pimpinan Pemberantasan Korupsi yang baru setelah dipilih melalui proses sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 ayat (2) ;*

Meskipun dalam amar putusannya Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa permohonan para pemohon tidak dapat diterima, namun yang menarik dari

putusan tersebut ialah, dalam salah satu konklusinya (kesimpulan) berdasarkan pertimbangan hukum dan fakta yang muncul dalam persidangan, mahkamah menyatakan *berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan a quo*. Putusan ini kontan saja mendapat reaksi beragam dari masyarakat maupun ahli hukum. Banyak yang memuji langkah Mahkamah Konstitusi tersebut, namun tidak sedikit pula yang mempertanyakannya.

Kondisi ini dapat dimaklumi, mengingat secara normatif baik dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 maupun dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tidak dicantumkan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji Perppu. Dalam Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hanya disebutkan bahwa *Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final 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*. Ketentuan yang terdapat dalam Pasal 24C ayat (1) tersebut kemudian diderivasi secara utuh dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003. Secara tekstual, jika mengacu pada kedua ketentuan tersebut, maka tertutuplah peluang Mahkamah Konstitusi untuk melakukan pengujian terhadap Perppu.

Sehingga tidak salah apabila Mahfud MD berpendapat bahwa, jika dirunut dari *original intent*, tafsir historik, tafsir gramatikal, dan logika hukum seharusnya Mahkamah Konstitusi tidak bisa melakukan pengujian yudisial atas Perppu terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sebab menurut pasal 24C ayat (1)-nya, Mahkamah hanya menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Dalam Pasal 24C ayat (1) tersebut sangat jelas hanya menyebut undang-undang dan tidak menyebut Perppu. Seandainya Mahkamah diperbolehkan menguji Perppu, tentu Undang-Undang Dasar menyebut secara eksplisit pembolehan tersebut. Sebab secara formal, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 membedakan dan

menempatkan secara berbeda penyebutan atau pengaturan antara undang-undang dan Perppu. Undang-undang diatur dalam Pasal 20 sedangkan Perppu diatur dalam Pasal 22.¹⁴⁷

Terkait hal ini Mahfud MD pernah mengatakan bahwa, memang benar, dari sudut isi atau substansi sebuah Perppu mengatur mengenai materi muatan undang-undang. Artinya isi Perppu itu sebenarnya adalah undang-undang yang dibuat dalam kegentingan yang memaksa yang alasan-alasannya merupakan hak subjektif Presiden. Meskipun demikian, justru karena dibuat dalam keadaan genting itulah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 melalui Pasal 22 menyatakan bahwa Perppu itu harus mendapat persetujuan dari DPR pada masa sidang berikutnya, yang apabila DPR tidak menyetujuinya maka Perppu itu harus dicabut atau dibatalkan, tetapi apabila DPR menyetujuinya maka Perppu itu ditetapkan menjadi undang-undang. Jadi, kewenangan Mahkamah untuk menguji Perppu yang memang bermaterikan undang-undang itu hanya dapat dilakukan apabila sudah diuji, dinilai, dibahas, atau apapun namanya dalam forum politik di DPR dan DPR menyetujuinya menjadi undang-undang. Jika DPR tidak menyetujui maka Perppu itu dicabut tetapi jika DPR menyetujui maka Perppu itu ditetapkan menjadi undang-undang dan setelah menjadi undang-undang inilah Mahkamah baru dapat melakukan pengujian yudisial atasnya. Di sinilah letak imbangan bagi “keadaan genting” itu; artinya karena Perppu berisi undang-undang.¹⁴⁸

Dengan kata lain, perbedaan yang prinsipal antara undang-undang dan Perppu ialah, Perppu dikonsepsikan sebagai suatu peraturan yang dari segi isinya seharusnya ditetapkan dalam bentuk undang-undang, tetapi karena keadaan kegentingan memaksa maka ditetapkanlah dalam bentuk peraturan pemerintah. Terkait hal ini Maria Farida Indrati pernah menyatakan bahwa Perppu merupakan suatu peraturan pemerintah yang bertindak sebagai suatu undang-undang, lalu karena tidak dimungkinkan diatur dalam undang-undang yang membutuhkan waktu yang relatif lebih lama dan melalui prosedur yang bermacam-macam, maka

¹⁴⁷ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 138/PUU-VII/2009 hlm. 27.

¹⁴⁸ *Ibid.*

Perppu harus ditetapkan oleh presiden untuk mengatur dalam keadaan kegentingan yang memaksa, dan pengertian ‘hal ikhwal kegentingan yang memaksa’ tersebut tidak selalu ada hubungannya dengan keadaan bahaya, tetapi cukup kiranya hanya menurut keyakinan presiden terdapat keadaan yang mendesak dan perlu segera diatur dengan peraturan yang mempunyai derajat yang sama dengan undang-undang.¹⁴⁹

Sementara menurut Bagir Manan unsur kegentingan yang memaksa harus menunjukkan dua ciri umum, yaitu: (1) Ada krisis (*crisis*), dan (2) Kemendesakan (*emergency*). Suatu keadaan krisis apabila terdapat gangguan yang menimbulkan kegentingan dan bersifat mendadak (*a grave and sudden disturbunse*). Kemendesakan (*emergency*), apabila terjadi berbagai keadaan yang tidak diperhitungkan sebelumnya dan menuntut suatu tindakan segera tanpa menunggu permusyawaratan terlebih dahulu. Telah ada tanda-tanda permulaan yang nyata dan menurut nalar yang wajar (*reasonableness*) apabila tidak diatur segera akan

¹⁴⁹ Dalam pengertian ‘kegentingan yang memaksa’ itu terkandung sifat darurat atau ‘*emergency*’ yang memberikan alas kewenangan kepada Presiden untuk menetapkan Perppu atau disebut undang-undang darurat menurut konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950, atau ‘*emergency legislation*’ menurut ketentuan konstitusi di berbagai negara lain. ‘Keadaan bahaya’ seperti yang dimaksud oleh pasal Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memang dapat menjadi salah satu sebab terpenuhinya persyaratan ‘kegentingan yang memaksa’ menurut Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia itu. Akan tetapi, ‘kegentingan yang memaksa’ menurut Pasal 22 itu tidak selalu bersumber dari ‘keadaan bahaya’ menurut ketentuan Pasal 12. Pengertian bahaya itu dapat saja diartikan sebagai ancaman yang datang dari luar atau ancaman eksternal, tetapi keadaan ‘genting dan memaksa’ dapat timbul sebagai akibat ancaman dari luar ataupun sebagai akibat tuntutan yang terelakkan dari dalam. Dari segi lain, ‘keadaan bahaya’ yang datang dari luar itu dapat dilihat secara objektif fakta-fakta objektifnya, sehingga objektif atau tidaknya dinilai oleh Dewan Perwakilan Rakyat. Sedangkan ‘kegentingan yang memaksa’ timbul dari penilaian subjektif Presiden belaka mengenai tuntutan mendesak dari dalam pemerintahannya untuk bertindak cepat dan tepat mengatasi keadaan yang genting. Lihat Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan Jilid 1*, (Yogyakarta: Kanisius, 2007), hlm. 191-192, lihat pula Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2011), hlm. 57.

menimbulkan gangguan baik bagi masyarakat maupun terhadap jalannya pemerintahan.¹⁵⁰

Kriteria lain untuk membedakan antara undang-undang dan Perppu menurut Bagir Manan ialah mengenai sifat tindakan pengaturan yang terdapat dalam kedua produk hukum tersebut. Undang-undang merupakan produk tindakan pengaturan kenegaraan sedangkan Perppu merupakan produk tindakan pengaturan yang hanya bersifat pemerintahan. Kala itu, ketika Komisi Yudisial mengusulkan agar presiden menetapkan Perppu untuk mengadakan seleksi ulang para hakim agung, Bagir Manan selaku Ketua Mahkamah Agung (saat itu) tentu saja menyatakan tidak setuju. Apa pun pengertian 'kegentingan yang memaksa' yang hendak dijadikan alasan di balik ide penetapan Perppu dimaksud, menurut Bagir Manan, Presiden tidak mungkin menetapkan Perppu untuk mengatur secara berlawanan dengan undang-undang hal-hal yang berkenaan dengan pengangkatan dan pemberhentian hakim agung. Sebab, soal pengangkatan dan pemberhentian hakim agung menyangkut ketatanegaraan dalam hubungan antar lembaga pemerintahan eksekutif dengan lembaga yudikatif, bukan hanya berkaitan dengan persoalan internal pemerintahan yang memerlukan pengaturan yang dapat dibenarkan ditetapkan oleh Presiden karena alasan kegentingan yang memaksa.¹⁵¹

Mengingat Perppu lahir dalam kondisi kegentingan yang memaksa dan atas dasar pertimbangan subjektivitas Presiden, maka Perppu berpotensi menjadi produk hukum dengan karakter hukum ortodok / konservatif. Ciri produk hukum yang demikian adalah sebagai berikut:¹⁵²

1. Pembuatannya bersifat sentralistik atau tidak partisipatif dalam arti lebih banyak ditentukan oleh kekuatan eksekutif sehingga partisipasi dari kalangan masyarakat dan kekuatan di luar lembaga-lembaga negara tidak mendapatkan penyaluran secara proporsional ;

¹⁵⁰ Ni'matul Huda, *Problematika Substantif Nomor 1 Tahun 2013 Tentang Mahkamah Konstitusi*, Jurnal Konstitusi Volume 10 Nomor 4, Desember 2013.

¹⁵¹ Bagir Manan sebagaimana dikutip dalam *Ibid.*, hlm. 57.

¹⁵² Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2011), hlm. 32.

2. Materi muatannya tidak aspiratif tetapi bersifat positivistik-instrumentalistik, dalam arti lebih merupakan justifikasi atau pembenaran atas pandangan politik dan program-program pemerintah ;
3. Cakupan isinya bersifat interperatif, dalam artiannya memuat hal-hal pokok yang dapat ditafsirkan dengan berbagai peraturan rendahan oleh pemerintah. Kemudian dengan menafsirkan dengan peraturan lebih lanjut ini memberi peluang bagi lahirnya tafsiran-tafsiran yang tidak sekedar bersifat teknis tetapi sering menjadi pencerminan dari keinginan dan kekuatan politik pemerintah.

Sehingga tidak salah apabila para pemohon dalam posisinya menyebutkan bahwa : 1. Penerbitan Perppu Nomor 4 Tahun 2009 dilakukan secara sewenang-wenang oleh Presiden yang membuat Presiden mencampuri independensi komisi negara yang diatur oleh undang-undang sehingga sangat merugikan hak konstitusional para pemohon. Seharusnya Presiden tidak mencampuri dan atau melakukan intervensi terhadap KPK dengan kewenangan subjektif sebagai kepala negara dan kepala pemerintahan. Presiden seharusnya tunduk dan patuh kepada sumpah jabatan sebagaimana diatur dalam PAasal 9 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, 2. Bahwa dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, Presiden sebagai Kepala Negara dan Kepala Pemerintahan tidak dapat dibiarkan membuat interpretasi sendiri untuk menghindari absolutisme kekuasaan dengan membuat penafsiran tentang ihkwal dan keadaan yang memaksa seperti dimaksudkan dalam Pasal 22 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Untuk itu Mahkamah Konstitusi harus memerintahkan pembuat undang-undang untuk membuat undang-undang sebagaimana dimaksudkan dalam ketentuan tersebut untuk menjaga agar tidak terjadi kekosongan hukum.

Potensi Perppu yang didalamnya memuat materi pelanggaran terhadap hak konstitusional warga negara inilah yang kemudian menjadi salah satu pertimbangan hakim Mahkamah Konstitusi untuk memutuskan berhak menguji Perppu sekalipun hal tersebut berarti juga mengesampingkan undang-undang. Bagi hukum progresif, mengesampingkan undang-undang bukan suatu hal yang

tabu. Sepanjang suatu undang-undang dipandang tidak mampu memberi rasa keadilan, maka hakim dituntut untuk membuat keadilan berdasarkan kreasinya sendiri. Ukuran / indikatornya ialah fakta-fakta di persidangan dan keyakinan hakim melalui permusyawaratan. Kemudian dituangkan dalam pertimbangan-pertimbangan hukum yang lengkap dan memenuhi *public common sense*. Konstruksi hukum disusun sedemikian rupa dengan merinci penilaian atas bukti-bukti berdasarkan logika yang diterima oleh rasa keadilan masyarakat.¹⁵³

Dalam konteks penegakan hukum yang progresif, pengesampingan undang-undang oleh hakim merupakan perwujudan dari karakter hukum progresif yang senantiasa merobohkan, mengganti dan membebaskan. Hukum progresif menolak sikap *status quo* dan submisif. Hal ini dikarenakan sikap *status quo* menyebabkan ketakutan untuk melakukan perubahan dan menganggap doktrin sebagai sesuatu yang mutlak untuk dilakukan. Penolakan terhadap *status quo* juga sejalan dengan konsep hukum progresif yang memandang bahwa hukum tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas. Maka setiap ada masalah dalam dan dengan hukum, hukumnya-lah yang ditinjau dan diperbaiki bukan manusianya yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum.¹⁵⁴

Dengan kata lain, hukum progresif menawarkan bentuk pemikiran dan penegakan hukum yang tidak tunduk sepenuhnya kepada ketentuan *a quo* yang ada, tetapi lebih afirmatif. Afirmatif artinya memerlukan keberanian untuk melakukan pembebasan dari praktik konvensional dan menegaskan penggunaan cara yang lain. Langkah afirmatif tersebut akan menimbulkan terobosan-terobosan atau yang sering disebut dengan *rule-breaking*. Dengan paradigma ini, maka apabila rakyat menghadapi atau didera oleh suatu persoalan, maka bukan rakyat yang disalahkan melainkan harus dicari jalan keluarnya atas hukum yang ada, termasuk meninjau asas, doktrin, substansi, serta prosedur yang berlaku.¹⁵⁵

¹⁵³ Moh. Mahfud MD, *Inilah... op.cit.*, hlm. 7.

¹⁵⁴ Shidarta, *Pendekatan Hukum Progresif Dalam Mencairkan Kebekuan Produk Legislasi dalam Dekonstruksi... op.cit.*, hlm. 24.

¹⁵⁵ Satjipto Rahardjo, *Hukum... op.cit.*, hlm. 141-142.

4.2 Implikasi Hukum Dari Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Berdimensi Penemuan Hukum Terhadap Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara

Secara konstitusional, Indonesia merupakan negara hukum sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Adapun secara teoritis, konsepsi negara hukum baik menurut tradisi anglo saxon sebagaimana dikemukakan oleh A.V Dicey, maupun dalam tradisi Eropa Kontinental sebagaimana diperkenalkan oleh Julius Stahl menekankan pada pentingnya perlindungan dan jaminan terhadap Hak Asasi Manusia (HAM) yang dituangkan dalam suatu undang-undang atau putusan pengadilan.

Doktrin tentang HAM sekarang ini sudah diterima secara universal sebagai *a moral, political, legal framework and as a guideline* dalam membangun dunia yang lebih damai dan bebas dari ketakutan dan penindasan serta perlakuan yang tidak adil. Oleh karena itu, dalam paham negara hukum, jaminan perlindungan hak asasi manusia dianggap sebagai ciri yang mutlak harus ada di setiap negara yang dapat disebut *rechtsstaat*. Bahkan, dalam perkembangan selanjutnya, jaminan-jaminan hak asasi manusia itu juga diharuskan tercantum dengan tegas dalam undang-undang dasar atau konstitusi tertulis negara demokrasi konstitusional (*constitutional democracy*). Jaminan ketentuan tersebut dianggap sebagai materi terpenting yang harus ada dalam konstitusi, di samping materi ketentuan lainnya, seperti mengenai format kelembagaan dan pembagian kekuasaan negara serta mekanisme hubungan antar lembaga negara.¹⁵⁶

Adapun dengan mempertimbangkan bahwa sistem hukum yang dominan berlaku dan diterapkan di Indonesia ialah sistem hukum Eropa Kontinental, maka perwujudan dari perlindungan terhadap HAM direalisasikan melalui diakomodirnya HAM dalam suatu peraturan perundang-undangan (khususnya

¹⁵⁶ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Tata Negara Jilid II*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MK RI, 2006), hlm. 85.

konstitusi).¹⁵⁷ Dalam implementasinya, seiring dengan berjalannya waktu ternyata eksistensi hukum modern belum cukup untuk menjamin dan melindungi HAM tersebut.¹⁵⁸ Karakter utama hukum modern yang mengutamakan kepastian hukum (*legal certainty*) dan mengabaikan kemanfaatan dan keadilan menjadi penghambat dalam memanusiaikan manusia khususnya dalam hal perlindungan terhadap hak asasi manusia warga negara. Sebab, dengan mengutamakan kepastian hukum yang berpatokan pada pasal-pasal baik yang ada dalam kitab undang-undang maupun peraturan perundang-undangan lainnya, justru mengakibatkan hukum kehilangan arah sebagaimana yang menjadi tujuan hukum itu. Hukum hanya

¹⁵⁷ HAM yang diakui dan dijamin oleh konstitusi, baik pengakuan dan jaminan itu dinyatakan secara tegas maupun tersirat, disebut dengan hak konstitusional. Karena dicantumkan dalam konstitusi maka seluruh cabang kekuasaan negara wajib untuk menghormatinya. Oleh sebab itu, pengakuan dan penghormatan terhadap hak konstitusional sebagai bagian dari konstitusi juga berarti pembatasan terhadap kekuasaan negara. Selanjutnya, sebagai bagian dari konstitusi maka hak-hak konstitusional itu harus dilindungi semaksimal mungkin. Dalam konteks penegakan konstitusi, tentu saja hal tersebut sulit untuk diwujudkan apabila dalam menafsirkan konstitusi hakim MK hanya berpaku pada bunyi teks konstitusi atau undang-undang yang materinya diujikan terhadap konstitusi, melainkan harus melakukan penelahan lebih dalam lagi jika perlu hingga tatanan filosofis. Lihat I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan... op.cit.*, hlm. 113.

¹⁵⁸ Menurut Satjipto Rahardjo, hukum modern muncul hampir bersamaan dengan lahirnya negara modern sekitar abad kedelapanbelas di Eropa. Dimulai dari konseptualisasi hukum, format hukum, bekerjanya hukum dan seterusnya. Negara modern membutuhkan tatanan sosial baru yang bisa mendukungnya, termasuk hukum. Hukum harus ditata kembali, oleh karena “hukum konvensional” yang berlaku yaitu yang lazim disebut hukum kebiasaan, hukum adat (*customary law* dan *interactional law*) tidak bisa lagi dijadikan landasan dan kerangka beroperasinya negara modern. Negara modern ditata secara rasional dan birokratis, sesuai dengan perkembangan zaman waktu itu dan untuk menopang hal tersebut hukum harus ditata kembali. Hukum yang mengikuti kehadiran hukum modern harus menjalani suatu perombakan total untuk disusun kembali menjadi institusi yang rasional dan birokratis. Akibatnya, hanya peraturan yang dibuat oleh legislatif-lah yang sah disebut sebagai hukum. Institusi yang mengadili juga harus ditata kembali menjadi suatu institusi yang rasional. Lihat Satjipto Rahardjo, *Hukum... op.cit.*, hlm. 12.

dibicarakan dari segi pasal-pasal, terlepas jauh dari filsafat dasarnya untuk memenuhi tuntutan keadilan.¹⁵⁹

Terkait hal ini, sebenarnya secara normatif dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 telah disebutkan bahwa “Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan hukum dan keadilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia. Mencermati ketentuan tersebut, maka ketika proses implementasi hukum berjalan, maka penegak hukum khususnya hakim, yang ditegakkan ialah hukum dan keadilan. Jadi tidak semata-mata titik fokusnya adalah hukum dalam undang-undang secara sempit semata,¹⁶⁰ tetapi. Bahkan ada pandangan yang mengatakan bahwa bilamana suatu undang-undang tidak mencerminkan rasa keadilan masyarakat, maka hendaknya undang-undang itu tidak diterapkan.¹⁶¹

Memang kepastian hukum atau legalitas itu penting dalam konteks negara hukum, tetapi tidak boleh berhenti pada kepastian hukum saja.¹⁶² Harus juga

¹⁵⁹ J.E Sahetapy, *Yang Memberi Teladan Dan Menjaga Nurani Hukum Dan Politik*, (Jakarta: Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia, 2007), hlm. xi.

¹⁶⁰ Keadilan selalu berada di depan hukum, dan memprovokasi hukum untuk selalu mendekatinya. Untuk mendekatinya, tidak cukup hanya dengan mengikuti bunyi peraturan, tetapi melakukan “*fresh judgement*”. Sebagai contoh “*fresh judgement*” pada tataran praktek hukum: hakim O.W. Holmes melakukan terobosan hukum dengan melampaui konsep ‘*laissez-faire*’ dalam kasus *lochner v. New York*. Pada masa itu, Mahkamah Agung Amerika Serikat memutuskan peraturan yang membatasi jam kerja adalah inkonstitusional karena pembatasan itu mencampuri ‘kebebasan kontrak’. Faktanya, negara bagian NY mengeluarkan UU yang membatasi jam kerja buruh 60 Jam perminggu. Lochner pemilik pabrik roti didenda \$ 20 karena mempekerjakan buruh lebih dari batas waktu kerja. Selain didenda ia juga diancam hukuman 50 tahun penjara atau denda \$ 50. Brian Z. Tamanaha sebagaimana dikutip dalam Widodo Dwi Putro, *Kritik... op.cit.*, hlm. 249.

¹⁶¹ Kamri Ahmad, *Batas-Batas Kepastian Hukum (Legality Principles): Suatu Tinjauan Empirikal Yuridis*, dalam *Dekonstruksi... op.cit.*, hlm. 214.

¹⁶² Dalam implementasinya, seringkali pengertian kepastian hukum dan kepastian undang-undang dipandang atau diartikan sama baik secara tekstual maupun kontekstual. Padahal kedua istilah tersebut merupakan saduran dari dua istilah yang berbeda. Misalnya, kata “hukum” berasal dari

diperhatikan untuk siapa dan untuk apa hukum itu diberlakukan.¹⁶³ Sebagaimana dikatakan Aristoteles, hukum bertujuan untuk kebaikan umum. Dalam konteks yang sama, Satjipto Rahardjo pernah menyatakan bahwa hukum untuk manusia, bukan untuk dirinya sendiri. Sehingga kalau ada yang salah dengan hukum bukan manusianya yang dipaksa masuk ke sistem hukum, tapi hukumlah yang harus menyesuaikan dengan manusia tersebut.¹⁶⁴ Dengan kata lain, hukum semestinya

kata “*lege*”, lalu muncul kata turunan darinya seperti *legal* dengan kata sifatnya *legalitas*, dan *legitim* dengan kata sifatnya *legitimasi* atau *legitimet*. Sedangkan “undang-undang” atau “perundang-undangan” berasal dari kata “*wet*” (Belanda) atau *lex, loi* (latin). Tentu saja antara kepastian hukum dan kepastian undang-undang pada takaran tertentu dapat disamakan dalam pemahaman yang sama. Akan tetapi, dalam konotasi hakikatnya memiliki batas yang berbeda. Batas awal dari hukum adalah kepastian hukum, dan batas akhir dari hukum ialah “keadilan hukum”. Mengapa kepastian hukum disebut sebagai batas awal dari hukum dan keadilan hukum disebut batas akhirnya ?, karena hukum sebagai notasi perilaku manusia perlu bahkan harus meletakkan adanya suatu batas-batas sebagai rujukan pola berperilaku. Rujukan itu sendiri memerlukan kepastian, dan kepastian hukum itu harus menjamin adanya suatu keadilan hukum. Itulah sebabnya, Satjipto Rahardjo menyebutkan bahwa “hukum adalah perilaku kita sendiri”. Antara batas awal dan batas akhir dari hukum, disitu terdapat apa yang disebut dengan hukum proses yang dikenal secara struktural sebagai salah satu ciri khas dari hukum modern. *Ibid*.

¹⁶³ Rasa keadilan itu tidak semata-mata didasarkan pada keadilan menurut hukum (*legal justice*), karena hukum sebagai kaidah yang bersifat rigid, sedangkan kepastian hukum dimaksudkan untuk menjamin perilaku subjek hukum sebagai makhluk individu dan makhluk sosial yang memiliki batasan keadilan menurut moral (*moral justice*) dan menurut rasa keadilan masyarakat (*social justice*). Ahmad Rifai, *Penemuan... op.cit.*, hlm. 196.

¹⁶⁴ Pelajaran berarti dari hukum untuk manusia, ialah janganlah menjalankan hukum dilakukan secara matematis atau dengan cara menghakimi peristiwa hukum masa kini dengan mengeja teks pasal-pasal. Hukum tidak diproyeksikan pada kekuatan teks, akan tetapi makna peristiwa dibalik teks. Makna akan saling terhubung dengan sesuatu yang mengada (*being*). Dimana hal yang ada dan mengada seringkali tidak menampakkannya dengan begitu mudah. Diperlukan kesabaran menggali dan mengeluarkannya sebagai kenyataan yang bermakna. Usaha itu bisa dilakukan dengan menelusuri teks hukum (pasal-pasal) dari sudut dan situasi pengarang (pembuat teks). Mengapa ini penting dilakukan, sebab teks hukum selalu berada pada koridor tujuan ‘historis’ masa lalu. Pada wilayah ini, arti penting pemaknaan dengan konsep historikal akan menjadi jaringan keterhubungan antara masa lalu dan masa kini. Dimana maksud dan tujuan masa lalu akan ditegaskan secara tertulis di dalam teks hukum. Lihat Faisal, *Pemaknaan.. op.cit.*, hlm. 56.

tidak diposisikan sebagai sebuah dokumen yang absolut, melainkan harus dipadukan dengan kebutuhan riil masyarakat pencari keadilan.¹⁶⁵

Hal tersebut dikarenakan, dalam prinsip hukum progresif, proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, akan tetapi pada kreatifitas pelaku hukum untuk mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan “pemaknaan yang kreatif” terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan. Peraturan yang buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif untuk menghadirkan keadilan bagi rakyat dan pencari keadilan, karena mereka dapat melakukan interpretasi secara baru terhadap suatu peraturan.¹⁶⁶ Sehingga tidak salah apabila Taverna pernah berujar, berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik maka dengan peraturan yang buruk pun saya bisa membuat putusan yang baik.¹⁶⁷

Terkait hal tersebut, dalam konteks praktik *judicial review* di Mahkamah Konstitusi, Satjipto Rahardjo berpendapat bahwa meskipun dibuat Undang-Undang Dasar yang menurut kata-katanya bersifat kekeluargaan, apabila semangat penyelenggara negara, para pemimpin pemerintahan itu bersifat perseorangan, Undang-Undang Dasar tidak ada artinya dalam praktik. Sebaliknya, meskipun Undang-Undang Dasar itu tidak sempurna, akan tetapi jikalau semangat para penyelenggara. pemerintahan baik, Undang-Undang Dasar itu tentu tidak merintang jalannya negara, jadi yang penting itu adalah semangat.¹⁶⁸ Oleh karena itu hakim Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku penyelenggara negara dibidang yudikatif, dituntut untuk menafsirkan konstitusi dengan mengedepankan nilai-nilai dasar yang dianut serta senapas dengan spirit atau semangat

¹⁶⁵ Ro’fah Setyowati, *Putusan Mahkamah Konstitusi No. 93/PUU-X/2012 Terkait Penegakan Hukum Perbankan Syariah Dari Perspektif Hukum Progresif dalam Dekonstruksi... op.cit.*, hlm. 919.

¹⁶⁶ Satjipto Rahardjo sebagaimana dikutip dalam M. Syamsudin, *Konstruksi... op.cit.*, hlm. 232.

¹⁶⁷ Satjipto Rahardjo, *loc.cit.*, hlm. 10.

¹⁶⁸ *Ibid.*

konstitusionalisme yang menjadi sukma dari dokumen konstitusi.¹⁶⁹ Hal inilah yang diterapkan oleh Mahkamah Konstitusi pada beberapa putusannya sebagaimana penulis ulas pada bahasan sebelumnya.

Bahkan saat konstitusi dimaknai sebagai hasil suatu konsensus atau persetujuan bersama seluruh rakyat (*general agreement*), hakim tetap dituntut untuk selalu mempertimbangkan dinamika masyarakat dalam memaknai teks konstitusi. Sebagaimana hukum yang selalu berproses, perjanjian sosial (*social contract*) juga senantiasa berproses tidak berhenti saat konstitusi telah dirumuskan. Dinamika masyarakat harus dimaknai sebagai bagian dari proses perjanjian sosial berkelanjutan yang memberikan konteks atas teks konstitusi.¹⁷⁰

Mengingat konstitusi tidak dapat hanya dibaca dan dimaknai sebagaimana terumuskan dalam pasal-pasalnyanya, melainkan harus dipahami semangat dan nilai nilai yang terkandung di dalamnya maka diperlukan cara berhukum yang tidak hanya terpaku pada teks undang-undang semata, yang hanya menafsirkan pasal demi pasal dalam konstitusi secara mekanis-prosedural (tekstual). Tetapi harus berani untuk keluar dari teks undang-undang ketika undang-undang justru dirasa menimbulkan kerugian dan ketidakadilan bagi masyarakat,¹⁷¹ serta terus menerus

¹⁶⁹ Janedjri M Gaffar, MK dan Hukum Progresif, SINDO 15 Mei 2012.

¹⁷⁰ Konstitusi merupakan representasi dari konsensus semua warga negara yang menyatukan persepsi tentang kenegaraan dalam bingkai diversitas adat, agama dan sumber-sumber moralitas lainnya yang berkembang di masyarakat. Setiap elemen bangsa menuangkan menuangkan sebuah aturan dasar tentang tata cara bernegara agar tercipta sebuah hukum yang menjamin hak-hak dasar warga negara. Aturan dasar bernegara didalam konstitusi ditujukan untuk menjaga sistem pemerintahan dan keberlangsungan negara. Konstitusi harus jelas mengatur tentang siapa saja yang berwenang untuk menyelesaikan konflik hukum maupun pihak yang berwenang untuk menormalisasi hilangnya hak-hak warga negara. *Ibid*, lihat pula Al Khanif, *Konsep Kebebasan Beragama Berdasar Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Antara Teori dan Praktik)* dalam Jurnal Konstitusi, Pusat Kajian Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Jember, Volume III Nomor 1, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2011), hlm. 10.

¹⁷¹ Dalam kerangka berpikir yang progresif, subjek progresif (dalam hal ini ialah hakim) dituntut untuk melakukan lompatan paradigmatis dalam menafsirkan hukum. Cara berpikir yang melompat terkadang harus meninggalkan sejenak yang positif demi tujuan keadilan itu sendiri. Paradigma pembebasan terhadap pikiran-pikiran tradisional-konvensional manakala itu menghambat arus

melakukan penggalian terhadap nilai-nilai hukum karena memahami bahwa hukum bukan merupakan institusi yang bersifat final dan mutlak melainkan terus berproses (kontekstual).¹⁷²

Terlebih jika hukum dikonsepsikan sebagai undang-undang, maka penggalian terhadap nilai-nilai hukum menjadi suatu kewajiban bagi seorang hakim. Hal ini dikarenakan, pada hakikatnya setiap undang-undang bersifat statis dan tidak dapat mengikuti perkembangan masyarakat, sehingga menimbulkan ruang kosong yang perlu diisi.¹⁷³ Tugas mengisi ruang kosong itulah, dibebankan kepada para hakim dengan melakukan penemuan hukum melalui metode interpretasi atau konstruksi dengan syarat bahwa dalam menjalankan tugasnya

pemikiran yang lebih besar memandu subjek progresif, agar ia dialektis, kreatif dan tidak konvensional. Keperluan ini bertujuan untuk merangsang hukum bukan sebagai sesuatu yang final dan selesai, melainkan terus berproses / menjadi (*law as a process law in the making*). Faisal, *Memahami Hukum Progresif*, (Yogyakarta: Thafa Media, 2014), hlm. 47.

¹⁷² Dalam kaitannya dengan penafsiran tekstual dan kontekstual, Satjipto Rahardjo berpendapat bahwa, salah satu cara berhukum yang sangat merisaukan gagasan hukum progresif adalah yang secara mutlak berpegangan pada kata-kata atau kalimat dalam teks hukum. Cara tersebut merupakan hal yang banyak dilazimkan di kalangan komunitas hukum, yang disebut sebagai menjaga kepastian hukum. Hukum adalah teks dan tetap seperti tersebut sebelum diubah oleh legislatif. Cara berhukum tersebut hanya melihat sistem hukum sebagai mesin besar peraturan perundang-undangan yang harus dijalankan. Penegakan hukum sudah menjadi masinal, ibarat menjalankan teknologi “tekan tombol” para penegak hukum seperti jaksa, hakim, sudah menjadi sekrup-sekrup belaka dari mesin tersebut. Oleh karena itu, untuk menjadi sekrup dan mesin hukum yang baik, maka menjalankan hukum secara bermakna dapat menjadi penghalang. Mengikuti saja apa yang telah ditulis dianggap sebagai cara berhukum yang benar, sedang mencoba menggali makna dari apa yang tertulis akan menyebabkan jalannya mesin menjadi tersendat-sendat. Satjipto Rahardjo, *Hukum... op. cit.*, hlm. 90

¹⁷³ Terkait hal ini, Oliver Wendel Holmes dan Jerome Frank, menentang pendapat bahwa hukum yang ada itu lengkap yang dapat dijadikan sumber bagi hukum untuk memutuskan dalam peristiwa yang konkret. Pelaksanaan undang-undang oleh hakim bukan semata-mata merupakan persoalan logika dan penggunaan pikiran yang tepat saja, tetapi lebih merupakan pemberian bentuk yuridis kepada asas-asas hukum materiil yang menurut sifatnya tidak logis dan lebih mendasarkan pada pengalaman dan penilaian yuridis daripada mendasarkan pada akal yang abstrak. Lihat Achmad Ali, *Menguak... op. cit.*, hlm. 153-154.

tersebut, para hakim tidak boleh memperkosa maksud dan jiwa undang-undang.¹⁷⁴ Sehingga, hakim dalam memaknai undang-undang dituntut untuk tidak hanya terpaku pada teks undang-undang semata melainkan harus menggali nilai keadilan yang ada dalam masyarakat, dan semangat, cita-cita serta ide yang terkandung dalam undang-undang tersebut.

Berkaitan dengan hal tersebut, hukum progresif hadir dengan menawarkan konsepsi cara ber hukum yang tidak hanya terpaku pada tekstualitas undang-undang semata, melainkan bersifat kontekstual yakni senantiasa mencari nilai dan keadilan dalam masyarakat sesuai dengan dinamika perkembangan zaman. Dengan demikian, hukum progresif akan selalu peka terhadap perubahan-perubahan yang terjadi di masyarakat. Hukum progresif menghendaki terwujudnya keadilan substantif daripada keadilan formal-prosedural semata.¹⁷⁵

Hukum progresif menghendaki seorang hakim dalam membuat putusan yang akan dijatuhkan tidaklah sekedar menjalankan prosedur dan kemudian menerapkan pasal-pasal undang-undang yang cocok atas kejadian atau peristiwa yang akan dihukumkan (diputuskannya), akan tetapi secara sosiologis (faktual) variabel sosial juga ikut andil.¹⁷⁶ Memang dalam proses penegakan hukum prosedur dan pasal-pasal undang-undang itu tidak boleh diabaikan, karena itu merupakan sarana/perlengkapan pokoknya. Akan tetapi harus diingat bahwa sarana dan perlengkapan itu bukanlah tujuan yang sesungguhnya ingin dicapai oleh hukum. Prosedur dan pasal-pasal itu hanyalah sarana dan perlengkapan yang

¹⁷⁴ Andi Zainal Abidin, *Asas-Asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, (Bandung: Alumni, 1984), hlm 33

¹⁷⁵ M.Syamsudin, *Konstruksi... op.cit.*, hlm. 258-259.

¹⁷⁶ Ketentuan undang-undang yang berlaku umum dan bersifat abstrak, tidak dapat diterapkan begitu saja secara langsung pada peristiwa konkret, oleh karena itu ketentuan undang-undang harus diberi arti, dijelaskan atau ditafsirkan dan disesuaikan dengan peristiwanya untuk diterapkan pada peristiwanya itu. Peristiwa hukumnya harus dicari lebih dahulu dari peristiwa konkretnya, kemudian undang-undangnya ditafsirkan untuk dapat diterapkan, tentu saja dengan memperhatikan rasa keadilan dari masyarakat. Lihat Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab... op.cit.*, hlm. 25.

diharapkan dapat mengantarkan para penegak hukum untuk sampai pada tujuan hukum yang sesungguhnya,¹⁷⁷ yakni keadilan.

Oleh karena itu, kehadiran hukum progresif sangat penting dalam konteks penegakan hukum, terutama bagi hakim Mahkamah Konstitusi dalam memutuskan perkara pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Hal tersebut dikarenakan penegakan hukum yang dikehendaki oleh hukum progresif ialah penegakan hukum yang bersifat kompleks dan holistik, yakni menjabarkan nilai, ide, cita yang cukup abstrak menjadi tujuan hukum. Tujuan hukum atau cita hukum memuat nilai-nilai moral seperti keadilan dan kebenaran. Nilai-nilai tersebut harus mampu diwujudkan dalam realitas nyata. Eksistensi hukum diakui apabila nilai-nilai moral yang terkandung dalam hukum tersebut mampu diimplementasikan atau tidak.¹⁷⁸ Penjabaran yang demikian ini, sejalan dengan apa yang dikehendaki oleh *founding father* bangsa ketika merumuskan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dalam bentuknya yang abstrak dan umum agar

¹⁷⁷ M.Syamsudin, hlm. 246.

¹⁷⁸ Terkait hal tersebut, William A. Shrode dan J.R Voich sebagaimana dikutip dalam Esmi Warassih, *Pranata Hukum dalam Sebuah Telaah Sosiologis*, (Semarang: PT Suryandaru Utama, 2005), hlm. 80 berpendapat bahwa proses penegakan hukum selalu bersinggungan dengan banyak aspek yang melingkupinya. Usaha untuk mewujudkan ide dan nilai-nilai selalu melibatkan lingkungan serta berbagai pengaruh faktor lainnya. Oleh karena itu, penegakan hukum bukan suatu yang berdiri sendiri, melainkan suatu yang berada di antara berbagai faktor (*interchange*). Dalam konteks yang demikian, titik tolak pemahaman terhadap terhadap hukum tidak sekedar rumusan hitam putih, yang ditetapkan dalam berbagai bentuk peraturan perundang-undangan. Hukum selayaknya dilihat sebagai suatu gejala yang dapat diamati di dalam masyarakat, antara lain melalui tinglah laku warga masyarakat. Itu artinya, titik perhatian harus ditujukan kepada hubungan antara hukum inenyadan faktor-faktor nonhukum lainnya, terutama faktor nilai dan sikap serta pandangan masyarakat, yang disebut sebagai budaya hukum (*legal culture*). Faktor-faktor non hukum, termasuk budaya hukum itulah yang membuat adanya perbedaan penegakan hukum antara masyarakat yang satu dengan yang lainnya.

mampu mengikuti dinamika perkembangan zaman dan mempunyai daya antisipasi terhadap perubahan sosial (*futuristic*).¹⁷⁹

Pemikiran dengan pendekatan hukum progresif juga mampu membawa hakim Mahkamah Konstitusi pada cara berpikir yang filosofis.¹⁸⁰ Cara berpikir yang demikian senantiasa menuntut hakim Mahkamah Konstitusi untuk menggali nilai-nilai yang terkandung dalam konstitusi lebih dalam lagi, dengan melihat semangat, spirit, tujuan serta suasana kebatinan para *founding father* bangsa ketika membentuk Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Selain itu, cara berpikir secara filosofis mampu membawa hakim

¹⁷⁹ Sebagai hukum dasar, perumusan isi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 perumusan isinya disusun secara sistematis mulai dari prinsip-prinsip yang bersifat umum dan mendasar, dilanjutkan dengan perumusan prinsip-prinsip kekuasaan dalam setiap cabangnya yang disusun secara berurutan. Pasal-pasal dan ayatnya dirumuskan dalam tingkat abstraksi yang sesuai dengan hakikatnya sebagai hukum dasar, dengan kesadaran bahwa pengaturan yang bersifat rinci akan ditentukan lebih lanjut dalam undang-undang. Makin elastis suatu aturan, makin terbuka kemungkinan untuk menampung dinamika perkembangan zaman, sehingga Undang-Undang Dasar tidak lekas ketinggalan zaman (*verouderd*). Namun demikian, meskipun perumusan Undang-Undang Dasar ini bersifat garis besar, haruslah disadari jangan sampai ketentuan yang diaturnya bermakna ganda atau dapat ditafsirkan secara sewenang-wenang oleh pihak yang berkuasa. Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi... op.cit.*, hlm. 31.

¹⁸⁰ Berdasarkan data yang diperoleh dari Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal, Mahkamah Konstitusi telah menangani 532 perkara pengujian undang-undang sejak tahun 2003-2012. Dari jumlah tersebut, Mahkamah Konstitusi telah menyelesaikan 460 perkara yang terdiri dari 414 putusan dan 46 perkara melalui ketetapan. Adapun untuk amar putusannya dengan rincian, putusan dengan amar dikabulkan sebanyak 126 perkara, 154 perkara ditolak, 133 perkara tidak dapat diterima dan 45 perkara dinyatakan ditarik kembali dan 1 perkara tidak berwenang. Jika dihitung dari segi frekuensi pengujian undang-undang, selama sembilan tahun terakhir ini, Mahkamah Konstitusi telah melakukan *judicial review* sebanyak 182 undang-undang. Banyaknya pengujian undang-undang yang dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi tersebut menunjukkan bahwa produk hukum yang dilahirkan oleh pembentuk undang-undang, masih cacat ideologis, sehingga dengan cara berpikir yang filosofis hakim Mahkamah Konstitusi diharapkan mampu untuk memperbaiki kualitas legislasi ke arah yang lebih baik lagi (sebagai *negatife legislator*). Lihat Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, Mohammad Mahrus Ali, *Model dan Impelementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003-2012)*, (Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal MK RI, 2013), hlm. 4.

Mahkamah Konstitusi untuk menyelami nilai-nilai Pancasila yang terdapat di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.¹⁸¹

Terkait hal tersebut, Ahmad Rifai berpendapat bahwa memang sejatinya dalam diri hakim diemban amanah agar peraturan perundang-undangan diterapkan secara benar dan adil, namun apabila penerapan peraturan perundang-undangan akan menimbulkan ketidakadilan, maka hakim wajib berpihak pada keadilan (*moral justice*) dan mengenyampingkan hukum atau peraturan perundang-undangan (*legal justice*). Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku di dalam masyarakat (*social justice*).¹⁸² Keadilan yang dimaksudkan disini bukanlah keadilan prosedural

¹⁸¹ Menurut Satjipto Rahardjo, salah satu aspek penting dari filosofi Pancasila dalam penegakan hukum progresif di Indonesia ialah, Pancasila merupakan landasan bangunan hukum nasional, sehingga pola pembangunan hukum di Indonesia haruslah di dasarkan pada karakteristik Pancasila itu sendiri yakni, keterbukaan dan lebih mengutamakan pada terwujudnya keadilan bukan kepastian prosedural semata. Dalam konsep ber hukum yang berlandaskan pada Pancasila, yang diunggulkan adalah “olah hati nurani” untuk mencaai keadilan yang dimaknai sebagai *rule of moral* atau *rule of justice*. Lihat Tristam P. Moeliono & Rachmani Puspitadewi, *Hukum Progresif: Solusi Keadilan Bermoral Dalam Sistem Hukum Pluralistik*, dalam *Dekonstruksi... op.cit.*, hlm. 87.

¹⁸² Terkait keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat, Von Savigny berpendapat bahwa hukum tidak dibuat melainkan tumbuh bersama dengan masyarakat (*Das recht wird nicht gemacht, est ist und wird mit dem volke*). Hukum tidak berlaku universal, setiap bangsa memiliki kesadaran hukum, kebiasaan, budaya yang berbeda dengan bangsa yang dapat ditemukan dalam jiwa bangsa (*volkgeist*). *Volkgeist*, menurut Von Savigny “unik, tertinggi, dan realitas mistis” sehingga ia tidak dapat dipahami secara rasional melainkan dipersepsikan secara intuitif. *Volkgeist* tidak didesain, namun lahir secara alamiah sebagai warisan bangsa (*the biological heritage of people*). Senada dengan apa yang dikemukakan oleh Von Savigny, Eugen Erlich menyatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat, baik kini dan dimasa mendatang pusat perkembangan hukum tidak terjadi dalam peraturan perundang-undangan maupun putusan pengadilan, melainkan dalam masyarakat itu sendiri (*the centre of gravity of legal development is not in legislation, nor in judicial decision, but in society*). Lihat Widodo Dwi Putro, *Kritik... op.cit.*, hlm. 87-88.

(*formil*), akan tetapi keadilan substantif (*materil*) yang sesuai dengan hati nurani hakim.¹⁸³

Dalam konteks penegakan konstitusi, implikasi dari hal tersebut ialah hakim Mahkamah Konstitusi senantiasa memutus perkara yang dihadapinya dengan memperhatikan pemenuhan rasa keadilan warga negara yang merasa hak konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang terkait, sekalipun hal tersebut harus dilakukan dengan cara mengesampingkan undang-undang yang ada. Cara berpikir yang demikian, tampak dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009 (Perkara pengujian Perppu terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945). Dalam putusannya, Mahkamah berpendapat berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutuskan permohonan *a quo*. Padahal secara normatif baik dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 maupun dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, tidak dicantumkan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji Perppu.

Dalam Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 misalnya, hanya disebutkan bahwa *Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final 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*. Ketentuan yang terdapat dalam Pasal 24C ayat (1) tersebut kemudian diderivasi secara utuh dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003. Secara tekstual jika mengacu pada kedua ketentuan tersebut, maka tertutuplah peluang Mahkamah Konstitusi untuk melakukan pengujian terhadap Perppu.

Namun dengan semangat hukum progresif, serta dengan mempertimbangkan potensi kerugian konstitusional yang dialami oleh para pemohon dengan adanya ketentuan *a quo*, Mahkamah tidak ragu untuk

¹⁸³ Ahmad Rifai, *Penemuan... op.cit.*, hlm. 4.

mengesampingkan ketentuan normatif yang ada untuk kemudian melakukan suatu terobosan hukum. Bagi hukum progresif, mengesampingkan peraturan perundang-undangan (ketentuan normatif) bukan suatu hal yang tabu. Sepanjang suatu peraturan perundang-undangan dipandang tidak mampu memberi rasa keadilan, maka hakim dituntut untuk membuat keadilan berdasarkan kreasinya sendiri. Untuk kemudian dituangkan dalam pertimbangan-pertimbangan hukum yang lengkap serta memenuhi *public common sense*. Konstruksi hukum disusun sedemikian rupa dengan merinci penilaian atas bukti-bukti berdasarkan logika yang diterima oleh rasa keadilan masyarakat.¹⁸⁴

Dengan semangat memenuhi rasa keadilan masyarakat pula-lah Mahkamah Konstitusi memutus secara ultra petita perkara nomor 102/PUU-VII/2009, meskipun secara historis normatif jika mengacu pada Pasal 178 ayat (2) dan (3) *Het Herziene Indonesisch Reglement* (HIR) serta padanannya dalam Pasal 189 ayat (2) dan (3) RBg seorang hakim tidak diperkenankan memutus perkara melebihi apa yang dituntut (petitum) oleh pemohon. Pemenuhan rasa keadilan masyarakat tersebut tercermin pada beberapa pertimbangan hukum mahkamah yang senantiasa memperhatikan kegelisahan masyarakat yang khawatir tidak dapat menyalurkan hak konstitusionalnya untuk dipilih dan memilih karena adanya ketentuan *a quo*. Beberapa pertimbangan hukum tersebut diantaranya ialah:

1. *Bahwa para Pemohon kehilangan haknya untuk memilih pada Pemilu DPR, DPD, dan DPRD Tahun 2009 karena tidak terdaftar dalam DPT ;*
2. *Bahwa para Pemohon sama sekali tidak mendapatkan informasi sosialisasi yang memadai tentang DPT;*
3. *Bahwa para Pemohon telah berusaha sedemikian rupa untuk berpartisipasi dalam Pemilu dengan memeriksa DPT dan undangan pada alamat lama para Pemohon pada Pemilu Tahun 2004 dan pada alamat para Pemohon saat ini, namun belum memperoleh informasi dan undangan untuk memilih di TPS.*

Selanjutnya mahkamah berpendapat *menimbang bahwa pembenahan DPT melalui pemutakhiran data akan sangat sulit dilakukan oleh KPU mengingat*

¹⁸⁴ Moh. Mahfud MD, *loc.cit.*, hlm. 7.

waktunya yang sudah sempit, sedangkan penggunaan KTP atau Paspor yang masih berlaku untuk menggunakan hak pilih bagi Warga Negara Indonesia yang tidak terdaftar dalam DPT merupakan alternatif yang paling aman untuk melindungi hak pilih setiap warga negara. Terkait dengan hal tersebut, Mahkamah memandang bahwa penggunaan KTP atau Paspor yang masih berlaku untuk memilih tidak dapat diberlakukan melalui keputusan atau peraturan KPU; sedangkan bentuk hukum Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) juga beresiko menimbulkan masalah jika ternyata nantinya dibatalkan melalui legislative review pada saat pembahasan dalam masa sidang DPR berikutnya. Sehingga berdasarkan pertimbangan tersebut, maka demi keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum, Mahkamah memutuskan dalam Putusan yang bersifat *self executing* yang langsung dapat diterapkan oleh KPU tanpa memerlukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) guna melindungi, menjamin, dan memenuhi hak konstitusional warga negara untuk menggunakan hak pilihnya.

Semangat memenuhi rasa keadilan masyarakat juga tampak pada putusan Mahkamah Konstitusi nomor 133/PUU-VII/2009, dimana dalam putusannya Mahkamah Konstitusi mengabulkan putusan sela yang diajukan oleh para pemohon. Putusan ini merupakan tonggak awal dijatuhkannya putusan sela oleh Mahkamah Konstitusi pada perkara pengujian undang-undang. Melalui putusan ini, Mahkamah Konstitusi menunjukkan bahwa Mahkamah tidak berdiam diri terhadap potensi terjadinya pelanggaran hak konstitusional warga negara oleh ketentuan *a quo*. Sehingga, meskipun dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi tidak dikenal adanya putusan provisi dalam perkara pengujian undang-undang, seiring dengan perkembangan kesadaran hukum, kebutuhan praktik dan tuntutan rasa keadilan masyarakat serta dalam rangka memberikan perlindungan dan kepastian hukum yang adil, Mahkamah memandang perlu menjatuhkan putusan provisi dengan mendasarkan pada aspek keadilan, keseimbangan, kehati-

hatian, kejelasan tujuan, dan penafsiran yang dianut dan telah berlaku tentang kewenangan Mahkamah dalam menetapkan putusan sela.¹⁸⁵

Dikabulkannya putusan sela tersebut sekaligus menegaskan bahwa mahkamah telah keluar dari kerangkeng pemikiran legal positivisme dan mendobrak paradigma lama yang telah mengakar kuat di Indonesia bahwa hakim hanyalah corong undang-undang. Dengan kata lain, hakim Mahkamah Konstitusi tidak segan untuk keluar dari teks undang-undang dan melakukan terobosan hukum ketika undang-undang dinilai berpotensi menciderai serta melanggar nilai keadilan dan hak konstitusionalitas warga negara. Sehingga putusan yang dihasilkan mampu mengakomodir keadilan substansial, yang tidak sekedar mengejar keadilan formal-prosedural semata.

Hal serupa juga dapat dilihat pada putusan Mahkamah Konstitusi nomor 14-17/PUU-V/2007, dalam putusan tersebut mahkamah berpendapat bahwa ketentuan yang dimohonkan oleh para pemohon tidak dapat diputuskan ke dalam tiga jenis amar putusan Mahkamah Konstitusi, yakni: 1) permohonan dinyatakan tidak dapat diterima, 2) permohonan dinyatakan dikabulkan dan 3) permohonan dinyatakan ditolak. Sehingga dalam putusannya Mahkamah Konstitusi memutuskan secara konstitusional bersyarat. Hal tersebut dapat dilihat dari pertimbangan hukum mahkamah yang menyatakan bahwa *ketentuan yang mempersyaratkan tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*, sebagaimana diatur dalam Pasal 6 huruf t UU Pilpres, Pasal 16 Ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 Ayat (2) huruf d UU MA, Pasal 58 huruf f UU Pemda, dan Pasal 13 huruf g UU BPK tidak bertentangan dengan UUD 1945, sepanjang ketentuan yang dimaksud diartikan tidak mencakup tindak pidana yang lahir karena kealpaan ringan (*culpa levis*) dan tindak pidana karena alasan politik tertentu, serta dengan mempertimbangkan sifat jabatan tertentu yang memerlukan persyaratan berbeda sebagaimana diuraikan di atas.

¹⁸⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 133/PUU-VII/2009, hlm. 29.

Cara ber hukum yang didasarkan pada kedinamisan hukum akan senantiasa menundukkan rumusan peraturan pada posisi sebagai eksemplar awal, sedangkan yang ingin dijangkau adalah suatu makna yang lebih dalam lagi, yaitu keadilan. Dengan demikian, posisi awal dibuatnya hukum tertulis bukan merupakan sesuatu hal yang bersifat mutlak dan final. Peraturan hanya mengingatkan, dalam masyarakat harus ada keadilan dan keadilan itu kemudian dirumuskan dalam bentuk kata-kata rumusan hukum.¹⁸⁶ Putusan hakim akan terasa begitu dihargai dan mempunyai nilai kewibawaan, jika putusan tersebut dapat merefleksikan rasa keadilan hukum masyarakat dan juga merupakan sarana bagi masyarakat pencari keadilan untuk mendapatkan kebenaran dan keadilan. Sebelum seseorang hakim memutus suatu perkara, maka ia akan menanyakan kepada hati nuraninya sendiri, apakah putusan ini nantinya akan adil dan bermanfaat (*kemaslahatan*) bagi manusia ataukah sebaliknya, akan lebih banyak membawa kepada *kemudharatan*.¹⁸⁷

Hal tersebut sejalan dengan karakter hukum progresif yang dalam ber hukum mengutamakan modal empati, perasaan, dedikasi, kesungguhan, kejujuran dan keberanian; karena beranggapan bahwa hukum bukan mesin namun lebih merupakan jerih payah manusia yang bernurani. Hukum yang progresif mengajarkan bahwa hukum bukanlah raja, namun alat untuk menjabarkan dasar kemanusiaan yang berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia. Hukum yang progresif tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral kemanusiaan.¹⁸⁸ Dengan demikian hukum progresif merubah cara ber hukum dari sekedar menerapkan hukum positif secara tekstual menjadi cara ber hukum dengan mendayagunakan hukum dengan tujuan, misi dan dimensi spiritual.¹⁸⁹

Pada akhirnya karakter hukum progresif akan membawa seorang hakim dengan karakteristik yang progresif pula, dengan ciri sebagai berikut:

¹⁸⁶ M. Syamsudin, *loc.cit.*, hlm. 246.

¹⁸⁷ Rudi Suparmono sebagaimana dikutip dalam Ahmad Rifai, *Penemuan... op. cit.*, hlm. 3.

¹⁸⁸ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Kompas, 2007), hlm. 228.

¹⁸⁹ Saldi Isra dkk, *Perkembangan... op. cit.*, hal. 46.

1. Hakim mempunyai pandangan bahwa hukum untuk manusia, bukan sebaliknya manusia untuk hukum;
2. Hakim mempunyai pandangan bahwa hukum bukan institusi yang mutlak dan final, karena hukum selalu berada dalam proses menjadi;
3. Hakim mempunyai pandangan bahwa hukum harus memiliki tipe responsif, yakni hukum akan senantiasa dikaitkan pada tujuan-tujuan diluar narasi tekstual hukum itu sendiri. Tipe responsif menolak anggapan bahwa hukum bersifat final dan mutlak;
4. Hakim mempunyai pandangan bahwa hukum haruslah dijalankan dengan kecerdasan spritual,
5. Hukum progresif erat sekali kaitannya dengan proses merobohkan, mengganti
6. Hakim harus dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan. Peraturan yang buruk bukan menjadi penghalang bagi hakim untuk menghadirkan keadilan bagi rakyat dan pencari keadilan.

Dengan melihat karakter hakim progresif dan konsep berhukum yang ditawarkan oleh hukum progresif, maka pendekatan hukum progresif yang digunakan oleh hakim MK dalam memutus perkara pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, akan mampu mengantar hakim Mahkamah Konstitusi menyelami nilai-nilai yang terdapat di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, semangat dan jiwa dari undang-undang (sebagai produk hukum yang diuji) kemudian mengkorelasikannya dengan rasa keadilan dan kegelisahan masyarakat yang hak konstitusionalnya merasa dilanggar oleh ketentuan *a quo*. Dengan demikian, putusan yang dihasilkan, merupakan putusan yang berkualitas 'yurisprudensial' (keputusan bermutu yang layak menjadi rujukan) guna memandu perubahan hukum secara progresif pula.

4.3 Konstruksi Normatif Penemuan Hukum Oleh Hakim Mahkamah Konstitusi Dalam Hukum Nasional Indonesia Di Masa Mendatang

Penemuan hukum menurut mauwissen merupakan pengembangan hukum (*rechtsboefening*) yang berkenaan dengan adanya dan berlakunya hukum di masyarakat yang meliputi kegiatan membentuk, melaksanakan, menerapkan, menemukan, menafsirkan secara sistematis, mempelajari dan mengajarkan hukum. Pengembangan hukum dibedakan dalam pengembangan hukum praktis dan pengembangan hukum teoritis. Pengembangan hukum praktis meliputi kegiatan yang berkenaan dengan hal mewujudkan hukum dalam kehidupan sehari-hari, sedangkan pengembangan hukum teoritis meliputi kegiatan pembentukan hukum, penemuan hukum, dan bantuan hukum.¹⁹⁰

Sedangkan menurut Sudikno Mertokusumo penemuan hukum adalah konkretisasi kristalisasi atau individualisasi peraturan hukum atau *das sollen*, yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret atau *das sein*.¹⁹¹ Senada dengan pendapat Sudikno Mertokusumo, Paul Scholten berpendapat bahwa penemuan hukum oleh hakim merupakan sesuatu yang lain daripada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya, kadang – kadang dan bahkan sangat sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogi ataupun *rechtssveroijning* (pengkokritan hukum).¹⁹²

Dalam tatanan praktis, penemuan hukum merupakan refleksi sekaligus solusi dari sifat undang-undang yang statis dan tidak dapat mengikuti

¹⁹⁰ Ahmad Rifai, *Penemuan... op. cit.*, hlm. 23.

¹⁹¹ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *loc. cit.*, hlm. 102.

¹⁹² Pada dasarnya hakim selalu dihadapkan pada peristiwa konkret, konflik atau kasus yang harus diselesaikan atau dicari pemecahannya dan untuk itulah perlu dicarikan hukumnya. Untuk memberikan penyelesaian konflik atau perselisihan hukum yang dihadapi kepada hakim, maka hakim harus memberikan penyelesaian definitif yang hasilnya dirumuskan dalam bentuk putusan yang disebut dengan putusan hakim, yang merupakan penerapan hukum yang umum dan abstrak pada peristiwa konkret. Jadi, dalam penemuan hukum, yang penting adalah bagaimana mencarinya atau menemukannya untuk peristiwa konkret (*in-concreto*). Lihat Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Penemuan... op.cit.*, hlm. 38.

perkembangan kemasyarakatan sehingga menimbulkan ruang kosong yang perlu diisi. Tugas mengisi ruang kosong itulah, dibebankan kepada para hakim dengan melakukan penemuan hukum melalui metode interpretasi atau konstruksi dengan syarat bahwa dalam menjalankan tugasnya tersebut, para hakim tidak boleh memperkosa maksud dan jiwa undang-undang.¹⁹³

Hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, pertama-tama harus menggunakan hukum tertulis terlebih dahulu, yakni peraturan perundang-undangan. Baru kalau peraturan perundang-undangan tersebut ternyata tidak cukup atau tidak tepat dengan permasalahan yang dihadapi oleh hakim, maka hakim tersebut harus mencari dan menemukan hukumnya dari sumber-sumber hukum lain seperti yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis.¹⁹⁴

Dalam tatanan normatif, konsepsi penemuan hukum yang demikian pada hakikatnya telah diatur di dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, yakni *hakim dan hakim konstitusi wajib untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*. Kata menggali tersebut dapatlah diasumsikan bahwa sebenarnya hukumnya itu sudah ada, tetapi masih tersembunyi. Sehingga untuk menemukannya hakim harus berusaha mencarinya dengan menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut. Kemudian mengikutinya dan selanjutnya memahaminya agar putusannya itu sesuai dengan rasa keadilan masyarakat yang hidup dalam masyarakat, sebagaimana disebutkan dalam penjelasan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, yakni *ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim dan hakim konstitusi sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat*.

Ketentuan tersebut juga dapat diasumsikan bahwa hakim dalam memutus perkara tidak boleh hanya terikat pada teks undang-undang semata namun juga harus melakukan pendekatan hukum yang lebih komprehensif, seperti

¹⁹³ Andi Zainal Abidin, *loc. cit.*, hlm. 33.

¹⁹⁴ John Z. Loude sebagaimana dikutip dalam Ahmad Rifai, *loc. cit.*, hlm. 51.

mengakomodir unsur filosofis (keadilan) dan kemanfaatan (sosiologis).¹⁹⁵ Dalam konteks pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, cara berhukum yang tidak hanya terikat pada teks undang-undang sangatlah penting mengingat batu ujinya, yakni Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sifatnya abstrak sehingga tidak cukup hanya membaca teksnya saja melainkan perlu dipahami secara seksama suasana kebatinan yang menjadi latar belakang filosofis, sosiologis, politis, dan jika perlu historis perumusan konstitusi tersebut.

Mengingat begitu pentingnya aktifitas penemuan hukum bagi hakim Mahkamah Konstitusi, guna mengatasi kekosongan hukum/undang-undang serta untuk menciptakan putusan yang berkualitas,¹⁹⁶ maka perlu dibentuk suatu regulasi yang komprehensif yang mengatur mengenai jaminan hakim Mahkamah Konstitusi dalam melakukan penemuan hukum. Mengingat selama ini landasan normatif bagi hakim dalam melakukan penemuan hukum ‘hanya’ Pasal 5 ayat (1), dan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009. Maka perlu dipertimbangkan pula untuk mengaturnya secara tersendiri/khusus dalam undang-undang Mahkamah Konstitusi (guna optimalisasi pelaksanaan penemuan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi).¹⁹⁷

¹⁹⁵ Sisworo Soeyono, *loc.cit.*, hlm. 57.

¹⁹⁶ Proses pembuatan putusan pengadilan yang berkualitas selalu mencerminkan kepiawaian dan kemampuan hakim di dalam memutus perkara. Putusan pengadilan yang berkualitas selalu mencerminkan eksistensi bahwa hakim yang memutus juga berkualitas. Bagi pencari keadilan, putusan pengadilan berkualitas adalah putusan yang dapat mewujudkan keadilan / mencerminkan rasa keadilan yang dapat dilaksanakan dan dapat diterima pencari keadilan. Paulus E. Lotulung sebagaimana dikutip dalam Sri Sutatiek, *Menyoal Akuntabilitas Moral Hakim Pidana Dalam Memeriksa, Mengadili dan Memutus Perkara*, (Yogyakarta: Aswaja Pressindo, 2013), hlm. 30.

¹⁹⁷ Secara teoritis, dari segi bentuknya pembedaan undang-undang dapat diklasifikasikan menjadi 5 jenis, yakni : undang-undang dalam bentuknya yang bersifat umum (*algemene verbindende voorschriften*) dan bentuknya yang bersifat khusus. Undang-undang yang bentuknya bersifat umum misalnya KUHP, KUH Perdata, dan Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman. Adapun undang-undang yang bentuknya bersifat khusus dapat dibagi lagi menjadi 4 kelompok, yakni : 1) Undang-undang yang bentuknya bersifat khusus karena berkaitan dengan lokalitas wilayah, misalnya Undang-Undang tentang Otonomi Khusus Nangro Aceh Darussalam, 2) Undang-undang

Guna merealisasikan hal tersebut, pembentukan regulasi yang dimaksud harus senantiasa mengacu pada asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, agar nantinya dihasilkan suatu peraturan perundang-undangan yang berkelanjutan.¹⁹⁸

Adapun asas-asas pembentukan perundang-undangan yang baik menurut Lon Fuller adalah:¹⁹⁹

1. *a failure to achieve rules at all, so that every issue must be decided on an ad hoc basis;*
2. *a failure to publicize, or at least to make available to the affected party, the rules he is expected to observe;*
3. *the abuse of retroactive legislation, which not only cannot itself guide action, but undercuts the integrity of rules prospective in effect, since it puts them under the threat of retrospective change;*
4. *a failure to make rules understandable;*
5. *the enactment of contradictory rules;*
6. *rules that require conduct beyond the powers of the affected party;*
7. *introductions such frequent changes in the rules that the subject cannot orient his action by them;*
8. *a failure of congruence between the rules as announced and their actual administration.*

yang bentuknya bersifat khusus karena subjek hukum yang diaturnya bersifat tertentu, misalnya undang-undang yang khusus mengatur pembentukan satu kabupaten ataupun satu pengadilan di Kabupaten tertentu, 3) Undang-undang yang bentuknya bersifat khusus karena lembaga yang terlibat dalam pembentukannya bersifat khusus atau berbeda dari undang-undang pada umumnya, 4) Undang-undang yang bentuknya bersifat khusus karena prosedur pembentukannya yang bersifat khusus atau berbeda dari undang-undang pada umumnya. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Perihal... op.*

¹⁹⁸ Siti Sundari Rangkuti sebagaimana dikutip dalam Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Yang Baik (Gagasan Pembentukan Undang-Undang Berkelanjutan)*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2013), hlm. 168.

¹⁹⁹ A. Hamid, S. Attamini, *Peranan Keputusan Presiden Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, (Jakarta: Universitas Indonesia, 1990), hlm. 331.

Senada dengan pendapat Lon Fuller, Erman Radjagukguk sebagaimana dikutip Rooseno Harjowidigdo dari Nandi Widyani menyatakan bahwa asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik ialah :

1. Norma harus sesuai dengan perasaan hukum masyarakat ;
2. Isinya merupakan pesan yang dapat dimengerti masyarakat ;
3. Ada aturan implementasi ;
4. Harus ada sarana pelaksanaannya; dan
5. Harus sinkron dengan undang-undang lain.²⁰⁰

Sedangkan secara normatif, menurut Pasal 5 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 *asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik meliputi:*²⁰¹

- a. Kejelasan tujuan ;
- b. Kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat ;
- c. Kesesuaian antara jenis, hierarki dan materi muatan ;
- d. Dapat dilaksanakan ;
- e. Kedayagunaan dan kehasilgunaan ;
- f. Kejelasan rumusan; dan
- g. Keterbukaan.

Jika mengacu pada pendapat ahli dan ketentuan normatif tentang asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik tersebut, maka konstruksi penemuan hukum dalam hukum positif Indonesia di masa mendatang harus

²⁰⁰ Yuliandri, *Asas... op.cit.*, hlm. 136.

²⁰¹ Terkait pencantuman asas hukum secara limitatif dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, Yuliandri berpendapat bahwa hal tersebut tidaklah tepat, dikarenakan: Pertama, akan menutup perkembangan asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik itu sendiri. Kedua, sukar untuk memaknai dalam pembentukan undang-undang, dan dalam menentukan materi muatan undang-undang penerapan asas-asas peraturan perundang-undangan yang baik. Hal demikian, disebabkan banyaknya asas-asas yang harus diikuti. Ketiga, tidak ada ketegasan, apakah asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik dimaksud bersifat alternatif, atau bersifat kumulatif. Hal ini menjadi keharusan untuk ditentukan, karena belum tentu asas-asas yang ditentukan secara limitatif tersebut dapat dijadikan pedoman sehingga tercermin dalam setiap proses pembentukan undang-undang. *Ibid.*, hlm. 162.

memperhatikan dengan seksama asas kesesuaian antara jenis, hierarki dan materi muatan peraturan perundang-undangan. Dimana jika mengacu pada penjelasan Pasal 5 huruf c yang dimaksud dengan asas kesesuaian antara jenis, hierarki dan materi muatan peraturan perundang-undangan adalah *bahwa dalam pembentukan peraturan perundang-undangan harus benar-benar memperhatikan materi muatan yang tepat dengan jenis peraturan perundang-undangannya.*

Guna mewujudkan hal tersebut, mengacu putusan Mahkamah Konstitusi yang dijadikan obyek kajian dalam penelitian ini, yakni Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 102/PUU-VII/2009 perlu dilakukan perubahan terhadap beberapa pasal dalam undang-undang Mahkamah Konstitusi yang berlaku saat ini, agar penemuan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi dapat diimplementasikan secara optimal di masa mendatang. Analisisnya ialah sebagai berikut: putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 102/PUU-VII/2009, memuat amar putusan yang melebihi permohonan yang diajukan oleh para pemohon. Dimana pada pokoknya para pemohon ‘hanya’ memohon agar:

1. Pasal 28 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008, yakni *untuk dapat menggunakan hak memilih, Warga Negara Indonesia sebagaimana dimaksud dalam pasal 27 harus terdaftar sebagai pemilih*, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat ; dan
2. Pasal 111 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008, yakni *Pemilih yang berhak mengikuti pemungutan suara di TPS meliputi: Pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tetap pada TPS yang bersangkutan*, serta Pasal 111 ayat (1) huruf b yakni *pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tambahan* bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, atau setidaknya menyatakan bahwa Pasal 111 ayat (1) harus dibaca bahwa mereka yang tidak tercantum dalam Daftar Pemilih Tetap (selanjutnya disebut DPT) pun tetap dapat memilih sepanjang telah berusia 17 Tahun dan/atau sudah kawin.

Sedangkan dalam amar putusannya, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 konstitusional sepanjang diartikan mencakup warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dengan syarat dan cara sebagai berikut:

- a. Selain warga negara Indonesia yang terdaftar dalam DPT, warga negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk yang masih berlaku atau Paspor yang masih berlaku bagi warga negara Indonesia yang berada di luar negeri ;
- b. Warga negara Indonesia yang menggunakan KTP harus dilengkapi dengan Kartu Keluarga atau nama sejenisnya ;
- c. Penggunaan hak pilih bagi warga negara Indonesia yang menggunakan KTP yang masih berlaku hanya dapat digunakan di Tempat Pemungutan suara yang berada di RT / RW atau nama sejenisnya sesuai dengan alamat yang tertera di dalam KTP-nya ;
- d. Warga negara Indonesia sebagaimana disebutkan dalam angka 3 diatas, sebelum menggunakan hak pilihnya, terlebih dahulu mendaftarkan diri pada KPSS setempat ;
- e. Warga negara Indonesia yang akan menggunakan hak pilihnya dengan KTP atau Paspor dilakukan 1 (satu) jam sebelum selesainya pemungutan suara di TPS atau TPS luar negeri setempat.

Putusan Mahkamah Konstitusi ini mendapat apresiasi positif dari berbagai komponen bangsa, dengan tidak terbelenggu pada ketentuan *a quo* hakim Mahkamah Konstitusi mencoba merasakan dan menyelami kegelisahan masyarakat Indonesia yang khawatir tidak dapat menyalurkan hak pilihnya dalam pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden periode 2009-2014 karena tidak terdaftar dalam DPT. Sehingga lahirlah putusan yang sangat penting bagi eksistensi pelaksanaan demokrasi di Indonesia.

Dikatakan hakim Mahkamah Konstitusi tidak terbelenggu pada ketentuan *a quo* karena meskipun larangan *ultra petita* tidak diatur secara konkrit dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, sebagai landasan normatif MK kala itu

dalam memutus perkara tersebut, namun larangan *ultra petita* telah diatur di dalam Pasal 178 ayat (2) dan (3) *Het Herziene Indonesisch Reglement* (HIR) dan Pasal 189 ayat (2) dan (3) RBg.

Memang secara konseptual keberlakuan pasal tersebut masih banyak diperdebatkan oleh para ahli, ada yang berpendapat bahwa larangan *ultra petita* hanya dapat diterapkan dalam ranah hukum perdata sementara dalam hukum tata negara larangan tersebut tidak berlaku, namun ada juga yang menyatakan bahwa larangan *ultra petita* berlaku bagi semua hakim tanpa terkecuali, tidak memandang ranah hukumnya.

Lepas dari perdebatan tersebut, dalam perkembangannya ternyata larangan *ultra petita* diakomodir di dalam Pasal 45A Undang-Undang Nomor 8 tahun 2011. Dalam pasal tersebut, diatur bahwa *putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon atau melebihi permohonan pemohon, kecuali terhadap hal tertentu yang terkait dengan pokok permohonan*. Kemudian ditegaskan dalam Pasal 57 ayat (2) a yang menyebutkan bahwa *putusan Mahkamah Konstitusi tidak memuat :*

- a. *amar selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) ;*
- b. *perintah kepada pembuat undang-undang ;*
- c. *rumusan norma sebagai pengganti norma dari undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik indonesia Tahun 1945*

Ketentuan tersebut menunjukkan bahwa pembentuk undang-undang tidak menghendaki Mahkamah Konstitusi membuat putusan *ultra petita*.²⁰² Meskipun pada hakikatnya, amar putusan yang memuat *ultra petita* merupakan upaya Mahkamah Konstitusi dalam menghadirkan keadilan substantif bagi para pencari keadilan.

Dalam konteks kebebasan hakim, larangan *ultra petita* berpotensi mereduksi kreatifitas hakim dalam memutus perkara yang sedang di hadapinya. Padahal secara teoritis, ketika hakim dihadapkan pada suatu persoalan berlakulah

²⁰² Munafrizal Manan. *loc. cit.*, hlm. 88.

asas *ius curianovit*, yakni hakim dianggap tahu hukumnya. Jadi dengan pengetahuannya tersebut, hakim Mahkamah Konstitusi diharap mampu menegakkan dan menjamin hak konstitusional warga negara semaksimal mungkin melalui putusannya, sekalipun hal tersebut diwujudkan melalui putusan yang *ultra petita*.

Sehingga tidaklah salah apabila Munafrizal Manan berpendapat bahwa putusan *ultra petita* oleh Mahkamah Konstitusi sebetulnya tidak perlu sama sekali dilarang. Dalam kasus dan kondisi tertentu, putusan *ultra petita* boleh jadi sangat diperlukan sebagai solusi ketika menemui impase konstitusional atau jalan buntu hukum. Pelarangan sama sekali atas Mahkamah Konstitusi dalam menjatuhkan putusan *ultra petita* akan berpotensi menyurutkan kreasi hakim Mahkamah Konstitusi dalam melakukan penemuan hukum.²⁰³ Padahal secara normatif, jika mengacu pada Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, hakim dan hakim konstitusi dituntut untuk senantiasa berpikir seara kreatif dalam memutus perkara yang sedang dihadapinya dengan cara menggali nilai hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.

Selain itu, jika dikaitkan dengan konsep kemerdekaan hakim sebagaimana diamanahkan dalam Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang kemudian diakomodir secara utuh dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, yakni *Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan*. Maka larangan bagi hakim Mahkamah Konstitusi untuk melakukan *ultra petita* juga berpotensi mereduksi kemerdekaan hakim dalam melaksanakan tugasnya. Berkaitan dengan hal tersebut, perlu diperhatikan hasil dari *Beijing Statement of Principles of the independences the Law Asia Region of The Judiciary* sebagai konferensi berstandart internasional

²⁰³Jika pun memang dibutuhkan pengaturan yang membatasi putusan *ultra petita* oleh Mahkamah Konstitusi, pengaturan itu seharusnya hanya membatasi putusan *ultra petita* oleh Mahkamah Konstitusi yang menimbulkan benturan kepentingan (*conflict of interest*) lembaga Mahkamah Konstitusi. Pembatasan ini diperlukan agar Mahkamah Konstitusi tidak menggunakan putusan *ultra petita* untuk tujuan menjustifikasi kepentingannya. *Ibid.*, hlm. 89.

yang diselenggarakan di Manila pada tahun 1997, dimana negara-negara di Asia kala itu bersepakat bahwa independensi hakim haruslah mencakup:²⁰⁴

1. Kehakiman merupakan institusi nilai yang tertinggi pada setiap masyarakat ;
2. Kemerdekaan hakim mempersyaratkan bahwa : a) hakim dalam memutus sebuah perkara sepenuhnya atas dasar pemahaman undang-undang dan terbebas dari pengaruh manapun, baik langsung maupun tidak langsung, b) hakim memiliki yurisdiksi langsung maupun tidak langsung, atas segala isu yang memerlukan keadilan ;
3. Memperhatikan kemandirian kekuasaan kehakiman adalah sesuatu yang esensial untuk mencapai tujuan dan melaksanakan fungsi yang tepat dalam masyarakat yang bebas dan menghormati hukum. Kemandirian tersebut harus dijamin oleh negara melalui konstitusi dan undang-undang.

Kembali menyoal penemuan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi. Kebebasan hakim Mahkamah Konstitusi dalam melakukan penemuan hukum semakin tereduksi dengan adanya Pasal 50A Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 yang menyebutkan bahwa *Mahkamah Konstitusi dalam menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 tidak menggunakan undang-undang lain sebagai dasar pertimbangan hukum*. Jika menggunakan penafsiran gramatikal, maka pasal ini secara terang benderang melarang hakim Mahkamah Konstitusi untuk menggunakan undang-undang lain sebagai dasar pertimbangannya, padahal dalam suatu sistem hukum ketentuan undang-undang yang satu tidak bisa dipisahkan begitu saja dari undang-undang lainnya, pasti ada irisan/keterkaitan di dalamnya.

Sebagai contoh, penyelenggaraan kekuasaan kehakiman di Indonesia dilaksanakan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi sebagaimana disebutkan dalam Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yakni *Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam*

²⁰⁴ Sri Sutatiek, *Menyoal... op .cit.*, hlm. 20.

lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Implikasinya, dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya Mahkamah Konstitusi harus tunduk dan patuh pada Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman sebagai regulasi umum yang mengatur mengenai pelaksanaan kekuasaan kehakiman di Indonesia. Namun, mengingat karakteristik Mahkamah Konstitusi yang berbeda dari Mahkamah Agung, dia juga harus tunduk dan patuh pada Undang-Undang Mahkamah Konstitusi yang merupakan undang-undang khusus yang menjabarkan lebih detil mengenai tugas dan kewajiban Mahkamah Konstitusi.

Sehingga jika mengacu pada asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, regulasi yang mengatur mengenai pelaksanaan kekuasaan kehakiman di Indonesia belum memenuhi asas kesesuaian antara jenis, hierarki dan materi muatan sebagaimana tercantum dalam Pasal 5 huruf c Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011. Kemudian dalam perspektif hierarki (*hierarchy of law*) peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, yakni: *jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:*

- a. *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ;*
- b. *Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat ;*
- c. *Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;*
- d. *Peraturan Pemerintah ;*
- e. *Peraturan Presiden ;*
- f. *Peraturan Daerah Provinsi ; dan*
- g. *Peraturan Daerah Kabupaten / Kota.*

Jika mengacu pada ketentuan tersebut, maka terjadi pertentangan norma hukum antara Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011. Pertentangan tersebut diakibatkan karena ketentuan yang terkandung dalam Pasal 45A, Pasal 57 ayat (2) a, dan Pasal 50A Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 berpotensi mereduksi kemerdekaan

hakim untuk menegakkan hukum dan keadilan sebagaimana diamanahkan oleh Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Padahal secara teoritis apabila mengacu pada teori hierarki norma hukum yang dikemukakan oleh Adolf Merkel, maka norma hukum yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan norma hukum yang lebih tinggi. Hal ini dikarenakan suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi ke bawah ia juga menjadi dasar dan menjadi sumber bagi norma hukum dibawahnya sehingga suatu norma hukum itu mempunyai masa berlaku (*rechtskracht*) yang relatif karena masa berlakunya suatu norma hukum itu tergantung pada norma hukum yang berada di atasnya.²⁰⁵

Senada dengan pendapat Adolf Merkel, Hans Kelsen dalam *stufenbau theory*-nya menyatakan bahwa norma hukum pada hakikatnya berjenjang dan berlapis dalam suatu hierarki tata susunan, dimana 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, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif, yaitu *grundnorm* (hukum dasar).²⁰⁶

Selain berbagai pertimbangan tersebut, pentingnya revisi terhadap Pasal 45A, Pasal 57 ayat (2) a, dan Pasal 50A Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 (khususnya Pasal 45A) dikarenakan muatan dari ketiga pasal tersebut bersifat larangan (*prohibere*).²⁰⁷ Sedangkan disatu sisi, ketentuan yang bersifat larangan kecenderunganya disertai pula dengan sanksi bagi siapa yang melanggarnya.

²⁰⁵ Maria Farida Indrati, *Ilmu... op. cit.*, hlm. 25-26.

²⁰⁶ Teori Hans Kelsen tersebut kemudian dikembangkan oleh muridnya, yaitu Hans Nawiasky dengan teori jenjang norma dalam kaitannya dengan suatu negara. Hans Nawiasky dalam bukunya *Allgemeine Rechts Lehre*, mengemukakan bahwa selain norma hukum itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang norma hukum juga berkelompok-kelompok Lihat *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006), hlm. 109.

²⁰⁷ Jika pengertian norma atau kaidah sebagai pelebagaan nilai diperinci, kaidah atau norma yang dimaksud dapat berisi: (i) kebolehan atau yang dalam bahasa arab disebut *ibahah*, *mubah* (*permittere*), (ii) anjuran positif untuk mengerjakan sesuatu atau dalam bahasa arab disebut

Meskipun di dalam Undang-Undang Nomor 8 tahun 2011 tidak dicantumkan secara konkret sanksi bagi hakim Mahkamah Konstitusi yang melanggar Pasal 45A, Pasal 57 ayat (2) a, dan Pasal 50A namun jika melihat konstruksi utuh undang-undang Mahkamah Konstitusi, tidak menutup kemungkinan hakim Mahkamah Konstitusi yang melanggar ketentuan tersebut akan dikenakan sanksi etik oleh Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Hal ini dikarenakan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dalam melaksanakan tugasnya (menjaga etik hakim Mahkamah Konstitusi) salah satunya berpedoman pada norma dan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011, yakni *dalam melaksanakan tugasnya, Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi berpedoman pada: a) Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi; b) tata beracara persidangan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi; dan c) norma dan peraturan perundang-undangan.*

Keberadaan *punishment* secara tidak langsung berpotensi mempengaruhi kemerdekaan hakim dalam memutus perkara yang sedang dihadapinya. Pada akhirnya, *punishment* tersebut akan membentuk karakter hakim Mahkamah Konstitusi sebagai corong / penerjemah undang-undang semata. Padahal faktanya, hampir tidak ada undang-undang yang sempurna, pasti di dalamnya ada kekurangan dan keterbatasannya. Tidak ada undang-undang yang lengkap, selengkap-lengkapnyanya atau sejelas-jelasnya dalam mengatur seluruh kegiatan manusia. Undang-undang bersifat statis dan rigid (kaku), sedangkan perkembangan kegiatan manusia selalu meningkat dari waktu ke waktu baik jenis maupun jumlahnya. Sehingga dapat dimengerti kalau kemudian muncul suatu ungkapan “*het recht hink achter de feiten ann*”, yaitu bahwa hukum tertulis selalu ketinggalan dengan peristiwanya.²⁰⁸

sunnah, (iii) anjuran negatif untuk tidak mengerjakan sesuatu atau yang dalam bahasa arab disebut *makruh*, (iv) perintah positif untuk melakukan sesuatu atau kewajiban (*obligattere*), dan (v) perintah negatif untuk tidak melakukan sesuatu atau yang dalam bahasa arab disebut *haram* atau larangan (*prohibere*). Lihat Jimly Asshiddiqie, *Perihal... op.cit.*, hlm. 1.

²⁰⁸ Bambang Sutiyoso, *loc. cit.*, hlm. 104.

Hakim dengan karakter penerjemah undang-undang sangat sulit berpikir progresif dan kreatif. Hakim dengan karakter demikian, berpotensi menghasilkan putusan yang mengabaikan rasa keadilan masyarakat karena hanya sebatas mengejar keadilan formal-prosedural semata. Padahal, seorang yuris yang baik tidak hanya membutuhkan sekedar kemampuan membaca seperti orang lain, tetapi ia harus mampu menafsirkan dengan tepat apa yang ia baca dan menghubungkannya dengan untuk apa bacaan itu dibaca (kontekstual). Sebagaimana dikatakan oleh Pitlo bahwa membaca suatu teks bukanlah merupakan kegiatan mekanis, karena seorang yuris dalam tugasnya sebagai penafsir hanya dapat berkembang sepenuhnya jika ia memiliki sifat-sifat yang khas seperti menguasai kenyataan dan kebutuhan masyarakatnya, memiliki rasa kemasyarakatan yang peka, memiliki rasa keseimbangan, menyadari hal-hal yang esensial dalam suatu masalah, kesediaan untuk mengkonkretkan dan memberi nuansa dalam hubungan teks dengan peristiwa konkret.²⁰⁹

²⁰⁹ Achmad Ali, *loc. cit.*, hlm. 158.

BAB 5. PENUTUP

5.1 Kesimpulan

Pertama, penemuan hukum berbasis hukum progresif oleh hakim Mahkamah Konstitusi, ialah suatu penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim Mahkamah Konstitusi berdasarkan pada karakter dan paradigma hukum progresif, diantaranya ialah:

1. Menganggap bahwa hukum bukanlah institusi yang mutlak dan final, karena hukum selalu berada dalam proses menjadi. Konsep berhukum yang demikian senantiasa mendorong hakim Mahkamah Konstitusi untuk memutuskan perkara secara kontekstual tidak hanya terkungkung pada bunyi teks undang-undang semata;
2. Hukum adalah untuk manusia bukan sebaliknya, sehingga jika ada yang salah dengan hukum bukan manusianya yang dipaksa masuk ke dalam sistem hukum tersebut tapi hukumlah yang harus menyesuaikan dengan manusianya;
3. Hukum progresif senantiasa berpijak pada etika dan moralitas kemanusiaan, hal tersebut diharapkan dapat memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia akan keadilan dimana hal tersebut sulit diwujudkan apabila hakim Mahkamah Konstitusi hanya terjebak dalam ritme kepastian hukum semata.

Kedua, penemuan hukum yang progresif merupakan refleksi dari upaya hakim Mahkamah Konstitusi dalam menegakkan keadilan substantif. Dalam prosesnya, keadilan substantif dihasilkan dari cara berhukum yang tidak hanya terkungkung pada teks undang-undang semata melainkan mempertimbangkan aspek lain yang tidak kalah pentingnya, yakni filosofis, sosiologis (faktual) maupun variabel lainnya yang mempunyai korelasi dalam menghasilkan putusan berkualitas. Implikasinya, putusan yang dihasilkan benar-benar dapat mengkomodir rasa keadilan masyarakat serta mengembalikan hak konstitusional warga negara yang terenggut oleh ketentuan *a quo*.

Ketiga, secara normatif pelaksanaan penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim Mahkamah Konstitusi masih terkendala dengan adanya dua undang-undang yang saling bertentangan. Undang-Undang yang dimaksud ialah, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011. Dalam Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 telah diatur kewajiban hakim dalam melakukan penemuan hukum. Namun dalam Pasal 45A, Pasal 57 ayat (2) a, dan Pasal 50A Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 terdapat ketentuan yang berpotensi membatasi hakim Mahkamah Konstitusi dalam melakukan penemuan hukum. Menyikapi kondisi ini, perlu adanya sinkronisasi dan harmonisasi diantara kedua undang-undang tersebut guna optimalisasi pelaksanaan penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim Mahkamah Konstitusi.

5.2 Saran

Pertama, cara berhukum yang progresif sangat relevan dan penting dihadirkan oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Hal tersebut didasarkan pada hasil penelitian ini yang menunjukkan bahwa cara memutus perkara dengan pendekatan hukum progresif akan mampu menciptakan putusan berkualitas yang mengakomodir nilai dan rasa keadilan masyarakat, serta mengembalikan hak konstitusional warga negara yang terenggut karena adanya ketentuan *a quo*.

Kedua, Mengingat begitu pentingnya penemuan hukum dalam perkara pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 oleh Mahkamah Konstitusi, maka secara normatif perlu dibentuk suatu regulasi yang komprehensif guna menjamin kebebasan hakim dalam melaksanakan kegiatan penemuan hukum. Jaminan tersebut haruslah dituangkan dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman sebagai regulasi umum yang mengatur mengenai kekuasaan kehakiman di Indonesia dan Undang-Undang Mahkamah Konstitusi sebagai regulasi khusus yang mengatur tentang Mahkamah

Konstitusi dengan memperhatikan asas kesesuaian materi antara undang-undang yang satu dengan yang lainnya.



DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Achmad Ali. 2002. *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*. Jakarta: PT. Gunung Agung Tbk.
- Achmad Ali & Wiwie Heryani. 2012. *Menjelajah Kajian Empiris Terhadap Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- A. Hamid. S. Attamimi. 1990. *Peranan Keputusan Presiden Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*. Jakarta: Universitas Indonesia.
- Ahmad Kamil dan M. Fauzan. 2004. *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*. Jakarta: Kencana.
- Ahmad Rifai. 2010. *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Andi Zainal Abidin. 1984. *Asas-Asas Hukum Pidana Bagian Pertama*. Bandung: Alumni.
- Anshori Ilyas. 2009. *Hubungan Konstitusional Antara MA, KY, dan MK*. Yogyakarta: Rangkang Education.
- Bagir Manan. 2009. *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*. Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia.
- Bambang Sutiyo. 2006. *Metode Penemuan Hukum*. Yogyakarta: UII Press.
- Bernard L. Tanya. 2005. *Hukum, Politik dan KKN*. Surabaya: Srikandi.
- Darmoko Yuli Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin. 2013. *Diskresi Hakim Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif Dalam Perkara-Perkara Pidana*. Bandung: Alfabeta.
- Esmi Warassih. 2005. *Pranata Hukum dalam Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang: PT Suryandaru Utama.
- Faisal. 2014. *Memahami Hukum Progresif*. Yogyakarta: Thafa Media.
- _____. 2015. *Pemaknaan Hukum Progresif (Upaya Mendalami Pemikiran Satjipto Rahardjo)*. Yogyakarta: Thafa Media.

- F. Budi Hardiman. 2003. *Melampaui Positivisme dan Modernisme Diskursus Filosofis tentang Metode Ilmiah dan Problem Modernitas*. Yogyakarta: Kanisius.
- A. Hamid. S. Attamimi. 1990. *Peranan Keputusan Presiden Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*. Jakarta: Universitas Indonesia.
- I Dewa Gede Palguna. 2013. *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complain) Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak konstitusional Warga Negara*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Jazim Hamidi. 2005. *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*. Yogyakarta: UII Press.
- Jimly Asshiddiqie. 2005. *Konstitusi dan Konstitusionalisme*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- _____. 2008. *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- _____. 2005. *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*. Jakarta: Konpress.
- _____. 2011. *Perihal Undang-Undang*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Johny Ibrahim. 2008. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif (Cetakan Keempat)* Jakarta: Banyumedia.
- Kaelan. 2007. *Pendidikan Kewarganegaraan Untuk Perguruan Tinggi*. Yogyakarta: Paradigma.
- L.J. van Apeldoorn. 2001. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Pradnya Paramita.
- Maria Farida Indrati. 2007. *Ilmu Perundang-Undangan Jilid 1*. Yogyakarta: Kanisius.
- Marwan Mas. 2011. *Pengantar Ilmu Hukum (Cetakan Kedua)*. Bogor: Ghalia Indonesia.
- Moh. Kusnardi dan Bintang R. Saragih. 2008. *Ilmu Negara*. Jakarta: Gaya Media Pratama.
- Moh. Mahfud MD. 2007. *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*. Jakarta: LP3ES.

- _____. 2011. *Politik Hukum Di Indonesia*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Moh Mahfud MD, Sunaryati Hartono, Sidharta, Bernard L. Tanya, dan Anto F. Susanto. 2013. *Dekonstruksi Dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*. Yogyakarta: Thafa Media.
- M. Syamsudin. 2012. *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Munafrizal Manan. 2012. *Penemuan Hukum Oleh Hakim Mahkamah Konstitusi*. Bandung: Mandar Maju.
- Munir Fuady. 2009. *Teori Negara Hukum Modern*. Bandung: Refika Aditama.
- N.E. Algra dan Van Duyvendijk. 1983. *Mula Hukum*. diterjemahkan oleh J.C.T. Simorangkir dkk. Bandung: Bina Cipta.
- Peter Mahmud Marzuki. 2010. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Philip. M. Hadjon. 1987. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*. Surabaya: Bina Ilmu.
- Romli Atmasasmita. 2012. *Teori Hukum Integratif: Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum progresif*, (Yogyakarta: Genta Publishing.
- Satjipto Rahardjo. 2009. *Hukum progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- _____. 2006. *Ilmu Hukum*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- _____. 2010. *Sosiologi Hukum Esai-Esai Terpilih*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. 2010. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia bekerjasama dengan Asosiasi Hukum Acara Mahkamah Konstitusi.
- _____. 2006. *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- Sisworo Soeyono. 1998. *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*. Semarang: Penerbit Universitas Diponegoro.

- Sri Soemantri. 1986. *Hak Menguji Material di Indonesia*. Bandung: Alumni Bandung.
- Sri Sutatiek. 2013. *Menyoal Akuntabilitas Moral Hakim Pidana Dalam Memeriksa, Mengadili dan Memutus Perkara*. Yogyakarta: Aswaja Pressindo.
- Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. 1993. *Bab – Bab Tentang Penemuan Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Sugijanto Darmaji. 1998. *Kedudukan Hukum dalam Ilmu dan Filsafat*. Jakarta: Mandar Maju.
- Tjuk Wirawan. 2000. *Amputasi Hukum Suatu Upaya Para Birokrat Pembangunan*. Jember: Universitas Jember.
- Umar Sholehudin. 2011. *Hukum & Keadilan Masyarakat*. Malang: Setara Press.
- Widodo Dwi Putro. 2011. *Kritik Terhadap Paradigma Positivisme Hukum*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Widodo Ekatjahjana. 2010. *Penetapan dan Perubahan Konstitusi (Perspektif Historis Praktik Hukum Ketatanegaraan Indonesia)*. Jakarta: APHAMK Press.
- Yovitas A. Mangesti & Bernard L. Tanya. 2014. *Moralitas Hukum*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Yuliandri. 2013. *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Yang Baik (Gagasan Pembentukan Undang-Undang Berkelanjutan)*. Jakarta: RajaGrafindo Persada.

Makalah, Majalah, Jurnal dan Surat Kabar

- Abdul Mukhtie Fajar. 20 Februari 2010. *Mahkamah Konstitusi dan Perkembangan hukum di Indonesia*. Malang: Orasi ilmiah dalam rangka Dies Natalis Universitas Brawijaya ke-47.
- Al Khanif. 2011. *Konsep Kebebasan Beragama Berdasar Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Antara Teori dan Praktik)* dalam Jurnal Konstitusi. Pusat Kajian Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Jember. Volume III Nomor 1. Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

- Artidjo Alkostar. 2015. *Mencanda Hakim Agung Progresif dan Peran Komisi Yudisial*. makalah disampaikan di Komisi Yudisial Republik Indonesia. lihat www.komisiyudisial.org.
- Esmi Warrasih. 24 November 2007. *Mengapa Harus Legal Hermeneutics ?*, disampaikan pada seminar *Legal Hermetuics* sebagai alternatif Kajian Hukum, Fakultas Hukum Diponegoro Semarang.
- J.E Sahetapy. 2007. *Yang Memberi Teladan Dan Menjaga Nurani Hukum Dan Politik*. Jakarta: Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia.
- Jimly Asshiddiqie. 2008. *Menegakkan Tiang Konstitusi, Memoar Lima Tahun Kepemimpinan Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. di Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- Mahkamah Agung RI. 2006. *Pedoman Perilaku Hakim (Code of Conduct)*. Jakarta: Pusdiklat MA RI.
- Miftakhul Huda. 2009. *Ultra Petita*. Jakarta: Majalah Konstitusi BMK. No. 27. Maret.
- Munafrizal Manan. 26 Februari 2009. *Mahkamah Konstitusi dan Penafsiran Tekstual*. Tempo.
- Ni'matul Huda. Desember 2013. *Problematika Substantif Nomor 1 Tahun 2013 Tentang Mahkamah Konstitusi*. Jurnal Konstitusi Volume 10 Nomor 4.
- Pan Mohamad Faiz. 2009. *Mengawal Demokrasi Melalui Constitutional Review, Sembilan Pilar Demokrasi Putusan Mahkamah Konstitusi*.
- Saldi Isra dkk. 2010. *Perkembangan Pengujian Perundang-Undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berpikir Hukum Tekstual Ke Hukum Progresif)*. Padang: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia bekerjasama dengan Pusat Studi Konstitusi (PUSAKO) Fakultas Hukum Universitas Andalas.
- Satjipto Rahardjo. 2007. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Kompas.
- Satjipto Rahardjo. Semarang 18 Februari 2006. *Menuju Produk Hukum Progresif*. makalah diskusi terbatas Fakultas Hukum UNDIP.

- Satjipto Rahardjo. 2007. *Tidak Hanya Memeriksa dan Mengadili*. Harian Kompas, 2 November.
- Syukri Asy'ari. 2013. Meyrinda Rahmawaty Hilipito, dan Mohammad Mahrus Ali. *Model dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003-2012)*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- Widodo Ekatjahjana. 2010. *Menjaga Mahkamah Konstitusi dan Upaya Menegakkan Hukum Pemilu untuk Menangani Perkara Perselisihan Hasil Pemilu Pemilukada di Indonesia*. dalam Jurnal Konstitusi. Pusat Kajian Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Moch Sroedji. Volume I Nomor 2. Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Ensiklopedia

- Vernon (ed). 1987. *Blackwell's Encyclopedia of Political Science*. Blackwell: Oxford.

Peraturan Perundang – Undangan dan Putusan Mahkamah Konstitusi

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ;
- Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 93, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4311) ;
- Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316) ;
- Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 9, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4359) ;

- Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 125, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4437) ;
- Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 85, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4654) ;
- Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 176, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4437) ;
- Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 132, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5051) ;
- Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076) ;
- 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)
- Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – Undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 81, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5233) ;
- Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 58, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5679).
- Putusan MK nomor 14-17/PUU-V/2007 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil

Presiden, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan ;

Putusan MK nomor 102/PUU-VII/2009 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden ;

Putusan MK nomor 133/PUU-VII/2009 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi ;

Putusan nomor 138/PUU-VII/2009 mengenai Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Internet

<http://www.edisineews.com/berita-putusan-mk-di-bawah-mahfud-md-progresif.html>.

<http://www.indopos.co.id/index.php/arsip-berita-nasional/75-nasional-reviews/17614-menganuthukum-progresif.html>.

Turiman, *Memahami Hukum Progresif Prof Satjipto Rahardjo dalam Paradigma “Thawaf” (Sebuah Kontemplasi Bagaimana Mewujudkan Teori Hukum yang Membumi / Grounded Theory Meng – Indonesia)*, dalam <http://eprints.undip.ac.id>.