

Mahkamah Konstitusi dan Kebijakan Kriminal

Constitutional Court and Criminal Policy

Cholidin Nasir

Program Doktorat Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro
Jl. Imam Bardjo Nomor 1 Semarang Jawa Tengah
E-mail: cholidin70@gmail.com

Naskah diterima: 26/01/2018 revisi: 19/04/2018 disetujui: 05/06/2018

Abstrak

Dalam kaitannya dengan penafsiran, dapatkah Mahkamah Konstitusi menafsirkan suatu norma pidana dan dapatkah Mahkamah Konstitusi membuat hukum baru atas norma hukum pidana. Untuk menjawab masalah tersebut, digunakan penelitian hukum normatif, Penelitian hukum normatif atau kepustakaan tersebut mencakup: (1) penelitian terhadap asas-asas hukum, (2) penelitian terhadap sistematika hukum, (3) penelitian terhadap sinkronisasi vertikal dan horizontal, (4) perbandingan hukum, (5) sejarah hukum. Oleh karena itu, maka bahan yang digunakan adalah bahan sekunder yang dilakukan melalui penelitian kepustakaan (*library research*). Berdasarkan hasil penelitian tersebut, Mahkamah Konstitusi melakukan *judicial activism* ketika norma tersebut melanggar hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan Mahkamah Konstitusi melakukan *judicial restraint* ketika harus menyatakan sesuatu yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana.

Kata kunci: Mahkamah Konstitusi, Kebijakan Kriminal, *Judicial Activism*, *Judicial Restraint*.

Abstract

In relation to interpretation, can the Constitutional Court interpret a criminal norm and can the Constitutional Court make a new law on criminal law norms. To answer this problem, normative legal research is used. Normative legal research includes: (1) research on legal principles, (2) research on legal systematics, (3) research on vertical and horizontal synchronization, (4) comparison law, (5) legal history. Therefore, the materials used are secondary materials which are carried out through library research. Based on the results of the study, first: the Constitutional Court conducted judicial activism when the norm violated the constitutional rights of citizens guaranteed by the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia, second: the Constitutional Court conducted a judicial restraint when it had to declare something that was not a criminal act.

Keywords: *Constitutional Court, Criminal Policy, Judicial Activism, Judicial Restraint.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Dalam perjalanan memutus perkara, Mahkamah Konstitusi sering membuat banyak orang tercengang atau terkejut dengan putusan menguji norma undang-undang yang dimohonkan pengujian konstitusionalitasnya, baik putusan tersebut ditolak maupun dikabulkan, karena banyak kalangan akademisi yang memperdebatkannya, lebih-lebih apabila putusan Mahkamah Konstitusi tersebut mengabulkan permohonan.

Sehubungan dengan putusan Mahkamah Konstitusi, baik amar putusan tersebut menolak atau mengabulkan, dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi semata-mata sebagai penafsir akhir konstitusi yang merupakan kewenangan langsung yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 khusus Pasal 24C ayat (1) yang menyatakan:

“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.”¹

¹ Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dalam melaksanakan kewenangannya tersebut Mahkamah Konstitusi dituntut atau diperintahkan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 untuk menggunakan konstitusi sebagai hukum tertinggi yang juga merupakan hukum materiil sebagai dasar untuk menilai apakah undang-undang yang dibuat oleh pembentuk undang-undang, yaitu Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, termasuk memberi tafsir terhadap norma dari undang-undang agar tidak bertentangan atau supaya sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, baik memberi tafsir konstitusional bersyarat atau tidak konstitusional bersyarat terhadap suatu norma.

Praktik yang selama ini telah dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi adalah memberi tafsir terhadap suatu norma undang-undang agar terpenuhinya hak-hak konstitusional warga negara yang telah dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, seperti Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 4/PUU-VII/2009, tanggal 24 Maret 2009 memberi tafsir syarat pidana, karena norma "*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*" sebagai persyaratan untuk menjadi calon anggota DPD (Pasal 12 huruf g) dan sebagai persyaratan untuk menjadi bakal calon anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota [Pasal 50 ayat (1) huruf g], serta Pasal 58 huruf f UU 12/2008 mengenai persyaratan untuk calon kepala daerah dan wakil kepala daerah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia. Kemudian oleh Mahkamah permohonan Pemohon tersebut dikabulkan dengan memberi tafsir bahwa norma hukum tersebut adalah inkonstitusional apabila tidak dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

1. Berlaku bukan untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (*elected officials*) sepanjang tidak dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak pilih oleh putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
2. Berlaku terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun setelah mantan terpidana selesai menjalani pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
3. Kejujuran atau keterbukaan mengenai latar belakang jati dirinya sebagai mantan terpidana;
4. Bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

B. Perumusan Masalah

Permasalahan dalam penelitian ini, *pertama*: dalam kaitannya dengan penafsiran, dapatkah Mahkamah Konstitusi menafsirkan suatu norma pidana? *Kedua*, dapatkah Mahkamah Konstitusi membuat hukum baru atas norma hukum pidana?

C. Metode Penelitian

Berdasarkan ruang lingkup dan identifikasi masalah sebagaimana diuraikan di atas, penelitian ini akan menggunakan metode penelitian hukum normatif. Penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka, dapat dinamakan penelitian hukum normatif atau penelitian kepustakaan. Penelitian hukum normatif atau kepustakaan tersebut mencakup: (1) penelitian terhadap asas-asas hukum, (2) penelitian terhadap sistematika hukum, (3) penelitian terhadap sinkronisasi vertikal dan horizontal, (4) perbandingan hukum, (5) sejarah hukum.² Oleh karena itu, bahan yang digunakan adalah bahan sekunder yang dilakukan melalui penelitian kepustakaan (*library research*).

Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis-normatif dan akan memudahkan penelitian dalam mempelajari dasar-dasar atau landasan hukum sebagai bahan kajian. Pendekatan yang bersifat yuridis-normatif tersebut akan dilakukan dengan mempergunakan bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Dilihat dari sudut sifat informasi yang diberikan, maka bahan pustaka dapat dibagi dalam 2 kelompok, sebagai berikut: Bahan hukum primer adalah bahan pustaka yang berisikan pengetahuan ilmiah yang baru atau mutakhir ataupun pengertian baru tentang fakta yang diketahui maupun mengenai suatu gagasan, bahan ini mencakup peraturan perundang-undangan dan buku.

PEMBAHASAN

Mahkamah Konstitusi dibentuk dengan alasan karena adanya kebutuhan satu pengadilan yang secara khusus melakukan pengujian terhadap produk undang-undang yang bertentangan dengan undang-undang dasar/konstitusi. Ide pembentukan Mahkamah Konstitusi pertama kali dicetuskan oleh Hans Kelsen pada saat pembentukan Undang-Undang Dasar atau Konstitusi Federal Austria.

² Lihat, Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006, h. 13-14. Baca juga Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Peranan Perpustakaan di dalam Penelitian Hukum*, Jakarta: Pusat Dokumentasi Hukum Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1979, h. 15, Suratman dan H. Philips Dillah, *Metode Penelitian Hukum*, Bandung: Alfabeta, 2014, h. 54, Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 22.

Pada saat itu, Hans Kelsen mengusulkan dibentuknya suatu lembaga yang diberi nama '*Verfassungsgerichtshof*' atau Mahkamah Konstitusi. Gagasan Hans Kelsen tersebut kemudian diterima dan diadopsi ke dalam naskah Undang-Undang Dasar Federal Austria yang kemudian disahkan dalam Konvensi Konstitusi pada tanggal 1 Oktober 1920 sebagai Konstitusi Federal Austria.³

Kemungkinan munculnya konflik antara norma yang lebih tinggi dengan yang lebih rendah, menurut Hans Kelsen, bukan hanya terkait hubungan antara undang-undang dan putusan pengadilan, melainkan terkait juga dengan hubungan antara konstitusi dan undang-undang. Konflik tersebut merupakan permasalahan inkonstitusionalitas dari undang-undang sebab suatu undang-undang hanya berlaku dan dapat diberlakukan apabila sesuai dengan undang-undang dasar, dan sebaliknya tidak berlaku apabila bertentangan dengan undang-undang dasar, dan suatu undang-undang hanya sah jika dibuat berdasarkan undang-undang dasar. Oleh karena itu, diperlukan suatu pengadilan yang secara khusus memutus inkonstitusionalitas dari suatu undang-undang yang sedang berlaku.⁴ Terkait pengadilan dimaksud Hans Kelsen menyatakan:

“There may be a special organ established for this purpose, for instance, a special court, as so-called “constitutional court” or the control of the constitutionality of statutes, the so called “judicial review” may be conferred upon the ordinary court, and especially upon the supreme court.”⁵

Dengan demikian, jelas bahwa pembentukan Mahkamah Konstitusi adalah sebagai organ khusus untuk mengontrol konstitusionalitas undang-undang agar tidak bertentangan dengan undang-undang dasar. Apabila ternyata undang-undang tersebut bertentangan dengan undang-undang dasar/konstitusi maka Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk membatalkan undang-undang tersebut (*to annul a statute*) sebagaimana yang diutarakan oleh Hans Kelsen:

The application of the constitutional rules concerning legislation can be effectively guaranteed only if an organ other than the legislative body entrusted with the task of testing whether a law is constitutional, and of annulling it if according to the opinion of the organ it is “unconstitutional”. There may be a special organ established for this purpose, for instance, a special court, a so-called constitutional court.⁶

³ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cetakan Pertama, Jakarta: Konstitusi Press, 2005, h. 33

⁴ Hans Kelsen, *Op.Cit.*, h. 155.

⁵ *Ibid.*, h. 157.

⁶ *Ibid.*

Indonesia sebagai negara yang memiliki Mahkamah Konstitusi berdasarkan praktik setidaknya sudah tiga kali menyatakan undang-undang secara keseluruhan bertentangan dengan undang-undang dasar, antara lain, Undang-Undang Terorisme, Undang-Undang Ketenagalistrikan, Undang-Undang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, dan Undang-Undang Sumber Daya Air. Selain itu, berdasarkan praktik pula Mahkamah Konstitusi juga memberi tafsir terhadap suatu norma agar sesuai dengan undang-undang dasar, yaitu dengan menyatakan norma tersebut konstitusional bersyarat atau norma tersebut tidak konstitusional bersyarat. Sebelum lanjut membahas permasalahan yang menjadi inti permasalahan dari tulisan ini, perlu kiranya dijelaskan pengertian dari *conditionally constitutional/conditionally unconstitutional* dan pembentukan hukum baru dalam putusan Mahkamah Konstitusi.

Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 132/PUU-XIII/2015 bertanggal 5 April 2017 telah memberi pengertian terkait *conditionally constitutional/conditionally unconstitutional*, yaitu:

"... Suatu norma undang-undang hanya akan dinyatakan bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945, antara lain, apabila suatu norma dengan memperhatikan rumusnya berdasarkan suatu penafsiran hukum yang relevan, seharusnya mencakup hal atau keadaan lain yang menjadi bagian tak terpisahkan dari norma itu namun ternyata tidak terumuskan secara jelas dalam norma, atau, suatu norma undang-undang dirumuskan sedemikian rupa sehingga terdapat potensi pertentangan dengan norma lain, baik yang terdapat dalam undang-undang yang sama, maupun dalam undang-undang yang berbeda. Dalam keadaan demikianlah antara lain Mahkamah, dengan tidak mengambil alih kewenangan pembentuk undang-undang, akan menyatakan suatu norma undang-undang bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945 melalui suatu penafsiran hukum dan penafsiran konstitusi yang telah diakui keberlakuannya dan validitasnya..."⁷

Memperhatikan pertimbangan tersebut maka penafsiran norma oleh Mahkamah Konstitusi dilakukan apabila:

1. Terdapat hal atau keadaan lain yang menjadi bagian tidak terpisahkan dari norma tersebut namun tidak terumuskan secara jelas norma;
2. Terdapat suatu norma undang-undang dirumuskan sedemikian rupa sehingga terdapat potensi pertentangan dengan norma lain, baik yang terdapat dalam undang-undang yang sama, maupun dalam undang-undang yang berbeda.

⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015, bertanggal 5 April 2017, h. 51-55

Sehubungan dengan pengertian *conditionally constitutional/conditionally unconstitutional*, Martitah memberi pengertian *conditionally constitutional* ialah, suatu norma konstitusional bila dimaknai sesuai dengan tafsir Mahkamah dan *conditionally unconstitutional* ialah suatu norma tidak konstitusional atau bertentangan dengan undang-undang dasar bila dimaknai tidak sesuai dengan tafsir Mahkamah.⁸ Dengan demikian jelas bahwa dalam menjalankan kewenangannya, Mahkamah Konstitusi dapat memberi tafsir atas norma undang-undang dalam rangka pemenuhan hak konstitusional warga negara supaya tidak terlanggar oleh berlakunya suatu norma.

Adapun terkait dengan putusan Mahkamah Konstitusi yang membentuk hukum atau mengatur atau *positive legislature*, menurut Martitah⁹, dalam konteks Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang bersifat *positive legislature* adalah sebagai perwujudan diskresi yang tidak dapat digolongkan sebagai intervensi terhadap ranah legislasi – hal tersebut sejalan dengan pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam putusan Nomor 132/PUU-XIII/2015 – namun demikian harus ada batasannya, antara lain:

1. Hakim berpandangan masalah tersebut waktunya mendesak;
2. Akan terjadi kekosongan hukum jika tidak dibuat putusan yang mengatur;
3. Ada kemanfaatan, kemaslahatan, dan keadilan substantif yang didasarkan pada tuntutan dan kebutuhan masyarakat yang ingin dicapai.

Dengan demikian, meskipun hakim Mahkamah Konstitusi memiliki diskresi untuk memutus dengan membuat norma baru atau norma yang bersifat mengatur atau *positive legislature* tetap ada batasan agar Mahkamah Konstitusi tidak mengambil alih kewenangan legislatif atau pembentuk undang-undang.

Dalam kaitannya dengan hakim memutus suatu perkara, sesuai praktik paling tidak dikenal dua aliran yaitu *judicial activism* dan *judicial restraint*.¹⁰ Sehubungan dengan *judicial activism* maupun *judicial restraint* perlu kiranya diuraikan sedikit mengenai *judicial activism* dan *judicial restraint*, meskipun sudah banyak yang menuliskan tentang kedua hal tersebut, penjelasan akan hal itu diperlukan agar terlihat benang merah yang menghubungkan putusan Mahkamah Konstitusi dengan kedua aliran dimaksud.

⁸ Martitah, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature*. Cetakan 1, Jakarta: Konstitusi Press, 2013, h. 299.

⁹ *Ibid*, h. 265 – 266.

¹⁰ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 619-624.

Judicial activism

Black's Law Dictionary, memberi pengertian *judicial activism* adalah:

*A philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, usu. With the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent.*¹¹

Sementara menurut Ralph C. Chandler et.al., dalam kaitannya dengan putusan memberi pengertian *judicial activism* adalah:

*An approach to appellate decision making associated with activist behavior by members of the United States Supreme Court. Judicial activism sees the appellate courts as playing an affirmative policy role. Judicial activism are inclined to find constitutional violations, and they sometimes invalidate legislative and executive policy initiatives.*¹²

Berdasarkan kedua pengertian di atas maka tergambar bahwa dalam aliran *judicial activism* para hakim berperan aktif membuat diskresi dalam putusan-putusan yang dibuatnya. Hal itu jelas menuai kritikan bahwa *judicial activism* menggerogoti kewenangan pembentuk undang-undang atau legislasi, namun ada hal menarik dari pandangan Robert Lowry Clinton terkait dengan *judicial activism*, menurut beliau *judicial activism* antara lain adalah:

*An approach that 'sets the law beside the constitution' for constitutional decision making is one of the intellectual hallmarks of modern judicial review and leads inexorably to judicial activism.*¹³

Dengan demikian, *judicial activism* adalah konsekuensi logis dari “sets the law beside the constitution” – istilah yang digunakan oleh Robert Lowry Clinton – dalam pembuatan keputusan yang berkaitan dengan konstitusi yang dinilai sebagai salah satu penanda intelektual penting dalam pemikiran modern pengujian undang-undang.

Selain Robert Lowry Clinton, E.W Thomas menyatakan bahwa *judicial activism* adalah:

*A judge who is aware that the law's dynamic is irreversible simply because the society it serves is forever changing will necessarily develop the law so as so to keep it abreast of those changes.*¹⁴

¹¹ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West Group: St. Paul Minn, 1999, h. 850.

¹² Ralph C. Chandler et.al., *The Constitutional Law Dictionary, Volume I.: Individual Rights*, Clio Press Ltd: Oxford, 1985, h. 428.

¹³ Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Kansas: University Press of Kansas, 1989, h. 23.

¹⁴ E.W. Thomas, *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical and Principles*, Cambridge University Press: Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town-Singapore-Sau Pãulo, 2005, h. 95.

Dengan demikian, berdasarkan pandangan aliran *judicial activism* maka hakim dituntut untuk membuat hukum sesuai dengan tuntutan perubahan abadi yang terjadi dalam masyarakat melalui putusannya.

Judicial Restraint

Berbeda dengan aliran *judicial activism*, aliran *judicial restraint*, merupakan implementasi dari penerapan prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*).¹⁵ Dalam doktrin *judicial restraint*, pengadilan harus dapat melakukan pengekangan diri dari kecenderungan ataupun dorongan untuk bertindak layaknya sebuah “*miniparliament*”.¹⁶ Salah satu bentuk tindakan pengadilan yang dapat dikategorikan sebagai tindakan parlemen adalah membentuk norma hukum baru ketika memutuskan sebuah perkara *judicial review*.

Black’s *Law Dictionary*,¹⁷ memberi pengertian *judicial restraint* adalah:

1. *A restraint imposed by a court, as by a restraining order, injunction, or judgement.*
2. *The principle that, when a court can resolve a case based on a particular issue, it should do so, without reaching unnecessary issues.*
3. *A philosophy of judicial decision-making whereby judges avoid indulging their personal beliefs about the public good and instead try merely to interpret the law as legislated and according to precedent.*

Sementara Rebecca Zietlow mengungkapkan bahwa *judicial restraint* adalah:

*Restrained judges recognize the institutional advantages of the political branches when they create law, and respect their authority to do so. Judicial restraint is thus “rooted in a majoritarian conception of American democracy”. Hence, judges should use judicial restraint whenever possible*¹⁸

Adapun Ralph C. Chandler et.al., memberi pengertian *judicial restraint* adalah:

A philosophy and style of judicial decision making that minimizes the extent to which judges apply their¹⁹ personal views to the legal judgments they render... The term describes a self-imposed limitation seen by judges who practice it as the decision-making approach most compatible with democratic principles.

¹⁵ Philip A. Talmadge, “Understanding the Limit of Power: Judicial Restraint in General Jurisdiction Court Systems”, *Seattle University Law Review*, Nomor 695, 1999, h. 711.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary, Op.Cit.*, h. 852.

¹⁸ Rebecca E. Zietlow, “*The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters)*”, Presented Essay on meeting of the Law and Society Association, Toledo, 2006, h. 9.

¹⁹ Ralph C. Chandler et.al., *Op.Cit.*, h. 430.

Berdasarkan beberapa pengertian di atas maka *judicial restraint* merupakan implementasi dari pengakuan dan penghormatan hakim kepada cabang kekuasaan politik sebagai cabang kekuasaan yang berwenang untuk membentuk hukum dalam kerangka demokrasi. Oleh karena itu, menurut Rebecca A. Zietlow, hakim atau pengadilan sebaiknya menerapkan *judicial restraint* kapanpun dimungkinkan.²⁰

Dengan demikian sesuai uraian mengenai *judicial activism* dan *judicial restraint* di atas kemudian dihubungkan dengan praktik Mahkamah Konstitusi memutus perkara, menurut penulis berdasarkan hasil yang diteliti dan dibaca oleh penulis maka terdapat benang merah yang menggambarkan hubungan antara keduanya, seperti dalam tabel matrik di bawah ini:

Tabel 1
Substansi *Judicial Activism* Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan		<i>Judicial Activism</i>	
<i>Conditionally constitutional</i>	<i>Conditionally unconstitutional</i>	Pembentukan hukum baru	Putusan-putusan tersebut merupakan bentuk <i>judicial activism</i> dalam rangka pemenuhan hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh UUD 1945
Putusan Nomor 10/PUU-VI/2008	Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009	Putusan Nomor 5/PUU-V/2007	
Putusan Nomor 49/PUU-VIII/2010		Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009	
Putusan Nomor 115/PUU-VIII/2009		Putusan Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009	
Putusan Nomor 147/PUU-VIII/2009		Putusan Nomor 11/PUU-VIII/2010	
Putusan Nomor 42/PUU-XIII/2015			

Sumber: diolah oleh penulis

²⁰ Rebecca E. Zietlow, *Op.Cit.*

Sesuai data tersebut di atas, jelas bahwa dalam memutus suatu perkara Mahkamah Konstitusi demi pemenuhan hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 telah melakukan *judicial activism*, pertanyaan selanjutnya adalah apakah terhadap norma pidana Mahkamah Konstitusi juga melakukan *judicial activism* dan *judicial restraint*?

Untuk mengetahui hal tersebut, sesuai data putusan yang diteliti oleh penulis dari beberapa putusan ternyata terkait dengan norma pidana terdapat beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang secara substansi bentuknya merupakan *judicial activism* dan putusan yang substansi bentuknya merupakan *judicial restraint*, sebagaimana tabel matrik di bawah ini:

Tabel 2
Substansi *Judicial Activism* dan *Judicial Restraint* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan	<i>Judicial Activism</i>	Putusan	<i>Judicial Restraint</i>
013/PUU-I/2003	Putusan-putusan tersebut secara substansi merupakan putusan yang berbentuk <i>judicial activism</i> dalam norma pidana	14/PUU-VI/2008	Putusan-putusan tersebut secara substansi merupakan putusan yang berbentuk <i>judicial restraint</i> dalam norma pidana
013-022/PUU-VI/2006		132/PUU-XIII/2015	
4/PUU-V/2007		46/PUU-XIII/2015	
6/PUU-V/2007			
40/PUU-X/2012			
86/PUU-X/2012			
110/PUU-X/2012			
1/PUU-XI/2013			
31/PUU-XIII/2015			

Sumber: diolah oleh penulis

Berdasarkan uraian di atas perlu diulas beberapa putusan sebagaimana tersebut dalam tabel di atas, guna melihat kriteria putusan Mahkamah Konstitusi yang bagaimanakah yang substansinya merupakan *judicial activism* dan yang substansinya *judicial restraint* dalam kaitannya dengan norma pidana.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003²¹

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003 menguji Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti

²¹ Baca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003.

Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 menjadi Undang-Undang yang diundangkan pada tanggal 4 April 2003. Dalam perkara tersebut, Pemohon mendalilkan selaku warga negara Indonesia yang juga seorang terdakwa dalam kasus peledakan bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002, menganggap hak-hak konstitusionalnya dirugikan oleh Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003, yaitu hak yang diatur dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan:

“Hak untuk hidup hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”.

Menurut Pemohon, peristiwa bom di Bali terjadi pada tanggal 12 Oktober 2002, namun dalam kasus Pemohon diterapkan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 yang diundangkan pada tanggal 4 April 2003.

Terhadap hal tersebut, Mahkamah Konstitusi kemudian memberi pertimbangan yang antara lain, pada pokoknya:

“... bahwa pemberlakuan prinsip retroaktif dalam hukum pidana hanyalah merupakan suatu pengecualian yang hanya dibolehkan dan diberlakukan pada perkara pelanggaran HAM berat (gross violation on human rights) sebagai kejahatan yang serius, yang merupakan jaminan terhadap hak-hak yang tidak dapat dikurangi (non-derogable rights). Sementara itu, yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat menurut Statuta Roma Tahun 1998 adalah kejahatan 43 genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, dan kejahatan agresi; sedangkan menurut Pasal 7 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat adalah hanya kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Dengan demikian, baik merujuk kepada Statuta Roma Tahun 1998, maupun Undang-Undang No. 39 Tahun 1999, peristiwa peledakan bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 belumlah dapat dikategorikan sebagai kejahatan yang luar biasa (extraordinary crime) yang dapat dikenai prinsip hukum retroaktif, melainkan masih dapat dikategorikan sebagai kejahatan biasa (ordinary crime) yang sangat kejam, tetapi masih dapat ditangkal dengan ketentuan hukum pidana yang ada. Perpu No. 1 Tahun 2002 dan Perpu No. 2 Tahun 2002 mendapat banyak tantangan, karena secara legal formal digunakannya

asas retroaktif sebenarnya tidak dapat diterapkan, sebab terorisme tidak termasuk kategori kejahatan yang bisa diterapkan asas retroaktif (Posisi Paper YLBHI, No. 1, Desember 2002). Apabila terorisme dipandang telah bertentangan dengan hak asasi manusia (HAM), namun ketentuan dan tindakan hukum untuk memberantasnya juga tak dapat mengesampingkan HAM, sebab di Amerika Serikat sendiri terdapat penilaian bahwa Terrorism Law is major setback for civil liberties..”

Dengan demikian, menurut Mahkamah Konstitusi, mempidanakan seseorang dengan undang-undang yang berlaku surut bertentangan dengan hak konstitusional yang dijamin dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, terlebih lagi dengan merujuk kepada Statuta Roma Tahun 1998, maupun Undang-Undang No. 39 Tahun 1999, peristiwa peledakan bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 belumlah dapat dikategorikan sebagai kejahatan yang luar biasa (*extraordinary crime*) yang dapat dikenai prinsip hukum retroaktif, melainkan masih dapat dikategorikan sebagai kejahatan biasa (*ordinary crime*) yang sangat kejam, tetapi masih dapat ditangkal dengan ketentuan hukum pidana yang ada.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 40/PUU-X/2012²²

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 40/PUU-XI/2012 menguji Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pemohon dalam perkara tersebut mendalilkan sebagai perseorangan warga negara Indonesia yang berprofesi sebagai tukang gigi yang telah dirugikan hak konstitusionalnya yang dijamin dalam Pasal 27 ayat (2) dan Pasal 28D ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 akibat berlakunya ketentuan Pasal 73 ayat (2) dan Pasal 78 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran tersebut; Menurut Pemohon norma yang terkandung dalam Pasal 73 ayat (2) Undang-Undang *a quo* bersifat multitafsir karena tidak saja melarang dokter/dokter gigi gadungan membuka praktik ilegal, namun perumusan pasal *a quo* justru berdampak pada semua bidang pekerjaan khususnya pekerjaan tukang gigi.

Terhadap dalil Pemohon tersebut, Mahkamah Konstitusi mempertimbangkan yang pada pokoknya antara lain, bahwa Pasal 27 ayat (2) UUD 1945 secara tegas menyatakan tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang

²² Baca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 40/PUU-X/2012.

layak bagi kemanusiaan. Hal ini ini berarti negara melindungi hak atas pekerjaan setiap warga negaranya dalam rangka mendapatkan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan. Perlindungan negara atas suatu pekerjaan dan memperoleh penghidupan yang layak bagi kemanusiaan merupakan implementasi dari hak asasi setiap orang untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja. Dengan demikian menurut Mahkamah Konstitusi dalam hal perlindungan negara atas suatu pekerjaan dan hak untuk mendapatkan imbalan tidak diterapkan secara diskriminatif dalam artian memberikan perlakuan yang istimewa terhadap pekerjaan tertentu saja dan mengabaikan atau menghapuskan jenis pekerjaan yang lain tanpa memberikan solusi atau penyelesaian yang jelas dari negara;

Bahwa menurut Mahkamah Konstitusi penghapusan pekerjaan tukang gigi dengan alasan karena pekerjaan tersebut berisiko sehingga hanya dapat dilakukan oleh tenaga yang berkompeten bukan merupakan penyelesaian yang tepat, karena selain keberadaan pekerjaan tukang gigi telah lebih dahulu ada sebelum adanya kedokteran gigi di Indonesia, keberadaan tukang gigi dapat menjadi alternatif lain bagi masyarakat untuk mendapatkan pelayanan kesehatan gigi yang terjangkau. Terlebih hingga saat ini Pemerintah belum dapat menyediakan pelayanan gigi yang terjangkau bagi seluruh masyarakat. Penyimpangan maupun pelanggaran yang dilakukan oleh tukang gigi ataupun juga karena terbatasnya kemampuan yang dimiliki oleh tukang gigi dalam menjalankan pekerjaannya dapat diselesaikan melalui pembinaan, perizinan, dan pengawasan. Menurut Mahkamah profesi tukang gigi dapat dimasukkan/dikategorikan dalam satu jenis pelayanan kesehatan tradisional Indonesia yang harus dilindungi oleh negara dalam suatu peraturan tersendiri. Dengan dasar pertimbangan tersebut Mahkamah Konstitusi kemudian berpendapat Pasal 73 ayat (2) Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat yaitu bertentangan dengan konstitusi jika larangan dalam pasal tersebut diberlakukan terhadap tukang gigi yang telah memiliki ijin dari Pemerintah;

Adapun terkait dengan Pasal 78 Undang-Undang *a quo* oleh karena mengatur norma sanksi terhadap pelanggaran Pasal 73 ayat (2) Undang-Undang *a quo* maka norma yang termuat dalam Pasal 78 merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dari Pasal 73 ayat (2) Undang-Undang *a quo*, sehingga Pasal 78 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 juga harus dinyatakan konstitusional

bersyarat, yaitu konstitusional sepanjang norma dalam Pasal 78 Undang-Undang *a quo* tidak termasuk tukang gigi yang mendapat ijin dari Pemerintah.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-VI/2008²³

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-VI/2008, di antaranya menguji Pasal Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 311 ayat (1) KUHP. Menurut Pemohon pasal tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sehingga Pemohon memohon agar menyatakan bahwa Pasal 310 ayat (1) KUHP sepanjang anak kalimat "*pidana penjara paling lama sembilan bulan atau*", Pasal 310 ayat (2) KUHP sepanjang anak kalimat "*pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau*", Pasal 311 ayat (1) KUHP sepanjang anak kalimat "*dengan pidana penjara paling lama empat tahun*" bertentangan dengan Pasal 28E ayat (2), Pasal 28E ayat (3) dan Pasal 28F Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Terkait hal tersebut Mahkamah kemudian mempertimbangkan yang pada pokoknya antara lain, bahwa:

"... Mahkamah juga tidak berwenang mengubah jenis pidana yang terdapat dalam Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 311 ayat (1) KUHP, sebagaimana dimohon oleh Pemohon dalam petitum-nya. Hal itu adalah kewenangan pembentuk undang-undang melalui legislative review..."

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015²⁴

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015 adalah menguji Pasal 296 dan Pasal 506 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pemohon mendalilkan Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 karena pelakunya tidak hanya orang yang memudahkan perbuatan cabul tetapi juga terdapat dua orang yang melakukan perbuatan cabul (perempuan dan laki-laki dewasa tanpa hubungan pernikahan melakukan perzinahan), sehingga seharusnya dua orang pelaku cabul tersebut juga dipidana dengan menafsirkan Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP tersebut.

Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangannya menyatakan pada pokoknya, antara lain, bahwa menyatakan suatu perbuatan yang semula bukan perbuatan

²³ Baca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-VI/2008.

²⁴ Baca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015.

pidana kemudian menjadi pidana merupakan kewenangan dari pembuat kebijakan kriminal dalam hal ini pembentuk undang-undang. Sementara Mahkamah Konstitusi berdasarkan doktriner dibentuk hanya untuk menyatakan batal suatu undang-undang. Hal ini dimaksudkan agar ada perbedaan kewenangan antara legislatif (DPR) dengan yudikatif atau (Mahkamah Konstitusi). Selain itu, berdasarkan doktriner pula agar Mahkamah Konstitusi tidak menjadi *mini parliament*, sehingga terhadap permohonan Pemohon tersebut Mahkamah Konstitusi tidak dapat menyatakan perbuatan suka sama suka yang dilakukan oleh perempuan dan laki-laki dewasa baik perempuan atau laki-laki tersebut belum menikah atau sudah menikah tidak dapat dinyatakan sebagai perbuatan pidana oleh Mahkamah Konstitusi;

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XIV/2016²⁵

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XIII/2015 adalah menguji Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Menurut para Pemohon pada pokoknya adalah rumusan delik dalam pasal yang dimohonkan pengujian sudah tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat dan nilai-nilai agama, sehingga memohon Mahkamah Konstitusi memberi tafsir terhadap perbuatan yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana;

Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia dalam pertimbangannya menyatakan yang pada pokoknya, antara lain, bahwa pendirian Mahkamah Konstitusi mengenai suatu perbuatan yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana merupakan kewenangan pembentuk undang-undang, benar Mahkamah Konstitusi dalam putusan-putusannya dapat memberi tafsir terhadap suatu norma pasal, tetapi tidak untuk norma pidana karena kata undang-undang dalam Pasal 1 KUHP merupakan makna sesungguhnya yaitu undang-undang tertulis yang dibuat oleh pembentuk undang-undang. Dengan demikian, maka Mahkamah Konstitusi tidak berwenang menyatakan suatu perbuatan sebagai perbuatan pidana melainkan kewenangan dari negara dalam hal ini DPR bersama Presiden.

Berdasarkan data beberapa putusan tersebut, ternyata Mahkamah Konstitusi telah membuat putusan yang secara substansi merupakan *judicial activism* dan putusan yang secara substansi merupakan *judicial restraint*. Dari beberapa putusan

²⁵ Baca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-IV/2008.

tersebut dapat diketahui bahwa Mahkamah Konstitusi dalam kaitannya dengan norma pidana akan mengabulkan permohonan Pemohon ketika ternyata norma pidana tersebut melanggar hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 baik norma tersebut dibatalkan secara keseluruhan maupun norma tersebut dinyatakan konstitusional bersyarat maupun tidak konstitusional bersyarat akan tetapi tidak membuat norma baru yang menyatakan satu perbuatan yang semula bukan merupakan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana.

Adapun dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi mengenai norma terkait dengan suatu perbuatan pidana ialah bahwa berdasarkan sejarah pembentukannya, Mahkamah Konstitusi adalah lembaga yang mengadili suatu undang-undang, apakah bertentangan dengan undang-undang dasar atau tidak, ketika suatu undang-undang dinyatakan bertentangan dengan undang-undang dasar maka undang-undang tersebut batal demikian pula sebaliknya apabila undang-undang tersebut tidak bertentangan dengan undang-undang dasar maka undang-undang tersebut tetap berlaku. Berdasarkan doktrin, Mahkamah Konstitusi tidak dapat menjadi lembaga legislatif, itulah mengapa kewenangan Mahkamah Konstitusi hanya membatalkan satu undang-undang. Hal tersebut dimaksudkan agar Mahkamah Konstitusi tidak mengambil alih kewenangan dari pembentuk undang-undang atau legislatif supaya Mahkamah Konstitusi tidak menjadi *mini parliament*. Hal itu sejalan dengan ajaran yang terdapat dalam teori negara hukum, yaitu konstitusionalisme atau pembatasan kekuasaan. Terkait dengan konstitusionalisme para ahli berpendapat sebagai berikut:

Carl J. Friedrich seperti dikutip oleh Miriam Budiardjo, memberi tafsiran kepada konstitusionalisme sebagai suatu gagasan pemerintahan yang di dalamnya merefleksikan:

“a set of activities organized by and operated on behalf of the people, but subject to a series of restraints which attempt to ensure that the power which is needed for such governance is not abused by those who are called upon to do the governing.”²⁶

Jhon Alder, mengungkapkan bahwa konstitusionalisme adalah:

“the concepts of the rule of law and the separation of powers are aspects of the wider notion of ‘constitutionalism’, that is, the idea that governmental power should be limited by law.”²⁷

²⁶ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (edisi revisi), Jakarta: Gramedia, 2008, h. 171

²⁷ Jhon Alder, *Constitutional and Administrative Law*, London: Macmillan Education LTD, 1989, h. 39.

Sementara menurut Daniel S. Lev dalam studinya mengenai konstitusionalisme Indonesia dan Malaysia memaknai konstitusionalisme sebagai suatu proses politik—baik dengan atau tanpa konstitusi tertulis—yang sedikit banyak berorientasi pada aturan dan institusi publik, yang dimaksudkan untuk menentukan batas penggunaan kekuasaan politik. Lebih lanjut dikatakan oleh Daniel S. Lev, konstitusionalisme, yang memiliki kedudukan di atas *rule of law* dan *rechtstaat*, adalah suatu paham ‘negara terbatas’, dimana kekuasaan politik resmi dikelilingi oleh hukum yang akan mengubah kekuasaan menjadi wewenang yang ditentukan secara hukum, sehingga pada intinya konstitusionalisme adalah suatu proses hukum yang mengatur masalah pembagian kekuasaan dan wewenang.²⁸

Selanjutnya William G. Andrews, seperti dikutip oleh Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa salah satu fungsi konstitusi adalah menentukan pembatasan terhadap kekuasaan sebagai suatu fungsi konstitusionalisme, selengkapnya William G. Andrews menyatakan:

“The constitution imposes restraint on government as a function of constitutionalism; but also legitimizes the power of the government. It is the documentary instrument for transfer of authority from the residual holders –the people under democracy, the king under monarchy- to the organ of State power.”²⁹

Dengan mendasarkan pada pandangan para ahli di atas, dapat disimpulkan bahwa konstitusionalisme adalah pembatasan kekuasaan politik berdasarkan kewenangan yang telah ditentukan dalam undang-undang dasar.

Dalam konteks Indonesia, Jimly Asshiddiqie menguraikan, bahwa konsensus yang menjaga tegaknya konstitusionalisme Indonesia adalah lima prinsip dasar Pancasila, yang berfungsi sebagai landasan filosofis-ideologis dalam mencapai dan mewujudkan empat tujuan negara. Kelima prinsip dasar tersebut adalah: (1) ke-Tuhanan yang Maha Esa; (2) Kemanusiaan yang Adil dan Beradab; (3) Persatuan Indonesia; (4) Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan Perwakilan; dan (5) Keadilan Sosial bagi Seluruh Rakyat Indonesia. Sedangkan keempat tujuan negara yang mesti dicapai meliputi: (1) melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia; (2) meningkatkan kesejahteraan umum; (3) mencerdaskan kehidupan bangsa; dan

²⁸ Daniel S. Lev, *Gerakan Sosial, Konstitusionalisme dan Hak Asasi*, dalam Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia: Kesenambungan dan Perubahan*, Jakarta: LP3ES, 1990, h. 513-515.

²⁹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, cetakan pertama, 2005, h. 29.

(4) ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.³⁰

Dengan demikian, berdasarkan ajaran atau paham konstitusionalisme maka kewenangan Mahkamah Konstitusi pun harus dibatasi agar tidak melampaui kewenangan yang sudah ditentukan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Hal itu sejalan dengan doktrin pembentukan Mahkamah Konstitusi adalah sebagai *negative legislator*, seperti yang telah diutarakan sebelumnya.

Selain itu, menyatakan suatu perbuatan yang semula bukan merupakan tindak pidana atau delik menjadi perbuatan pidana atau delik, Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana(KUHP) menyatakan:

“Ayat (1), Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada”

Ayat (2), Bilamana ada perubahan dalam perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan, maka terhadap terdakwa diterapkan ketentuan yang paling menguntungkannya.

Ketentuan tersebut secara *expresis verbis* menyatakan:

- a. Perbuatan pidana harus ada terlebih dahulu dalam undang-undang
- b. Tidak boleh memberlakukan surut perbuatan pidana.

Dalam bahasa latin hal itu dikenal dengan *nullum crimen, noela poena sine lege praevia*. Apabila ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut dikaitkan dengan siapa yang membuat undang-undang maka yang berwenang untuk menentukan satu perbuatan merupakan perbuatan pidana adalah pembentuk undang-undang dalam hal ini Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden.

Dalam kaitannya dengan menentukan suatu perbuatan merupakan perbuatan pidana tidak dapat dilepaskan dari politik hukum pidana yang merupakan bagian dari kebijakan kriminal, hal ini dapat terlihat dari tujuan penanggulangan kejahatan yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan yang merupakan hasil kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki. Mengenai kebijakan kriminalisasi,

³⁰ Adnan Buyung Nasution, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia: Studi Sosio Legal atas Konstituante 1956-1959*, Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 1995, h. 26-27.

Barda Nawawi Arief³¹ merumuskan kebijakan kriminalisasi merupakan suatu kebijakan dalam menetapkan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana (tidak dipidana) menjadi suatu tindak pidana (perbuatan yang dapat dipidana). Badan-badan negara yang berwenang menetapkan peraturan tersebut adalah para legislator yang dalam konteks Indonesia adalah Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden.

KESIMPULAN

Bahwa berdasarkan uraian dalam pembahasan di atas kemudian dihubungkan aliran *judicial activism* dan *judicial restraint*, sesuai praktik yang terjadi di Mahkamah Konstitusi sudah menerapkan kedua aliran tersebut, *judicial activism* dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi guna memenuhi hak konstitusional warga negara Indonesia yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Namun Mahkamah Konstitusi membatasi dirinya ketika harus menyatakan suatu perbuatan yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana dengan alasan, apabila hal itu dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi maka itu artinya Mahkamah Konstitusi telah bertindak selaku pembentuk undang-undang karena hanya negara lah yang berhak menentukan suatu perbuatan merupakan perbuatan pidana atau delik, meskipun dalam praktiknya Mahkamah Konstitusi telah membuat terobosan dengan membentuk hukum baru namun tidak untuk menyatakan suatu perbuatan yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Asshiddiqie, Jimly, 2005, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cetakan Pertama, Jakarta: Konstitusi Press.

_____, 2005, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, cetakan pertama.

Arief, Barda Nawawi, 2002, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

³¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti: Bandung. 2002, h. 126.

- Alder, Jhon, 1989, *Constituional and Administrative Law*, London: Macmillan Education LTD.
- Budiardjo, Miriam, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (edisi revisi), Jakarta: Gramedia.
- Chandler, Ralph C. *et.al.*, *The Constitutional Law Dictionary, Volume I, 1985: Individual Rights*, Clio Press Ltd:Oxford.
- Clinton, Robert Lowry, 1989, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas: Kansas.
- Garner, Bryan A., 1999, *Black's Law Dictionary*, West Group: St. Paul Minn.
- Kelsen, Hans, 1961, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, New York: Russell & Russell.
- Lev, Daniel S., 1990, *Gerakan Sosial, Konstitusionalisme dan Hak Asasi*, dalam Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia: Kesenambungan dan Perubahan*, Jakarta: LP3ES,
- Martitah, 2013, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature. Cetakan 1*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Nasution, Adnan Buyung, 1995, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia: Studi Sosio Legal atas Konstituante 1956-1959*, Jakarta: Pustaka Utama Grafiti.
- Thomas E.W., 2005, *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical and Principles*, Cambridge University Press: Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town-Singapore-Sau Pãulo.

Jurnal

- Chalid, Hamid, 2017, "Dualism of Judicial Review in indonesia: Problems and Solutions", *Indonesia Law Review*, Volume 7 Number 3, September - December, h. 367-394.
- Talmadge, Philip A., 1999, "Understanding the Limit of Power: Judicial Restraint in General Jurisdiction Court Systems", *Seattle University Law Review*, Nomor 695, h. 695-739.
- Zietlow, Rebecca E., 2006, "The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters)", *Presented Essay on meeting of the Law and Society Association*, Toledo.

Undang-Undang

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi:

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 40/PUU-X/2012

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-VI/2008

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-IV/2008