



## **Menguji ‘Positive Legislature’ sebagai Kewenangan Mahkamah Konstitusi**

*To Examine ‘Positive Legislature’ as the Power of  
Constitutional Court*

**Kamaruddin Jafar**

*Dosen Fakultas Hukum Universitas Halu Oleo*

*E-mail: kamaruddinjafar.88@gmail.com*

**Abstract:** *The inclination of positive legislature seemingly existed in Constitutional Court that excepted for authentic authority. However, the Constitution 1945 highlighted that Constitutional Court, as Judicial Institution, has only given the power in order to examine legislation norms. It is still being debated among constitution scholars, especially who agreed and not agreed with.*

*This remark has convinced the opinion that a positive legislature is not the power of Constitutional Court. The concept of Trias Politica has affirmed to reject the idea. This concept has created a collision between law and justice that have a disagreement which is requiring the practice of positive legislature in the legal standing of Constitutional Court that examined legislation norms.*

**Keyword:** *Examine, Positive Legislature, Constitutional Court power.*

**Abstrak:** *Kecenderungan positive legislature nampak hadir dalam kewenangan MK selain otoritas otentik negative legislature, meskipun UUD 1945 telah menetapkan garis konstitusionalitasnya bahwa MK sebagai lembaga peradilan hanya diberikan kekuasaan untuk menguji konstitusionalitas Norma undang-undang. pandangan berbeda terjadi oleh pakar hukum tata negara antara pihak yang membolehkan dan pihak lain yang menegaskannya.*

*Ulasan ini meyakini pandangan bahwa positive legislature tidak menjadi bagian dari kewenangan Mahkamah Konstitusi. teori Trias Politica mengafirmasi penolakan ini. benturan konsepsional antara hukum dan keadilan menjadi pandangan yang bersebrangan yang menghendaki penggunaan positive legislature dalam kedudukan MK menguji konstitusionalitas norma undang-undang.*

**Kata kunci:** *Menguji, Postive Legislature, Kewenangan Mahkamah Konstitusi.*

## **PENDAHULUAN**

Debat akademis perihal kemungkinan penggunaan *positive legislature* oleh Mahkamah Konstitusi dalam mengadili *judicial review* berlanjut hingga Putusan MK dalam perkara 46/MK/TAHUN 2017 yang memberi penolakan untuk memberi tafsir atas pasal 284, 285 dan 292 KUH Pidana, karena menurutnya Penolakan itu didasarkan pada alasan bahwa Mahkamah Konstitusi hanya memiliki kewenangan *negative legislature* saja, sehingga tidak dapat mengabulkan permohonan pemohon untuk memperluas tafsir atas rumusan norma dalam pasal dimaksud. Atas hal tersebut terjadi perbedaan pendapat di kalangan pemikir hukum ketatanegaraan pada dua kutub pro-kontra, yang menerima dan menolak kemungkinan *positive legislature* dalam meletakkan konstitusionalitas norma sebuah sengketa *Judicial Review*. Tulisan ini pun bermaksud sama, hendak berbagi pikiran atas *topical* tersebut dalam beberapa sudut pandang.

## **METODE PENELITIAN**

Tipe penelitian ini adalah penelitian hukum normatif. Menurut Bernard Arief Sidharta bahwa penelitian hukum normatif (dogmatik hukum, *rechtsdogmatiek*), kegiatan ilmiahnya mencakup inventarisasi, memaparkan, interpretasi, dan sistematisasi termasuk evaluasi keseluruhan hukum positif (teks otoritatif) yang berlaku dalam masyarakat atau negara. Jenis data yang digunakan adalah data sekunder yaitu data penelitian yang diperoleh dari kepustakaan. Pengumpulan data dalam penelitian dilakukan dengan metode dokumentasi, dan alat mengumpulkan data dilakukan melalui studi dokumen. Metode yang dipakai menganalisis data adalah metode kualitatif yaitu suatu analisis secara mendalam dan komprehensif.

## **ANALISIS DAN PEMBAHASAN**

### **Peraturan, Keputusan dan Putusan**

Teori klasik Trias Politika Montesquieu telah menancapkan Teorisasi fundamental ketatanegaraan dengan mengemukakan organisasi kekuasaan sebuah negara atas kekuasaan legislatif, Eksekutif dan Yudikatif. Kekuasaan Legislatif yang membentuk Peraturan, eksekutif mengeluarkan keputusan dan Putusan sebagai produk Yudikatif. Montesquieu memahamkan bahwa Hubungan ketiga kekuasaan itu diletakkan terpisah, yang kemudian dikenal dalam konsepsi Pemisahan Kekuasaan. Namun nampak bahwa UUD 1945 menganutnya secara berbeda, bukan pemisahan akan tetapi diselenggarakan

dengan konsep pembagian kekuasaan. Terdapat hubungan koordinatif antara lembaga ketiga lembaga negara tersebut, seperti terlihat pada pembentukan UU ataupun Perda oleh DPR/D dengan Pemerintah/Pemerintah Daerah. Implikasinya kemudian kerap begitu sulit untuk membedakan kewenangan otentik institusi yang dimiliki suatu lembaga negara. Begitu sering kita menyaksikan bahwa Hak Inisiatif pembentukan Perda seharusnya lebih banyak diinisiasi oleh DPRD, namun realitasnya ternyata tampak pihak eksekutif lebih dominan.

### **Putusan**

Putusan sebagai produk yudikatif memiliki karakter sebagai tindakan penilaian. Memeriksa, mengadili dan memutus sengketa oleh Pengadilan merupakan kewenangan yang hanya dimiliki pula oleh lembaga yudikatif. Hanya sebatas itulah kewenangan otentik lembaga yudikatif, penilaian salah dan benar secara hukum, kemudian selanjutnya menjadi dasar dalam menjatuhkan hukum atas salah dan benar dimaksud. Otoritas yang menyatakan salah dan benar itu diberikan kepada hakim sebagai otoritas tertentu, yang juga tidak diberikan pada otoritas lainnya. Konkretnya adalah pengadilan hanya dibenarkan untuk menilai salah atau benar sebagai tugas pokoknya.

### ***Positive Legislature dalam Judicial Review***

Perbedaan pandangan terjadi atas penggunaan *positive legislature* oleh MK dalam menguji konstitusionalitas norma UU. Martitah<sup>1</sup> menyetujui penggunaan *positive legislature* oleh MK. Argumennya diletakkan pada Teori bekerjanya hukum oleh Robert B. Seidman dan William J. Chambliss. Teori ini menganut paham bahwa bekerjanya hukum tidak semata dikendalikan oleh peraturan hukum, melainkan seyogyanya memerhatikan atas apa yang

---

<sup>1</sup> Bahwa tindakan yang akan diambil oleh lembaga pembuat UU sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku dengan segenap sanksi-sanksinya, dari seluruh kompleks kekuatan sosial politik dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi. Teori bekerjanya hukum ini dapat memberi gambaran bahwa pembentukan putusan MK yang bersifat *positive legislature* sesungguhnya tidak hanya dikendalikan oleh peraturan hukum yang ada (Konstitusi maupun UU) saja, tetapi dikendalikan juga oleh kekuatan sosial dan politik dalam arti harapan-harapan publik atas keadilan. kekuatan sosial ataupun kehendak sosial yang tercermin pada tuntutan keadilan sosial jelas perlu dipertimbangkan dalam membuat putusan. Kekuatan sosial berkenaan dengan keadilan yang diharapkan masyarakat yaitu keadilan substantif. Dengan demikian keadilan substantif merupakan aspek utama yang harus dipertimbangkan oleh Mk dalam membuat putusan yang bersifat *legislature* (Martitah, *Mahkamah Konstitusi; dari Negative Legislature ke Positive Legislature*, KONpress, 2013, h. 197-198)

disebutnya sebagai kekuatan sosial dan politik, atau yang kemudian menggunakan justifikasi sejenis, sebagai simbolisasi harapan publik atas keadilan.

Analisis ini memendam dua kekhawatiran tipologis hukum pada keberlangsungan dialektikanya dengan politik dan keadilan atas pandangan dimaksud; pertama, sepertinya penggunaan teori bekerjanya Hukum oleh Robert Seidman dan W. Chambliss mengacaukan yurisdiksi keberlakuan antara hukum dan politik; kedua, kekhawatiran pada pemisahan antara hukum dan keadilan itu sendiri, seolah hukum bukan kehendak dari keadilan, begitu pula sebaliknya. Telaah atas kedua hal tersebut, ulasan ini meyakini pandangan; pertama, bahwa hukum dan politik memiliki entitasnya sendiri-sendiri, yang bukan saja berbeda, tetapi juga terpisah, hingga semestinya dipisahkan. Pembentukan Hukum sebagai yurisdiksi politik, sedangkan penerapan hukum sebagai wilayah hukum. Ketika kehendak politik telah dirumuskan-dipositivisasi sebagai hukum maka segenap pertimbangan sosial-politik telah diinternalisasi sebagai produk keadilan, sehingga semestinya tidak terdapat alasan penolakan atas putusan hukum oleh hakim yang menggunakan peraturan hukum, diklaim berseberangan dengan kehendak masyarakat. Padahal mungkin terlupakan bahwa hukum sebagaimana adanya merupakan produk kehendak sosial politik dengan proses politik legislasi di parlemen, sebagaimana dikonstruksi oleh Harry C Bredemeier dalam Teori Input-Output Hukum.

Kedua, pemisahan antara hukum dan keadilan dengan tafsir tunggal bahwa keduanya berbeda, dapat memotong garis keterhubungan yang ada padanya. Ortodoksi ini tidak lagi dapat digunakan karena memungkinkan terjadinya reduksitas antara hukum dan keadilan itu sendiri secara terselubung, saling melemahkan hingga menjadi, saling meniadakan. Bukankah Hukum diciptakan bagi keadilan yang hidup dalam masyarakat bersangkutan, hingga hukum ditugaskan mengejar perkembangan masyarakat meskipun itu dilakukan dengan tertatih-tatih: *Het Recht hink Achter dee Feiten Aan*. Problemnnya, adalah keliru menggunakan bekerjanya hukum dengan mengabaikan peraturan hukum. Ketika kita berada pada ruang penerapan hukum maka tafsir absolutnya adalah peraturan hukum. Peraturan Hukum itulah yang membawa gerbong keadilan, (yang sebelum diberangkatkan telah terlebih dahulu diisi dengan segenap inspirasi keadilan sosial politik masyarakatnya) Hal ini perlu ditegaskan untuk mengeksistensi esensialitas hukum dan keadilan.

Berbeda pandangan dengan Klaim Mahfud MD<sup>2</sup>, atas adanya 10 rambu yang melekat pada pelaksanaan kewenangan MK, dipandang cukup untuk mengafirmasi penolakannya pada *positive legislature* sebagai kewenangan konstitusional MK. Analisis ini menduga, Mahfud MD nampak menyadari setidaknya dua hal; pertama, adanya kemungkinan akibat hukum yang dapat ditimbulkan jika kewenangan *positive legislature* tersebut dijalankan oleh MK, yakni dapat terjadi konflik kewenangan antara DPR atas kewenangan *the Guardian of the constitution* legislasinya dengan Mahkamah Konstitusi atas klaim interpretasi *positive legislature*-nya. Maka pihak manakah yang kemudian dapat mengadili sengketa dimaksud. Bukankah kita menjebak diri sendiri pada ancaman kebuntuan hukum atas kemungkinan itu; kedua, dapat berakibat pada MK yang gamang pada tindakannya sendiri, mereduksi kewibawaannya sebagai akibat berkonflik kewenangan dengan DPR. Mekanisme *Check and Balance* sebagaimana diharapkan berada pada MK tentu akan terkoreksi dengan sendirinya oleh karena tidak konsisten pada autentisitas fungsi kelembagaannya sebagai lembaga peradilan yang hanya bertugas untuk melakukan penilaian; konstitusionalitas norma suatu UU.

Begitu pun Hans Kelsen dalam *General Theory of Law*<sup>3</sup> juga menyatakan konsistensi pada pengadilan, bahwa *court which is competent to abolish laws-individually or generally function as a negative legislature*. Meskipun mengejutkan, oleh Laica Marzuki yang cenderung mengabaikan pandangan Hans Kelsen dengan rasionalisasi *positif legislature* sebagai *judicial activism*, dengan mengatakan bahwa “*biarkan MK membuat putusan yang bersifat mengatur, sebagai inovasi atau pembaharuan sesuai dengan rasa keadilan yang ada*

---

<sup>2</sup> Mahkamah Konstitusi setidaknya memiliki 10 macam rambu-rambu yang harus ditaati dalam menjalankan kewenangan *Judicial Review*; 1) Dalam melaksanakan pengujian MK tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur, 2) Dalam melakukan pengujian, MK tidak boleh membuat *Ultra Petita*, 3) Dalam membuat Putusan, MK tidak boleh menjadikan UU sebagai dasar pembatalan UU lainnya, 4) Dalam membuat putusan, MK tidak boleh mencampuri masalah yang didelegasikan oleh UUD kepada lembaga Legislatif untuk mengaturnya dengan UU sesuai dengan pilihan politiknya sendiri, 5) Dalam membuat putusan MK tidak boleh mendasarkan pada teori yang tidak secara jelas dianut oleh Konstitusi, 6) Dalam melakukan pengujian, MK tidak boleh melanggar asas *nemo judex in causa sua*, yakni memutus hal yang berkaitan dengan kepentingan dirinya sendiri, 7) Hakim MK tidak boleh berbicara atau mengemukakan opini kepada publik atas kasus konkret yang sedang diperiksa MK, termasuk di seminar dan pidato resmi, 8) Hakim MK tidak boleh mencari-cari perkara dengan menganjurkan siapa pun untuk mengajukan gugatan atau permohonan ke MK, 9) Hakim MK tidak boleh secara pro aktif menawarkan diri sebagai penengah dalam silang sengketa politik antara lembaga negara atau lembaga-lembaga politik, 10) MK tidak boleh ikut membuat opini tentang eksistensi atau tentang baik atau buruknya UUD, atau apakah UUD yang sedang berlaku itu perlu di ubah atau dipertahankan. MK hanya wajib melaksanakan atau mengawal UUD yang sudah ada dan berlaku, sedang urusan mempertahankan atau mengubah adalah urusan lembaga lain yang berwenang. (Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Issue*, Jakarta: Rajawali Press, 2009, h. 278)

<sup>3</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russel and Russel, 1975.

*dalam masyarakat. Inilah yang disebut Yudisial Aktivisme*<sup>4</sup>. Padahal Rupert Scholz pun berkomitmen bahwa Mahkamah Konstitusi tetap saja harus selalu mentaati batas-batas politik konstitusi dan politik pembuatan undang-undang yang mandiri.

Begitu pun benturan terjadi ketika *positive legislature* dipertemukan dengan pembatasan *Ultra Petita*, agar tidak mengakomodir di luar dari permohonan pemohon berdasar pada kewenangan MK. Putusan MK akan bersifat *Positive Legislature* ketika Mahkamah Konstitusi memberikan putusan di luar wewenang yang diberikan oleh UUD 1945, meskipun MK telah berulang kali melanggarnya<sup>5</sup>

## **KESIMPULAN**

Akhirnya Ulasan ini meneguhkan kesimpulannya, bahwa MK hanya memiliki kewenangan *Negative Legislature* dengan alasan, pertama, MK adalah Lembaga Peradilan bukan lembaga legislatif yang dimungkinkan untuk merumuskan norma pengaturan, kedua, bahwa peraturan hukum adalah ekspresi keadilan sosial politik yang integral ketiga, pasal 24 C ayat 1 UUD 1945 menggariskan bahwa MK hanya berwenang memeriksa, mengadili dan memutus sengketa konstitusi. Selanjutnya uraian ini tetap mengundang hadirnya pengayaan sudut pandang bagi objektivikasi topik dimaksud.

## **Daftar Pustaka**

- Bintaari, Aninditya Eka, *Mahkamah Konstitusi sebagai Negative Legislator dalam penegakan Hukum Tata Negara*, Jurnal PANDECTA, Volume 8 Nomor 1 Tahun 2013 Fakultas Hukum Universitas Negeri Semarang, 2013.
- Kelsen, Hans, *Generl Theory of law and state*, New York: Russel and Russel, 1975.
- Martitah, *Mahkamah Konstitusi, Dari Negative Legislature ke Posiitive Legislature*, Jakarta: Konstitusi Press, 2013.
- MD, Mahfud, *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Issue*, Jakarta: Rajawali Press, 2009.

---

<sup>4</sup> Martitah, *Mahkamah Konstitusi dari Negative Legislature ke Positive Legislature?* Jakarta: Konstitusi Press, 2013, h. 179 (Hasil Wawancara)

<sup>5</sup> Aninditya Eka Bintaari, *Mahkamah Konstitusi sebagai Negative Legislator dalam penegakan Hukum Tata Negara*, 2013, Jurnal PANDECTA, Volume 8 Nomor 1 Tahun 2013 Fakultas Hukum Universitas Negeri Semarang.