



**KAJIAN PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
TERHADAP PENGUJIAN PASAL 43
UNDANG-UNDANG NOMOR 1 TAHUN 1974
TENTANG PERKAWINAN**

SKRIPSI

Ditulis untuk Memenuhi Sebagian Persyaratan
Mendapatkan Gelar Sarjana Hukum (SH.)

Oleh:

RAMADHAN SIDDIK PANE

NIM: 1810300015

**PROGRAM STUDI HUKUM TATA NEGARA
FAKULTAS SYARIAH DAN ILMU HUKUM
INSTITUT AGAMA ISLAM NEGERI
PADANGSIDIMPUAN**

2022



**KEMENTERIAN AGAMA REPUBLIK INDONESIA
INSTITUT AGAMA ISLAM NEGERI PADANGSIDIMPUAN
FAKULTAS SYARIAH DAN ILMU HUKUM**

Jalan T. Rizal Nurdin Km, 4.5 Sihitang 22733
Telepon (0634) 22080, Faximile (0634) 24022

Website: <http://fasih.iain-padangsidempuan.ac.id>-e-mail: fasih@iain-padangsidempuan.ac.id

Hal : Skripsi
a.n. **Ramadhan Siddik Pane**

Padangsidempuan, 18 April 2022
Kepada Yth:
Dekan Fakultas Syariah dan Ilmu Hukum
IAIN Padangsidempuan
Di-
Padangsidempuan

Assalamu`alaikum Wr. Wb

Setelah membaca, menelaah, dan memberikan saran-saran perbaikan seperlunya terhadap Skripsi **Ramadhan Siddik Pane** berjudul "*Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Terhadap Pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*", maka kami berpendapat bahwa Skripsi ini sudah dapat diterima untuk melengkapi tugas dan syarat-syarat mencapai gelar Sarjana Hukum (S.H) dalam bidang Hukum Tata Negara pada Fakultas Syariah dan Ilmu Hukum IAIN Padangsidempuan.

Seiring dengan hal di atas, maka Saudara tersebut sudah dapat menjalani sidang munaqasyah untuk mempertanggungjawabkan Skripsinya ini.

Demikian kami sampaikan, semoga dapat memaklumi dan atas perhatiannya, diucapkan terimakasih.

Wassalamu`alaikum Wr. Wb

PEMBIMBING I

Ahmatnihar, M. Ag
NIP. 19680202 200003 1 005

PEMBIMBING II

Puji Karniawan, MA.Hk
NIP. 19871210 201903 1 008

SURAT PERNYATAAN MENYUSUN SKRIPSI SENDIRI

Saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Ramadhan Siddik Pane
NIM : 1810300015
Fakultas/Prodi : Syariah dan Ilmu Hukum/ Hukum Tata Negara
Judul Skripsi : Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Terhadap
Pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun
1974 Tentang Perkawinan

Dengan ini menyatakan bahwa skripsi yang saya serahkan ini adalah benar-benar merupakan hasil karya saya sendiri. Sepengetahuan saya tidak terdapat karya atau pendapat yang ditulis atau diterbitkan orang lain dalam skripsi saya ini kecuali sebagai acuan atau kutipan dengan mengikuti tata penulisan karya ilmiah yang telah lazim.

Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila di kemudian hari terdapat penyimpangan dan ketidakbenaran pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi sebagaimana tercantum dalam Pasal 19 ayat 4 Kode Etik Mahasiswa IAIN Padangsidempuan yaitu pencabutan gelar akademik dengan tidak hormat dan sanksi lainnya sesuai dengan norma dan ketentuan yang berlaku.

Padangsidempuan, 22 April 2022



Ramadhan Siddik Pane
NIM. 1810300015

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS
AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIK**

Sebagai civitas akademik Institut Agama Islam Negeri Padangsidempuan, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Ramadhan Siddik Pane
Nim : 1810300015
Jurusan : Hukum Tata Negara
Fakultas : Syariah dan Ilmu Hukum
Jenis Karya : Skripsi

Demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Institut Agama Islam Negeri Padangsidempuan Hak Bebas Royalti Non Eksklusif (*Non Exclusive Royalty Free Right*) atas karya ilmiah saya yang berjudul "**Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Terhadap Pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan**". Dengan Hak Bebas Royaltitas Non Eksklusif ini Institut Agama Islam Negeri Padangsidempuan berhak menyimpan, mengalih media/memformatkan, mengelola, dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat dan mempublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis dan hak cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di Padangsidempuan

Pada tanggal, 7 Mei 2022

menyatakan



Ramadhan Siddik Pane
NIM. 1810300015

SURAT PERNYATAAN KEABSAHAN DAN KEBENARAN DOKUMEN

Saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Ramadhan Siddik Pane
Tempat/Tanggal Lahir : Pangurabaan, 28 November 2000
NIM : 1810300015
Fakultas/Jurusan : Syariah dan Ilmu Hukum/ Hukum Tata Negara

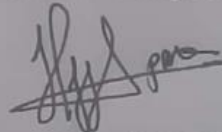
Menyatakan dengan sesungguhnya:

1. Segala data yang terdapat dalam dokumen permohonan Ujian Munaqasyah ini adalah benar dan sah.
2. Apabila di kemudian hari ditemukan bahwa dokumen-dokumen yang telah saya berikan tidak benar, maka saya bersedia dikenakan sanksi sesuai dengan peraturan dan ketentuan yang berlaku.

Demikianlah surat pernyataan ini dibuat untuk dapat dipergunakan seperlunya.

Padangsidempuan, 02 April 2022

Yang membuat pernyataan,



Ramadhan Siddik Pane
NIM. 1810300015



**KEMENTERIAN AGAMA REPUBLIK INDONESIA
INSTITUT AGAMA ISLAM NEGERI PADANGSIDIMPUNAN
FAKULTAS SYARIAH DAN ILMU HUKUM**

Jalan T. Rizal Nurdin Km, 4.5 Sihitang 22733

Telepon (0634) 22080, Faximile (0634) 24022

Website: <http://fasih.iain-padangsidimpuan.ac.id>-e-mail: fasih@iain-padangsidimpuan.ac.id

**DEWAN PENGUJI
SIDANG MUNAQASYAH SKRIPSI**

Nama : **RAMADHAN SIDDIK PANE**
NIM : **1810300015**
Judul Skripsi : **Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Terhadap
Pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974
Tentang Perkawinan**

Ketua

Ahmatnizar, M. Ag
NIP. 19680202 200003 1 005

Sekretaris

Dermina Dalimunthe, M.H
NIP. 19710528 200003 2 005

Anggota

Ahmatnizar, M. Ag
NIP. 19680202 200003 1 005

Dermina Dalimunthe, M.H
NIP. 19710528 200003 2 005

Puji Kurniawan, MA.Hk
NIP. 19871210 201903 1 008

Adi Syahputra Sirait, M.H.I
NIP. 19901227 201801 1 001

Pelaksanaan Sidang Munaqasyah;

Di : Padangsidimpuan
Tanggal : 27 April 2022
Pukul : 09.00 s.d 11.00 WIB
Hasil/Nilai : 91,2 (A)
Indeks Prestasi Kumulatif : 3,92
Predikat : Pujian



**KEMENTERIAN AGAMA REPUBLIK INDONESIA
INSTITUT AGAMA ISLAM NEGERI PADANGSIDIMPUAN
FAKULTAS SYARIAH DAN ILMU HUKUM**

Jalan T. Rizal Nurdin Km, 4.5 Sihitang 22733

Telepon (0634) 22080, Faximile (0634) 24022

Website: <http://syariah.iain-padangsidempuan.ac.id> e-mail: fasih@iain-padangsidempuan.ac.id

PENGESAHAN

Nomor: 694 /In.14/D/PP.00.23/04/2022

Judul Skripsi : Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Terhadap
Pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun
1974 Tentang Perkawinan
Ditulis Oleh : Ramadhan Siddik Pane
NIM : 1810300015

Telah dapat diterima untuk memenuhi sebagian
persyaratan dalam memperoleh gelar
Sarjana Hukum (SH.)

Padangsidempuan, 27 April 2022

Dekan,



Dr. H. Sumper Mulia Harahap, M.Ag.
NIP. 19720313 200312 1 002

ABSTRAK

Nama : Ramadhan Siddik Pane
NIM : 1810300015
Program Studi : Hukum Tata Negara
Judul : Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Terhadap Pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian konstusionalitas suatu Undang-Undang dinyatakan dikabulkan, maka oleh ketentuan peraturan perundang-undangan hanya diberikan kewenangan untuk menyatakan materi muatan ayat, Pasal, dan/atau bagian dari Undang-Undang bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Atau menyakakan proses pembuatan Undang-Undang bertentangan dengan mekanisme pembentukan yang telah diatur oleh peraturan perundang-undangan (*negative legislature*). Akan tetapi dalam beberapa kasus Mahkamah Konstitusi dalam putusannya menyertakan norma hukum yang baru (*positive legislature*) yang dianggap telah masuk ke ranah wewenang lembaga Legislatif. Sehingga berdasarkan hal tersebut terjadi penambahan wewenang Mahkamah Konstitusi dari *negative legislature* ke *positive legislature*.

Berdasarkan gambaran permasalahan tersebut, peneliti ingin mengetahui bagaimana kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam mengeluarkan putusan yang bersifat *positive legislature*, kemudian faktor pertimbangan apa yang digunakan oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam mengeluarkan putusan yang bersifat *positive legislature* tersebut. Dan yang terakhir adalah ingin mengetahui bagaimana implikasi putusan tersebut terhadap tata hukum di Indonesia.

Penelitian ini dirangkai berdasarkan jenis penelitian normatif yuridis dengan memanfaatkan pendekatan undang-undang dan pendekatan kasus. Teori yang dimanfaatkan dalam memecahkan permasalahan di atas adalah perspektif teori hukum Progresif dan teori hukum Positif. Data yang di dapatkan dari hasil telaah kasus dan Undang-Undang diolah dengan cara mereduksi data dan kasus.

Hasil penelitian ini menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian konstusionalitas Undang-Undang berdasarkan norma yang diatur dalam peraturan perundang-undangan hanya sebagai pembatal norma atau *negative legislature*. Akan tetapi berdasarkan pisau analisis teori hukum Progresif wewenang tersebut bisa menjadi pembuat norma baru dengan berbagai aturan yang dicantumkan dalam bunyi putusan atau *positive legislature*. Faktor yang dipertimbangkan hakim Mahkamah Konstitusi dalam merangkai putusan tersebut adalah pertimbangan keadilan yang substantif berdasarkan teori Progresif, kemudian hal ini didukung dengan tujuan pembentukan hukum dalam Islam adalah mewujudkan keadilan. Kemudian menggambarkan tata hukum di Indonesia antara hukum positif dengan hukum Islam dalam perkara pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan sekilas terjadi kontradiksi.

Kata Kunci: Mahkamah Konstitusi, *Positive Legislature*, *Negative Legislature*

ABSTRACT

The Constitutional Court in the case of testing the constitutionality of a Law is declared granted, then by the provisions of the laws and regulations only given the authority to declare the material content of paragraphs, Articles, and/or parts of the Law contrary to the 1945 Constitution and has no binding legal force. Or assume the process of making laws is contrary to the mechanism of formation that has been regulated by the laws and regulations (negative legislature). However, in some cases, the Constitutional Court in its ruling included a new legal norm (positive legislature) that is considered to have entered the realm of legislative authority. So based on this, there is an increase in the authority of the Constitutional Court from the negative legislature to the positive legislature.

Based on the picture of the problem, researchers want to know how the authority of the Constitutional Court in issuing a positive legislature ruling, then what consideration factors are used by constitutional court judges in issuing the positive legislature's ruling. And the last is want to know how the implications of the ruling on the legal system in Indonesia.

This research is assembled based on the type of juridical normative research by utilizing the legal approach and the case approach. The theory used in solving the above problems is the perspective of Progressive legal theory and Positive legal theory. The data obtained from the results of case studies and laws is processed by reducing data and cases.

The results of this study stated that the Constitutional Court in the case of testing the constitutionality of the Law based on the norms stipulated in the laws and regulations only a norm-breaker or negative legislature. However, based on the knife analysis of Progressive legal theory, the authority can be a new norm maker with various rules included in the sound of the ruling or positive legislature. The factor considered by the constitutional court judges in arranging the ruling is substantive consideration of justice based on progressive theory, then which is supported by the goal of establishing law in Islam is to realize justice. Then describing the legal system in Indonesia between positive law and Islamic law in the case of testing Article 43 of Law No. 1 of 1974 concerning Marriage at a glance there is a contradiction.

Keywords: Constitutional Court, Positive Legislature, Negative Legislature

KATA PENGANTAR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Assalamu`alaikum Warohmatulloh Wabarokatuh

Segala puji dan syukur kepada Allah swt. Tuhan semesta alam yang telah melimpahkan rahmat, hidayah, ilmu, dan petunjuk kepada manusia khususnya kepada penulis sehingga dapat menyelesaikan penulisan skripsi ini. Shalawat serta salam atas junjungan alam, baginda Nabi Muhammad ﷺ, sosok seorang panutan umat manusia di muka bumi ini. Berkat perjuangan beliau umat Islam saat ini bisa merasakan keindahan dan kedamaian persaudaraan antar sesama. Semoga penulis dan semua yang membaca skripsi ini mendapat pertolongan dan cahaya agar selalu berada dalam kebaikan.

Skripsi ini berjudul "KAJIAN PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI TERHADAP PENGUJIAN PASAL 43 UNDANG-UNDANG NOMOR 1 TAHUN 1974 TENTANG PERKAWINAN". Ditulis untuk melengkapi tugas dan memenuhi syarat gelar Sarjana Hukum (SH) pada Program Studi Hukum Tata Negara, Fakultas Syariah dan Ilmu Hukum, Institut Agama Islam Negeri Padangsidempuan. Skripsi ini disusun dengan bekal ilmu pengetahuan yang sangat terbatas dan amat jauh dari kesempurnaan. Sehingga tanpa bantuan, dukungan, arahan, dan bimbingan dari berbagai pihak maka sulit untuk peneliti dalam menyelesaikannya. Oleh karena itu, dengan segala kerendahan hati dan ucapan terima kasih, peneliti ucapkan kepada pihak-pihak sebagai berikut:

1. Bapak Dr. H. Muhammad Darwis Dasopang, M. Ag., selaku Rektor IAIN Padangsidempuan dan seluruh Wakil Rektor di lingkungan IAIN Padangsidempuan beserta civitas akademika yang telah memberikan dukungan kepada penulis selama dalam proses perkuliahan.
2. Bapak Dr. Sumper Mulia Harahap, M. Ag sebagai Dekan Fakultas Syariah dan Ilmu Hukum IAIN Padangsidempuan, Bapak Ahmatnizar, M. Ag., selaku Wakil Dekan I bidang Akademik, Ibu Asnah, M.A., selaku Wakil Dekan II bidang Administrasi Umum Perencanaan dan Keuangan dan Bapak Dr. Muhammad Arsad Nasution, M. Ag., selaku Wakil Dekan III bidang Kemahasiswaan dan Kerja sama.

3. Bapak Ahmatnizar, M. Ag, selaku pembimbing I dan Bapak Puji Kurniawan, MA.Hk selaku pembimbing II telah meluangkan waktu dan tenaganya dalam menelaah dan memberikan arahan pada proses penulisan Skripsi ini. Semoga dengan arahan dan bimbingan tersebut menjadikan penulis lebih giat dan berinovasi selanjutnya untuk menciptakan karya-karya yang terbaik.
4. Ibu Dermina Dalimunthe, S.H., M.H., selaku Ketua Program Studi Hukum Tata Negara pada Fakultas Syariah dan Ilmu Hukum IAIN Padangsidempuan.
5. Bapak Dr. H. Sumper Mulia Harahap, M. Ag., selaku dosen Penasihat Akademik dan seluruh Bapak/Ibu dosen dan tenaga pendidik di IAIN Padangsidempuan.
6. Bapak Yusri Fahmi, M.A., selaku kepala perpustakaan serta seluruh pegawai perpustakaan yang telah memberikan fasilitas dan pelayanan terbaik kepada penulis selama proses penelitian sampai penulisan Skripsi ini.
7. Teristimewa penulis berdoa kepada Allah swt. dan ucapan terima kasih kepada ayahanda tercinta Amirullah Pane. Sosok tembok dalam genangan air, sosok benteng dalam pertahanan, sosok terkuat dalam kesedihan. Beliau senantiasa memberikan contoh yang terbaik kepada penulis dan yang terpenting adalah berkat doa ayahanda, penulis mampu untuk menyelesaikan studi strata 1 di IAIN Padangsidempuan. Semoga beliau selalu berada dalam pertolongan Allah dan berada dalam jalan yang lurus.
8. Cinta dan kasih sayang yang tiada terhitung nilainya yang diberikan Ibunda Syamsiah Hasibuan kepada penulis adalah kekuatan utama yang menjadikan sekolah ini bisa terselesaikan. Sosok wanita hebat yang selalu mementingkan kepentingan penulis daripada dirinya sendiri. Semoga Allah memberikan kesehatan dan keridhaan kepada Ibunda.
9. Kepada seluruh teman-teman seperjuangan di IAIN Padangsidempuan tanpa harus menyebutkan nama semoga Allah selalu mencurahkan pertolongan kepada kita semua.
10. Kepada semua pihak-pihak yang terlibat dalam proses penyelesaian skripsi ini, termasuk narasumber ketika wawancara atau pihak-pihak lain yang tidak bisa disebutkan satu persatu.

Penulis menyadari sepenuhnya bahwa dalam penulisan Skripsi hasil penelitian ini terdapat banyak kelemahan dan kekurangan maka, penulis mengharapkan kritik dan saran yang membangun dalam upaya perbaikan penulisan penulis untuk ke depannya. Penulis berserah diri kepada Allah swt. atas segala usaha dan doa dalam penulisan Skripsi ini. Semoga tulisan Skripsi ini memberikan manfaat kepada penulis dan kepada kita semua yang membaca.

Padangsidempuan, 20 April 2022

Penulis

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ramadhan Siddik Pane', with a stylized flourish at the end.

Ramadhan Siddik Pane
NIM. 1810300015

PEDOMAN TRANSLITERASI ARAB LATIN
KEPUTUSAN BERSAMA
MENTERI AGAMA DAN MENTERI PENDIDIKAN DAN KEBUDAYAAN
REPUBLIK INDONESIA
 Nomor: 158 Tahun 1987
 Nomor: 0543b//U/1987

Rujukan transliterasi Arab Latin dalam penulisan Skripsi ini adalah transliterasi berdasarkan keputusan bersama Menteri Agama dan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia. Transliterasi dimaksudkan sebagai pengalih-hurufan dari abjad yang satu ke abjad yang lain. Transliterasi Arab-Latin di sini ialah penyalinan huruf-huruf Arab dengan huruf-huruf Latin beserta perangkatnya.

A. Konsonan

Fonem konsonan bahasa Arab yang dalam sistem tulisan Arab dilambangkan dengan huruf. Dalam transliterasi ini sebagian dilambangkan dengan huruf dan sebagian dilambangkan dengan tanda, dan sebagian lagi dilambangkan dengan huruf dan tanda sekaligus.

Berikut ini daftar huruf Arab yang dimaksud dan transliterasinya dengan huruf latin:

Tabel 1. Transliterasi Konsonan

Huruf Arab	Nama	Huruf Latin	Nama
أ	Alif	Tidak dilambangkan	Tidak dilambangkan
ب	Ba	B	Be
ت	Ta	T	Te
ث	Ṡa	ṣ	es (dengan titik di atas)
ج	Jim	J	Je
ح	Ḥa	ḥ	ha (dengan titik di bawah)

خ	Kha	Kh	ka dan ha
د	Dal	D	De
ذ	Ḍal	Ḍ	Zet (dengan titik di atas)
ر	Ra	R	Er
ز	Zai	Z	Zet
س	Sin	S	Es
ش	Syin	Sy	es dan ye
ص	Ṣad	ṣ	es (dengan titik di bawah)
ض	Ḍad	ḍ	de (dengan titik di bawah)
ط	Ṭa	ṭ	te (dengan titik di bawah)
ظ	Ẓa	ẓ	zet (dengan titik di bawah)
ع	`ain	`	koma terbalik (di atas)
غ	Gain	G	Ge
ف	Fa	F	Ef
ق	Qaf	Q	Ki
ك	Kaf	K	Ka
ل	Lam	L	El
م	Mim	M	Em
ن	Nun	N	En
و	Wau	W	We
ه	Ha	H	Ha
ء	Hamzah	‘	apostrof
ي	Ya	Y	Ye

B. Vokal

Vokal bahasa Arab, seperti vokal bahasa Indonesia, terdiri dari vokal tunggal atau *monoftong* dan vokal rangkap atau *diftong*.

1. Vokal Tunggal

Vokal tunggal bahasa Arab yang lambangnya berupa tanda atau harakat, transliterasinya sebagai berikut:

Tabel 2. Transliterasi Vokal Tunggal

Huruf Arab	Nama	Huruf Latin	Nama
َ	Fathah	A	A
ِ	Kasrah	I	I
ُ	Dammah	U	U

2. Vokal Rangkap

Vokal rangkap bahasa Arab yang lambangnya berupa gabungan antara harakat dan huruf, transliterasinya berupa gabungan huruf sebagai berikut:

Tabel 3. Transliterasi Vokal Rangkap

Huruf Arab	Nama	Huruf Latin	Nama
يَ...	Fathah dan ya	ai	a dan u
وَ...	Fathah dan wau	au	a dan u

Contoh:

- كَتَبَ kataba
- فَعَلَ fa`ala
- سُئِلَ suila
- كَيْفَ kaifa
- حَوْلَ haula

C. Maddah

Maddah atau vokal panjang yang lambangnya berupa harakat dan huruf, transliterasinya berupa huruf dan tanda sebagai berikut:

Tabel Transliterasi *Maddah*

Tabel 4. Transliterasi Vokal Panjang

Huruf Arab	Nama	Huruf Latin	Nama
ا...ى...ى	Fathah dan alif atau ya	ā	a dan garis di atas
ى...ى	Kasrah dan ya	ī	i dan garis di atas
و...و	Dammah dan wau	ū	u dan garis di atas

Contoh:

- قَالَ qāla
- رَمَى ramā
- قِيلَ qīla
- يَقُولُ yaqūlu

D. Ta' Marbutah

Transliterasi untuk ta' marbutah ada dua, yaitu:

1. Ta' marbutah hidup

Ta' marbutah hidup atau yang mendapat harakat fathah, kasrah, dan dammah, transliterasinya adalah "t".

2. Ta' marbutah mati

Ta' marbutah mati atau yang mendapat harakat sukun, transliterasinya adalah "h".

3. Kalau pada kata terakhir dengan ta' marbutah diikuti oleh kata yang menggunakan kata sandang *al* serta bacaan kedua kata itu terpisah, maka ta' marbutah itu ditransliterasikan dengan "h".

Contoh:

- رَوْضَةُ الْأَطْفَالِ raudah al-atfāl/raudahtul atfāl
- الْمَدِينَةُ الْمُنَوَّرَةُ al-madīnah al-munawwarah/al-madīnatul munawwarah

- طَلْحَةٌ talhah

E. Syaddah (Tasydid)

Syaddah atau tasydid yang dalam tulisan Arab dilambangkan dengan sebuah tanda, tanda syaddah atau tanda tasydid, ditransliterasikan dengan huruf, yaitu huruf yang sama dengan huruf yang diberi tanda syaddah itu.

Contoh:

- نَزَّلَ nazzala
- البِرُّ al-birr

F. Kata Sandang

Kata sandang dalam sistem tulisan Arab dilambangkan dengan huruf, yaitu ال, namun dalam transliterasi ini kata sandang itu dibedakan atas:

1. Kata sandang yang diikuti huruf syamsiyah

Kata sandang yang diikuti oleh huruf syamsiyah ditransliterasikan sesuai dengan bunyinya, yaitu huruf “l” diganti dengan huruf yang langsung mengikuti kata sandang itu.

2. Kata sandang yang diikuti huruf qamariyah

Kata sandang yang diikuti oleh huruf qamariyah ditransliterasikan dengan sesuai dengan aturan yang digariskan di depan dan sesuai dengan bunyinya.

Baik diikuti oleh huruf syamsiyah maupun qamariyah, kata sandang ditulis terpisah dari kata yang mengikuti dan dihubungkan dengan tanpa sempang.

Contoh:

- الرَّجُلُ ar-rajulu
- الْقَلَمُ al-qalamu
- الشَّمْسُ asy-syamsu
- الْجَلَالُ al-jalālu

G. Hamzah

Hamzah ditransliterasikan sebagai apostrof. Namun hal itu hanya berlaku bagi hamzah yang terletak di tengah dan di akhir kata. Sementara hamzah yang terletak di awal kata dilambangkan, karena dalam tulisan Arab berupa alif.

Contoh:

- تَأْخُذُ ta'khuẓu
- شَيْئٌ syai'un
- النَّوْءُ an-nau'u
- إِنَّ inna

H. Penulisan Kata

Pada dasarnya setiap kata, baik fail, isim maupun huruf ditulis terpisah. Hanya kata-kata tertentu yang penulisannya dengan huruf Arab sudah lazim dirangkaikan dengan kata lain karena ada huruf atau harkat yang dihilangkan, maka penulisan kata tersebut dirangkaikan juga dengan kata lain yang mengikutinya.

Contoh:

- وَ إِنَّ اللَّهَ فَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ Wa innallāha lahuwa khair ar-rāziqīn
- بِسْمِ اللَّهِ مَجْرَاهَا وَ مُرْسَاهَا Bismillāhi majrehā wa mursāhā

I. Huruf Kapital

Meskipun dalam sistem tulisan Arab huruf kapital tidak dikenal, dalam transliterasi ini huruf tersebut digunakan juga. Penggunaan huruf kapital seperti apa yang berlaku dalam EYD, di antaranya: huruf kapital digunakan untuk menuliskan huruf awal nama diri dan permulaan kalimat. Bilamana nama diri itu didahului oleh kata sandang, maka yang ditulis dengan huruf kapital tetap huruf awal nama diri tersebut, bukan huruf awal kata sandangnya.

Contoh:

- الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ Alhamdu lillāhi rabbi al-'ālamīn/

- الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ Ar-rahmānir rahīm/Ar-rahmān ar-rahīm

Penggunaan huruf awal kapital untuk Allah hanya berlaku bila dalam tulisan Arabnya memang lengkap demikian dan kalau penulisan itu disatukan dengan kata lain sehingga ada huruf atau harakat yang dihilangkan, huruf kapital tidak dipergunakan.

Contoh:

- اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ Allaāhu gafūrun rahīm
- لِلَّهِ الْأُمُورُ جَمِيعًا Lillāhi al-amru jamī`an/Lillāhil-amru jamī`an

J. Tajwid

Bagi mereka yang menginginkan kefasihan dalam bacaan, pedoman transliterasi ini merupakan bagian yang tak terpisahkan dengan Ilmu Tajwid. Karena itu peresmian pedoman transliterasi ini perlu disertai dengan pedoman tajwid.

Sumber: Dikutip dari surat Keputusan Bersama Menteri Agama dan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia Nomor Nomor: 158 Tahun 1987 dan Nomor: 0543b//U/1987.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL/SAMPUL	
HALAMAN PENGESAHAN PEMBIMBING	
SURAT PERNYATAAN PEMBIMBING	
SURAT PERNYATAAN MENYUSUN SKRIPSI SENDIRI	
SURAT PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI	
SURAT PERNYATAAN KEABSAHAN DAN KEBENARAN DOKUMEN	
SURAT SIDANG MUNAQASYAH SKRIPSI	
PENGESAHAN DEKAN	
ABSTRAK	ix
KATA PENGANTAR.....	xi
PEDOMAN TRANSLITERASI	xiv
DAFTAR ISI.....	xxii
DAFTAR TABEL	xxiv
BAB I : PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Fokus Masalah.....	6
C. Batasan istilah.....	7
D. Rumusan Masalah	8
E. Tujuan Penelitian.....	9
F. Kegunaan Penelitian	9
G. Metodologi Penelitian	10
H. Sistematika pembahasan.....	14
BAB II : TINJAUAN PUSTAKA	
A. Tinjauan Umum Tentang Mahkamah Konstitusi	15
B. Tinjauan Umum Tentang <i>judicial review</i>	20
C. Model-Model Putusan Mahkamah Konstitusi.....	22
D. Tinjauan Umum Tentang Undang-Undang perkawinan	32
E. Kajian Terdahulu	37
BAB III : KAJIAN TEORI	
A. Kajian teori hukum Progresif	42
1. Sejarah Lahirnya Hukum Progresif	42
2. Ciri-Ciri Hukum Progresif.....	44
3. Penerapan Hukum Progresif di Indonesia	45
4. Peran Teori Progresif dalam Putusan yang bersifat <i>Positive Legislature</i>	49
B. Kajian teori hukum Positif.....	51
BAB IV : HASIL PENELITIAN	
A. Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang- Undang Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan	55
1. Pelaksanaan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam menguji Konstitusional suatu Undang-Undang.....	60
2. Kajian Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan yang bersifat mengatur (<i>positive legislature</i>).....	62

B. Mahkamah Konstitusi Dalam Mengeluarkan Putusan Yang Bersifat Mengatur (<i>Positive Legislatyre</i>) Pada Uji Materi Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan	66
1. Pertimbangan Hukum hakim Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan	77
2. Tinjauan <i>Maqāṣid Al-Syarī'ah</i> Terhadap Pertimbangan Hukum Hakim Dalam Perkara Pengujian Materiil Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan	83
3. Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur Dalam Perkara Pengujian Materiil Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan.....	90
C. Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974	93
BAB V : PENUTUP	
A. Kesimpulan.....	96
B. Saran-saran	97

DAFTAR PUSTAKA

DAFTAR RIWAYAT HIDUP

DAFTAR TABEL

Tabel 1. Transliterasi Konsonan	xv
Tabel 2. Transliterasi Vokal Tunggal.....	xvii
Tabel 3. Transliterasi Vokal Rangkap.....	xvii
Tabel 4. Transliterasi Vokal Panjang	xviii
Tabel 5. Gambaran Isi UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan	38

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) dalam perkara pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945) adalah membatalkan norma atau menyatakan bahwa materi muatan, ayat, pasal dan/atau sebagian dari undang-undang tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Jenis putusan ini disebut dengan putusan *declaratoir*.¹ Wewenang untuk pembatalan norma tersebut disebut sebagai kewenangan *negative legislature*.

Dapat dilihat dalam beberapa kasus, putusan MK keluar dari kewenangan yang telah ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan. Dalam beberapa perkara pengujian undang-undang putusan di nilai bertentangan dengan kaidah kewenangan *negative legislature*. Majelis hakim melakukan terobosan baru dengan menambahkan norma-norma atau frasa yang baru dalam Undang-Undang tersebut supaya tidak bertentangan dengan UUD 1945. Kewenangan ini selanjutnya disebut dengan *positive legislature*.

Contoh perkara di mana putusan MK bersifat *positive legislature* adalah dalam pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 43. MK dalam putusannya menyatakan:²

"Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*" tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut **harus dibaca**, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya*"

¹Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hlm. 206.

²Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti yang lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya".

Jika dianalisis dengan baik, dapat dilihat bahwa MK tidak menyatakan aturan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 bertentangan atau tidak terhadap salah satu atau beberapa Pasal dalam UUD 1945 sehingga Pasal tersebut harus dibatalkan secara hukum. Akan tetapi putusan hakim ini berada di luar pokok permohonan pemohon, bahkan MK menambahkan kondisi, syarat, tambahan norma baru sebagai cara pandang agar Pasal 43 tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945. Inilah yang dimaksudkan oleh penulis dengan istilah pembuat norma atau *positive legislature*.

Putusan MK terkait dengan uji materi secara tersendiri telah membuat pro dan kontra di kalangan masyarakat. Sebagian golongan (pendapat Mahfud MD dan rincian pendapat Makhruf Amin terkait putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010) menganggap bahwa MK telah melampaui batas wewenangnya dan secara tidak langsung telah masuk ke ranah legislatif sebagai pembuat norma. Hal ini didukung dengan fakta historis dan filosofis UUD 1945 tidak membolehkan MK melakukan intervensi ranah legislatif dan tidak berkenan masuk dalam *positive legislature*.³

Akan tetapi pada waktu yang lain Mahfud MD juga menyatakan bahwa MK boleh melewati rambu-rambu yang telah ditetapkan oleh Konstitusi untuk memenuhi keadilan yang substantif.⁴ Selanjutnya bahwa putusan hakim dengan menembus batas wewenang semata-mata untuk keadilan adalah terobosan baru dari segi progresivitas hakim MK. Selain itu juga akibat putusan MK tersebut telah mengubah tatanan sistem hukum, sistem bernegara, atau bahkan sistem bermasyarakat. Karena putusan MK bukan hanya berlaku terhadap pihak pemohon saja, akan tetapi putusan MK bersifat final dan mengikat seluruh rakyat Indonesia.

³Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu* (Jakarta: Rajawali Press, 2009), hlm. 279.

⁴Mahfud MD dalam Martiah, *Mahkamah Konstitusi dari Negative Legislature ke Positive Legislature* (Jakarta: Konstitusi Press, 2013), hlm. 10.

Berdasarkan uraian di atas maka menarik untuk diteliti secara lebih lanjut mengenai kewenangan MK dalam mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur dalam membuat norma baru (*positive legislature*) dalam perkara pengujian Pasal 43 ayat(1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan terhadap UUD 1945. Di samping itu penulis juga tertarik melihat pertimbangan hukum MK dalam mengeluarkan putusan serta implikasi terhadap tatanan hukum Indonesia setelah lahirnya putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

Mahfud MD memberikan pernyataan terkait dengan hal ini bahwa MK hanya boleh menyatakan sebuah Undang-Undang bertentangan atau tidak dengan UUD 1945 dan tidak boleh memasuki ranah legislatif (ikut serta dalam pembuatan aturan) dengan cara apapun.⁵ Sebagai *negatif legislature* maka MK hanya boleh dalam batas membatalkan kekuatan hukum suatu Undang-Undang saja jika dinilai baik secara materiil maupun formil bertentangan dengan UUD 1945. MK tidak diperkenankan untuk menambahkan aturan atau norma dalam putusannya karena itu adalah wewenang dari DPR dan Presiden sesuai dengan amanah UUD 1945. Hal ini telah diatur secara tegas dalam Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 yang menyatakan MK sebatas penghapus norma (*negatif legislature*).⁶

Terkait dengan kewenangan MK telah diamanahkan sebelumnya oleh UUD 1945 tepatnya pada Pasal 24C ayat (1) dan (2) dengan ketentuan sebagai berikut:

Ketentuan Pasal 24C ayat (1) dan (2) MK memiliki wewenang untuk:

1. 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.

⁵Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu...*, hlm. 28.

⁶Martitah, *Mahkamah Konstitusi dari Negative Legislature ke Positive Legislature* (Jakarta: Konstitusi Press, 2013), hlm. 10.

2. Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.⁷

Pemberian hak untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945 kepada MK adalah atas dasar pandangan tentang urgensi adanya *check and balances* antara lembaga negara. Alasan lain dalam bahasanya Mahfud MD adalah karena hukum adalah produk politik sehingga rentan dengan kepentingan-kepentingan politik.⁸ Undang-Undang yang merupakan produk dari politik memiliki peluang cukup besar bertentangan dengan UUD 1945, contohnya adalah kepentingan politik oleh pemegang mayoritas suara parlemen atau bahkan adanya intervensi dari pemegang kekuasaan untuk menghiraukan ketaatan pada asas konstitusi.⁹

Aturan turunan pasal 24C UUD 1945 tentang wewenang MK adalah Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi. Mulai dari Pasal 50 sampai dengan Pasal 60 Undang-Undang ini mengatur dengan jelas wewenang MK tentang pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945.

MK dalam rangka untuk mempermudah beracara, MK dalam putusannya mengeluarkan pedoman dalam perkara pengujian Undang-Undang yaitu Peraturan MK Nomor 6/PMK/2005. Peraturan MK ini menjadi pedoman beracara yang mengikat untuk para pihak dalam perkara pengujian Undang-Undang terhadap UUD. Peraturan ini tidak hanya mengikat kepada pihak pemohon akan tetapi juga kepada MK sendiri.¹⁰

Ketentuan Pasal 4 peraturan ini disebutkan bahwa permohonan pengujian Undang-Undang bisa dalam pengujian materiil yang berkaitan

⁷Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 24C ayat (1) dan (2).

⁸Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia* (Jakarta: Rajawali Press, 2009), hlm. 4-6.

⁹Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi* (Jakarta: Rajawali Press, 2010), hlm. 99.

¹⁰Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PMK/2005 Tentang Pedoman Beracara Dalam perkara Pengujian Undang-Undang.

dengan materi ayat, pasal, dan/atau bagian Undang-Undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945. Kemudian pengujian juga bisa dilakukan dengan pengujian formil yaitu berkenaan dengan proses pembentukan Undang-Undang jika dinilai tidak sesuai atau bahkan bertentangan dengan UUD 1945.¹¹

Ketentuan Pasal 5 peraturan MK ini mengatur tentang bagaimana seharusnya suatu pemohon ingin mengajukan pengujian Undang-Undang. Contohnya adalah dalam pengujian materiil, Pasal 5 ayat (1) huruf d telah mengatur tentang hal-hal dan apa yang perlu untuk dipersiapkan oleh pemohon untuk dijadikan sebagai petitum, antara lain adalah sebagai berikut:

- a. Mengabulkan permohonan pemohon.
- b. Menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-Undang bertentangan dengan UUD.
- c. Menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-Undang tidak memiliki hukum mengikat.¹²

Berkaitan dengan putusan MK, peraturan ini juga sudah mengaturnya dengan jelas dan tegas bagaimana MK dalam mengambil suatu ke putusan. Dalam Pasal 31, putusan dapat diambil dalam rapat permusyawaratan hakim yang dihadiri sekurang-kurangnya 7 (tujuh) orang hakim, dan dibaca/diucapkan dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum yang dihadiri sekurang-kurangnya 7 (tujuh) orang hakim MK.¹³

Khusus dalam amar putusan, Pasal 36 peraturan MK ini membuat pedoman yang rinci. Amar putusan dalam perkara pengujian Undang-Undang menyatakan permohonan tidak dapat diterima, dalam hal permohonan tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 56 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003. Kemudian amar putusan dalam perkara pengujian Undang-Undang menyatakan permohonan ditolak dalam hal Undang-Undang yang dimohonkan pengujian tidak bertentangan dengan

¹¹Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PMK/2005 Pasal 4.

¹²Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PMK/2005 Pasal 5.

¹³Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PMK/2005 Pasal 31.

UUD 1945, baik terkait dengan pembentukan maupun materi muatan Undang-Undang sebagian atau secara keseluruhan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 56 ayat (5) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003.

Kemudian dalam hal permohonan dikabulkan oleh MK, maka amar putusannya menyatakan materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian Undang-Undang bertentangan dengan UUD dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, atau menyatakan bahwa pembentukan Undang-Undang yang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan Undang-Undang berdasarkan UUD dan menyatakan bahwa Undang-Undang tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.¹⁴ Atas landasan putusan tersebutlah MK berfungsi sebagai pembatal aturan norma atau dikenal dengan istilah *negative legislature* dan bukan sebagai pembuat aturan norma atau *positive legislature*.

Berdasarkan uraian-uraian di atas, peneliti tertarik untuk meneliti tentang Kajian Putusan MK Terhadap Pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

B. Fokus Masalah

Fokus masalah dalam penelitian ini adalah pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Peneliti akan fokus pada bagian putusan yang dinilai bersifat mengatur atau tidak sesuai dengan hukum positif yang ada. Sehingga pada akhirnya dari beberapa komponen masalah tersebut nantinya penulis akan menarik kesimpulan tentang bagaimana kekuatan hukum putusan hakim yang bersifat mengatur (*positive legislature*).

Selain itu untuk menambah wawasan, dalam hal ini penulis akan melakukan penelitian pendalaman terkait akibat hukum putusan MK yang bersifat mengatur (*positive legislature*) tersebut terhadap kondisi tatanan hukum di Indonesia. Jika memiliki akibat maka dalam penelitian ini juga akan diarahkan untuk mencari solusi dari permasalahan tersebut.

¹⁴Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi Pasal 57 dan Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PMK/2005 Pasal 36.

C. Batasan Istilah

Pembaca dalam membaca suatu hasil penelitian sering tidak mengetahui istilah-istilah hukum yang ada. Dalam mengurangi penafsiran-penafsiran lebih dari pembaca tentang istilah hukum yang ada pada penelitian ini, maka peneliti dalam hal ini memberikan definisi umum tentang istilah hukum yang tercantum dalam penelitian ini.

1. Mahkamah Konstitusi (MK)

MK adalah salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan¹⁵. MK berkedudukan di Ibukota Negara Republik Indonesia.

2. *Positive Legislature*

Positive Legislature atau bersifat mengatur adalah putusan MK yang bersifat mengatur dengan adanya rumusan baru terkait pasal yang di ujiikan atau ayat yang diujiikan yang berasal dari pemikiran dan pertimbangan hakim MK.¹⁶

3. *Negative Legislature*

Negative Legislature adalah wewenang MK yang di amanahkan oleh Undang-Undang untuk membatalkan norma hukum atau kekuatan hukum suatu Pasal atau ayat dari Undang-Undang yang di ujiikan ke hadapan MK.¹⁷

4. Pemohon

Pemohon adalah pihak-pihak yang permohonannya telah dianggap dikabulkan dalam pandangan hukum akibat tidak ditetapkannya keputusan dan/atau tidak dilakukannya tindakan oleh badan hukum dan karenanya pihak ini mengajukan permohonan kepada Pengadilan yang

¹⁵ Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Pasal 2 tentang Mahkamah Konstitusi.

¹⁶Syara Nurhayati, "Mahkamah Konstitusi Sebagai *Positive Legislature* Dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945" dalam *jurnal JOM Fakultas Hukum*, Volume 2 Nomor 2 Tahun 2015, hlm. 2.

¹⁷Syara Nurhayati, "Mahkamah Konstitusi Sebagai *Positive Legislature* Dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945"..., hlm. 3.

berwewenang untuk mendapatkan kepastian hukum atas putusan pengadilan tersebut.¹⁸

5. Pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945

Pengujian Undang-Undang adalah pengujian yang dilakukan oleh lembaga peradilan untuk dalam hal ini MK terhadap muatan isi atau proses pembuatan Undang-Undang yang di anggap oleh perorangan atau beberapa orang yang dalam hal ini bertindak sebagai pemohon di anggap telah merugikan Hak Asasi Manusia. Sehingga Pemohon tersebut membuat surat permohonan yang ditujukan ke MK untuk di ujikan di hadapan hakim-hakim MK.¹⁹

D. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah yang telah di uraikan pada bagian sebelumnya, maka dalam pelaksanaan penelitian ini bisa dirumuskan menjadi beberapa rumusan masalah. Adapun rumusan masalah tersebut adalah sebagai berikut:

1. Bagaimana kewenangan MK dalam mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur (*positive legislature*) pada perkara pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945?
2. Apa faktor –faktor yang mempengaruhi hakim MK dalam mengeluarkan putusan pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan?
3. Bagaimana implikasi putusan MK yang bersifat *positive legislature* dalam perkara pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dalam tatanan hukum Indonesia?

¹⁸ Peraturan Mahkamah Agung Nomor 5 Tahun 2015 Tentang Pedoman Beracara Untuk Memperoleh Putusan Atas Penerimaan Permohonan Guna Mendapatkan Putusan Dan/Atau Tindakan Badan Atau Pejabat Pemerintahan Pasal 1 ayat (2).

¹⁹ Machmud aziz, "Pengujian Peraturan Perundang-Undangan dalam Sistem Peraturan Perundang-Undangan Indonesia" dalam *Jurnal Konstitusi*, Volume 7 Nomor 5 Tahun 2010, hlm. 114.

E. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan peneliti dalam melakukan penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui kewenangan MK dalam mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur (*positive legislature*) pada perkara pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945.
2. Untuk mengetahui faktor-faktor yang mempengaruhi hakim MK dalam mengeluarkan putusan pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
3. Untuk mengetahui implikasi putusan MK yang bersifat *positive legislature* dalam perkara pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dalam tatanan hukum Indonesia.

F. Kegunaan Penelitian

Manfaat yang bisa didapatkan dari hasil penelitian ini adalah manfaat secara teoritis dan praktis.

1. Secara Teoritis
 - a. Memberikan manfaat dalam rangka usaha untuk perkembangan ilmu pengetahuan Hukum Tata Negara khususnya dalam hal kewenangan MK.
 - b. Bisa dijadikan rujukan untuk melakukan penelitian selanjutnya dan bisa juga dijadikan bahan bandingan untuk penelitian orang selanjutnya.
2. Secara Praktis

Hasil penelitian ini bisa diharapkan untuk memberikan sumbangsih pemikiran untuk para praktisi hukum dan masyarakat umumnya terkait kewenangan MK dalam mengambil ke putusan perkara pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945. Selain itu hasil penelitian ini juga akan bermanfaat secara nyata terhadap mahasiswa Program Studi Hukum Tata Negara dalam perkuliahan atau setelah selesai pendidikan di Perguruan Tinggi.

G. Metode Penelitian

1. Tipe Penelitian

Penelitian ini menggunakan tipe penelitian hukum normatif (*juridis normative*). Menurut Philipus M. Hadjon sebagaimana telah dikutip oleh Bachtiar dalam bukunya menyatakan yang disebut dengan *juridis normative* adalah penelitian yang ditujukan untuk menemukan dan merumuskan argumentasi hukum melalui analisis terhadap pokok permasalahan.²⁰

2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan penelitian yang efektif dalam metode penelitian *juridis normative* adalah menggunakan pendekatan undang-undang (*statute approach*). Cara memaksimalkan pendekatan undang-undang ini adalah dengan cara menelaah dan menganalisis semua undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan isu hukum yang sedang diteliti.²¹ Dalam pendekatan ini penulis harus paham tentang hierarki perundang-undangan Indonesia supaya membantu dalam menerjemahkan setiap tingkatan peraturan yang ada juga lengkap dengan asas-asas perundang-undangan dengan baik dan komprehensif.

Melalui pendekatan undang-undang ini, penulis tidak hanya melihat dari kacamata bentuk perundang-undangan melainkan juga menelaah muatan isi atau substansi perundang-undangan itu sendiri. Selain itu penulis juga harus menguasai ontologis lahirnya perundang-undangan yang sedang diteliti. Hal ini dimaksudkan supaya analisis normatif yuridis yang sedang diteliti mendapatkan hasil yang maksimal.

Misalnya dalam penelitian ini adalah berkaitan dengan MK maka pendekatannya adalah dengan menganalisis Undang-Undang tentang MK yaitu Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi. Atau bisa juga dianalisis aturan turunan Undang-Undang

²⁰Bachtiar, *Metode Penelitian Hukum* (Tangerang Selatan: UNPAM PRESS, 2018), hlm. 55.

²¹Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana, 2014), hlm.133.

tersebut seperti PMK Nomor 6/PMK/2005 tentang pedoman beracara dalam perkara pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945.

Berdasarkan dari beberapa peraturan perundang-undangan di atas akan di analisis terkait ontologis lahirnya peraturan tersebut, muatan sisi yang menjadi permasalahan, atau juga dengan menganalisis keterkaitan antar variabel hukum yang sedang di teliti²².

3. Bahan Hukum

a. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer terbagi menjadi dua macam. Bahan primer yang dimaksud adalah peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan. Materi dari kedua hukum ini yang dijadikan sebagai bahan utama dalam penelitian hukum. Terkait dengan bahan hukum primer, maka penulis harus akrab dengan *hierarki* perundang-undangan. Kemudian juga harus diperhatikan tentang peraturan perundang-undangan yang sudah digantikan. Karena hal ini akan perlu bagi penulis untuk memahami tentang asas-asas peraturan perundang-undangan²³.

Bahan hukum primer yang diangkat dalam penelitian ini adalah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi jo Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam perkara Pengujian Undang-Undang, dan yang terakhir adalah putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

²²Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum...*, hlm. 142.

²³Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum...*, hlm. 182.

b. Bahan Hukum Skunder

Bahan hukum sekunder yang efektif dalam proses penelitian ini adalah adalah buku-buku hukum termasuk juga skripsi atau tesis hukum. Selain itu yang dapat membantu peneliti adalah tentang jurnal-jurnal hukum yang berkaitan dengan topik penelitian. Kegunaan bahan hukum sekunder adalah untuk memberikan arahan atau petunjuk kepada peneliti ke arah mana peneliti melangkah. Atau bisa saja bahan hukum sekunder ini menjadi panduan peneliti untuk berpikir.

c. Bahan Non Hukum

Bahan hukum yang dapat membantu peneliti dalam proses penelitian adalah kamus-kamus hukum. Jenis bahan hukum demikian masuk dalam kategori bahan non hukum.

4. Teknik Pengumpulan Data/Bahan Hukum

Peneliti menetapkan masalah dan isu yang akan diteliti, kemudian selanjutnya adalah peneliti melakukan penelusuran untuk mencari bahan hukum. Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini dikumpulkan dengan melakukan penelusuran mendalam tentang bahan yang dibutuhkan sesuai pendekatan. Misalnya saja pendekatan yang dilakukan adalah pendekatan perundang-undangan, maka peneliti akan menelusuri peraturan perundang-undangan yang sesuai dengan topik permasalahan dan kemudian dikaji secara komprehensif.²⁴

Penelitian hukum normatif ada 3 (tiga) jenis metode pengumpulan data sekunder, yaitu:

- a. Studi pustaka (*bibliography study*);
- b. Studi dokumen (*document study*);
- c. Studi arsip (*file or record study*)²⁵.
- d. Pengolahan Data/bahan hukum

²⁴Muhaimin, *Metode Penelitian Hukum* (Mataram: Mataram University Press, 2020), hlm. 64.

²⁵Muhaimin, *Metode Penelitian Hukum...*, hlm. 65.

Bahan hukum yang telah dikumpulkan akan diolah dengan metode kualitatif, yaitu dengan menganalisa, menafsirkan, menarik kesimpulan dalam bentuk kalimat pada penelitian ini.

5. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Proses analisis data dan bahan hukum dimulai dengan mengumpulkan bahan-bahan hukum sekunder dan primer yang dibutuhkan dalam penelitian ini. Pengumpulan bahan hukum tersebut dilakukan dengan mencari buku-buku hukum yang berkaitan dengan MK. Selain itu juga perlu dikumpulkan jurnal-jurnal hukum yang berkaitan dengan putusan MK. Setelah itu kemudian mengumpulkan peraturan perundang-undangan tentang MK di mulai dari UUD 1945, Undang-undang tentang MK, Peraturan MK, atau Putusan MK di mana semuanya berkaitan dengan permasalahan yang sedang di teliti.

Data dan bahan hukum yang telah terkumpul tersebut selanjutnya akan dibaca, dipahami, dan dipelajari oleh peneliti. Hal ini dilakukan untuk memudahkan peneliti dalam memecahkan masalah dan menemukan solusi pada setiap permasalahan. Proses pembelajaran dan pemahaman data dan bahan hukum ini peneliti juga akan mencatat bagian-bagian penting untuk dimasukkan dalam tabel kategorisasi dalam rangka membantu peneliti dalam membedakan data per data.

Proses pengolahan data berikutnya adalah dengan mereduksi data dengan metode kategorisasi. Pada tahap berikutnya, maka setiap data akan diklasifikasikan kepada masing-masing kategori. Hal ini bertujuan untuk memudahkan dalam mencari keabsahan data yang valid. Peneliti dalam proses reduksi data ini adalah dengan menggunakan kata kunci untuk setiap data dan bahan hukum pada setiap kategorinya. Maka setelah data dan bahan hukum sudah di klasifikasikan maka proses berikutnya adalah melakukan penafsiran.

Interpretasi data dan bahan hukum sebenarnya sudah dimulai sejak peneliti membaca, memahami, dan mempelajari data dan bahan hukum tersebut. Akan tetapi untuk mendapatkan pemahaman yang lebih

komprehensif dan luas maka peneliti akan melakukan penafsiran lanjutan pada setiap klasifikasi data dan bahan hukum. Penafsiran ini lebih kepada pemahaman ahli hukum dan dibantu dengan pakar-pakar Hukum Tata Negara tentang MK dan selanjutnya disimpulkan dengan pemahaman peneliti sendiri. Jadi interpretasi setiap data pada penelitian ini didukung oleh penafsiran dan pemahaman pakar hukum.²⁶

H. Sistematika Pembahasan

Alur penulisan Skripsi ini dimulai dengan merumuskan masalah. Masalah-masalah yang diteliti dalam hal ini peneliti mencantumkan pada Bab I. Bab ini berisikan semua masalah-masalah, dimulai dengan latar belakang masalah kemudian fokus masalah supaya tidak lari dari jalur penelitian. Kemudian pada bab ini juga berisi tentang batasan istilah yang tujuannya untuk memudahkan pembaca dalam membaca Skripsi ini. Selain itu pada Bab ini ini peneliti juga mencantumkan rumusan masalah serta dengan tujuan penelitian dan didukung dengan metode penelitian yang relevan dalam penelitian ini.

Bab II pada Skripsi ini memuat tinjauan pustaka. Bab ini berisikan pengertian-pengertian seputar penelitian, dasar hukum, hikmah atau manfaat penelitian . Dan yang terpenting dalam bab ini adalah peneliti mencantumkan hasil penelitian orang lain yang relevan sebagai acuan dalam penelitian ini. Dan untuk menghindari anggapan plagiat dari pembaca, peneliti membandingkan hasil penelitian orang tersebut dengan penelitian peneliti ini sendiri.

Bab III dalam Skripsi ini, peneliti hanya fokus pada pembahasan tentang teori-teori yang digunakan dalam memecahkan masalah pada penelitian ini. Kemudian pada Bab IV peneliti mengembangkan dan mencantumkan semua hasil-hasil penelitian sebagai pokok daripada Skripsi ini. Skripsi ini ditutup dengan bagian kesimpulan dan saran yang dicantumkan pada Bab V

²⁶Lexy J. Moleong, *Metode Penelitian Kualitatif* (Bandung: PT REMAJA ROSDAKARYA, 2004), hlm. 190-193.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang Mahkamah Konstitusi

Indonesia pasca runtuhnya kekuasaan OB memasuki babak baru dengan segala keadaan baik atau buruk yang terjadi pada rezim pemerintahan tersebut. Runtuhnya kekuasaan orde baru adalah sejarah penting dalam ketatanegaraan Indonesia ditandai dengan amandemen konstitusi sebanyak 4 (empat) kali.

Akibat dari perubahan konstitusi atau UUD 1945 tersebut melahirkan adanya lembaga peradilan baru dan selanjutnya disebut sebagai MK. Keberadaan MK ini secara jelas dicantumkan dalam Pembukaan UUD 1945 Pasal 24 ayat (2) dengan bunyi sebagai berikut:

Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.²⁷

Melalui amanah UUD 1945 tersebut melahirkan aturan turunan terkait dengan MK. Aturan turunan yang dimaksud adalah Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi jo Undang-Undang Nomor 8 tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 4 tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 tahun 2013 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi Menjadi Undang-Undang.

Perubahan ketiga Undang-Undang MK ini adalah Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Dalam penjelasan Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi tersebut menjelaskan lahirnya MK adalah sebagai lembaga negara yang berfungsi

²⁷Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 24 ayat (2).

untuk menyelesaikan permasalahan terkait dengan ketatanegaraan Indonesia dalam rangka menjaga kemurnian konstitusi agar sejalan dengan cita-cita bangsa dan rakyat.²⁸

Indonesia dalam pembentukan MK menempati urutan ke-78. Gagasan utama dalam pembentukan lembaga MK dicetuskan oleh Hans Kelsen. Hans Kelsen dalam Saldi Isra menyatakan lembaga peradilan memiliki wewenang untuk membatalkan suatu Undang-Undang atau menyatakan suatu Undang-Undang tidak mengikat secara hukum. Dalam menjalankan fungsi tersebut lembaga kehakiman bertindak sebagai *negative legislator*.²⁹

Dewasa ini pembentukan MK menjadi suatu keniscayaan dalam negara yang berdaulat.³⁰ Konsep pemikiran tentang perlunya pembentukan lembaga peradilan yang berwenang dalam *judicial review* telah muncul pada awal sidang Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI). Pemikiran tersebut tidak dapat ditindaklanjuti mengingat ahli hukum di Indonesia pada masa itu belum mendukung.

Pemikiran *judicial review* kembali muncul pada saat pembahasan Rancangan Undang-Undang (RUU) Kekuasaan Kehakiman dan kemudian ditetapkan menjadi Undang-Undang Nomor 14 tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kuasaan Kehakiman.³¹ Hal ini tentu semakin menunjukkan urgensi pengujian Undang-Undang sudah semakin dibutuhkan oleh Indonesia.

Awalnya ada 3 alternatif lembaga yang akan diberikan hak untuk menguji konstitusionalitas Undang-Undang terhadap UUD 1945. Ketiga lembaga tersebut adalah Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), Mahkamah Agung (MA), dan Mahkamah Konstitusi (MK). Ide untuk memberikan hak ini kepada MPR pada akhirnya dikesampingkan, karena

²⁸Dikutip dari Penjelasan Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

²⁹Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi, Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia* (Jakarta: Rajawali Press, 2010), hlm. 73.

³⁰Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik, 2010), hlm. 5

³¹Nanang Sri Darmadi, "Kedudukan dan Wewenang Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Hukum Ketatanegaraan Indonesia" dalam *Jurnal Hukum*, Volume 18 Nomor 2 Tahun 2012, hlm. 1095.

lembaga ini tidak menjadi lembaga tertinggi lagi dan juga di dalam MPR bukanlah merupakan kumpulan orang-orang yang paham akan hukum. Kemudian gagasan untuk memberikan hak menguji Undang-Undang ini kepada MA juga dikesampingkan karena sudah terlalu banyak urusan MA dalam mengurus perkara. Kemudian pada akhirnya hak ini di berikan kepada MK sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman.³²

Kewenangan dan kewajiban MK di atur dalam dalam Pasal 24C ayat (1) dan (2) UUD 1945, dengan bunyi:

1. 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.
2. Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

Berdasarkan motif pembentukan serta kewenangan MK tersebut di atas, maka MK sebagai pelaksana kewenangan untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945 perlu dibatasi dengan hal-hal sebagai berikut:

- a. Dalam isi putusan, MK tidak diperkenankan memuat isi yang bersifat mengatur (*positive legislature*). Berkenaan dengan hal ini MK hanya diperkenankan sebuah Undang-Undang atau sebagian isinya batal karena bertentangan dengan UUD 1945. Sekalipun ide dan gagasan untuk membuat norma baru dalam ketentuan Pasal atau bagian Undang-Undang yang sedang di uji memiliki pemikiran yang baik, namun hal itu tidak diperkenankan karena merupakan hak lembaga legislatif.³³
- b. Ketika membuat putusan, MK tidak diperkenankan untuk membuat putusan batal suatu Undang-Undang yang bersifat terbuka atau pengaturannya diserahkan kepada Undang-Undang itu sendiri. Contohnya adalah ketika UUD 1945 menyatakan bahwa pengaturan pemilihan kepala

³²Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi...*, hlm. 7.

³³Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pascaamandemen Konstitusi...*, hlm.

daerah harus dilakukan secara demokratis di mana ketentuan pemilihan diatur dalam Undang-Undang. Maka dalam hal ini MK tidak bisa membatalkan Undang-Undang tersebut sekalipun isinya dilakukan secara langsung atau melalui perwakilan. Jika MK membatalkan, maka MK telah masuk ke ranah legislatif.

- c. MK tidak diperkenankan untuk melakukan putusan yang *ultra petita*. Akan tetapi ada 3 (tiga) tokoh Hukum Tata negara yang berbeda pendapat terkait dengan putusan *ultra petita*. Menurut Mahfud MD MK tidak boleh mengeluarkan putusan yang di luar petitum yang dimohonkan oleh pemohon. Menurutnya hal ini telah melanggar prinsip bahwa MK hanya bisa memutus hal yang secara jelas diminta oleh pemohon. Menurut Jimly Asshiddiqie dalam buku yang berjudul Perdebatan Hukum Tata Negara Pascaamandemen Konstitusi karya Mahfud MD mengatakan bahwa MK boleh mengeluarkan putusan *ultra petita* sebab larangan untuk *ultra petita* hanya berlalu untuk hukum perdata. Diperjelas lagi *ultra petita* sangat penting dalam pengujian Pasal Undang-Undang yang berkaitan juga dengan Pasal lain dalam Undang-Undang yang sedang diuji. Sedangkan menurut Bagir Manan dalam buku Perdebatan Hukum Tata Negara Pascaamandemen Konstitusi karya Mahfud MD menyatakan putusan *ultra petita* boleh dikeluarkan oleh hakim MK apabila sejak awal pemohon dalam petitumnya menyatakan *et aequo et bono*.³⁴

Selain tiga batasan yang telah disebutkan di atas, selanjutnya Mahfud MD memberikan rambu-rambu untuk MK dalam melakukan kewenangannya dalam menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945 supaya MK tidak melampaui batas atau masuk ke ranah lembaga lain. 10 (sepuluh) rambu-rambu MK tersebut adalah:

- a) MK tidak bisa membuat putusan yang bersifat mengatur. Artinya pembatalan suatu Undang-Undang atau bagian dari Undang-Undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945 tidak boleh disertai dengan

³⁴Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pascaamandemen Konstitusi...*, hlm. 101-102.

pengaturan atau dengan membuat norma baru. MK hanya bisa membuat putusan isi Undang-Undang yang diuji konstitusional atau inkonstitusional ditambah dengan prasa tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

- b) Putusan dengan amar putusan di luar permohonan pemohon tidak diperkenankan. Hal ini disebabkan akan terjadinya intervensi oleh MK terhadap ranah legislatif. Jika ada ketentuan Pasal yang tidak berlaku atau tidak bisa dijalankan karena putusan MK membatalkan suatu bagian dari Undang-Undang maka secara otomatis legislatif harus melaksanakan *legislative review*.³⁵
- c) MK tidak diperkenankan untuk menjadikan suatu Undang-Undang sebagai batu uji terhadap Undang-Undang yang lain. Hal ini akan bertentangan dengan kewenangan MK yang diamanahkan oleh UUD 1945.
- d) MK tidak diperkenankan untuk mencampuri masalah-masalah yang diberikan oleh UUD 1945 kepada lembaga legislatif untuk mengaturnya dengan atau dalam Undang-Undang berdasarkan pilihan politik lembaga legislatif tidak bisa dibatalkan oleh MK.³⁶
- e) Teori yang digunakan oleh hakim MK dalam mengeluarkan putusan harus teori yang benar-benar dianut oleh MK. Sebab banyak teori dengan pilihan yang sama akan tetapi bertentangan antar sesama teori. Kemudian putusan MK tidak diperkenankan merujuk pada ketentuan konstitusi di negara lain.
- f) MK tidak boleh melanggar asas *nemo Jude in causa sua* atau asas tidak boleh mengadili yang terkait dengan dirinya sendiri.
- g) Hakim-hakim MK tidak boleh memberikan pendapat atau komentar kepada publik terkait dengan perkara yang sedang diperiksa dalam persidangan. Hakim MK secara sosial sangat dibatasi. Hal ini supaya putusan yang dikeluarkan oleh hakim MK tidak mengikat kehidupan hakim secara pribadi terkait putusan tersebut. Hal ini supaya tidak menimbulkan opini-opini liar di tengah masyarakat.

³⁵Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi isu* (Jakarta: Rajawali Press, 2012), hlm. 281.

³⁶Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi isu...*, hlm. 282

- h) Hakim-hakim MK tidak boleh mencari-cari perkara dengan memberikan saran kepada siapa pun untuk mengajukan permohonan ke MK. Kecuali merupakan inisiatif dari pemohon maka MK tidak boleh untuk menolak.
- i) Hakim-hakim MK tidak boleh secara proaktif menawarkan diri untuk menjadi mediator dalam sengketa politik antarlembaga negara atau dalam sengketa antar lembaga-lembaga politik karena dianggap politis.
- j) MK tidak boleh memberikan opini atau gagasan tentang baik atau buruknya suatu peraturan perundang-undangan sehingga perlu untuk di amandemen atau perlu untuk dipertahankan.³⁷ MK cukup hanya sebagai pengawal konstitusi, penafsir konstitusi, dan sebagai pengawal jalannya sistem demokrasi di negara Indonesia. Akan tetapi hal ini tidak berlaku ketika untuk kepentingan akademis.

B. Tinjauan Umum Tentang *Judicial Review*

Sejarah pengujian Undang-Undang atau *judicial review* dimulai dengan keluarnya putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat terkait kasus *Merbury vs Medison* pada tahun 1803. Ketika itu hakim Mahkamah Agung Amerika Serikat dengan ketua John Marshal membatalkan ketentuan dalam *judiciary act 1789* disebabkan bertentangan dengan konstitusi Amerika Serikat. Pada saat itu tidak ada ketentuan untuk Mahkamah Agung untuk melakukan konsep *judicial review*. Akan tetapi terobosan baru yang dilakukan hakim Mahkamah Agung tersebut dinilai sebagai kewajiban konstitusional dan merupakan bagian dari menjaga dan menjunjung tinggi konstitusi.³⁸

Di Indonesia sendiri gagasan tentang *judicial review* sudah mulai muncul sebelum adanya amandemen terhadap konstitusi Indonesia. Gagasan mengenai *judicial review* pertama kali muncul pada sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI). Dalam persidangan tersebut salah satu anggota sidang Muhammad Yamin mengusulkan untuk memberikan hak dan wewenang kepada Mahkamah

³⁷Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi isu...*, hlm. 283-284.

³⁸Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi...*, hlm. 5.

Agung melakukan uji materiil Undang-Undang terhadap UUD 1945. Gagasan tersebut mendapatkan penolakan dari anggota sidang yang lain yaitu Soepomo. Alasan penolakan gagasan tersebut adalah karena menurut Soepomo ahli hukum di Indonesia pada saat itu belum mempunyai pengalaman untuk menguji Undang-Undang dan tidak memiliki kredibilitas yang baik.³⁹

Pasal 156 ayat (1) Konstitusi RIS menyatakan Mahkamah Agung dapat menguji materi Undang-Undang terhadap Konstitusi dengan batasan Undang-Undang yang dikeluarkan oleh negara-negara bagian. Bunyi lengkap pasal tersebut adalah:⁴⁰

Jika Mahkamah Agung atau pengadilan-pengadilan lain mengadili dalam perkara perdata atau dalam perkara hukuman perdata, beranggapan bahwa suatu ketentuan dalam peraturan ketatanegaraan atau Undang-Undang suatu daerah bagian berlawanan dengan Konstitusi ini, maka dalam keputusan kehakiman itu juga, ketentuan ini dinyatakan dengan tegas tak menurut konstitusi.

Konsep *judicial review* kembali hidup ketika runtuhnya rezim orde baru di bawah kekuasaan Presiden Soekarno. Pada saat itu lembaga legislatif memasukkan gagasan *judicial review* ke dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman. Akan tetapi ketentuan tersebut tidak dapat dijadikan satu Undang-Undang dan tidak dapat diimplementasikan karena:

- 1) Uji materiil hanya bisa dilakukan oleh Mahkamah Agung untuk hierarki di bawah Undang-Undang;
- 2) Pemeriksaan dapat dilakukan pada tingkat kasasi;
- 3) Peraturan perundang-undangan hanya bisa dinyatakan berlaku pada saat *legislatif review* atau *eksekutif review*.⁴¹

Ketentuan tentang *judicial review* kembali dimasukkan dalam ketetapan Majelis Permusyawaratan rakyat (MPR) Nomor VI/MPR/1973 dan

³⁹Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum* (Jakarta: Rajawali Press, 2010), hlm. 128.

⁴⁰Ahmad Riski, " Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*) Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945", *Tesis* (Padang: Universitas Andalas, 2016), hlm. 121.

⁴¹Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum...*, hlm. 130.

dicantumkan kembali dalam ketetapan MPR Nomor III/MPR/1978. Akan tetapi konsep dan ketentuan *judicial review* tidak pernah beroperasi dan tidak memiliki produk sampai dengan berakhirnya rezim orde baru di bawah kekuasaan Presiden Soeharto. Pada masa orde baru sangat banyak keluhan dari pakar hukum ataupun masyarakat sendiri terkait banyak Undang-Undang yang bertentangan dengan UUD 1945.⁴²

Amandemen konstitusi Indonesia mengakibatkan ketentuan *judicial review* menjadi lebih terarah dan memiliki peluang yang besar untuk menjalankan konsepnya. Melalui amandemen UUD 1945 dalam pasal 24C ayat (1) dibentuk lembaga *judicial review* Mahkamah Konstitusi untuk melakukan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945.⁴³

C. Model-Model Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan MK berbeda dengan putusan peradilan umum yang berada di bawah naungan Mahkamah Agung. Perbedaan tersebut dapat dilihat dari sifat putusan tersebut. Putusan MK bersifat final sehingga tidak ada upaya hukum setelah putusan tersebut. Hal ini berbeda dengan peradilan umum lainnya di mana putusan yang dikeluarkan belum bersifat final dan mengikat karena para pihak masih memiliki kesempatan untuk melakukan upaya hukum.

Putusan MK bersifat final tersebut secara langsung dituangkan dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dengan bunyi:

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 putusan MK bersifat final adalah hakikat dari kedudukan MK sebagai pengawal, penjaga, dan penafsir tunggal konstitusi sejatinya adalah hukum tertinggi.⁴⁴ Sehingga tidak ada upaya hukum yang bisa untuk dilakukan. Makhruf Amin memberikan komentar terhadap putusan MK

⁴²Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum...*, hlm. 131.

⁴³Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum...*, hlm. 41.

⁴⁴Fajar Laksono Soeroso, "Aspek Keadilan dalam Sifat Final Putusan Mahkamah Konstitusi" dalam *Jurnal Konstitusi*, Volume 11 Nomor 1 Tahun 2018, hlm. 83.

Nomor 46/PUU-VIII/2010 bahwa MK itu sudah seperti Tuhan, kemudian ada permasalahan terkait dengan ketatanegaraan Indonesia ketika putusan MK bertentangan dengan Islam tetapi tidak ada upaya hukum untuk melawan putusan tersebut.⁴⁵

Perbedaan putusan MK dengan putusan peradilan umum lainnya adalah putusan MK tidak hanya mengikat dan berlaku untuk pihak-pihak yang berperkara saja, akan tetapi mengikat seluruh rakyat Indonesia. Hal ini berbeda dengan putusan peradilan umum lainnya di mana putusannya hanya berlaku untuk pihak-pihak yang berperkara.⁴⁶

Model putusan MK setidaknya dapat diklasifikasikan menjadi 3 (tiga) kategori, yaitu model putusan berdasarkan Undang-Undang, model putusan berdasarkan jalannya persidangan, dan model putusan berdasarkan sifatnya.

1. Putusan MK berdasarkan Undang-Undang.

a. Putusan permohonan tidak dapat diterima

Putusan hakim MK yang menyatakan permohonan tidak dapat diterima (*niet onvankelijk verklaard*), terjadi ketika pertimbangan hakim dalam Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH) menyimpulkan bahwa permohonan tidak berdasarkan hukum. Sehingga pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud pada Pasal 50 dan Pasal 51.⁴⁷

Pasal 56 ayat (1) menyebutkan bahwa: "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".⁴⁸ Contoh putusan MK dengan amar putusan permohonan tidak dapat diterima adalah:

⁴⁵Dikutip dari <http://m.hukumonline.com/berita/baca/1t4f68c6f92726d/ketua-mui-ibaratkan-mk-seperti-tuhan>, diakses pada tanggal 30 Desember 2021 Pukul 13,24 WIB.

⁴⁶Fajar Laksono Soeroso, "Aspek Keadilan dalam Sifat Final Putusan Mahkamah Konstitusi" ..., hlm. 66.

⁴⁷Bambang Sutiyoso, "Putusan Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya Terhadap Pencari Keadilan" dalam *Jurnal Hukum*, Volume 3 Nomor 15 Tahun 2008, hlm. 357.

⁴⁸Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Pasal 56 ayat (1).

- 1) Putusan perkara Nomor 47/PUU-VI/2008 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1992 tentang Jaminan Sosial Tenaga Kerja Terhadap UUD 1945.
 - 2) Putusan Perkara Nomor 104/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap UUD 1945.
 - 3) Putusan Perkara Nomor 57/PUU-XIX/2021 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia terhadap UUD 1945.
 - 4) Putusan Perkara Nomor 46/PUU-XIX/2021 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja terhadap UUD 1945.⁴⁹
- b. Permohonan ditolak

Putusan hakim MK yang menyatakan permohonan ditolak (*ontzegd*), terjadi ketika hakim menganggap permohonan pemohon tidak memiliki alasan. Pasal yang diujikan di hadapan hakim MK tidak bertentangan dengan UUD 1945 terkait dengan proses pembentukan maupun muatan materi yang diujikan, maka amar putusannya menyatakan ditolak.⁵⁰ Maka ketentuan Pasal yang diujikan tersebut tetap memiliki kekuatan hukum mengikat dan berlaku seperti awalnya. Akan tetapi pada lain kesempatan Pasal ini masih bisa diujikan dengan orang yang sama atau berbeda dan dengan alasan alasan yang berbeda. Akan tetapi sudah sering terjadi kasus demikian dan hakim MK tetap menolak permohonan tersebut.

Model putusan yang kedua adalah permohonan pemohon yang ditolak. Putusan ini diatur tersendiri dalam Pasal 56 ayat (5) yang menyatakan bahwa:

⁴⁹<https://www.mkri.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&menu=5&jenis=PUU&jnspe rkara=1>. Diakses pada 30 Desember 2021 Pukul 13.55 WIB.

⁵⁰Bambang Sutiyoso, "Putusan Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya Terhadap Pencari Keadilan"..., hlm. 358.

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 putusannya menyatakan permohonan ditolak.

Pasal tersebut mengisyaratkan kepada hakim MK untuk memutuskan perkara dengan permohonan pemohon ditolak sebagian atau ditolak untuk keseluruhan. Konsep antara putusan ditolak ini berbeda karena beberapa materi yang diuji oleh hakim sering dianggap bertentangan sehingga dalam satu putusan bisa berisikan dua jenis putusan yaitu, ditolak untuk sebagian karena ada Pasal yang dikabulkan atau ditolak untuk keseluruhan.

Contoh putusan MK yang menolak permohonan pemohon adalah:

- 1) Putusan perkara Nomor 24/PUU-XIX/2021 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang terhadap UUD 1945.
- 2) Putusan perkara Nomor 20/PUU-VI/2008 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU PTPK) terhadap UUD 1945.
- 3) Putusan perkara Nomor 50/PUU-VI/2008 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik terhadap UUD 1945.

c. Permohonan dikabulkan

Ketentuan permohonan dikabulkan oleh hakim MK diatur dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi Pasal 56 ayat (2), (3), dan (4) yaitu:

(2)"Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan."

(3)"Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-Undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945."

(4)"Dalam hal pembentukan undang-Undang di maksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan Undang-Undang berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan."

Berdasarkan Pasal-Pasal di atas dapat diketahui bahwa permohonan pemohon akan dinyatakan dikabulkan oleh hakim MK pada sidang putusan ketika:

- a. Permohonan pemohon dianggap beralasan oleh hakim;
- b. Pembentukan Undang-Undang (*legal drafting*) tidak sesuai dengan UUD 1945 atau secara formil melanggar ketentuan.

Salinan putusan MK yang menyatakan permohonan pemohon dikabulkan oleh majelis hakim harus dimuat dalam Berita Negara (BN) dalam kurun waktu paling lambat selama 30 (tiga puluh) hari kerja dimulai ketika putusan dibacakan. Berbeda dengan putusan ditolak atau tidak diterima yang masih bisa untuk dimohonkan kembali pada pasal atau muatan materi yang sama, putusan dengan dinyatakan dikabulkan untuk Pasal atau muatan isi yang sama tidak bisa dimohonkan kembali atau *nebis in idem*.⁵¹

Berkenaan dengan permohonan pemohon yang dikabulkan oleh Majelis hakim MK adalah Pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka putusan tersebut harus disampaikan kepada Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Dewan Perwakilan Daerah (DPD), Presiden, dan Mahkamah Agung (MA).

Contoh putusan yang dikabulkan hakim MK adalah sebagai berikut:

- 1) Putusan dengan Nomor 93/PUU-XV/2017 tentang Pengujian Pasal 55 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi terkait penghentian proses pengujian peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang yang dinyatakan inkonstitusional bersyarat.

⁵¹Bambang Sutiyoso, "Putusan Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya Terhadap Pencari Keadilan"..., hlm. 359.

2) Perkara dengan Nomor 63/PUU-XV/2017 tentang Pengujian Pasal 32 ayat (3a) Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2009 tentang Ketentuan Umum dan Tata Cara Perpajakan (UU KUP) terkait advokat bisa menangani atau membela klien dalam hal perpajakan.⁵²

2. Putusan MK Berdasarkan Jalannya Persidangan

a. Konstitusional Bersyarat

Putusan hakim MK yang menyatakan konstitusional bersyarat adalah dengan ketentuan sebagai berikut: Pertama, dalam isi putusan hakim MK tersebut hakim memberikan tafsiran atau syarat-syarat tertentu agar norma atau Pasal yang diuji tetap sesuai dengan UUD 1945 sepanjang memenuhi syarat-syarat atau tafsir yang telah ditetapkan oleh hakim MK.

Kedua, pada dasarnya putusan dengan konstitusional bersyarat adalah putusan yang ditolak, karena pandangan hakim pada awalnya materi yang diujikan adalah bertentangan dengan UUD 1945. Namun hakim memberikan tafsiran dan syarat baru supaya materi yang diujikan tersebut tetap konstitusional. Namun hal ini berbeda dengan putusan pemohon yang dikabulkan akan tetapi menyatakan konstitusional bersyarat.

Ketiga, ketentuan konstitusional bersyarat hanya dapat dijumpai pada bagian pertimbangan hakim MK atau pertimbangan pada bagian putusan. Akibat hukum yang muncul dari peletakan ketentuan konstitusional bersyarat adalah apabila hanya dicantumkan pada bagian pertimbangan MK maka ketentuan tersebut hanya sebagai *ratio decidendi* atau alasan putusan. Sedangkan apabila diletakkan pada bagian amar putusan, maka sah dikatakan sebagai klausul konstitusional bersyarat.⁵³

⁵²<https://www.mkri.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&menu=5&jenis=PUU&jnspe rkara=1>. Diakses pada 3 Januari 2022 Pukul 14.22 WIB.

⁵³Faiz Rahman dan Dian Agung Wicaksono, "Eksistensi dan Karakteristik Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi" dalam *Jurnal Konstitusi*, Volume 13 Nomor 2 Tahun 2016, hlm. 361-362.

Keempat, putusan dengan amar konstitusional bersyarat umumnya adalah memberikan syarat untuk melakukan pengujian kembali ketikan dalam pelaksanaannya tidak sesuai dan melanggar syarat-syarat yang telah dibuat oleh hakim MK. Kemudian karakteristik yang terakhir terhadap putusan konstitusional bersyarat adalah putusan konstitusional bersyarat mendorong kepada DPR untuk melakukan *legislative review*.⁵⁴

Peraturan perundang-undangan yang ada sekarang tidak ada yang mengatur tentang kewenangan MK mengeluarkan putusan dengan model konstitusional bersyarat. Namun melalui mekanisme konstitusional bersyarat hakim memberikan pelajaran bahwa dalam memutus suatu perkara hukum melalui interpretasi terhadap UUD 1945. Hal ini didukung dengan ketentuan bahwa pada Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman bahwa hakim wajib untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.⁵⁵

Putusan konstitusional bersyarat adalah bentuk diskresi oleh hakim untuk mengisi kekosongan hukum dan menjamin kepastian hukum dalam penyelenggaraan negara. MK tidak berhak untuk melakukan aturan-aturan hukum baru (*positive legislature*) karena peraturan perundang-undangan tidak mengamanahkannya. Sehingga untuk menghindari putusan yang bersifat *positive legislature* hakim MK mengarahkan putusan ke konstitusional bersyarat dengan tafsiran baru dan syarat-syarat yang telah ditetapkan terlebih dahulu oleh hakim.⁵⁶

b. Tidak Konstitusional Bersyarat (*Conditionally Unconstitutional*)

Sama halnya dengan jenis putusan konstitusional bersyarat di mana hakim MK memberikan syarat supaya materi yang diujikan tetap

⁵⁴Faiz Rahman dan Dian Agung Wicaksono, "Eksistensi dan Karakteristik Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi" dalam *Jurnal Konstitusi*..., hlm. 363.

⁵⁵Meirina Fajarwati, "Problematika dalam Putusan Konstitusional Bersyarat Mahkamah Konstitusi", dalam *Jurnal Rechtsvinding*, Volume 16 Nomor 2 Tahun 2015, hlm. 3.

⁵⁶Meirina Fajarwati, "Problematika dalam Putusan Konstitusional Bersyarat Mahkamah Konstitusi", dalam *Jurnal Rechtsvinding*..., hlm. 4.

konstitusional. Hakim dalam memutuskan perkara hukum di Mahkamah Konstitusi juga bisa memberikan putusan dengan inkonstitusional bersyarat. Artinya materi yang diujikan pada umumnya diterima dan dikabulkan oleh hakim MK akan tetapi dikabulkannya materi uji tersebut harus disesuaikan dengan syarat-syarat tertentu yang dibuat oleh hakim MK.

Terdapat beberapa tipe klausul yang menyatakan putusan inkonstitusional bersyarat, yaitu:

- 1) Amar putusan yang langsung mencantumkan frasa "bertentangan secara bersyarat";
- 2) Amar putusan yang memuat "bertentangan sepanjang tidak dimaknai";
- 3) Amar putusan dengan frasa "bertentangan sepanjang dimaknai";
- 4) Amar putusan dengan frasa yang memberikan syarat-syarat inkonstitusional.⁵⁷

Ciri-ciri putusan inkonstitusional bersyarat adalah: pertama, pada putusan inkonstitusional bersyarat sejatinya adalah permohonan yang dikabulkan oleh hakim MK. Ini disebabkan karena norma yang diuji pada dasarnya merupakan inkonstitusional, namun hakim MK memberikan syarat –syarat inkonstitusional norma tersebut. Kedua, amar putusan inkonstitusional bersyarat adalah interpretasi hakim dan juga syarat-syarat yang dicantumkan oleh hakim MK umumnya sama dengan putusan konstitusional bersyarat dengan klausul yang sama.⁵⁸

3. Putusan Mahkamah Konstitusi Berdasarkan Sifatnya

a. *Declaratoir*

Putusan *declaratoir* merupakan putusan yang dijatuhkan terhadap semua pihak dalam pengadilan dengan amar putusan

⁵⁷Faiz Rahman dan Dian Agung Wicaksono, "Eksistensi dan Karakteristik Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi" dalam *Jurnal Konstitusi...*, hlm. 374.

⁵⁸Faiz Rahman dan Dian Agung Wicaksono, "Eksistensi dan Karakteristik Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi" dalam *Jurnal Konstitusi...*, hlm. 375.

menyatakan tentang suatu keadaan yang sah menurut hukum.⁵⁹ Dalam hal ini hakim MK menyatakan permohonan tidak memiliki dasar hukum berdasarkan fakta-fakta yang ditemukan selama jalanya pemeriksaan. Contohnya adalah putusan ketika hakim memutuskan bahwa penggugat adalah pemilik barang yang sedang dipersengketakan atau hakim menyatakan perbuatan yang dilakukan adalah perbuatan yang melawan hukum.⁶⁰

Putusan MK tentang Pengujian Undang-Undang, ketentuan putusan yang bersifat *declaratoir* disebutkan dalam Pasal 56 ayat (3), yaitu:

Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945.

Contoh dalam putusan ini adalah Perkara Nomor 32/PUU-VI/2008 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap UUD 1945. Dalam amar putusan perkara tersebut, hakim MK menyatakan dengan tegas bahwa Pasal 98 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) serta Pasal 99 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Noor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah bertentangan dengan UUD 1945. Putusan ini menyatakan apa yang menjadi hukumnya langsung.

b. *Condemnatoir*

Putusan *condemnatoir* merupakan putusan yang berisi hukuman terhadap tergugat atau termohon untuk melakukan suatu perbuatan atau prestasi. Dalam hukum acara MK perkara yang mungkin menimbulkan

⁵⁹Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan di Lingkungan Pengadilan Agama* (Jakarta: Kencana, 2008), hlm. 308.

⁶⁰Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia...*, hlm. 206.

putusan *condemnatoir* adalah perkara sengketa kewenangan lembaga negara. Hal ini diatur dalam Pasal 64 ayat (3) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang MK, menyatakan:

Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas bahwa termohon tidak mempunyai kewenangan untuk melaksanakan kewenangan yang dipersengketakan.

Secara eksplisit kandungan Pasal tersebut tidak memerintahkan satu pihak untuk melakukan suatu prestasi, akan tetapi secara *declaratoir* menyatakan satu lembaga tidak memiliki Kewenangan untuk melaksanakan kewenangan yang sedang dipersengketakan. Akan tetapi mengingat ketentuan Pasal 63 Undang-Undang MK terkait dengan putusan *provisi*, maka jenis putusan ini dapat dikategorikan dengan putusan *condemnatoir*.⁶¹

Contoh putusan ini adalah perkara Nomor 86/PHP.BUP-XIX/2021 perihal perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Bupati dan Wakil Bupati Mandailing Natal Provinsi Sumatera Utara Tahun 2020. Dalam amar putusannya hakim MK memerintahkan kepada Komisi Pemilihan Umum (KPU) Mandailing Natal untuk melakukan proses pemungutan suara ulang di tiga Tempat Pemungutan Suara (TPS) yang berbeda, yaitu TPS 001 Desa Bandar Panjang Tuo, Kecamatan Muara Sipongi, TPS 001 dan TPS 002 Desa Kampung Baru, Kecamatan Panyabungan Utara.⁶²

c. *Constitutief*

Putusan *constitutief* merupakan putusan yang menyatakan lahirnya suatu keadaan hukum yang baru atau menyatakan hilangnya suatu keadaan hukum lama. Artinya kekuatan hukum norma yang diujikan dinyatakan oleh hakim MK tidak memiliki hukum mengikat

⁶¹Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indoneisa...*, hlm. 205.

⁶²Amar putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 86/PHP.BUP-XIX/2021.

lagi. Hal ini disebabkan norma tersebut bertentangan dengan UUD 1945.⁶³

Pada saat hakim MK menyatakan norma yang diujikan di hadapan mereka dinilai bertentangan dengan UUD 1945 maka putusan tersebut bersifat *declaratoir* karena menyatakan ketentuan hukum yang sesungguhnya, di samping itu putusan tersebut juga termasuk dalam putusan *constitutief* karena hakim telah menghilangkan kekuatan hukum mengikat norma yang lama kemudian memunculkan keadaan hukum yang baru.

Hal ini sering dijumpai dalam perkara Penyelesaian Hasil Sengketa pemilu (PHPU). Hakim memutuskan perhitungan suara yang dilaksanakan oleh KPU adalah salah dan menyatakan untuk melakukan pemungutan suara ulang di berbagai TPS. Seperti contoh perkara Nomor 86/PHP.BUP-XIX/2021 di mana hakim menyatakan batalnya Surat Keputusan Komisi Pemilihan Umum Kabupaten Mandailing Natal Nomor 2332/PL.02.6-Kpt/1213/KPU-Kab/XII/200 dan menyatakan untuk melakukan pemungutan suara ulang di 3 (tiga) TPS yang berbeda, yaitu TPS 001 Desa Bandar Panjang Tuo, Kecamatan Muara Sipongi, TPS 001 dan TPS 002 Desa Kampung Baru, Kecamatan Panyabungan Utara.

D. Tinjauan Umum Tentang Undang-Undang Perkawinan

Hukum perkawinan di Indonesia tercantum dalam UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Menurut Ahmad Rifai, periode hukum perkawinan di Indonesia terbagi dalam tiga periode, yaitu periode sebelum merdeka sampai tahun 1946, periode 1946-1947, dan periode 1974-sekarang.⁶⁴ Pada dasarnya mekanisme pembentukan UU Perkawinan tahun 1974 merupakan proses yang cukup singkat membutuhkan waktu 6 bulan yaitu, dari bulan Juli sampai dengan bulan Januari 1974. Mekanisme mulai dari perencanaan

⁶³Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia...*, hlm. 206.

⁶⁴Ahmad Rifai, dkk, "Sejarah Undang-Undang Perkawinan Atas Pendapat Hingga Pertentangan Dari Masyarakat Dan Dewan Perwakilan Rakyat Tahun 1973-1974" dalam *Jurnal of Indonesian History*, Volume 4 Nomor 1 Tahun 2015, hlm. 4.

sampai dengan pengesahan melalui empat tahapan yang harus dilalui dalam DPR RI.⁶⁵

Proses pembentukan UU Perkawinan dimulai dengan keterangan pemerintah di hadapan sidang pleno DPR setelah oleh Presiden mengirimkan naskah RUU Perkawinan ini kepada pimpinan DPR. Pada waktu itu pihak dari pemerintah yang memberikan keterangan adalah Menteri Kehakiman dalam hal ini saudara Oemar Senoadji bersama dengan Menteri Agama oleh A. Moekti Ali. Proses selanjutnya adalah mendengarkan pidato pandangan umum oleh anggota-anggota fraksi di DPR melalui juru bicara fraksinya masing-masing. Waktu itu ada empat fraksi di DPR yaitu, fraksi PPP, fraksi PDI, fraksi Karya, dan fraksi ABRI.⁶⁶

Tahap ketiga adalah rapat kerja antara komisi DPR yang bersangkutan dengan Pemerintah yang diwakilkan Presiden kepada Menteri. Pada tahap ini RUU Perkawinan tersebut mendapatkan kritik dan masukan dari masing-masing orang yang berbicara di rapat tersebut. Masing-masing fraksi harus mendapatkan perlakuan yang sama supaya penyetujuan tentang RUU Perkawinan tersebut cepat dan mudah di sepakati. Jika tidak demikian maka akan terjadi keributan dan skorsing sidang yang cukup lama untuk menentukan kesepakatan tersebut. Selanjutnya pada tahap akhir adalah sidang pleno DPR untuk mengesahkan RUU tersebut menjadi UU.⁶⁷

Terdapat dinamika seiring dengan pembentukan UU Perkawinan ini, di antaranya adalah adanya pertentangan dari fraksi Islam (PPP) kemudian didukung oleh organisasi Islam di masyarakat. PPP Menilai bahwa isi daripada UU tersebut banyak yang menyimpang dari hukum Islam sehingga harus perlu untuk di revisi. Kemudian para pihak perempuan juga bersuara

⁶⁵Ahmad Rifai, dkk, "Sejarah Undang-Undang Perkawinan Atas Pendapat Hingga Pertentangan Dari Masyarakat Dan Dewan Perwakilan Rakyat Tahun 1973-1974"..., hlm. 5.

⁶⁶Ahmad Rifai, dkk, "Sejarah Undang-Undang Perkawinan Atas Pendapat Hingga Pertentangan Dari Masyarakat Dan Dewan Perwakilan Rakyat Tahun 1973-1974"..., hlm. 6.

⁶⁷Ahmad Rifai, dkk, "Sejarah Undang-Undang Perkawinan Atas Pendapat Hingga Pertentangan Dari Masyarakat Dan Dewan Perwakilan Rakyat Tahun 1973-1974"..., hlm. 6.

dalam penyusunan UU Perkawinan dengan tujuan untuk mendapatkan hak-hak yang sama dengan kaum laki-laki.⁶⁸

Adapun tuntutan dari organisasi-organisasi Islam tersebut adalah sebagai berikut:

1. Menolak RUU Perkawinan yang diajukan Pemerintah kepada DPR;
2. Menuntut Pemerintah untuk mencabut kembali RUU Perkawinan karena bertentangan dengan hukum Islam;
3. Menyuarakan kepada seluruh lapisan masyarakat untuk tetap berpegang teguh kepada akidah dan agama.⁶⁹

Beberapa Pasal dalam RUU Perkawinan yang dianggap oleh fraksi Partai Persatuan pembangunan (PPP) bertentangan dengan hukum Islam adalah sebagai berikut:

- a. Sahnya perkawinan yang tidak berdasarkan agama Islam;
- b. Anak angkat mempunyai kedudukan yang sama dengan anak kandung;
- c. Larangan adanya perkawinan karena adanya hubungan anak angkat atau bapak angkat;
- d. Perbedaan agama bukanlah penghalang perkawinan;⁷⁰
- e. Usia untuk perkawinan;
- f. Larangan kawin antar suami istri yang telah bercerai dua kali;
- g. Masa iddah selam 106 hari;
- h. Masalah pertunangan;
- i. Harta benda bersama dan akibatnya dalam perceraian;
- j. Masalah pengangkatan anak dan akibat-akibatnya.⁷¹

Selain itu menurut fraksi PPP RUU Perkawinan ini tidak relevan untuk disahkan karena banyak Pasal-Pasal dalam RUU ini diambil dari

⁶⁸Tirmidzi, "Kajian Analisis Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2019 Sebagai Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974" dalam *Jurnal Usrah*, Volume 1 Nomor 1 Tahun 2020, hlm. 40.

⁶⁹Umaldi Radi dalam Khiiyaroh, "Alasan Dan Tujuan Lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan" dalam *Jurnal Hukum Islam dan Perundang-undangan*, Volume 7 Nomor 1 Tahun 2020, hlm. 10.

⁷⁰Cyindia Esti Sumiwi, "Perjalanan Undang-Undang Perkawinan 1974-1998" *Skripsi* (Jakarta: Universitas Indonesia, 2012), hlm. 44.

⁷¹Nafi` Mubarak, "Sejarah Hukum Perkawinan Islam di Indonesia" dalam *Jurnal Al-Hukama*, Volume 02 Nomor 02 Tahun 2012, hlm. 153.

Burgerlijkwetboek (BW). Hal ini mengundang demonstrasi besar-besaran untuk menolak RUU Perkawinan tersebut. Menyikapi aksi tersebut Pemerintah melalui Jendral Soemitro bergerak cepat dengan melakukan berbagai pertemuan dengan ulama dan khususnya dengan fraksi PPP. Hasil pertemuan tersebut adalah merombak RUU Perkawinan dari 73 Pasal menjadi 66 Pasal dengan rumusan berikut ini:

1. Hukum Islam dalam perkawinan tidak akan dikurangi ataupun diubah;
2. Sebagai kesepakatan utama, alat-alat pelaksana tidak akan diubah atau dikurangi;
3. Pasal-Pasal maupun segala yang bertentangan dengan hukum Islam akan dihapuskan;
4. Pasal 2 ayat (1) RUU Perkawinan disetujui dengan tambahan rumusan "Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaan itu" dan ayat (2) "Tiap-tiap perkawinan dicatat untuk kepentingan administrasi negara";
5. Perkawinan dan perceraian serta poligami penting untuk dicegah kesewenang-wenangannya.⁷²

Dengan adanya perubahan dari beberapa Pasal dari RUU Perkawinan tersebut, maka RUU Perkawinan tidak bertentangan dengan hukum Islam lagi. Proses *legal drafting* dalam perumusan RUU Perkawinan ini patut untuk di apresiasi melihat mekanisme yang cukup alot dan penuh dengan perdebatan. Hal ini mengakibatkan lahirnya satu Undang-Undang yang cukup bagus untuk mengatur segala sendi-sendi perkawinan di Indonesia. Setelah adanya kesepakatan antara Pemerintah yang diwakili oleh Jendral Soemitro dan perwakilan ulama dan kelompok fraksi PPP maka mekanisme seperti yang telah dijelaskan di atas dapat untuk dilanjutkan sehingga pada pembahasan ke empat di DPR RUU Perkawinan berubah menjadi UU Perkawinan.

⁷²Khiyaroh, "Alasan Dan Tujuan Lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan" ..., hlm. 11.

Berlakunya UU Nomor 1 Tahun 1974 mengakibatkan ketentuan-ketentuan perkawinan yang diatur dalam BW tidak berlaku lagi. Secara umum cakupan UU Perkawinan adalah sebagai berikut:

Tabel 5. Gambaran isi UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

NO	BAB	PASAL
1	Bab I	Dasar Perkawinan (Pasal 1-5)
2	Bab II	Syarat-Syarat Perkawinan (Pasal 6-12)
3	Bab III	Pencegahan Perkawinan (Pasal 13-21)
4	Bab IV	Batalnya Perkawinan (Pasal 22-28)
5	Bab V	Perjanjian Perkawinan (Pasal 29)
6	BAB VI	Hak dan Kewajiban Suami Istri (Pasal 30-34)
7	Bab VII	Harta Benda dalam Perkawinan (Pasal 35-37)
8	Bab VIII	Putusnya Perkawinan serta Akibatnya (Pasal 38-41)
9	Bab IX	Kedudukan anak (Pasal 42-44)
10	Bab X	Hak dan Kewajiban Antara Orang Tua dan Anak (Pasal 45-49)
11	Bab XI	Perwalian (Pasal 50-54)
12	Bab XII	Ketentuan-Ketentuan Umum Yang Terdiri Dari Empat Bagian
13	Bagian pertama	Pembuktian Asal-Usul Anak (Pasal 55)
14	Bagian Kedua	Perkawinan di Luar Indonesia (Pasal 56)
15	Bagian Ketiga	Perkawinan Campuran (Pasal 57-62)
16	Bagian Keempat	Pengadilan (Pasal 63)
17	Bab XIII	Ketentuan Peralihan (Pasal 64-65)
18	Bab XIV	Ketentuan Penutup (Pasal 66-67) ⁷³

⁷³Khoiruddin Nasution dalam Khiyaroh, "Alasan Dan Tujuan Lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan" ..., hlm. 13.

E. Kajian Terdahulu

Berdasarkan hasil dari pengkajian pustaka dan pengamatan oleh peneliti terhadap berbagai hasil-hasil penelitian yang pernah dilakukan oleh mahasiswa lain dari berbagai Perguruan Tinggi, penelitian yang mengangkat judul tentang "**Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Terhadap Pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan**" belum pernah dilakukan dengan judul dan permasalahan yang sama. Namun beberapa penelitian memiliki konsep yang sama dengan judul dan permasalahan penelitian ini, di antaranya adalah:

1. Robin Reagan Sihombing, Program Studi Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Sumatera Utara, dengan judul Tesis, "Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Yang Memuat Norma Baru Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia (Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi No.102/PUU-VII/2009). Hasil pembahasan daripada Tesis ini adalah mengungkapkan bahwa putusan MK memberikan hak kepada warga negara Indonesia yang telah cukup umur untuk mengeluarkan hak pilihnya dalam Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden Indonesia sekalipun tidak terdaftar dalam Daftar Pemilihan Tetap (DPT) dengan syarat dapat menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP)⁷⁴. Penelitian ini berbeda dengan permasalahan yang sedang diteliti oleh peneliti terkait dengan Putusan MK yang menambah hukum baru dalam Pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
2. Ahmad Riski, Program Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Andalas, dengan judul Tesis " Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*) Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik

⁷⁴Robin Reagan Sihombing, "Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Yang Memuat Norma Baru Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia (Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi No. 102/PUU-VII/2009) ", *Tesis* (Medan: Universitas Sumatera Utara, 2019), hlm. 134.

Indonesia Tahun 1945". Kesimpulan dari pembahasan yang dimuat dalam Tesis ini adalah menyatakan bahwa putusan MK yang bersifat mengatur dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 adalah untuk mencapai tujuan hukum yang substantif. Keadilan substantif tidak akan dicapai ketika Hakim MK hanya berada pada mekanisme yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan saja. Maka melalui putusnya Hakim MK harus berani keluar dari mekanisme yang ada tersebut untuk mencapai tujuan yang substantif.⁷⁵ Perbedaan hasil penelitian ini dengan pokok penelitian peneliti adalah dalam hal ini pokok penelitian Tesis ini lebih luas cakupannya di mana saudara Ahmad Riski meneliti lebih dari satu Undang-Undang dan peneliti hanya berpatokan pada Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan saja.

3. Hakim Albana, Magister Ilmu Hukum, Program Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Gadjah Mada, dengan judul Tesis "*Positive Legislature* Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi". Dalam uraian pembahasan Tesis ini Penulis Hakim Albana menjelaskan bahwa MK berdasarkan amanah UUD 1945 diberikan kewenangan untuk menguji Undang-Undang yang oleh satu atau beberapa orang di anggap bertentangan dengan konstitusi dan melanggar Hak Asasi Manusia. Putusan MK harus menyatakan bahwa secara materiil atau formil Undang-Undang yang diuji bertentangan atau tidak dengan UUD 1945 dalam hal ini MK sebagai pembatal norma. Akan tetapi untuk mewujudkan keadilan yang substantif maka MK oleh hakim-hakimnya harus berani mengamalkan putusan-putusan hakim di negara hukum jenis *Anglo Saxon* yakni memutuskan sesuai keadaan dan tidak berpatokan pada regulasi yang di kodifikasi.⁷⁶ Perbedaan Tesis ini dengan penelitian ini adalah Tesis ini lebih luas cakupannya kepada implikasi putusan yang

⁷⁵Ahmad Riski, " Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*) Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945" ..., hlm. 121.

⁷⁶Hakim Albana, "*Positive Legislature* Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi", *Tesis* (Yogyakarta: Universitas Gadjah Mada, 2016), hlm. 99.

bersifat mengatur ditinjau dari paham konstitusionalisme di Indonesia sedangkan penelitian ini hanya terfokus kepada implikasi putusan MK yang bersifat mengatur terhadap tata hukum di Indonesia.

4. Novita Akria Putri, Konsentrasi Hukum Kelembagaan Negara, Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Syariah dan Ilmu Hukum, dengan judul Skripsi "Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait dengan Penambahan Norma Penetapan Tersangka Sebagai Objek Praperadilan". Pembahasan dari Skripsi ini menjelaskan bahwa putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014 tentang pengujian Pasal 77 huruf a Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana mengakibatkan banyak kasus terkait dengan penetapan tersangka yang akan diajukan dalam proses praperadilan. Selain itu juga berimplikasi kepada penegak hukum yakni mengalami kesulitan bagi penyidik dalam menetapkan seseorang sebagai tersangka.⁷⁷ Perbedaan permasalahan Skripsi ini dengan permasalahan yang sedang diteliti adalah terdapat pada fokus masalahnya. Skripsi ini mengkaji tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana sedangkan yang sedang diteliti adalah kajian pengujian Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
5. Buntora Situmorang, Departemen Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum, Universitas Sumatera Utara dengan judul Skripsi "Keadilan Substantif Sebagai Basis Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat *Positif Legislature* (Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XVII/2019)". Kesimpulan dari Skripsi ini adalah menggambarkan bahwa MK menjadikan keadilan sosial sebagai alasan dalam menciptakan keadilan yang substansial. Menempatkan nilai-nilai sosial kemasyarakatan dan gairah hati nurani sebagai pijakan awal dalam

⁷⁷Novita Akria Putri, " Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait dengan Penambahan Norma Penetapan Tersangka Sebagai Objek Praperadilan", *Skripsi* (Jakarta: UIN Syarif Hidayatullah, 2015), hlm. 81.

memutus hasil pengujian UUD 1945.⁷⁸ Perbedaan Skripsi ini dengan permasalahan yang sedang di teliti adalah terlihat pada fokus Undang-Undang yang diteliti dan implikasi putusan tersebut dalam negara Indonesia.

6. Arafat, Fakultas Hukum, Universitas Tanjung Pura, dengan judul Skripsi "Kajian Yuridis *Yudicial Review* Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*) Dan Ultra Petita Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia". Skripsi ini menggambarkan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur dan ultra petita berdampak pada keikutsertaan MK dalam proses legislasi secara tidak langsung akan tetapi secara umum tidak mengintervensi kewenangan DPR dan Presiden. Menurut Skripsi ini *Positive Legislature* bukanlah suatu intervensi MK terhadap DPR dan Presiden, melainkan ini adalah bagian dari sinergitas antarlembaga negara sebagai penyelenggara negara.⁷⁹ Perbedaan Skripsi ini adalah terdapat pada hasil pembahasan yang menunjukkan bahwa adanya perbedaan mendasar antara Arafat dengan peneliti yang beranggapan bahwa *positive legislature* adalah bagian dari intervensi MK terhadap lembaga Legislatif yang oleh UUD 1945 diberikan kepada DPR dan Presiden.
7. Afifatur Rosidah, Jurusan Hukum Publik Islam, Fakultas Syariah dan Ilmu Hukum, Universitas Islam Negeri Sunan Ampel, dengan judul Skripsi "Analisis *Fiqh Siyash Dusturiyah* Tentang Mahkamah Konstitusi Sebagai *Negative Legislator* Dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia". Dalam Skripsi ini menggambarkan tinjau *Fiqh Siyash* terkait kewenangan MK sebagai pembatal norma terhadap pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945. Menurut pandangan *Fiqh Siyash* lembaga peradilan al-Mazalim mempunyai konsep yang sama dengan

⁷⁸Buntora Situmorang, "Keadilan Substatif Sebagai Basis Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat *Positif Legislature* (Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XVII/2019)" *Skripsi* (Medan: Universitas Sumatera Utara, 2020), hlm. 123.

⁷⁹Arafat, "Kajian Yuridis *Yudicial Review* Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*) Dan Ultra Petita Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", *Skripsi* (Pontianak: Universitas Tanjungpura, 2015), hlm. 156.

MK yaitu mempertahankan eksistensi Undang-Undang yang dibuat oleh lembaga legislatif. Peradilan ini menjadi penengah ketika Undang-Undang yang dikeluarkan oleh legislatif tidak mencerminkan nilai keadilan.⁸⁰ Skripsi ini berbeda dengan permasalahan yang sedang diteliti pada bagian teori dan permasalahannya di mana Skripsi ini lebih kepada kajian *negative legislator* akan tetapi dalam penelitian ini lebih fokus kepada *positive legislature*.

8. Suheri Anjas Wardana, Jurusan Ilmu Hukum, Fakultas Syariah dan Ilmu Hukum, Universitas Islam Negeri Sultan Syarif Kasim Riau, dengan judul Skripsi "Pergeseran *Negative Legislature* Dalam Pelaksanaan Kewenangan *Judicial Review* di Mahkamah Konstitusi". Pada pembahasan Skripsi ini menyatakan bahwa secara historis dan filosofis UUD 1945 tidak membolehkan Mahkamah Konstitusi untuk mengintervensi ranah Legislatif dengan ikut menjadi pembuat norma baru dalam materi Undang-Undang yang di uji. MK hanya diperbolehkan menjadi pembatal norma atau membiarkan norma yang diberlakukan oleh lembaga Legislatif tetap berlaku karena tidak bertentangan dengan UUD 1945 sebagai dasar hukumnya.⁸¹ Perbedaan Skripsi tersebut dengan penelitian ini adalah terletak pada pokok permasalahan dan Undang-Undang yang di ujikan ke MK.

Dari beberapa kajian-kajian penelitian terdahulu tersebut, secara umum permasalahan yang diangkat menjadi topik permasalahan adalah tentang putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur atau *positive legislature*. Akan tetapi secara khusus dapat dibedakan masing-masing penelitian memiliki keunikan dan pendalaman permasalahan berbeda-beda.

⁸⁰Afifatur Rosidah, "Analisis *Fiqh Siyasah Dusturiyah* Tentang Mahkamah Konstitusi Sebagai *Negative Legislator* Dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia", *Skripsi* (Surabaya: UIN Sunan Ampel, 2019), hlm. 104.

⁸¹Suheri Anjas Wardana, NIM: 1142710041, dengan judul Skripsi "Pergeseran *Negative Legislature* Dalam Pelaksanaan Kewenangan *Judicial Review* di Mahkamah Konstitusi", *Skripsi* (Pekanbaru: UIN Sultan Syarif Kasim, 2018), hlm. 73.

BAB III

KAJIAN TEORI

A. Kajian Teori Hukum progresif

1. Sejarah Lahirnya Hukum Progresif

Hukum Progresif muncul dan berkembang di Indonesia pada tahun 2002 dengan pelopornya adalah Satjipto Rahardjo. Hukum Progresif lahir dikarenakan ketidakpuasan atas hasil dan perkembangan ajaran ilmu hukum positif di Indonesia baik secara empiris maupun teoritis. Sejatinya hadirnya hukum adalah untuk membantu manusia dalam memecahkan masalah dan membawa sistem kemasyarakatan menjadi lebih baik. Akan tetapi yang terjadi di Indonesia adalah keadaan yang bertolak belakang dengan keadaan tersebut.⁸²

Usaha untuk membantu dan memberikan solusi atas kurang efektifnya penerapan ajaran ilmu hukum positif (*analytical jurisprudence*), maka dalam hal ini lahirnya hukum progresif memiliki paradigma yang kuat tentang hubungan dasar antara manusia dengan hukum. Hukum Progresif bertolak belakang dari asumsi kemanusiaan yang mengatakan bahwa pada dasarnya manusia adalah baik, memiliki sifat kasih-sayang serta peduli terhadap sesama manusia. Sehingga lahirnya hukum progresif adalah untuk manusia dalam rangka mencari kesejahteraan dan kebahagiaan manusia.⁸³

Cara berpikir aliran hukum positif bertolak pada premis peraturan dan logika. Menurut teori hukum positif kebenaran hanya terletak pada peraturan semata. Dengan bahasa lain kebenaran hukum hanya terletak pada ketentuan pasal-pasal peraturan tertentu tanpa ada pertimbangan di luar kebenaran pasal tersebut. Cara berpikir ini yang mendapatkan kritikan dari hukum Progresif. Menurut hukum Progresif ilmu yang tidak menjelaskan kebenaran yang kompleks dan realitas empiris sangat

⁸²Satjipto Rahardjo, "Hukum Progresif: Hukum Yang Membebaskan" dalam *Jurnal Hukum Progresif Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro*, Volume 1 Nomor 1 Tahun 2005, hlm. 3.

⁸³Satjipto Rahardjo, "Hukum Progresif: Hukum Yang Membebaskan"..., hlm. 16.

diragukan posisinya sebagai disiplin ilmu hukum. Hukum Progresif secara jelas menempatkan posisinya pada kedekatan dengan manusia dan masyarakat. Maka jika dipakai bahasanya Nonet dan Selznick dalam Deni Nuryadi menempatkan posisi hukum Progresif sebagai *develobmetal model* dan memiliki tipe responsif.⁸⁴

Terkait dengan realisme hukum, hukum Progresif melihat hukum dari tujuan sosial yang ingin diraih serta akibat-akibat hukum dari bekerjanya suatu hukum tersebut dan tidak melihat hukum itu dari kacamata hukum itu sendiri. Oleh sebab itu maka hadirnya hukum Progresif dikaitkan dengan tujuan sosialnya. Sehingga dalam penerapannya serta dalam kajian ilmiahnya hukum Progresif melampaui peraturan dan dokumen hukum positif. Menurut pandangan hukum Progresif bahwa dunia dan hukum adalah bagian yang mengalir saja seperti *Panta Rei* (semua mengalir) dari filsuf Heraklitos.⁸⁵

Pandangan tentang hukum tersebut membuat karakteristik tersendiri untuk hukum Progresif. Pertama, paradigma dalam hukum Progresif adalah bahwa "hukum adalah untuk manusia". Landasan keyakinan ini tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang terpusat dalam berhukum, melainkan manusialah yang berada pada titik sentral. Hukum ada untuk manusia bukan manusia untuk hukum. Jika pola pikir manusia itu adalah untuk hukum terus dikembangkan maka akan semakin kuat usaha-usaha untuk menjadikan manusia sebagai ladang produksi hukum yang telah diatur oleh sedemikian rupa oleh para pembuat hukum itu sendiri. Kedua, hukum Progresif sangat menolak adanya status *quo* dalam berhukum. Karena dengan adanya status *quo* dalam berhukum menimbulkan hukum adalah tolak ukur untuk semuanya dan manusia adalah untuk hukum. Oleh sebab demikian hukum Progresif menempatkan hukum sebagai institusi manusia.⁸⁶

⁸⁴Deni Nuryadi, "Teori Hukum Progresif Dan Penerapannya DI Indonesia" dalam *Jurnal Ilmiah Hukum*, Volume1 Nomor 2 Tahun 2016, hlm. 400.

⁸⁵Deni Nuryadi, "Teori Hukum Progresif Dan Penerapannya DI Indonesia"..., hlm. 401.

⁸⁶Deni Nuryadi, "Teori Hukum Progresif Dan Penerapannya DI Indonesia"..., hlm. 402.

2. Ciri-Ciri Hukum Progresif

Proses untuk mendapatkan tujuan hukum yang maksimal maka menurut Satjipto Rahardjo dibangun dengan istilah Hukum Progresif dengan menitikberatkan kepada kemampuan manusia dalam menginterpretasi serta memahami dengan hati nurani manusia untuk membuat penafsiran hukum yang mengutamakan nilai moral keadilan pada masyarakat. Selain itu menurut Satjipto Rahardjo sebagaimana dikutip oleh Bernard L. Tanya dalam bukunya menyatakan hadirnya hukum progresif sebagai emansipatoris (pembebasan) terhadap persoalan yang krusial dalam hubungan-hubungan sosial kemasyarakatan. Persoalan hubungan sosial yang dimaksud adalah persoalan politik, ekonomi, maupun sosial budaya.⁸⁷

Keadaan sistem hukum dikatakan hukum Progresif harus memuat setidaknya kata atau prasa berikut ini:⁸⁸

- a. Hukum harus mengikuti perkembangan keinginan masyarakat dengan menggantungkan hukum pada situasi dan kondisi kebutuhan pengaturan masyarakat;
- b. Hukum harus berpihak terhadap kepentingan rakyat dan untuk mewujudkan keadilan bersama;
- c. Tujuan hukum untuk mengantarkan manusia kepada jalan kesejahteraan dan kebahagiaan;
- d. Hukum memastikan kehidupan yang lebih baik sebagai dasar hukum yang baik;
- e. Hukum selalu bergerak dalam proses perubahan;
- f. Hukum Memiliki tipe Responsif;
- g. Hukum membangun negara yang berhati nurani.

⁸⁷Satjipto Rahardo dalam Bernard L. Tanya, dkk, *Teori Hukum:Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2019), hlm, 192.

⁸⁸Ahmad Muliadi, *Makalah Politik Hukum* (Jakarta:SAP Universitas Jayabaya, 2012), hlm. 16.

3. Penerapan Hukum Progresif di Indonesia

Penerapan hukum Progresif di Indonesia dihalangi oleh kekuatan hukum positivisme yang berkembang di Indonesia. Hukum Positif di Indonesia telah mempengaruhi sistem tata hukum dan sistem tata peradilan di Indonesia. Pengaruh hukum positif tersebut menjadikan sistem hukum di Indonesia terlihat stagnan dan tidak mudah berubah karena secara hierarki telah menganut teori hukum positif. Perumusan hukum positif mendapatkan kritikan dari Abdul Hakim G. Nusantara. Menurutnya model pembangunan hukum yang ortodoks mempunyai ciri adanya peran dominan dari lembaga-lembaga negara dalam pembentukan arah hukum dalam suatu masyarakat. Hal ini mengakibatkan hukum bersifat positivisme dan instrumentalis sehingga menjadikan hukum sebagai alat pelaksana ideologi negara.⁸⁹

Suparman Marzuki menyatakan dalam hal penegakan hukum Progresif yang terpenting adalah hukum Progresif harus patuh terhadap sistem hukum yang ada tetapi harus lebih berani untuk melakukan pembebasan dari praktek umum yang berlaku serta menegaskan untuk melakukan terobosan baru dari sistem yang ada. Penegakan hukum Progresif aparat penegak hukum bersikap realistis dan nyata serta mampu untuk menyerap aspirasi masyarakat. Para hakim harus mampu untuk menjadi pelopor perubahan dan tidak menjadi bagian dari staf sistem hukum positif. Dalam arti lain seorang hakim atau Majelis Hakim harus berani keluar dari aturan norma hukum tertulis dan mempertimbangkan keadilan hukum sebagai hal yang utama layaknya yang diterapkan di negara-negara yang menganut sistem hukum *Anglo Saxon* yang tidak mengedepankan kepastian hukum ketimbang keadilan hukum. Sehingga penegakan hukum Progresif lebih mengedepankan keadaan riil daripada teks-teks aturan semata.⁹⁰

⁸⁹Abdul Hakim dalam Liky Faizal, "Problematika Hukum Progresif Di Indonesia", dalam *Jurnal Ijtima'isyah*, Volume 9 Nomor 2 Tahun 2016, hlm. 16.

⁹⁰Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan: Politik Hukum HAM Era Reformasi* (Yogyakarta: Pusham UII, 2011), hlm, 269-270.

Tujuan pembentukan pemerintahan Indonesia yang tercantum dalam alinea ke empat pembukaan UUD 1945 sejalan dengan paradigma teori hukum Progresif. Hal ini juga didukung dengan kaitannya dengan butir-butir Pancasila. Adapun keselarasan tujuan tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Alinea ke empat pembukaan UUD 1945 secara langsung disebutkan bahwa tujuan daripada pembentukan pemerintahan Indonesia adalah "untuk membentuk suatu pemerintahan Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia". Prasa ini memberikan mandat kepada negara untuk dengan adil mampu melindungi seluruh bangsa Indonesia tanpa terkecuali. Tentunya tujuan yang akan dicapai oleh Indonesia tersebut sejalan dengan tujuan hukum Progresif untuk memberikan keadilan dan kebahagiaan kepada masyarakat;
- b. Bunyi sila ke dua Pancasila adalah "Kemanusiaan yang adil dan beradab" dan sila ke lima "Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia". Sila ke dua menempatkan posisi manusia pada posisi yang sesuai dengan martabatnya sebagai makhluk yang mulia dengan acara keadilan dan memiliki adab. Hal ini berarti keadilan adalah miliki semua manusia sebagaimana terdapat dalam sila ke lima memberikan dan memastikan oleh negara Indonesia keadilan sosial harus dirasakan oleh seluruh rakyat Indonesia. Nilai-nilai butir Pancasila tersebut selaras dengan tujuan hukum Progresif yaitu untuk memberikan keadilan kepada masyarakat secara umum;
- c. Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 mengatur tentang kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna untuk menegakkan keadilan. Hal ini sesuai dengan motif pembentukan hukum Progresif yaitu karena kurangnya keadilan dalam tata hukum dan tata peradilan di Indonesia yang hanya stagnan berpacu kepada hukum tertulis. Keadilan menurut hukum Progresif sejatinya berasal dari keadaan perkara/kasus yang sedang diperiksa di peradilan. Tentunya dengan hal ini hakim harus berani keluar dari aturan hukum yang ada

dengan melihat situasi dan kondisi sekitar untuk memutuskan perkara yang berkeadilan;

- d. Pasal 27 ayat (1) mengatur tentang kesamaan kedudukan di hadapan hukum untuk semua warga negara Indonesia. Maka dengan hal ini haram hukumnya untuk memperlakukan berbeda warga negara di hadapan hukum. Artinya semua warga negara mendapatkan perlakuan hukum yang sama sekalipun dengan latar belakang pendidikan, keluarga, atau keturunan yang berbeda. Pasal ini memerintahkan kepada hakim untuk memberikan putusan hukum yang memberikan rasa keadilan merupakan sesuatu hal yang diimpikan oleh hukum Progresif.⁹¹

Keselarasan tujuan hukum Progresif dengan tujuan pemerintahan Indonesia yang telah disebutkan di atas dapat dilihat dari berbagai contoh putusan peradilan berikut ini:

- a) Mahmud Kusuma menyatakan dalam Deni Nuryadi menyebutkan beberapa tindakan dan putusan hakim yang dengan berani berbeda dengan kekuasaan yang normatif. Pertama, adalah tindakan hakim Agung Adi Andojo Soetjipto dengan ke mauan sendiri berani untuk membongkar skandal korupsi di lingkungan Mahkamah Agung. Perkara kedua adalah Agung Adi Andojo Soetjipto membuat keputusan dengan putusan bahwa Mochtar Pakpahan tidak terlibat makar pada pemerintahan kekuasaan Soeharto. Perkara ketiga adalah putusan pengadilan tinggi yang dilakukan oleh Benyamin Mangkudilaga dalam kasus Tempo, beliau melawan Menteri Penerangan yang berpihak kepada Tempo;
- b) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-VIII/2010. Putusan ini menyatakan bahwa Hendarman Supanji tidak sah lagi sebagai Jaksa Agung sejak putusan tersebut dibacakan di hadapan umum secara

⁹¹Deni Nuryadi, "Teori Hukum Progresif Dan Penerapannya DI Indonesia"..., hlm. 404-405.

terbuka. Putusan ini bertentangan dengan dengan arus pemerintah yang berkuasa;

- c) Putusan yang fenomenal adalah putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Putusan hakim dinilai bertentangan dengan norma hukum yang disebutkan dalam UUD 1945 dan UU tentang Mahkamah Konstitusi. Secara berani hakim MK dalam putusan ini mengubah bunyi Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tersebut untuk mewujudkan keadilan untuk anak dan menjaga martabat seorang ibu. Putusan ini sangat bertentangan dengan hukum Positif akan tetapi dengan kaidah-kaidah hukum Progresif putusan ini adalah interpretasi hukum Progresif yang sebenarnya.⁹²

Satjipto Rahardjo dalam bukunya tentang Penegakah Hukum Progresif tidak menjelaskan bagaimana cara untuk menerapkan hukum Progresif di tata hukum dan tata peradilan di Indonesia. Akan tetapi Satjipto Rahardjo mengatakan budaya hukum suatu bangsa ditentukan oleh nilai-nilai tertentu yang menjadi acuan dalam mempraktekkan hukumnya. Hukum Progresif bukan harus menjadi menara gading untuk elemen hukum yang lain. Akan tetapi hukum Progresif harus turun dan membaaur dengan unsur-unsur lain. Unsur-unsur tersebut adalah berkaitan dengan aparatur penegak hukum.⁹³

Pembangunan sarana dan sumber daya aparat penegak hukum adalah berkenaan dengan penyediaan alat atau peralatan hukum seperti perpustakaan hukum yang dapat dijangkau oleh masyarakat. Serta dalam peningkatan kualitas sumber daya manusia dalam penegakan hukum maka pendidikan hukum harus ditingkatkan dengan lebih mengedepankan nilai-nilai keadilan dan dibantu dengan logika berpikir yang sehat terkait suatu fenomena hukum dewasa ini. Sejatinya akan lahir aparat-aparat hukum yang kredibilitas dan profesional dari proses tersebut.

406. ⁹²Deni Nuryadi, "Teori Hukum Progresif Dan Penerapannya DI Indonesia"... , hlm. 404-

⁹³Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif* (Jakarta: Kompas, 2010), hlm. 213.

4. Peran Teori Progresif Dalam Putusan Yang Bersifat *Positive Legislature*

Urgensi lahirnya lembaga peradilan adalah untuk mewujudkan supremasi hukum yang berkeadilan di antara sesama warga negara. Lembaga peradilan menjadi institusi oleh UUD 1945 diberikan amanah untuk menyelesaikan segala sengketa formil atau privat di antara warga negaranya. Dalam hal ini MK sebagai wujud dari lembaga peradilan tersebut melalui putusan-putusannya harus mengandung nilai-nilai keadilan. Di samping kepastian hukum sebagaimana dianut di negara-negara Eropa kontinental termasuk Indonesia keadilan hukum juga harus dipertimbangkan oleh MK.

Menurut Martitah keadilan substantif adalah sebagai realisasi konstruksi penegakan hukum progresif di dunia peradilan. Keadilan substantif adalah wujud dari lahirnya hukum yang progresif. Keadilan yang diakui hidup dan berkembang di tengah-tengah masyarakat. Nilai-nilai keadilan tersebut dalam hal pelaksanaan kewenangan MK memberikan sinyal bahwa segala bentuk putusan MK harus berdasarkan keadilan substantif. Makna sesungguhnya dari keadilan substantif adalah keadilan yang diterima oleh sebagian besar masyarakat.⁹⁴

Prinsip keadilan menurut teori hukum Progresif menggambarkan putusan MK harus selalu bermotifkan keadilan untuk setiap orang agar tercapainya derajat kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia. Perwujudan nilai-nilai keadilan dalam putusan MK adalah untuk menjamin hak konstitusional warga negara agar tidak dirugikan oleh orang lain. Maka dalam perspektif hukum Progresif inilah sejatinya yang disebut dengan keadilan yang pro dengan rakyat serta keadilan yang mengurungi kebahagiaan manusia.⁹⁵

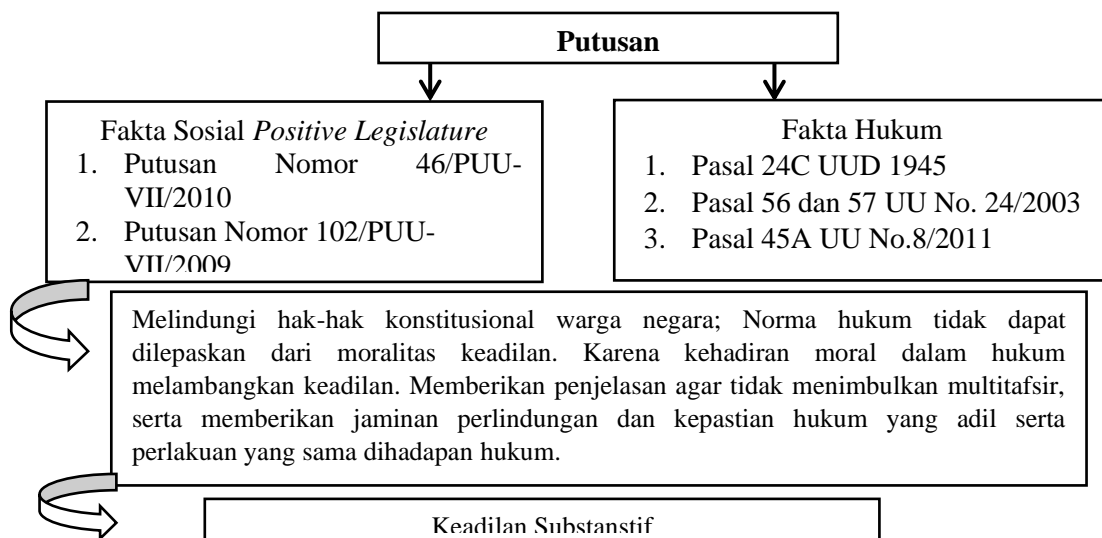
⁹⁴Martitah, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?...*, hlm. 156.

⁹⁵Martitah, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?...*, hlm. 157.

Putusan MK yang bersifat *positive legislature* menunjukkan hakim-hakim MK telah melakukan terobosan hukum baru (*rule breaking*) yang keluar dari alur pemikiran hukum positif. Hakim MK memperlihatkan sikap yang berani untuk mengadopsi paradigma hukum lain yang bertentangan dengan paradigma hukum yang dianut di Indonesia. Dari paradigma positivisme yang bermuara pada formalistik-legalistik atau tersentral pada hukum tertulis atau teks Undang-Undang semata, ke paradigma Progresif yang bermuara pada keadilan substantif.

Putusan MK yang berisi pertimbangan hukum tidak hanya dilihat dari perspektif teks Undang-Undang saja, akan tetapi melihat pada kekuatan kontekstualitas hukumnya sendiri. Sikap hakim MK dalam beberapa putusan menunjukkan nuansa-nuansa mengatur menggambarkan bahwa tidak selalu mendasarkan pada pertimbangan yuridis dan otoritas Undang-Undang semata, melainkan mencoba melirik suatu persoalan dari berbagai sudut pandang dalam rangka mewujudkan cita-cita hukum Progresif yaitu keadilan substantif.⁹⁶

Berikut adalah pola putusan MK yang bersifat *Positive Legislature* berdasarkan pertimbangan keadilan substantif.



⁹⁶Martitah, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?...*, hlm. 159.

B. Kajian Teori Hukum Positif

Positivisme adalah suatu aliran dalam teori hukum. Teori ini beranggapan bahwa teori hukum hanya bersangkut paut dengan hukum positif saja. Hart mengatakan sebagaimana telah dikutip oleh Neni Sri Imaniyanti positivisme setidaknya memiliki makna sebagai berikut:⁹⁷

1. Hukum adalah perintah;
2. Analisis terhadap konsep hukum adalah usaha yang berharga untuk dilakukan.
3. Keputusan-keputusan yang dapat dikecilkan secara logis dari peraturan perundang-undangan yang sudah ada lebih dahulu.
4. Penghukuman secara moral tidak dapat ditegakkan dan dipertahankan oleh penalaran rasional, pembuktian atau pengujian.
5. Hukum sebagaimana diundangkan.

Tata hukum di Indonesia saat ini menganut landasan filsafat positivisme. Positivisme hukum adalah aliran pemikiran hukum yang terpengaruh kuat ajaran positivisme. Pemahaman ajaran positivisme adalah norma positif dalam sistem peraturan perundang-undangan. Dampak dari perkembangan paham positivisme ini di Indonesia adalah memunculkan anggapan bahwa hukum di Indonesia tidak mampu menciptakan keadilan. Dalam prakteknya penggunaan paradigma positivisme menghambat pencarian keadilan yang sesuai dengan hati nurani. Pencarian keadilan tersebut dihalangi oleh batas-batas prosedural yang dikehendaki oleh hukum itu sendiri.⁹⁸

Akibat pembatasan tersebut hanya berdampak pada kepastian hukum saja. Kepastian hukum artinya adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh subyek hukum akan dikenakan sanksi sesuai dengan hukum yang mengaturnya. Hal ini akan menutup ruang kepada pencari keadilan untuk mendapatkan hukum yang berkeadilan.

⁹⁷Neni Sri Imaniyati, "Pengaruh Paradigma Positivisme Terhadap Teori Hukum Dan Perkembangannya" dalam *Jurnal*, Volume XIX Nomor 3 Tahun 2003, hlm. 268.

⁹⁸Asep Bambang Hermanto, "Ajaran Positivisme Hukum di Indonesia: Kritik dan Alternatif Solusinya" dalam *Jurnal Selisik*, Volume 2 Nomor 4 Tahun 2016, hlm. 109.

Paradigma hukum positif adalah hasil dari pemikiran aliran hukum murni. Berikut adalah rangkuman ajaran hukum murni (positif):

- a. Hukum harus lepas dari moral, pertimbangan-pertimbangan yang abstrak, ekonomi, dan faktor eksternal hukum. Tujuan hukum adalah kepastian. Ajaran kepastian diajarkan oleh Hans Kelsen yang berpendapat bahwa ilmu hukum harus dipisahkan dari ilmu sosial untuk menjaga kemurnian hukum tersebut.
- b. Hukum harus benar-benar obyektif dari prasangka-prasangka yang mengandalkan kekuatan logika.
- c. Keadilan adalah persoalan wilayah. Sehingga menurut Hans Kelsen dalam kutipan jurnal ini keadilan adalah bentuk persoalan yang tidak rasional yang tidak memiliki batas sehingga baik dikaji dengan metode hukum murni.⁹⁹

Karakteristik dari positivisme berikutnya adalah obyektif atau bebas nilai. Dalam paradigma positivisme ada perbedaan yang kuat antara fakta hukum dengan nilai. Sehingga antara realitas dengan sikap netral terhadap perilaku subyek hukum itu berbeda. Akan tetapi meskipun demikian sikap manusia dapat berubah sesuai dengan apa yang mempengaruhinya. Seiring dengan perkembangan ilmu pengetahuan, maka ajaran positivisme yang berpatokan kepada realitas, objektivitas, netralitas, serta menguatkan pada fakta mulai tidak relevan untuk dijadikan dasar hukum.¹⁰⁰

Bernard Arief mengatakan secara global pokok-pokok aliran positivisme dapat digambarkan sebagai berikut:¹⁰¹

- a) Hanya ilmu yang dapat memberikan pengetahuan yang sah;
- b) Hanya fakta yang dapat menjadi objek pengetahuan;
- c) Semua interpretasi dunia harus didasarkan pada empiris;

⁹⁹Asep Bambang Hermanto, "Ajaran Positivisme Hukum di Indonesia: Kritik dan Alternatif Solusinya"..., hlm. 113.

¹⁰⁰Asep Bambang Hermanto, "Ajaran Positivisme Hukum di Indonesia: Kritik dan Alternatif Solusinya"..., hlm. 114.

¹⁰¹Bernard Arief, *Teori Murni Tentang Hukum* dalam Tundjung Herning, "Positivisme dan Implikasinya Terhadap Ilmu dan Penegakan Hukum Oleh Mahkamah Konstitusi (Anlisa Putusan Nomor 46/PUU-XIV/2016)" dalam *Jurnal Konstitusi*, Volume 17 Nomor 1 Tahun 2020, hlm. 108.

d) Berusaha untuk memperoleh pandangan tunggal.

Sistem hukum modern, nilai keadilan dalam putusan lembaga peradilan dinilai ada pada hukum positif, akan tetapi dalam prakteknya penggunaan paradigma positivisme tidak dapat mendukung lahirnya putusan yang berkeadilan sehingga pencarian kebenaran (*searching for the truth*) dan keadilan (*justice*) tidak pernah tercapai karena dibatasi oleh ketentuan prosedural. Maka dalam hal ini hukum terlihat kaku dan tidak bisa bergerak dari ketentuan hukum yang ada sekalipun untuk mencari keadilan umum.

Formal Justice atau hukum positif yang ditegakkan di Indonesia tidak semata-mata mewujudkan keadilan yang substansial. Upaya untuk mewujudkan keadilan substansial tersebut terbentur dengan upaya hakim dalam memutus perkara harus sesuai dengan peraturan Undang-Undang yang pantas untuk menghukum suatu perbuatan hukum tertentu. Dengan melalui mekanisme Undang-Undang bisa saja pihak-pihak tertentu dapat merusak hati nurani dibalik istilah semua harus berdasarkan dengan hukum. Karena sejatinya hukum positif menghendaki semua harus berdasarkan atas hukum maka sesuatu yang tidak pantas untuk dihukum juga harus dihukum karena tidak ada pertimbangan hati nurani. Di mata hukum positif yang melakukan perbuatan hukum harus dinilai benar atau salah tanpa mempertimbangkan kenapa perbuatan hukum itu dilakukan oleh subyek hukum.¹⁰²

Hukum Positif di Indonesia di atur berdasarkan hierarki peraturan perundang-undangan. Hal ini dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dengan bunyi sebagai berikut:

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 atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan pemerintah;
- e. Peraturan Presiden;

¹⁰²Asep Bambang Hermanto, "Ajaran Positivisme Hukum di Indonesia: Kritik dan Alternatif Solusinya" ..., hlm. 116.

- f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.¹⁰³

Hakim-Hakim dalam MK yang beraliran atau kuat dengan hukum positif maka dalam proses pembuktian kebenaran hukum dengan cara berpikir doktrinal. Pertimbangan hakim yang bermazhab hukum positif maka hukum identik dengan peraturan perundang-undangan atau dalam bahasa lain hukum adalah Undang-Undang. Hukum Undang-Undang tersebut dibentuk dalam wujud normatif, dengan tujuan dapat berfungsi dengan baik sebagai acuan perilaku manusia dalam masyarakatnya. Maka dalam hal hakim MK dalam Pengujian Undang-Undang akan tunduk terhadap hukum positif.¹⁰⁴

Dengan merujuk pada ketentuan teori hukum positif maka dalam memutuskan perkara hakim hanya melihat kepastian hukum. Hal yang demikian terjadi karena pada dasarnya aliran positivisme ini meyakini apakah sesuatu itu hukum atau tidak hukum bukan dasar sesuatu itu adil atau tidak adil. Maka dalam kedudukannya sebagai pembatal norma, MK harus berpegang teguh pada aturan yang ada. Berbeda dengan teori yang diajarkan oleh hukum Progresif di mana hakim diberikan kekuatan untuk keluar dari prosedural dan ketentuan hukum tertulis dengan merujuk pada fakta-fakta untuk mendapatkan keadilan yang substantif.

Teori hukum positif menggambarkan jati diri MK yang sebenarnya yaitu sebagai *negatif legislator* berbanding terbalik dengan teori Progresif yang menggambarkan MK bukan hanya sebagai *negatif legislator* akan tetapi juga sebagai *positive legislature* dalam rangka mewujudkan keadilan yang substantif. Kedua teori ini yang akan dijadikan oleh peneliti sebagai pisau analisis dalam melanjutkan penelitian ini terkait kajian putusan MK yang bersifat *positive legislature* dalam Pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945.

¹⁰³Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Pasal 7 ayat (1) tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

¹⁰⁴Tundjung Herning dan Ade Adhari, "Positivisme dan Implikasinya Terhadap Ilmu dan Penegakan Hukum Oleh Mahkamah Konstitusi (Analisa Putusan Nomor 46/PUU-XIV/2016)" dalam *Jurnal Konstitusi*, Volume 17 Nomor 1 Tahun 2020, hlm. 120.

BAB IV

HASIL PENELITIAN

A. Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan

Kewenangan MK dalam posisinya sebagai lembaga kekuasaan kehakiman telah dijelaskan pada bab sebelumnya. Aturan turunan dari Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 tersebut adalah UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Kewenangan MK dalam menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945 terdapat pada Pasal 10 ayat (1) huruf a dengan ketentuan MK berwenang untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir dengan putusan yang bersifat final pada pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945.

Mekanisme pelaksanaan beracara dalam perkara pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 dibentuk oleh MK sendiri Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Sekilas dalam kewenangan MK yang lain, MK sendiri juga mengeluarkan pedoman tentang beracara pada setiap kewenangan. Pedoman beracara tersebut adalah sebagai berikut:

1. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.
2. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Sengketa Kewenangan Lembaga Negara.
3. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 15 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilu Kepala Daerah.
4. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 16 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD.
5. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 17 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilu Presiden dan Wakil Presiden.

6. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 21 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Memutus Pendapat DPR mengenai Dugaan Pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD 1945.

PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang adalah pegangan untuk hakim Mahkamah Konstitusi beserta semua pihak-pihak yang terlibat dalam perkara pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945. Peraturan ini tidak hanya mengikat internal MK secara sempit, akan tetapi PMK ini mengikat seluruh pihak-pihak yang akan berperkara. Ketentuan Pasal demi Pasal PMK mengatur mekanisme maupun syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam upaya pengujian materiil ataupun formil terkait dengan Undang-Undang yang sedang diuji.

Ketentuan Pasal 4 PMK ini menyebutkan bahwa jenis pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 terdapat 2 (dua) jenis. Pertama, adalah pengujian Undang-Undang terkait isi materiil Undang-Undang tersebut. Selanjutnya pengujian ini disebut sebagai uji materiil. Adapun yang akan diuji adalah tentang ketentuan ayat, Pasal, dan/atau muatan isi Undang-Undang. Kedua, adalah pengujian Undang-Undang terkait dengan formil. Selanjutnya pengujian ini disebut sebagai uji formil. Dalam pengujian ini hakim MK akan melihat apakah proses *legal drafting* Undang-Undang tersebut sesuai dengan mekanisme yang diatur dalam Peraturan-Perundang-Undangan.¹⁰⁵

Ketentuan Pasal 5 lebih lanjut menjelaskan terkait dengan bagaimana seharusnya permohonan diajukan kepada MK. Pada ayat (1) menyebutkan penulisan surat permohonan dilakukan dengan menggunakan Bahasa Indonesia sebanyak 12 (dua belas) rangkap dengan muatan sebagai berikut:

- a. Identitas Pemohon, meliputi: Nama, Tempat tanggal lahir/Umur, Agama, Pekerjaan, Kewarganegaraan, Alamat Lengkap, Nomor telepon/faksimile/telepon seluler/*e-mail* (bila ada). Identitas diletakkan

¹⁰⁵Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, Pasal 4.

pada awal surat permohonan dengan kelengkapan data serta akuntabilitas data yang sesuai dengan orang-orang yang memohon.

- b. Uraian mengenai hal yang menjadi dasar permohonan yang meliputi: Kewenangan MK sebagaimana dicantumkan pada Pasal 4; kedudukan hukum atau *legal standing* pihak pemohon tentang uraian dengan jelas mengenai alasan pemohon menyatakan hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan berdasarkan berlakunya Undang-Undang yang dimaksud. Hal ini menjadi dasar bagi hakim untuk melihat pengujian Undang-Undang tersebut ke depannya kemudian ditinjau berdasarkan Pasal yang terkait dalam UUD 1945.
- c. Isi permohonan yang dibuat oleh pemohon dalam pengujian formil sebagaimana dimaksud pada Pasal 4 sebelumnya adalah mengabulkan permohonan pemohon, oleh hakim menyatakan proses pembentukan Undang-Undang atau *legal drafting* tidak terpenuhi ketentuannya sesuai dengan Undang-Undang berdasarkan UUD 1945, serta dengan memohonkan bahwa Undang-Undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
- d. Isi permohonan yang dibuat oleh pemohon dalam pengujian materiil adalah mengabulkan permohonan pemohon, hakim menyatakan bahwa materi muatan ayat, Pasal dan/atau bagian dari Undang-Undang yang dimaksud bertentangan dengan ketentuan UUD 1945.
- e. Pada akhir surat gugatan ditandatangani oleh pemohon atau kuasanya.¹⁰⁶

Surat permohonan pemohon akan dibacakan pada sidang panel dengan agenda pemeriksaan pendahuluan. Sidang Panel setidaknya dilakukan oleh 3 (tiga) orang hakim MK. Pada pemeriksaan ini pemohon membacakan surat permohonannya kemudian oleh hakim berdasarkan ketentuan Pasal 11 ayat (2) PMK Nomor 06/PMK/2005 wajib untuk memberikan nasihat atau perbaikan-perbaikan terkait dengan surat permohonan pemohon tersebut. Kemudian dalam waktu 14 hari pemohon harus memperbaiki surat

¹⁰⁶Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, Pasal 5.

permohonan tersebut sesuai dengan nasihat hakim.¹⁰⁷ Setelah pemeriksaan pendahuluan selesai maka, agenda berikutnya adalah pemeriksaan persidangan yang dilakukan secara pleno dan terbuka untuk umum. Pada pemeriksaan persidangan agenda yang akan dilalui adalah:

- a. Pemeriksaan pokok permohonan;
- b. Pemeriksaan alat-alat bukti tertulis;
- c. Mendengarkan keterangan Presiden/Pemerintah;
- d. Mendengar keterangan DPR atau DPD;
- e. Mendengarkan keterangan saksi;
- f. Mendengarkan keterangan ahli;
- g. Mendengarkan keterangan pihak terkait.¹⁰⁸

PMK ini juga mengatur tentang bagaimana MK dalam membuat putusan. Sebelum hakim MK membacakan putusan di hadapan umum terlebih dahulu hakim MK melakukan Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH). RPH dilakukan untuk mengambil sikap MK apakah permohonan ditolak atau dikabulkan. RPH setidaknya dihadiri oleh 7 (tujuh) hakim dan ini terjadi jika ada kendala tertentu yang tidak bisa ditinggalkan oleh hakim. Masing-masing hakim memberikan pendapatnya terkait perkara yang ditangani. Setelah semua hakim berbicara maka ketua sidang pleno selanjutnya memetakan pendapat tersebut ke dalam 2 (dua) kategori. Kategori pendapat yang sama dan pendapat yang berbeda.¹⁰⁹

Pendapat hakim yang berbeda atau *dissenting opinion* harus dicantumkan dalam putusan jika hakim bersangkutan menghendaki. Poin-poin perbedaan pendapat tersebut tidak dalam rangka mencela putusan MK melainkan menguatkan pada perbedaan teori atau sudut pandang hakim tersebut dalam membuat pendapat yang berbeda.¹¹⁰

¹⁰⁷Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, Pasal 11.

¹⁰⁸Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, Pasal 13.

¹⁰⁹Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia...*, hlm. 207.

¹¹⁰Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia...*, hlm. 208.

Secara khusus dalam PMK Nomor 06/PMK/2005 dengan rinci menjelaskan bentuk amar putusan. Bentuk amar putusan tersebut adalah menyatakan permohonan pemohon tidak dapat diterima, mengabulkan permohonan pemohon, dan menyatakan permohonan pemohon ditolak. Pasal 36 PMK ini berbunyi:¹¹¹

Amar putusan sebagaimana dimaksud Pasal 32 huruf f berbunyi:

- a. "Menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima", dalam hal permohonan tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud Pasal 56 ayat (1) UU Nomor 24 Tahun 2003.
- b. "Mengabulkan permohonan Pemohon "
"Menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-Undang dimaksud tidak bertentangan dengan UUD 1945"
"Menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari Undang-Undang dimaksud tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat", dalam hal permohonan beralasan sebagaimana dimaksud Pasal 56 ayat (2), ayat (3) dan Pasal 57 ayat (1) UU Nomor 24 Tahun 2003.
- c. "Mengabulkan permohonan Pemohon"
"Menyatakan bahwa pembentukan Undang-Undang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan Undang-Undang berdasarkan UUD 1945"
"Menyatakan Undang-Undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat", dalam hal permohonan beralasan sebagaimana dimaksud Pasal 56 ayat (4) dan Pasal 57 ayat (2) UU Nomor 24 Tahun 2003.
- d. "Menyatakan permohonan Pemohon ditolak", dalam hal Undang-Undang yang dimohonkan pengujian tidak bertentangan dengan UUD 1945, baik mengenai pembentukan materinya sebagian atau keseluruhan sebagaimana dimaksud Pasal 56 ayat (5).

Dengan melihat ketentuan dalam bunyi Pasal-Pasal tersebut, baik yang terdapat pada UUD 1945, UU Nomor 24 Tahun 2003, atau PMK Nomor 06/PMK/2005 menyatakan MK dalam hal pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 dalam putusannya hanya menyatakan bertentangan atau tidak. Ketika Undang-Undang dianggap bertentangan dengan UUD maka hakim dalam putusannya menyatakan batalnya suatu Undang-Undang tersebut atau menyatakan Undang-Undang tersebut tidak memiliki kekuatan hukum menetap.

¹¹¹Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, Pasal 36.

1. Pelaksanaan Kewenangan MK dalam Menguji Konstitusionalitas Suatu Undang-Undang

Dilihat dari banyak perkara pengujian konstitusionalitas suatu Undang-Undang yang telah memiliki kekuatan hukum tetap, menunjukkan keberhasilan MK sebagai lembaga kekuasaan kehakiman. Hal ini dapat dilihat berdasarkan data jumlah putusan yang telah diselesaikan oleh MK telah mencapai angka ratusan. Sejak didirikan pada Agustus 2003 sampai tahun 2009 MK menangani 178 perkara pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945. Dari jumlah tersebut sebanyak 161 perkara telah divonis tetap. Dari hasil putusan tersebut sebanyak 43 perkara dikabulkan oleh MK, 53 perkara ditolak oleh MK, 48 perkara tidak dapat diterima, dan sebanyak 17 perkara ditarik kembali.¹¹²

Data di atas hanya diambil berdasarkan tahun pengujian dalam rentan waktu 2003-2009. Berdasarkan data pada portal Mahkamah Konstitusi menunjukkan jumlah putusan terkait pengujian Undang-Undang sampai dengan tahun 2022 adalah mencapai angka 1480 perkara. Prestasi yang sangat luar biasa untuk satu lembaga peradilan mampu menyelesaikan ribuan perkara dalam kurun waktu 19 tahun. Angka ini belum dimasukkan dengan putus perkara terkait kewenangan MK yang lain. Kewenangan MK terkait Sengketa Kewenangan Lembaga Negara mencapai 29 perkara, putusan terkait Penyelesaian Hasil Pemilihan Umum mencapai 676 perkara, dan Penyelesaian Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah mencapai 1135 perkara. Jadi total produktivitas MK sampai pada tahun 2022 adalah mencapai 3320 perkara terselesaikan.¹¹³

Berdasarkan pemahaman peneliti, dari sekian banyak perkara pengujian Undang-Undang yang ditangani oleh MK terdapat perkara yang secara tidak langsung mendatangkan pro dan kontra di kalangan masyarakat. Hal itu dinilai berdasarkan tingkat kepuasan masyarakat berdasarkan penilaian para hakim.

¹¹²Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu...*, hlm. 164-165.

¹¹³<https://www.mkri.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&menu=5&jenis=PUU&jnsperkara=1>. Diakses pada tanggal 24 Januari 2022 Pukul 10.03 WIB.

Berdasarkan analisis dari beberapa putusan MK, menunjukkan MK dalam pelaksanaan kewenangannya sebagai penguji konstitusionalitas Undang-Undang tidak hanya bertindak sebagai pembatal Undang-Undang atau *negative legislature* akan tetapi dalam beberapa kasus MK mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur atau *positive legislature*. Melalui amar putusannya, MK menambahkan rumusan norma baru sebagai pengganti dari norma yang dibatalkan. Sejatinya ini adalah hak daripada lembaga Legislatif berdasarkan amanah UUD 1945 diberikan wewenang untuk membuat ketentuan norma.¹¹⁴

Contoh putusan MK yang dinilai keluar dari tupoksi awal mereka adalah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 79/PUU-XII/2014 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

Berdasarkan 3 (tiga) contoh putusan MK yang dinilai telah keluar dari rambu-rambu putusan MK dan ketentuan norma yang telah diatur dalam PMK Nomor 06/PMK/2005, UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, atau berdasarkan norma pada UUD 1945. Selanjutnya dalam penelitian ini yang dikaji yaitu putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Perkara ini adalah pengujian konstitusionalitas Pasal 2 ayat (2) tentang pencatatan pernikahan dan Pasal 43 ayat (1) tentang status anak yang lahir di luar perkawinan yang sah.

¹¹⁴Martitah, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?...*, hlm. 223.

2. Kajian Mahkamah Konstitusi Dalam Membuat Putusan Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*)

MK ketika melaksanakan kewenangannya dalam *judicial review* menimbulkan kontroversi-kontroversi tersendiri pada sistem ketatanegaraan Indonesia. Seperti yang telah beberapa kali peneliti cantumkan pada bagian sebelumnya MK tidak hanya bertindak murni sebagai pembatal atau penghapus norma suatu Undang-Undang yang telah dianggap melalui mekanisme pemeriksaan persidangan yang terbuka untuk umum bertentangan dengan UUD 1945.

Berkaitan dengan tindakan MK tersebut, setidaknya terdapat beberapa motif yang dapat untuk dikaji. Pertama, dari perspektif tujuan pembentukan MK. Kedua, dilihat dari perspektif perkembangan teori hukum yang berkembang di Indonesia. Ketiga, peraturan perundang-undangan yang secara tidak langsung mendukung putusan yang bersifat *positive legislature*. Keempat, dilihat berdasarkan pertimbangan hakim MK.

Pertama, MK didirikan bertujuan salah satu sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*). Konsep pengawalan konstitusi yang dibebankan kepada MK bukan hanya sekedar memberikan edukasi dan penafsiran konstitusi saja, melainkan dituntut untuk melakukan penglihatan lebih jauh akibat hukum setelah diberikan penafsiran tersebut. Sehingga kapasitas MK dalam mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur dapat dilihat ke depannya apakah layak untuk diberikan amanah atau tidak. Untuk mempermudah melihat hal tersebut Vile sebagaimana telah dikutip oleh Ismail Sunny menggambarkannya melalui konsep doktrin pemisahan kekuasaan dan doktrin peradilan konstitusi. Melalui doktrin ini pemisahan kekuasaan menurut Vile adalah tindakan yang inkonstitusional.¹¹⁵

¹¹⁵Ismail Sunny, *Pembagian Kekuasaan Negara* (Jakarta: Aksara Baru, 1982), hlm. 10.

Perlu untuk diperhatikan adalah MK tidak hanya bertindak sebagai pengawas, tetapi juga sebagai lembaga yang diawasi oleh lembaga lain. Konsep pemisahan kekuasaan menjadi tiga poros (eksekutif, legislatif, dan yudikatif) tidak serta menghilangkan pemusatan kekuasaan pada satu poros kekuatan saja. Sehingga pada praktek pelaksanaannya doktrin pemisahan kekuasaan tidak mungkin diterapkan secara penuh dan berdampak pada peran MK sebagai pembuat norma baru (*positive legislature*).¹¹⁶

Selanjutnya konsep pemisahan kekuasaan akan berdampak pada posisi rakyat sebagai poros pengawas. Keberadaan MK menjadi tempat pengaduan rakyat ketika terjadi pelanggaran hak-hak konstitusionalnya dari norma-norma hukum yang dihasilkan oleh lembaga legislatif atau eksekutif. Dalam hal ini MK bukan hanya sebagai pengayom untuk lembaga-lembaga negara akan tetapi di samping itu MK memberikan ruang kepada rakyat dalam menjaga hak konstitusionalitasnya. Sehingga untuk memenuhi rasa keadilan tersebut melalui konsep pemisahan kekuasaan Kewenangan MK dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature* adalah tindakan yang tepat secara hukum.¹¹⁷

Berdasarkan tujuan pembentukan MK tersebut dan didukung dengan konsep pemisahan kekuasaan oleh Vile, maka putusan-putusan MK yang dinilai bertentangan dengan norma hukum adalah tindakan yang progresif. Hakim-hakim MK berani untuk keluar dari poros positivisme untuk mempertimbangkan keadilan substansial oleh masyarakat atau rakyat. Sehingga putusan-putusan tersebut dinilai efektif untuk menjawab segala permasalahan-permasalahan yang terjadi dewasa ini. Selain itu melalui putusan yang bersifat mengatur MK akan lebih leluasa dalam menjalankan fungsinya dengan baik tanpa harus melihat dan mempertimbangkan norma hukum positif.

¹¹⁶Teguh Satya Bakti, "Perbandingan Konsep Trias Politika Menurut Jhon Locke, Montesquie, dan Undang-Undang Dasar" dalam *Jurnal Tata Negara FHUI*, Volume 1 Nomor 2 Tahun 2003, hlm. 325.

¹¹⁷Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif...*, hlm. 144.

Kedua, ditinjau dari perspektif perkembangan hukum di Indonesia, putusan-putusan MK yang memuat aturan baru dinilai sesuatu yang sangat penting. Hukum yang berkembang saat ini di Indonesia adalah hukum positif. Akan tetapi seiring dengan berkembangnya zaman dan ilmu pengetahuan, maka hukum positif tersebut oleh lembaga peradilan mengalami transformasi menjadi hukum Progresif yang dikembangkan oleh Satjipto Rahardjo. Senada dengan itu doktrin hukum positif hanya berpatokan kepada norma-norma yang tercantum pada naskah aturan oleh Satjipto Rahardjo tidak relevan lagi untuk mewujudkan keadilan di Indonesia.

Perkembangan teori hukum yang berkembang di Indonesia ditandai dengan amandemen ke-3 UUD 1945. Perubahan bunyi Pasal 1 ayat (3) tersebut dengan menghilangkan istilah negara hukum *rechstaat* atau *the rule of law*. Hal ini menandakan terjadinya perkembangan hukum di Indonesia yang awalnya hanya berpatokan pada teks Undang-Undang saja ke hukum yang berkeadilan.

Melihat hukum pada dasarnya adalah produk politik yang rawan akan kepentingan-kepentingan politik.¹¹⁸ Selain itu ditambah lagi permasalahan pembuat Undang-Undang tersebut orang-orang yang tidak paham dengan hukum. Hal ini tentu mendorong MK untuk mengeluarkan norma hukum baru untuk mengganti norma hukum yang dibatalkan. Apabila MK tidak mengambil tindakan tersebut maka akan mengakibatkan keadaan hukum yang baru yaitu kekosongan hukum yang bertentangan dengan UUD 1945 apabila dalam waktu dekat tidak ada hukum yang menggantikan. Sehingga oleh Jimly Asshiddiqie menyatakan di sinilah fungsi MK sebagai penetralisir dan jaminan pada masyarakat untuk sadar hukum.¹¹⁹ Sehingga putusan MK yang menambah norma hukum baru adalah dalam rangka mengurangi persoalan kekosongan hukum.

¹¹⁸Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia* (Depok: PT. Raja Grafindo Persada, 2018), hlm. 4.

¹¹⁹Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara* (Depok: PT. Raja Grafindo Persada, 2019), hlm. 7.

Berdasarkan pandangan tersebut di atas, maka dapat ditarik benang merah terkait peran MK dalam mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur adalah sebagai berikut:

- 1) MK membantu peran lembaga legislatif terkait harmonisasi Undang-Undang terhadap UUD 1945.¹²⁰ Putusan MK selain mengikat keadaan MK sendiri juga mengikat semua lapisan masyarakat serta lembaga-lembaga negara lain. Kriteria hakim yang utama adalah kemampuan untuk melakukan penafsiran hukum. Hakim MK harus mampu membaca hukum di luar hukum yang sudah tertulis yaitu keadaan yang berkembang di kalangan masyarakat.
- 2) MK membantu lembaga legislatif melalui perumusan norma sebagai pengganti norma yang dibatalkan.
- 3) MK membantu dalam mengatasi kekosongan hukum akibat keluarnya putusan pembatalan norma oleh MK sendiri.¹²¹

Beberapa sudut pandang yang telah diuraikan di atas adalah pandangan para sarjana yang pro terhadap putusan MK yang bersifat *positive legislature*. Alasan-alasan tersebut perlu untuk dipertimbangkan apakah ke depannya akan ada amandemen UUD 1945 untuk memberikan kewenangan baru terhadap MK dalam menjalankan tugasnya. Sebagaimana yang diusulkan oleh Mahfud MD ada beberapa tugas penting yang seharusnya juga diberikan wewenangnya kepada MK. Usulan yang dimaksud adalah terkait *constitutional complaint* atau pengajuan perkara ke MK atas pelanggaran hak konstitusional yang tidak ada aturan hukum atasnya untuk menyelesaikan perkaranya. Kemudian terkait dengan *constitutional question* atau pertanyaan seorang hakim kepada MK apakah ketentuan hukum suatu Undang-Undang masih mengikat atau tidak.¹²²

¹²⁰Arafat, "Kajian Yuridis *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*) Dan Ultra Petita Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia"..., hlm. 125.

¹²¹Arafat, "Kajian Yuridis *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*) Dan Ultra Petita Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia"..., hl. 126.

¹²²Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu...*, hlm. 287-288.

B. Mahkamah Konstitusi Dalam Mengeluarkan Putusan Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*) Pada Uji Materiil Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan

Salah satu contoh putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature* adalah putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap UUD 1945. Perjalanan perkara ini dimulai dengan permohonan pemohon kepada MK dalam hal ini Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim dan Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono. Berdasarkan Surat Kuasa Nomor 58/KH.M&M/K/VIII/2010 tertanggal 5 Agustus 2010 memberikan kuasa kepada Rusdianto Matulatuwa, Oktryan Makta, dan Miftchul I.A.A untuk menjadi kuasa hukum daripada pemohon.

Permohonan pengujian Pasal 43 ayat (1) ini dilakukan oleh pemohon karena pemohon menganggap hak konstitusionalitas anaknya telah dilanggar oleh berlakunya Pasal 43 ayat (1) tersebut. Pemohon dalam hal ini adalah seorang Ibu yang memiliki anak buah pernikahan dengan Moerdiono. Dalam perjalanan kasus yang dianalisis oleh peneliti, kedua pemohon dalam hal ini telah melakukan pernikahan yang tidak dicatatkan dalam administrasi kenegaraan. Jika ditinjau dalam hukum positif posisi pemohon saat ini adalah salah karena pernikahan mereka tidak diakui oleh negara. Sehingga hasil dari pernikahan mereka tidak diakui oleh negara termasuk anak yang lahir dari pernikahan tersebut.

Keharusan pencatatan pernikahan ditegaskan melalui Pasal 2 ayat (2) yang menyatakan "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku"¹²³. Menurut Undang-Undang tersebut mewajibkan semua yang melakukan perkawinan untuk melakukan pencatatan. Akan tetapi permasalahan yang didapatkan oleh kedua pemohon adalah ketidakcukupan syarat poligami yang berdasarkan peraturan perundang-undangan harus dilengkapi oleh pihak suami. Karena tidak

¹²³Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

lengkapnya syarat poligami tersebut sehingga pemohon dalam hal ini tidak bisa melakukan pencatatan pernikahan di Kantor Urusan Agama.

Akibat dari perkawinan pemohon yang tidak dicatat sehingga negara tidak mengakui perkawinan tersebut. Anak yang dilahirkan oleh pemohon secara hukum tidak diakui sebagai anak yang lahir di dalam perkawinan yang sah secara hukum positif. Sehingga hak-hak anak tersebut tidak sama dengan hak-hak anak pada umumnya yang lahir dalam perkawinan yang sah. Salah satunya adalah terdapat pada Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dengan bunyi sebagai berikut: "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya".¹²⁴

Pemohon dalam hal ini merasa dengan berlakunya Undang-Undang tersebut telah merugikan hak konstitusional anaknya untuk mendapatkan hak-hak terhadap ayah dan keluarga ayahnya. Hak-hak yang dimaksud adalah hak nafkah atau hak ke perdataan lainnya yang bisa berasal dari ayah dan keluarga ayahnya. Anak pemohon tidak bisa mendapatkan nafkah materi karena terhalang oleh Undang-Undang tersebut sehingga pemohon merasa telah dirugikan. Selain itu anak daripada buah pernikahan mereka tidak mendapatkan kepastian hukum serta mendapatkan perlakuan diskriminatif dengan menghilangkan asal-usul anak dari ayahnya. Sehingga dalam akta kelahiran nama ayah daripada anak tersebut tidak dicantumkan.

Sehingga oleh pemohon dengan berlakunya Pasal 43 ayat (1) tersebut telah mengusik keadilan di kalangan masyarakat dan merugikan pemohon sendiri. Termasuk akan mengalami ketidaknyamanan oleh anak mereka dalam pergaulan sehari-hari. Alasan-alasan tersebut adalah pokok permohonan pemohon untuk melakukan pengujian materiil terkait Pasal tersebut ke MK. Sehingga permohonan ini mendapatkan nomor registrasi perkara dengan nomor 46/PUU-VIII/2010.

Berdasarkan uraian alasan-alasan di atas, maka pemohon dalam hal ini mengajukan petitum kepada MK dengan permintaan sebagai berikut:

¹²⁴Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 43 ayat (1).

- a. Menerima dan mengabulkan permohonan uji materiil pemohon untuk seluruhnya;
- b. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
- c. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat dengan segala akibat hukumnya.
Atau jika majelis hakim berpendapat lain, maka dimohonkan putusan yang seadil-adilnya.¹²⁵

Pada proses pemeriksaan persidangan pemohon dan kuasa hukum pemohon mendatangkan saksi ahli yaitu, H.M. Nurul Irfan untuk memberikan keterangan terkait keahliannya terkait dengan perkara ini. Ada beberapa poin penting yang disampaikan oleh saksi ahli dalam keterangannya. Poin-poin penting tersebut adalah:

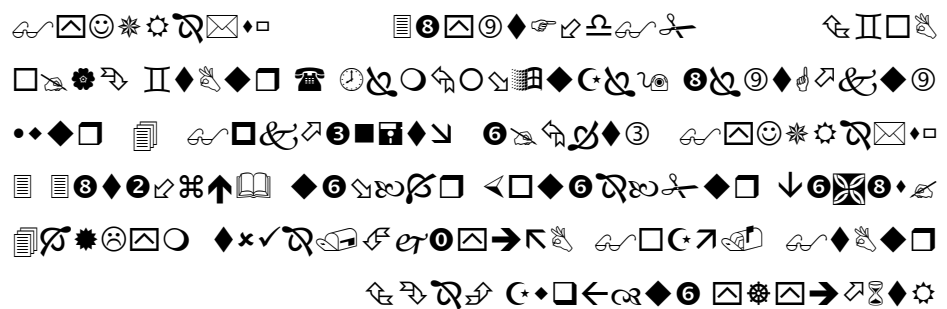
- 1) Ahli menyatakan bahwa Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dengan tegas menyatakan sahnya suatu perkawinan jika dilaksanakan berdasarkan hukum masing-masing agama dan kepercayaannya;
- 2) Ahli menyatakan ketentuan norma pada Pasal 2 ayat (2) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang tercatat sebagai bagian dari peraturan perundang-undangan mengakibatkan adanya multitafsir sehingga menimbulkan pemahaman yang berbeda. Pada satu sisi perkawinan sah ketika dilaksanakan berdasarkan hukum agama dan kepercayaan masing-masing agama akan tetapi berdasarkan Pasal 2 ayat (2) perkawinan tersebut tidak memiliki kekuatan hukum di mata negara apabila tidak dilakukan proses pencatatan pernikahan.
- 3) Selain itu juga ahli berpendapat, jika ditinjau dari perspektif hukum Islam perkawinan dinyatakan sah oleh agama apabila memenuhi rukun pernikahan. Rukun pernikahan tersebut terdiri dari 5 (lima) rukun, yaitu

¹²⁵Dikutip dari bagian Petitum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

ijab qabul, calon suami, calon istri, dua orak yang bertindak sebagai saksi pernikahan, dan wali dari pihak wanita untuk mengucapkan ijab;

- 4) Ahli berpendapat Pasal 2 ayat (2) tidak jelas keberadaannya. Ahli berpendapat Pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 2 ayat (1). Selain itu Pasal 2 ayat (2) tersebut berdampak pada pernikahan seseorang yang secara agama telah terpenuhi syarat dan rukun pernikahannya. Akan tetapi karena tidak dicatatkan di KUA maka status pernikahannya tidak sah atau tidak diakui negara.
- 5) Berdasarkan ketentuan tidak sahnya suatu perkawinan yang tidak dicatat, maka berdampak pada ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang menyatakan "anak yang lahir di luar perkawinan yang sah hanya memiliki hubungan dengan ibu dan keluarga ibunya". Hal ini mengakibatkan hubungan anak yang lahir dari pernikahan yang sah secara agama tetapi tidak dilakukan pencatatan maka hanya memiliki hubungan dengan ibunya saja. Sehingga dalam akta kelahiran juga status dan asal-usul dari ayah dihilangkan.
- 6) Selanjutnya ahli menyatakan anak akan mengalami kerugian psikologis karena dikucilkan dalam proses sosial kemasyarakatan, kesusahan mendapatkan biaya pendidikan gratis, kesehatan gratis, atau kesejahteraan dalam bernegara.
- 7) Wajibnya untuk melakukan pencatatan pernikahan yang berdampak pada status anak yang dilahirkan dari hasil pernikahan tersebut adalah bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi "Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi." Anak yang seharusnya dijaga, dilindungi, dan diberikan haknya tanpa harus melihat dosa atau perbuatan siapa yang melahirkannya. Karena seorang anak yang lahir ke dunia ini tidak memiliki dosa dan kesalahan sehingga tidak pantas untuk diperlakukan layaknya anak yang tidak memiliki ayah. Selanjutnya saksi ahli menerangkan dalam konsep ajaran Islam tidak mengenal konsep dosa turunan atau pelimpahan dosa dari seseorang kepada orang lain.

8) Dalam Islam pertanggungjawaban pidana bersifat individual. Sehingga dosa atau kesalahan apapun yang dilakukan seseorang yang berdampak pada adanya keadaan baru maka tidak ada urusan dosa dengan apa yang dilahirkan tersebut. Sama halnya dengan anak yang lahir di luar perkawinan yang sah tidak memiliki dosa atas kesalahan seorang ibu dan ayahnya. Sehingga tidak layak untuk mendapatkan diskriminasi dalam hukum. Sebagaimana dinyatakan dalam Al-qur`an Surat Al-Isra` ayat 15 dengan bunyi:



Barang siapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), Maka Sesungguhnya Dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri; dan Barang siapa yang sesat Maka Sesungguhnya Dia tersesat bagi (kerugian) dirinya sendiri. dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan Kami tidak akan meng'azab sebelum Kami mengutus seorang rasul¹²⁶.

9) Dalam Islam mengenal namanya anak zina yang hanya memiliki nasab kepada ibu dan keluarga ibunya. Akan tetapi ini tidak berlaku untuk suatu perkawinan yang secara rukun dan syarat pernikahan telah terpenuhi oleh kedua pihak. Anak yang lahir dalam perkawinan tersebut dalam Islam sekalipun tidak dilaksanakan pencatatan berdasarkan ketentuan aturan negara tetap bernasab kepada kedua orang tua.

10) Ajaran berdasarkan fikih Islam tidak pernah menyebutkan keharusan untuk melakukan pencatatan suatu pernikahan. Akan tetapi dalam konteks bernegara Islam mengajarkan melalui ajaran Al-qur`an untuk menghormati dan menaati perintah pemimpin dalam hal ini adalah pemimpin negara. Sehingga secara implisit warga yang beragama Islam harus melakukan

¹²⁶Departemen Agama RI, *Al-Qur`an dan Terjemahan* (Bandung: CV. Penerbit Diponegoro, 2019), hlm. 273.

pencatatan pernikahannya dalam administrasi kenegaraan. Hal ini sebagaimana firman Allah swt.



*Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (Nya), dan ulil amri di antara kamu. kemudian jika kamu berlainan Pendapat tentang sesuatu, Maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al Quran) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya.*¹²⁷

- 11) Berdasarkan argumen-argumen tersebut selanjutnya saksi ahli menyatakan Pasal 43 ayat (1) bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945.¹²⁸
- 12) Selanjutnya jika Pasal 43 ayat (1) mengandung mudharat dan tanpa menghapuskan Pasal tersebut juga mudharat, maka dalam Islam jika bertemu dua kemudharatan maka harus dipilih bagian mana yang mudharatnya lebih sedikit.

Pemerintah berdasarkan anggapan yang telah diuraikan oleh pemohon dalam surat permohonannya menyatakan bahwa Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) bertentangan dengan UUD 1945 memberikan tanggapan terkait pernyataan tersebut.

Pasal 2 yang berbunyi:

Ayat (2): "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku".

Pasal 43 yang berbunyi:

¹²⁷Departemen Agama RI, *Al-Qur`an dan Terjemahan...*, hlm. 87.

¹²⁸Dikutip dari bagian keterangan saksi Ahli pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Ayat (1): "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya".

Ketentuan Pasal di atas oleh pemohon dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, dengan bunyi Pasal sebagai berikut:

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

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

Pasal 28D ayat (1): "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum."

Berdasarkan Pasal demi Pasal yang diuraikan pemohon tersebut maka, dalam posisi Pemerintah sebagai pihak yang membentuk Undang-Undang memberikan keterangan sebagai berikut:

- a) Pemerintah dalam hal pencatatan perkawinan menyatakan tujuan pencatatan tersebut adalah untuk: Kelengkapan administrasi perkawinan di negara; Memberikan perlindungan dan kepastian hukum terhadap anak, suami, atau istri; Memberikan jaminan atas hak-hak yang dapat diperoleh dari negara kepada suami, istri, atau anak terkait dengan waris atau akta kelahiran dengan mencantumkan nama kedua orang tua. Sehingga Pemerintah tidak sependapat dengan anggapan pemohon karena proses pencatatan pernikahan tersebut bukan dalam rangka membatasi hak-hak asasi warga negara akan tetapi untuk melindungi hak-hak asasi warga negara tersebut. Selanjutnya Pemerintah menjelaskan mekanisme pencatatan pernikahan yang tidak bisa dilakukan jika pada perkawinan poligami akan tetapi persyaratan poligami sebagaimana diatur pada ketentuan Pasal 3 ayat (2), Pasal 4 dan Pasal 5 serta PP Nomor 9 Tahun 1975.

Maka apabila ketentuan poligami tidak terpenuhi maka proses pencatatan pernikahan tidak bisa dilakukan di KUA, Kantor Catatan Sipil, dengan konsekuensi hukum antara lain adalah tidak mempunyai status hukum yang sah atas perkawinannya dan tidak mempunyai status hak waris untuk suami, istri, serta anaknya.

Sehingga Pemerintah dalam menanggapi pernyataan pemohon mengatakan pencatatan perkawinan tidak terkait dengan masalah hak-hak konstitusional warga negara sehingga Pasal 2 ayat (2) tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2).

- b) Berdasarkan ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan menyatakan: "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya". Menurut keterangan Pemerintah hal ini adalah bertujuan untuk memberikan kepastian dan perlindungan hukum kepada anak terhadap ibunya dan keluarga ibunya atas perkawinan yang tidak dicatat. Karena secara otomatis ketika perkawinan tidak dicatatkan maka perkawinan tersebut tidak sah secara hukum positif atau dalam bahasa lain tidak terjadi pernikahan. Sehingga anak yang lahir dari hubungan tersebut masuk dalam kategori anak yang lahir di luar perkawinan.

Sehingga Pemerintah tidak sependapat dengan pemohon yang menyatakan adanya diskriminasi terhadap anak mereka yang tidak mendapatkan perlindungan hak karena imbas dari tidak dicatatnya pernikahan pemohon. Hal ini oleh Pemerintah menganggap pembatasan hak keperdataan tersebut sejalan dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan:

"Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan Undang-Undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis."

Maka berdasarkan uraian tersebut Pemerintah beranggapan bahwa Pasal 43 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945.¹²⁹

¹²⁹Dikutip dari bagian keterangan Pemerintah pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Selanjutnya Pemerintah beranggapan dari semua permohonan pemohon bukanlah akibat dari berlakunya suatu Undang-Undang yang sedang diujikan tersebut. Berdasarkan fakta Pemerintah berasumsi adanya hambatan pemohon untuk melakukan pencatatan pernikahan adalah karena Pemohon I melakukan perkawinan dengan Pemohon II yang telah memiliki istri dan perkawinan tersebut tidak sesuai dengan mekanisme poligami. Jika seandainya perkawinan Pemohon dengan seorang laki-laki yang telah memiliki istri sesuai dengan regulasi peraturan perundang-undangan maka dalam hal ini Pemerintah menjamin tidak akan ada hambatan untuk melakukan pencatatan pernikahan.

Oleh karena itu maka, Pemerintah dengan melalui hakim MK memohon untuk kiranya para pemohon terlebih dahulu untuk membuktikan apakah pemohon termasuk orang yang dirugikan berdasarkan kasus yang dialami oleh pemohon itu sendiri. Dan selanjutnya Pemerintah memohon kepada majelis hakim MK untuk menyatakan permohonan pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk*). Namun jika hakim memiliki pertimbangan dan penafsiran hukum yang lain maka Pemerintah dalam hal ini memohon putusan yang seadil-adilnya berdasarkan ketentuan perundang-undangan.

Kesimpulan dari keterangan Pemerintah adalah memohon kepada majelis hakim yang mengadili pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap UUD 1945, untuk memberikan putusan sebagai berikut:

- 1) Menyatakan bahwa pemohon tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*);
- 2) Menolak permohonan pemohon untuk seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pemohon untuk pengujian tidak dapat diterima.
- 3) Menerima keterangan Pemerintah secara keseluruhan;
- 4) Menyatakan ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU perkawinan tidak bertentangan dengan UUD 1945.

Selanjutnya adalah keterangan dari DPR terkait permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Berdasarkan keterangan kedudukan hukum (*legal standing*) pemohon yang telah dicantumkan dalam surat permohonan. DPR menilai kedudukan pemohon yang sesungguhnya adalah berdasarkan ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dengan bunyi:

Para pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang, yaitu:

- a. Perorangan warga negara Indonesia;
- b. Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang.
- c. Badan hukum publik atau privat;
- d. Lembaga negara

Sedangkan ukuran kerugian konstitusional pemohon yang dianggap memiliki *legal standing* adalah minimal memenuhi 5 (lima) syarat, yaitu:

- 1) Terdapat hak dan/atau kewenangan konstitusional pemohon yang diamanahkan oleh UUD 1945;
- 2) Hak dan/atau kewenangan yang diamanahkan oleh UUD 1945 tersebut dianggap oleh pemohon telah dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang.
- 3) Kerugian hak dan/atau kewenangan tersebut secara logika harus bisa dinilai kejadiannya atau secara aktual dapat dipastikan terjadi akibat berlakunya suatu Undang-Undang;
- 4) Terdapat hubungan kasusal antara hak dan/atau kewenangan dengan Undang-Undang yang diujikan; dan
- 5) Memiliki potensial dengan dikabulkannya permohonan pengujian Undang-Undang maka kerugian yang dialami oleh pemohon tidak akan terjadi lagi.¹³⁰

Selanjutnya dalam menanggapi permohonan pemohon dalam perkara ini, DPR memiliki pandangan terlebih dahulu pemohon harus dapat membuktikan kebenaran pemohon sebagai orang yang hak/kewenangannya

¹³⁰Dikutip dari Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Nomor 011/PUU-VI/2007.

dirugikan atas berlakunya Undang-Undang yang dimaksud. Terkait dengan kedudukan pemohon, DPR secara utuh memberikan sepenuhnya penilaian kepada majelis hakim untuk mempertimbangkan dan menilai sesuai dengan ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi.¹³¹

Berkaitan dengan dalil-dalil pemohon yang menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan telah menghalangi pelaksanaan hak konstitusionalnya dalam rangka membentuk keluarga yang bahagia dan melanjutkan keturunan melalui pernikahan yang sah telah dirugikan. Penjelasan DPR adalah sebagai berikut:

- a. DPR menyatakan untuk menjamin hak-hak ke perdataan ayah, ibu, dan anak maka setiap perkawinan perlu untuk melakukan pencatatan pernikahan. Oleh karena itu maka pencatatan pernikahan adalah suatu kebutuhan formal dalam suatu perkawinan. Pencatatan pernikahan berimplikasi kepada konsekuensi yuridis dalam hak-hak ke perdataan dan kewajibannya seperti memberi nafkah dan hak warisan. Pencatatan perkawinan dimuat dalam akta otentik dan dikeluarkan oleh lembaga yang berwenang yaitu KUA dan Kantor Pencatatan Sipil.
- b. DPR menganggap perkawinan yang tidak dicatat sesuai dengan ketentuan perundang-undangan memiliki makna tidak memenuhi syarat formil pernikahan. Sehingga berimplikasi kepada anak yang lahir dari pernikahan yang tidak dicatat tersebut.
- c. Selanjutnya DPR menambahkan implikasi dari anak yang lahir di luar perkawinan yang sah adalah terkait pembuktian hubungan ke perdataan dengan ayahnya. Oleh karena itu maka, anak tidak memiliki hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ayahnya.
- d. Sehingga dengan berlakunya ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU perkawinan adalah suatu jaminan akan terwujudnya tujuan mulia dari suatu

¹³¹Dikutip dari bagian keterangan DPR pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

perkawinan. Selain itu Pasal tersebut memberikan jaminan dan kepastian hukum terkait hubungan ke perdataan anak dengan ibu dan keluarga ibunya. Selanjutnya DPT menambahkan jika Pasal 43 ayat (1) ini dibatalkan maka akan berimplikasi terhadap status ke perdataan anak yang lahir di luar perkawinan yang sah. Sehingga secara pasti Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Berlandaskan pendapat-pendapat DPR tersebut maka dalam petitemnya DPR meminta kepada majelis hakim MK untuk:

- 1) Menyatakan permohonan pemohon ditolak untuk seluruhnya atau setidaknya tidaknya permohonan pemohon tidak dapat diterima;
- 2) Menyatakan keterangan DPR diterima untuk seluruhnya;
- 3) Menyatakan ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
- 4) Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan memiliki kekuatan hukum mengikat.

Atau apabila majelis hakim memiliki pendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex Aqua et bono*).¹³²

1. Pertimbangan Hukum Hakim Mahkamah Konstitusi Dalam Memutuskan Perkara Pengujian Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan

Salah satu komponen penting dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 adalah tentang pertimbangan-pertimbangan hukum hakim MK dalam membuat suatu keputusan. Dalam pertimbangan hukum ini seorang hakim akan menggunakan ketajaman logika dan interpretasinya untuk mencocokkan antara fakta-fakta yang didapatkan selama pemeriksaan perkara dengan teori hukum yang berkembang. Selain itu fakta-fakta yang didapatkan selama jalannya pemeriksaan perkara akan dicocokkan dengan norma-norma hukum di UUD 1945.

¹³²Dikutip dari bagian keterangan DPR pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Pada tahap inilah hakim menilai semua keterangan-keterangan Pemohon, Pemerintah, DPR, atau saksi Ahli untuk dijadikan sebagai pertimbangan dalam membuat suatu keputusan hukum. Dalam perkara pengujian Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan hal pertama yang dipertimbangkan oleh MK adalah tentang dasar pertimbangan kewenangan MK dalam memeriksa pengujian Pasal tersebut.

Berdasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah beberapa kali dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (terdapat pada Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70), Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5225. Kemudian juga diperjelas pada Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (terdapat pada Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157), Tambahan Lembaran Negara Nomor 5076). Semua Pasal tersebut menyatakan bahwa salah satu kewenangan MK adalah untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir dengan putusan yang bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945.¹³³Berdasarkan ketentuan tersebut maka dalam perkara pengujian Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, MK memiliki kapasitas untuk memeriksa dan memutuskan perkara yang dimaksud.

Selanjutnya dalam pertimbangan hukum *legal standing* para pemohon hakim MK menilai berdasarkan ketentuan-ketentuan sebagaimana peneliti telah mencantumkan sebelumnya pada bagian kedudukan hukum pemohon. MK menilai ada hubungan kausal antara kerugian-kerugian konstitusional pemohon dengan berlakunya UU Perkawinan tersebut. Sehingga MK memutuskan pihak pemohon memenuhi syarat sebagai pihak yang memiliki *legal standing*. Menurut

¹³³Nurul Qamar, "Kewenangan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi" dalam *Jurnal Konstitusi*, Volume 1 Nomor 1 Tahun 2012, hlm. 3.

peneliti ketika ada anak yang lahir ke dunia harus mendapatkan hak-hak dan perlakuan yang sama di hadapan hukum terlepas bagaimana proses anak tersebut dilahirkan. Sehingga tanpa melihat unsur-unsur di belakangnya sejauh ini pemohon memiliki *legal standing* untuk memohonkan perkara ini dengan pertimbangan kerugian-kerugian yang telah disebutkan di atas.

Menurut pertimbangan MK pokok permasalahan kerugian yang dialami oleh pemohon adalah berkaitan dengan ketentuan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan tentang pencatatan perkawinan. Maka dalam salinan putusan MK menjelaskan bahwa asas-asas perkawinan tercantum dalam penjelasan umum angka 4 huruf b Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Asas-asas perkawinan tersebut adalah:

...perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu dan di samping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, Kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akta yang juga dibuat dalam daftar pencatatan.¹³⁴

Berdasarkan penjelasan tersebut MK menilai bahwa mekanisme pencatatan perkawinan bukanlah suatu hal yang dapat mengakibatkan sah atau tidaknya suatu perkawinan dan selanjutnya pencatatan perkawinan adalah hanya sebagai kewajiban administratif yang diatur ketentuannya oleh peraturan perundang-undangan. Sedangkan yang menjadi penyebab sah atau tidaknya suatu perkawinan adalah syarat-syarat yang telah ditentukan oleh masing-masing agama.

Pentingnya pencatatan perkawinan menurut MK adalah dalam rangka mendukung cita-cita negara dalam menjamin perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pelaksanaan hak asasi manusia dengan berdasarkan ketentuan yang telah diatur berdasarkan peraturan perundang-

¹³⁴Penjelasan Umum Angka 4 huruf b Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

undangan. Sehingga jika pemohon beranggapan bahwa pencatatan perkawinan tersebut dianggap telah membatasi hak konstitusionalnya, MK berpendapat tidak bertentangan dengan ketentuan konstitusi karena ketentuan tersebut di atur berdasarkan Undang-Undang bukan dengan UUD 1945. Selain itu tujuan pencatatan perkawinan tersebut adalah dalam rangka memberikan jaminan dan kepastian hukum.

Kemudian anggapan MK terkait dengan pencatatan perkawinan tersebut adalah untuk menjadi bukti yang sempurna dengan akta otentik jika terdapat permasalahan-permasalahan seputar perkawinan. Hal ini peneliti sependapat dengan MK. Jika suatu perkawinan tidak dilakukan pencatatan maka besar kemungkinan akan timbul permasalahan. Contohnya adalah tentang saksi perkawinan bisa saja meninggal dunia ketika ada yang bertanya tentang keabsahan pernikahan seseorang. Akan tetapi jika dilakukan pencatatan maka tanda tangan saksi perkawinan akan tertera dalam akta otentik tersebut. Sehingga apabila di kemudian hari ada orang yang bertanya tentang asal usul perkawinan, maka akta otentik cukup untuk menjawab pertanyaan tersebut.

Selanjutnya terkait dengan makna hukum prasa "yang dilahirkan di luar perkawinan". MK berpendapat tidak mungkin terjadi kelahiran suatu anak tanpa disebabkan bertemunya ovum dengan spermatozoa baik melalui hubungan yang wajar atau dengan berdasarkan perkembangan teknologi saat ini. Artinya proses kelahiran anak didahului dengan adanya perbuatan oleh seorang laki-laki dan seorang perempuan. Jadi tidak etis dan tidak adil jika anak yang lahir dari suatu kehamilan hanya memiliki hubungan dengan perempuan sebagai ibunya. Dan MK menilai tidak adil juga membebaskan beban pertanggung jawaban seorang laki-laki atas kehamilan perempuan di luar perkawinan.¹³⁵ Terlebih jika dengan kemajuan teknologi saat ini bisa dibuktikan dengan tes bahwa laki-laki itu adalah ayah kandungnya.

¹³⁵Dikutip dari bagian Amar putusan, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Berdasarkan pendapat tersebut MK menilai hubungan anak dengan seorang laki-laki yang bertindak sebagai ayah tidak hanya berdasarkan tali perkawinan yang sah akan tetapi juga dengan pembuktian melalui kemajuan teknologi saat ini bahwa ada hubungan darah dengan laki-laki tersebut. Sehingga MK menilai terlepas dari anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan atau lahir dari hubungan yang di luar perkawinan yang sah seorang anak harus tetap memiliki hubungan dengan ayah dan keluarga ayahnya. Maka menurut peneliti jika tetap berlandaskan pada ketentuan norma hukum akan terjadi ketidakadilan kepada anak yang di lahirkan. Anak tidak memiliki dosa dan tidak pantas untuk mendapatkan akibat dari perbuatan orang tuanya. Anak tersebut juga tidak pantas mendapatkan status anak yang lahir tanpa ada asal-usul dari ayahnya. Karena sangat sering ada stigma dalam masyarakat posisi anak demikian dikucilkan dalam sosial kemasyarakatan. Hukum harus memberikan perlindungan hak-hak dan kepastian dari anak yang dilahirkan ke dunia ini sekalipun legalitas perkawinan tersebut masih dipertanyakan.

Berdasarkan uraian pendapat MK terkait dengan pencatatan pernikahan, maka dalam melakukan interpretasi terhadap ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan MK memiliki pandangan yang berbeda. Menurut MK Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tersebut harus dimaknai dengan makna tambahan bahwa anak yang lahir di luar perkawinan juga tetap memiliki hubungan dengan ayah dan keluarga ayahnya akan tetapi harus bisa dibuktikan bahwa anak tersebut memiliki hubungan darah dengan laki-laki yang dimaksud.

Sehingga oleh MK bunyi Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan seharusnya berbunyi:

Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya **harus dibaca**, anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum

mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.

Berdasarkan pertimbangan hukum tersebut, hakim MK berhasil melakukan penafsiran hukum terkait ketentuan Pasal tersebut dengan menyatakan bahwa bunyi pasal tersebut bertentangan dengan konstitusi UUD 1945. Akan tetapi dalam pandangan MK, Pasal tersebut bisa tidak bertentangan dengan UUD 1945 apabila ditambahkan norma baru dalam bunyi Pasal yang dimaksud. Sehingga oleh MK Pasal 43 ayat (1) dinyatakan bertentangan dengan UUD 195 dengan ketentuan bersyarat (*conditionally unconstitutional*).

Inilah pertimbangan hukum hakim dalam memeriksa perkara pengujian Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang dinilai peneliti sebagai hal yang luar biasa karena hakim melaksanakan wewenangnya dengan melihat akibat hukum daripada Pasal tersebut berdasarkan situasi dan kondisi zaman sekarang ini. Dengan itu maka berdasarkan pertimbangan hukum tersebut bahwa ketentuan teori hukum progresif telah masuk dan menguasai pemikiran hakim MK. Karena melihat satu posisi hukum berdasarkan ketentuan keadilan umum untuk seluruh warga negara.¹³⁶

Selain itu, etika dan moral hukum harus dimiliki oleh seorang hakim dalam mendukung eksistensi hukum Progresif. Dengan adanya etika dan moral hukum pada jati diri hakim maka, setiap putusan-putusan yang dikeluarkan cenderung menghendaki rasa keadilan untuk umum. Selain itu dengan etika dan moral hukum membuat hakim lebih terikat hati dan batinnya kepada kebenaran keadilan.

¹³⁶Dikutip dari bagian Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

2. Tinjauan *Maqāṣid Al-Syarī'ah* Terhadap Pertimbangan Hukum Hakim Dalam Perkara Pengujian Materiil Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan.

Maqāṣid Al-Syarī'ah terdiri dari dua kata yaitu *Maqāṣid* dan *Al-Syarī'ah*. Terjemahan kata *maqāṣid* dimaknai dengan maksud atau tujuan. Sedangkan kata *al-syarī'ah* dimaknai dengan pembuat hukum atau syar'ī. Sehingga apabila digabungkan secara etimologi *maqāṣid al-syarī'ah* adalah maksud dan tujuan Allah swt. sebagai pembuat hukum syar'ī atau apa yang diinginkan oleh Allah swt. dari suatu hukum yang di tetapkan.¹³⁷

Secara terminologi, pengertian *maqāṣid al-syarī'ah* dimaknai oleh beberapa pakar usul fiqh. Pertama pendapat dari Wahbah Az-Zuhaili sebagaimana telah dikutip oleh Ahmad Sarwat menyatakan *maqāṣid al-syarī'ah* adalah "*makna-makna serta sasaran-sasaran yang disimpulkan pada semua hukum atau pada kebanyakannya, atau tujuan dari syariat serta rahasia-rahasia yang ditetapkan syar'ī pada setiap hukum dari hukum-hukumnya.*"¹³⁸

Muhammad Abu Zahrah menyatakan tujuan hukum syara` pada dasarnya perpatokan pada nilai-nilai keadilan dan kemaslahatan untuk semua orang. Sehingga dapat disimpulkan bahwa sasaran hukum Islam terdiri dari 3 (tiga) aspek, yaitu:

- a. Penyucian jiwa, ibadah-ibadah yang diperintahkan Allah swt. kepada seluruh umat manusia pada umumnya adalah untuk membersihkan hati manusia itu sendiri. Ibadah dapat membersihkan jiwa serta mampu untuk memperkokoh ketahanan keimanan dalam berkehidupan. Penyakit-penyakit yang ada dalam tubuh manusia akan sirna dengan membiasakan beribadah kepada Allah swt.
- b. Menegakkan keadilan dalam masyarakat Islam. Tujuan ditegakkannya keadilan dalam Islam adalah satu keniscayaan. Adil dalam bidang hukum, peradilan, serta persaksian dalam keadilan hubungan antar sesama manusia. Nilai-nilai keislaman serta ajaran yang terdapat di

¹³⁷ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh 2* (Jakarta: Kencana, 2014), hlm, 232.

¹³⁸ Amad Sarwat, *Maqashid Syariah* (Jakarta: Rumah Fiqih Publishing, 2019), hlm. 20.

dalamnya mengacu kepada konsep keadilan sosial. Kedudukan setiap orang dalam Islam sama di hadapan peradilan dan Undang-Undang. Islam tidak membedakan status sosial, harta kekayaan, atau status keluarga. Sehingga dalam Islam untuk mewujudkan keadilan sosial tersebut Islam mengharuskan menjunjung tinggi hak-hak asasi manusia. Oleh sebab itu pertimbangan keadilan yang dicanangkan oleh hakim MK dalam memutuskan perkara pengujian materiil Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan sejalan dengan konsep pemikiran Islam.

- c. Kemaslahatan. Tujuan hukum syar'i yang paling fundamental adalah terciptanya suatu kemaslahatan dari perkara atau tindakan yang dilakukan. Islam dalam setiap ajaran dan perintahnya mengutamakan aspek kemaslahatan adalah sasaran utama.¹³⁹

Dalam rangka mewujudkan suatu keadilan dan kemaslahatan untuk umat, ada beberapa hak-hak dalam Islam yang harus dipelihara dan harus dipertimbangkan dalam setiap gerak kehidupan manusia. Hak-hak tersebut adalah:

- 1) Menjaga agama (*hifz ad-dīn*). Salah satu tujuan daripada ditetapkannya hukum syara` adalah untuk menjaga kesucian agama. Agama dan keberagamaan merupakan hal yang fundamental dalam kehidupan manusia sehingga hukum syara` memerintahkan untuk menjaga agama. Menjaga agama dilakukan dengan dua cara, yaitu: pertama, dengan mewujudkan serta meningkatkan kualitas agama pada diri masing-masing penganut. Serta dengan senantiasa menjaga semua perintah-perintah dan ajaran agama.¹⁴⁰
- 2) Memelihara Jiwa (*hifz an-nafs*). Hukum Islam memelihara hak untuk hidup secara terhormat oleh semua manusia agar terhindar dari tindakan penganiayaan serta dengan menjaga kehormatan manusia dengan mencegah hal-hal yang buruk. Sehingga dalam hal ini Islam menjaga kemurnian kebebasan berkarya, kebebasan berpikir, kebebasan

¹³⁹Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih* (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2014), hlm. 577-579.

¹⁴⁰Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh 2...*, hlm. 235.

berpendapat, serta bebas dalam bergerak dalam rumpun dinamika kehidupan sosial.

- 3) Memelihara akal (*hifz al- aql*). Islam menjaga agar tidak jatuh kepada kemudharatan yang berimplikasi kepada partisipasi dalam masyarakat. Akan sangat penting sehingga dalam Islam perlu untuk dijaga dan dilindungi keberadaannya.¹⁴¹ Islam sangat menjaga eksistensi akal manusia untuk membedakan dengan makhluk yang lain.
- 4) Memelihara keturunan (*hifz an-nasl*). Memelihara keturunan adalah menjaga kelestarian jenis ciptaan manusia dan menjaga mentalitas para penerus keturunan supaya terjalin rasa persatuan dan kesatuan antara sesama manusia. Segala hal-hal yang dinilai merusak keturunan atau hal yang mendekati sebab rusaknya keturunan, maka dilarang dalam Islam. Dengan menjaga sebab-sebab pendidikan dan pengajaran keturunan akan mengakibatkan keturunan menjadi kuat serta terjalin hubungan timbal balik antara orang tua dan anak.
- 5) Memelihara harta (*hifz al-māl*). Segala bentuk yang dinilai dalam rangka menodai harta, seperti pencurian dan pencucian uang dalam sistem hubungan muamalah di larang dalam Islam. Sehingga banyak hukum-hukum Islam yang secara implisit menjaga keutuhan harta.¹⁴²

Demikianlah 5 (lima) pokok ruang lingkup yang dipelihara dalam penetapan hukum syara`. Intisari daripada penetapan tersebut adalah hadirnya hukum-hukum yang ditetapkan oleh Allah swt. adalah semata-mata untuk mendatangkan kemaslahatan bagi umat manusia dan khususnya kepada umat Islam sendiri. Hukum syara` tidaklah sama dengan hukum-hukum produk permainan elite-elite politik yang bisa saja dijadikan untuk mencapai keinginan pribadi tertentu. Akan tetapi hukum syara` menghendaki kepentingan umum berdasarkan asas keadilan sosial bagi seluruh umat manusia.

¹⁴¹Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih...*, hlm. 581.

¹⁴²Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih...*, hlm. 582.

Jika ditinjau signifikansi antara pertimbangan hukum hakim dalam memutus perkara pengujian Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, maka setidaknya ada dua *maqāṣid al-syarī'ah* yang relevan di dalamnya. Pertama, adalah hakim mempertimbangkan keadilan untuk hak-hak yang diterima oleh seorang anak yang lahir dari rahim seorang ibu harus sama. Sekalipun anak tersebut lahir dari produk perkawinan yang sah secara agama dan hukum positif negara dan juga sah secara agama saja. Sehingga seluruh anak melalui interpretasi hakim MK ini wajib menerima hak-hak asasi manusia yang dilindungi dan dijaga kepastian hukumnya oleh negara.

Asas keadilan untuk seluruh anak yang lahir adalah wujud penegakan doktrin-doktrin yang dikembangkan melalui hukum progresif. Sehingga melalui interpretasi tersebut lahirlah satu norma hukum dengan tujuan rahasia di dalamnya adalah melakukan supremasi keadilan untuk semua jiwa manusia. Hakim MK mencoba untuk membuat keputusan yang sama dengan metode pengambilan putusan dalam negara-negara yang bercorak *Anglo saxon*. Dalam negara hukum dengan corak *Anglo saxon* putusan pengadilan adalah berdasarkan keadilan bukan berdasarkan kepastian. Sehingga hukum-hukum merujuk pada kebiasaan-kebiasaan yang berkembang pada masyarakat dan tidak terkodifikasi layaknya hukum-hukum positif yang dibukukan di negara-negara hukum dengan corak Eropa Kontinental seperti Indonesia.

Hal ini sama dengan pembentukan hukum syara` adalah merupakan usaha dalam rangka mewujudkan keadilan. Semua hukum dan keputusan haruslah selaras dengan asas keadilan. Sebagaimana Firman Allah swt.



dalam mewujudkan keadilan tersebut akan cepat berkembang apabila hadirnya kasih sayang di tengah masyarakat.¹⁴⁴

Kedua, signifikansi pertimbangan hukum hakim MK dengan tujuan pembentukan hukum Islam adalah bagaimana hakim MK melihat ke depan tentang nasab keturunan anak yang lahir di luar perkawinan akan berakibat buruk pada anak tersebut. Sementara itu oleh Wahyu Widodo menyebutkan anak adalah tunas, potensi, serta generasi penerus cita-cita para pejuang negara dan pejuang agama. Di pundak anak-anak dibebankan masa depan bangsa sehingga kelestarian nasab dan keturunannya harus dijaga dengan baik.¹⁴⁵

Dalam pertimbangan hukum hakim dalam perkara Pengujian Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, dijelaskan status anak yang lahir di luar perkawinan yang sah sering mendapatkan diskriminasi dan intimidasi di kalangan masyarakat. Padahal kelahiran anak bukanlah kehendak daripada anak itu sendiri, akan tetapi karena proses pertemuan antara sel telur dengan spermatozoa sehingga menghasilkan janin dalam rahim seorang Ibu. Artinya adalah kelahiran seorang anak adalah akibat adanya sebab yang mendahului. Sehingga anak yang lahir tidak mendapatkan dampak negatif daripada sebab baik atau buruknya proses kelahirannya tersebut.

Terlebih-lebih ketika hak-hak perdata anak dari seorang ayah putus hanya karena satu ketentuan Undang-Undang maka hakim menyatakan ketentuan Pasal 43 ayat (1) adalah bertentangan dengan konstitusi secara bersyarat. Artinya adalah Pasal tersebut bisa konstitusional tetapi dengan syarat anak tersebut dapat dibuktikan secara signifikansi hubungan darah melalui kecanggihan teknologi dan ilmu pengetahuan saat ini. Jika terbukti adanya kecocokan hubungan darah antara anak dengan laki-laki sebagai ayahnya, maka hakim menyatakan tetap memiliki hubungan perdata dengan ayah dan keluarga ayahnya. Dalam bahasa lain kewajiban-kewajiban laki-laki sebagai ayahnya tersebut kembali menjadi hak anak

¹⁴⁴Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih...*, hlm. 576.

¹⁴⁵Wahyu Widodo dan Sapto Budoyo, "Status Anak Luar Kawin" dalam *Ilmiah Lontar*, Volume 24 Nomor 3 Tahun 2010, hlm. 2.

terhadap ayahnya tersebut. Misalnya adalah mendapatkan hak perlindungan, hak nafkah, dan hak pendidikan, serta hak waris.

Jika dilihat berdasarkan tujuan pembentukan hukum Islam atau *maqāṣid al-syarī'ah* salah satu tujuan pentingnya adalah untuk menjaga kemurnian keturunan atau nasab. Salah satu usaha dalam menjaga keturunan tersebut adalah Islam sangat menjunjung tinggi nilai-nilai kehormatan. Hal ini dapat dilihat dari konsekuensi besar yang diberikan kepada pelaku-pelaku zina atau perbuatan yang mendekati diri dengan perbuatan zina. Kehormatan berhubungan langsung dengan kemurnian keturunan. Banyak keturunan yang tidak jelas asal dan usulnya akibat perbuatan zina yang dilakukan oleh perempuan sebagai ibunya di luar perkawinan.¹⁴⁶

Masalah kehormatan berhubungan langsung dengan nasab suatu keluarga. Karena keturunan merupakan komponen penting dalam Islam, maka ulama fiqih menyatakan keturunan tujuan akhir dari dibentuknya syariat Islam adalah untuk memelihara dan menjaga keturunan dan nasab. Dengan menjaga nasab dan keturunan maka akan terjalin hubungan tali darah yang kokoh kemudian secara langsung mengarah kepada kokohnya tali persatuan dan kesatuan.¹⁴⁷

Berdasarkan konsep menjaga keturunan tersebut sehingga dalam Islam sangat mensyariatkan nikah sebagai cara yang sah untuk membentuk tatanan nasab dan keturunan yang sah. Nikah menjadi pintu awal untuk membina dan membentuk tali keturunan yang mempunyai legalitas secara hukum agama maupun secara hukum negara. Adapun tujuan awal dari pernikahan adalah untuk menjaga eksistensi manusia di muka bumi ini. Produk dari pernikahan tersebut akan menjadi keturunan yang

¹⁴⁶M. Lutfi Hakim dan Mukhlis Ardiyanto, "Menjaga Kehormatan Sebagai Perlindungan Nasab Perspektif *Maqashid Syariah*" dalam *Jurnal Nizham*, Volume 8 Nomor 1 Tahun 2020, hlm. 36.

¹⁴⁷M. Lutfi Hakim dan Mukhlis Ardiyanto, "Menjaga Kehormatan Sebagai Perlindungan Nasab Perspektif *Maqashid Syariah*" ..., hlm. 37.

berkelanjutan dan dijaga serta memiliki kepastian hukum untuk mendapatkan hak-haknya sebagai manusia.¹⁴⁸

3. Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur Dalam Perkara Pengujian Materiil Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan

Bagian amar putusan MK dalam perkara pengujian Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan adalah terdapat pada poin ketiga amar putusan tersebut dengan bunyi amar sebagai berikut:

Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*", tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut **harus dibaca**, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya*".¹⁴⁹

Alasan sehingga putusan ini dikatakan bersifat mengatur dan masuk ke dalam ranah fungsi dari lembaga legislatif adalah karena pada amar putusan tersebut tidak sesuai dengan wewenang MK. Pada bab sebelumnya peneliti telah menggambarkan wewenang MK dalam pengujian konstitusional Undang-Undang hanya sebagai pembatal norma yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945 atau menyatakan Undang-Undang tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Akan tetapi dalam salinan putusan MK dalam perkara Pengujian Pasal 43 ayat (1) UU

¹⁴⁸M. Lutfi Hakim dan Mukhlis Ardiyanto, "Menjaga Kehormatan Sebagai Perlindungan Nasab Perspektif *Maqashid Syariah*"..., hlm. 37.

¹⁴⁹Dikutip dari bagian Amar Putusan pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Perkawinan dengan UUD 1945 pada bagian amar putusan poin ke 3(tiga) terlihat MK menambah suatu ketentuan norma baru dengan tujuan untuk memberikan syarat kepada Pasal tersebut sehingga tidak dianggap bertentangan dengan UUD 1945. Penambahan norma tersebut oleh peneliti disebut dengan *positive legislature*.

Sehingga berdasarkan putusan hakim MK tersebut terjadi perubahan bunyi Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang sebelumnya berbunyi: "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*". Pasal ini oleh MK diubah menjadi bunyi Pasal baru, yaitu: "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya*".

Berdasarkan perubahan bunyi Pasal 43 ayat (1) tersebut dengan penambahan norma-norma baru sehingga wewenang pembuat Undang-Undang yang diamanahkan oleh UUD 1945 kepada lembaga legislatif dan eksekutif telah diintervensi oleh lembaga yudikatif dalam hal ini MK. Melalui Pasal 20 ayat (1) UUD 1945 dengan bunyi "*Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk undang-undang*".

Pada amar putusan poin ke-2 (dua) MK menyatakan Pasal 43 ayat (1) tidak memiliki kekuatan hukum mengikat dan putusan inilah yang sesuai dengan tupoksi MK dalam membuat putusan pengujian Undang-Undang. Kemudian jika secara lebih lanjut dilakukan pengkajian maka dalam bahasa peneliti melalui amar putusan MK pada bagian poin ke-3 (tiga) menyatakan tidak ada lagi status anak yang lahir di luar perkawinan. Karena sekalipun anak yang lahir di luar perkawinan yang sah atau anak yang lahir hasil dari zina tetap memiliki hak yang sama dengan anak yang lahir berdasarkan perkawinan yang sah. Perkawinan yang sah adalah sebagaimana dimaksud Pada Pasal 42 Undang-Undang Nomor 1 Tahun

1974 tentang Perkawinan, yaitu "*Anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari perkawinan yang sah*" dan yang dikatakan perkawinan yang sah adalah berdasarkan ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yaitu, "*Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaan itu*"¹⁵⁰.

Hal yang paling menarik dalam putusan MK ini adalah bukan hanya putusannya yang bersifat *positive legislature*, akan tetapi juga terdapat peralihan teori hukum yang digunakan oleh hakim dalam mempertimbangkan dan dalam melakukan penafsiran. Peneliti melihat adanya pergeseran fungsi teori hukum positif kepada teori hukum Progresif dalam putusan ini. Hakim MK berani keluar dari garis-garis kewenangan mereka kepada ketentuan pertimbangan lain yang dianggap memiliki keadilan dan kemaslahatan lebih besar.¹⁵¹

Hakim MK berani keluar dari ketentuan UUD 1945, UU Nomor 24 Tahun 2003, atau PMK Nomor 06/PMK/2005 menyatakan MK dalam hal pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 dalam putusannya hanya menyatakan bertentangan atau tidak. Selanjutnya hakim MK membuat norma baru dengan pertimbangan keadilan terhadap hak-hak perdata anak yang lahir ke dunia ini. Keberanian hakim MK ini adalah wujud pergeseran teori hukum yang di anut di dunia peradilan di Indonesia. Oleh karena itu maka dalam perjalanannya hakim-hakim di tingkat pengadilan umum sampai ke tingkat Mahkamah Agung juga harus berani keluar dari garis-garis yang telah ditetapkan berdasarkan Undang-Undang atau peraturan lembaga tinggi terkait kepada pertimbangan keadaan nyata hukum di lapangan yang berdasarkan keadilan.

Urgensi pergeseran teori hukum tersebut ke depannya adalah dalam rangka mewujudkan peradilan yang berkeadilan serta mewujudkan

¹⁵⁰Dikutip dari bagian Amar putusan, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

¹⁵¹Dikutip dari bagian Amar putusan, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

supremasi hukum yang nyata di kalangan masyarakat. Selain itu hukum-hukum yang dilahirkan dari pengalaman teori Progresif adalah hukum yang berkarakter responsif. Hukum responsif adalah hukum yang menghendaki rasa keadilan dan memenuhi ekspektasi adil di kalangan masyarakat.¹⁵²

C. Implikasi Peran Mahkamah Konstitusi Sebagai *Positive Legislature* Terhadap Tata Hukum Indonesia

Pemuatan syarat baru dalam konstitusionalitas Pasal 43 ayat (1) oleh MK memiliki pengaruh dan dampak yang besar terhadap status anak yang lahir ke dunia ini. Peran MK sebagai *positive legislature* menambah urgensi lebih lanjut tentang proses perumusan suatu Undang-Undang. Jika dilihat secara kelembagaan putusan MK yang berisi pengaturan dan penambahan norma baru memberikan sinyal tantangan baru kepada lembaga-lembaga pembuat Undang-Undang supaya lebih teliti dan mampu untuk mensinergikan antara Undang-Undang yang dibentuk dengan UUD 1945 sebagai Konstitusi Indonesia. Selain itu untuk meningkatkan kualitas Undang-Undang harus dilakukan pembenahan dan tindak lanjut atas semua putusan-putusan yang dikeliarkan oleh MK. Jika hal ini terjadi maka antara MK dengan lembaga-lembaga pembentuk Undang-Undang tidak memiliki jarak yang signifikan.¹⁵³

Ditinjau dari perspektif MK, secara kelembagaan MK harus mampu bertindak dan menjaga independensi dalam setiap putusan-putusan yang dikeluarkan. Kualitas putusan MK menunjukkan bagaimana kualitas hukum di Indonesia. Hal ini disebabkan MK adalah ranah pengaduan untuk subyek hukum yang merasa hak konstitusionalnya dirugikan dengan berlakunya suatu Undang-Undang. Hakim MK hanya berjumlah 9 (sembilan) orang, akan tetapi peran dan kewenangannya mampu untuk membatalkan suatu produk yang dihasilkan oleh lembaga pembentuk Undang-Undang. Bahkan dalam

¹⁵²Mahfud MD, *Politik Hukum di In Indonesia...*, hlm. 31.

¹⁵³Pusat Studi Hukum dan Kebijakan, *Pengujian Undang-Undang dan Proses Legislasi* (Jakarta: PSHK, 2007), hlm. 43.

konsep *positive legislature* MK mampu menjelma menjadi bagian daripada lembaga pembentuk Undang-Undang tersebut.

Selain itu hakim-hakim MK adalah orang-orang pilihan yang secara intelektual hukumnya telah terakreditasi dan mendapatkan pengakuan dari banyak pihak. Maka berdasarkan pemilihan hakim MK tersebut yang diambil dari orang-orang yang berkompetensi dan memiliki akuntabilitas tinggi maka peneliti beranggapan dalam pengambilan putusan-putusan tidak hanya berdasarkan pengetahuan hukum secara dogmatis saja. Akan tetapi dalam proses pengambilan putusan tersebut hakim MK harus mempertimbangkan aspek supremasi keadilan.

Oleh karena itu, putusan-putusan MK yang bersifat *positive legislature* sebagaimana putusan MK yang menambahkan norma baru pada Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dapat diterima secara kelembagaan di lembaga legislatif (DPR) maupun lembaga eksekutif (Presiden/Pemerintah). Sehingga ke depannya putusan-putusan MK yang dinilai mengatur tersebut tidak menjadi polemik di tengah-tengah masyarakat yang berdampak pada tingkat kepercayaan masyarakat kepada independensi MK. Akan tetapi melalui putusan-putusan MK yang berbeda dengan ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut oleh lembaga pembentuk Undang-Undang dijadikan sebagai terobosan baru untuk menciptakan hukum yang berkeadilan dan berkarakter responsif.

Kemudian secara tata hukum Indonesia, keberadaan putusan MK yang bersifat mengatur dalam putusan perkara Pengujian Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan berimplikasi terhadap kontradiksi bunyi Pasal Undang-Undang tersebut dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Dalam ketentuan Pasal 100 KHI mengatakan "*Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya*".¹⁵⁴

KHI adalah berbentuk Instruksi Presiden sedangkan lawannya adalah Undang-Undang. Jika ditinjau berdasarkan asas *hierarki* perundang-undangan

¹⁵⁴Tim Penyusun MA RI, *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Yang Berkaitan Dengan Kompilasi Hukum Islam Serta Pengertian Dalam Pembahasannya* (Jakarta: Perpustakaan Mahkamah Agung RI, 2011), hlm. 88.

Lex Superior Derogat Legi Inferior. Maknanya adalah ketentuan norma hukum yang lebih tinggi kedudukannya dalam *hierarki* perundang-undangan mengalahkan ketentuan hukum yang berada di bawahnya. Dalam hal ini posisi Undang-Undang lebih tinggi dibandingkan posisi Instruksi Presiden. Sehingga secara asas tersebut ketentuan hukum KHI secara dibatalkan oleh Undang-Undang.¹⁵⁵

Akan tetapi KHI adalah pedoman hukum Islam di Indonesia yang sudah lama berkembang dan dengan adanya putusan ini mengakibatkan adanya kontradiksi. Sehingga oleh peneliti melihat perlunya ada penyamaan hukum dalam konteks hukum yang kontradiksi. Akan tetapi sampai dengan saat ini belum ada kejelasan dan usaha dalam hal tersebut di atas.

Selanjutnya adalah terkait dengan harmonisasi dan sinkronisasi tata hukum yang secara hierarki bertentangan perlu untuk dilakukan. Urgensi adanya penataan kembali dan pencocokan tersebut mengakibatkan peraturan perundang-undangan di Indonesia kembali sinkron antara tingkatan bawah sampai dengan tingkat konstitusi atau UUD 1945. Selain itu peran lembaga MK dalam menjalankan fungsinya sebagai pengawal konstitusi perlu untuk dilebarkan kembali dengan melakukan amandemen UUD 1945 dengan menambahkan wewenang MK. Salah satu wewenang yang dimaksud adalah untuk mampu keluar dari ketentuan hukum tertulis dalam rangka menciptakan keadilan hukum yang substantif.

Oleh karena itu maka MK sebagai lembaga yang independen mampu menjawab semua keraguan pihak-pihak yang mempertanyakan independensi MK dalam membuat suatu putusan. Putusan yang bersifat mengatur adalah wujud dari independensi MK dalam melakukan interpretasi dan pengawalan konstitusi. Selain itu dengan putusan MK yang dinilai mengatur bukanlah wujud dari intervensi antar lembaga akan tetapi menurut peneliti adalah gambaran tentang kebakaran hakim-hakim MK yang secara intelektual hukum dan pengalaman telah dapat diakui dengan baik. Sekalipun hal ini

¹⁵⁵Ahmad Redi, *Hukum Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan* (Jakarta: Sinar Grafika, 2018), hlm. 23.

sering ternodai dengan adanya kasus Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme (KKN) di tubuh hakim MK.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian di atas, maka dapat disimpulkan:

1. MK berdasarkan teori hukum Progresif memiliki wewenang untuk mengeluarkan putusan yang berbeda dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada. Hal ini adalah untuk mewujudkan supremasi keadilan dan kepastian hukum yang komprehensif.
2. Faktor-faktor yang menjadi pertimbangan hakim MK dalam mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur adalah masalah keadilan. Tidak selamanya kepastian hukum dengan segala prosedur dan norma hukum yang terkodifikasi dalam satu kitab mencerminkan keadilan substansial. Sehingga dengan pertimbangan mewujudkan keadilan yang substansial MK harus berani membuat keputusan di luar regulasi dan ketentuan peraturan perundang-undangan. Faktor pertimbangan berikutnya adalah berdasarkan hak asasi manusia bahwa semua manusia yang lahir ke dunia memiliki hak dan kewajiban yang sama. Hal ini secara langsung didukung berdasarkan tujuan pembentukan hukum islam adalah untuk menjanda keluhuran nasab atau keturunan.
3. Implikasi putusan MK yang bersifat mengatur (*Positive Legislature*) terhadap tata hukum di Indonesia adalah mengalami kontradiksi antara hukum positif. Hal ini dilihat berdasarkan putusan MK tentang hak-hak perdata anak yang lahir di luar perkawinan dengan ketentuan hak anak yang lahir di luar perkawinan yang sah berdasarkan Kompilasi Hukum Islam Pasal 100 dengan bunyi " anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya".

B. Saran-saran

Berdasarkan penelitian yang telah dilakukan ada beberapa hal yang perlu untuk dibenahi dalam rangka perbaikan lembaga peradilan dan tata hukum di Indonesia. Adapun saran tersebut adalah sebagai berikut:

1. Dalam amandemen konstitusi berikutnya kewenangan MK sebagai penjaga dan pengawal konstitusi perlu untuk dilebarkan. Hal ini dilihat berdasarkan prestasi-prestasi MK yang tergolong sangat memuaskan peneliti.
2. Peneliti berdasarkan tulisan ini memberikan saran supaya korelasi dan tindak lanjut putusan MK melalui *legislative review*. Hal ini supaya tidak ada sesama peraturan perundang-undangan yang kontradiksi.
3. Peneliti berdasarkan hasil penelitian memberikan saran kepada calon-calon hakim atau hakim saat ini supaya berani untuk membuat terobosan baru dan keluar dari ketentuan yang ada demi mewujudkan keadilan yang substansial.
4. Berikutnya peneliti menyarankan kepada mahasiswa-mahasiswa lainnya supaya lebih giat dalam melakukan usaha-usaha untuk memperbaiki sistem hukum di Indonesia dengan cara menyusun Skripsi dengan tema yang berkaitan dengan hukum.

REFERENSI

A. BUKU

- Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan di Lingkungan Pengadilan Agama*, Jakarta: Kencana, 2008.
- Ahmad Muliadi, *Makalah Politik Hukum*, Jakarta: SAP Universitas Jayabaya, 2012.
- Ahmad Redi, *Hukum Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2018.
- Ahmad Sarwat, *Maqashid Syariah*, Jakarta: Rumah Fiqih Publishing, 2019.
- Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh 2*, Jakarta: Kencana, 2014.
- Bachtiar, *Metode Penelitian Hukum*, Tangerang Selatan: UNPAM PRESS, 2018.
- Bernard L. Tanya, dkk, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2019.
- Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahan*, Bandung: CV. Penerbit Diponegoro, 2019.
- Ismail Sunny, *Pembagian Kekuasaan Negara*, Jakarta: Aksara Baru, 1982.
- Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Depok: PT. Raja Grafindo Persada, 2019.
- Lexy J. Moleong, *Metode Penelitian Kualitatif*, Bandung: PT REMAJA ROSDAKARYA, 2004.
- Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: Rajawali Press, 2009.
- , *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Press, 2009.
- , *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Press, 2010.
- , *Membangun Politik Hukum*, Jakarta: Rajawali Press, 2010.
- , *Politik Hukum di Indonesia*, Depok: PT. Raja Grafindo Persada, 2018.
- Martitah, *Mahkamah Konstitusi dari Negative Legislature ke Positive Legislature?*, Jakarta: Konstitusi Press, 2013.
- Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012.
- Muhaimin, *Metode Penelitian Hukum*, Mataram: Mataram University Press, 2020.
- Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih*, Jakarta: Pustaka Firdaus, 2014.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana, 2014.

Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi, Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Jakarta: Rajawali Press, 2010.

Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Jakarta: Kompas, 2010

Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan: Politik Hukum HAM Era Reformasi*, Yogyakarta: Pusham UII, 2011.

Pusat Studi Hukum dan Kebijakan, *Pengujian Undang-Undang dan Proses Legislasi*, Jakarta: PSHK, 2007.

Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik, 2010.

Tim Penyusun MA RI, *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Yang Berkaitan Dengan Kompilasi Hukum Islam Serta Pengertian Dalam Pembahasannya*, Jakarta: Perpustakaan Mahkamah Agung RI, 2011.

B. JURNAL

Jurnal Al-Hukama, Volume 2 Nomor 2 Tahun 2012.

Jurnal Hukum, Volume 18 Nomor 2 Tahun 2012

Jurnal Hukum Islam dan Perundang-undangan, Volume 7 Nomor 1 Tahun 2020.

Jurnal Hukum Progresif Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Volume 1 Nomor 1 Tahun 2005.

Jurnal Ijtima`isya, Volume 9 Nomor 2 Tahun 2016.

Jurnal Ilmiah Hukum, Volume 1 Nomor 2 Tahun 2016.

Jurnal of Indonesian History, Volume 4 Nomor 1 Tahun 2015.

Jurnal JOM Fakultas Hukum, Volume 2 Nomor 2 Tahun 2015.

Jurnal Konstitusi, Volume 7 Nomor 5 Tahun 2010, Volume 11 Nomor 1 Tahun 2018, Volume 13 Nomor 2 Tahun 2016, Volume 17 Nomor 1 Tahun 2020, Volume 1 Nomor 1 Tahun 2012.

Jurnal Majalah Ilmiah Lontar, Volume 24 Nomor 3 Tahun 2010.

Jurnal Rechtsvinding, Volume 16 Nomor 2 Tahun 2015.

Jurnal Selisik, Volume 2 Nomor 4 Tahun 2016.

Jurnal Tata Negara FHU, Volume 1 Nomor 2 Tahun 2003.

Jurnal Usrah, Volume 1 Nomor 1 Tahun 2020.

Jurnal Nizham, Volume 8 Nomor 1 Tahun 2020.

C. SKRIPSI DAN TESIS

- Afifatur Rosidah, "Analisis *Fiqh Siyash Dusturiyah* Tentang Mahkamah Konstitusi Sebagai *Negative Legislator* Dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia", *Skripsi*, Surabaya: UIN Sunan Ampel, 2019.
- Ahmad Riski, " Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*) Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945", *Tesis*, Padang: Universitas Andalas, 2016.
- Arafat, "Kajian Yuridis *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Mengatur (*Positive Legislature*) Dan Ultra Petita Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", *Skripsi*, Pontianak: Universitas Tanjungpura, 2015.
- Buntora Situmorang, "Keadilan Substantif Sebagai Basis Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat *Positif Legislature* (Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XVII/2019)" *Skripsi*, Medan: Universitas Sumatera Utara, 2020.
- Hakim Albana, "*Positive Legislature* Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi", *Tesis*, Yogyakarta: Universitas Gadjah Mada, 2016.
- Novita Akria Putri, " Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait dengan Penambahan Norma Penetapan Tersangka Sebagai Objek Praperadilan", *Skripsi*, Jakarta: UIN Syarif Hidayatullah, 2015.
- Robin Reagan Sihombing, "Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Yang Memuat Norma Baru Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia (Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi No. 102/PUU-VII/2009) ", *Tesis*, Medan: Universitas Sumatera Utara, 2019.
- Suheri Anjas Wardana, NIM: 1142710041, dengan judul Skripsi "Pergeseran *Negative Legislature* Dalam Pelaksanaan Kewenangan *Judicial Review* di Mahkamah Konstitusi", *Skripsi*, Pekanbaru: UIN Sultan Syarif Kasim, 2018.

D. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN dan Putusan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Kompilasi Hukum Islam.

Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman

Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.

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

E. Website

<https://www.mkri.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&menu=5&jenis=PUU&jnsperkara=1>

<http://m.hukumonline.com/berita/baca/It4f68c6f92726d/ketua-mui-ibaratkan-mk-seperti-tuhan>

DAFTAR RIWAYAT HIDUP

A. Identitas Pribadi

Nama : Ramadhan Siddik Pane
NIM : 1810300015
Tempat/Tanggal Lahir : Sipirok, 28 November 2000
e-mail/No. Hp : siddikpane28@gmail.com / 0822-7484-4917
Jenis Kelamin : Laki-Laki
Jumlah Saudara : Anak pertama dari 3 bersaudara
Alamat : Desa Pangurabaan, Kec. Sipirok, Kab. TAPSEL

B. Identitas Orang Tua

Nama Ayah : Amirullah Pane
Pekerjaan : Petani
Nama Ibu : Syamsiah Hasibuan
Pekerjaan : Petani
Alamat : Desa Pangurabaan, Kec. Sipirok, Kab. TAPSEL

C. Riwayat Pendidikan

SD : SDN 103090 Pangurabaan
SMP : MTsn Sipirok
SMA : MAN Sipirok
Perguruan Tinggi : Institut Agama Islam Negeri Padangsidempuan