

# **Implementasi Pasal 10 Ayat (1) Jo Pasal 5 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman Yang Mewajibkan Hakim Untuk Menemukan Hukum Dikaitkan Dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016**

Susiana Soeganda <sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Universitas Islam Nusantara, Bandung  
E-mail: susysabrinaa@gmail.com

---

**Abstract.** On December 14, 2017, the Constitutional Court declared Court Decision Number 46/PUU-XIV/2016, which rejected the petition for judicial review of Article 284, Article 285 and Article 292 of the Criminal Code for all submitted by the Petitioners. Consideration of Decision of the Constitutional Court Number 46/PUU-XIV/2016 which refused the application, one of which is that the Constitutional Court can not necessarily surpass its authority. The expansion of criminal law norms or criminalization is not the domain of the Constitutional Court's authority, but the legislators (DPR and President). Based on such background, this thesis would discuss: How to implement Article 10 paragraph (1) in conjunction with Article 5 paragraph (1) of Law Number 48 Year 2009 on Judicial Power which requires judges to find law related to Decision of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia Number 46/PUU-XIV/2016, Dated December 14 2017 ?, and what is the impact after the issuance of Decision of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia Number 46/PUU-XIV/2016, Date December 14, 2017? Specifications research was descriptive, with a normative juridical approach, a method in normative legal research used primary sources of secondary data, and it was carried out in one phase, namely the research literature, which was supported by interviews, and used collection techniques data, then after the secondary data including other supporting data, were inventoried, they analyzed by normatives-qualitative. As a result, the writer research found out that: The inconsistency of the five constitutional judges, as if limiting themselves to the concept of judicial restraint, and unwilling to make legal discovery or create a new law in the form of interpretation, because the Constitutional Court is positioned as a negative legislator, therefore Article 10 paragraph (1) jo Article 5 paragraph (1) of Law Number 48 Year 2009 on Judicial Power which requires judges to find law related to Decision of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia Number 46/PUU-XIV/2016 has not been applied consistently, and Decision of the Constitutional Court Number 46/PUU-XIV/2016 on December 14, 2017, declaring rejection of the petition for the amendment of the Criminal Code relating to the regulation of moral crime in Article 284 of the Criminal Code, Article 285 of the Criminal Code and Article 292 of the Criminal Code, for one reason in its consideration. The Constitutional Court could not automatically surpass its authority. The expansion of criminal law norms or criminalization was not the domain of the Constitutional Court's authority, but the legislators (DPR and President) authority, would certainly have the effect of giving loopholes and spatial debates in the discussion of the Draft Law on Penal Law currently being discussed in Parliament (DPR), whether obscene acts, both by and against same sex might be criminally or not in the Unitary State of the Republic of Indonesia, whose population is predominantly Muslim.

**Keywords:** Constitutional Court, Judicial Review, Criminal Code

**Abstrak.** Pada tanggal 14 Desember 2017, Mahkamah Konstitusi mengeluarkan Putusan Mahkamah Kontitusi RI Nomor 46/PUU-XIV/2016, yang menolak permohonan uji materi Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP untuk seluruhnya yang diajukan oleh Para Pemohon tersebut. Pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/ PUU-XIV/2016 yang menyatakan menolak permohonan, salah satunya adalah bahwa MK tidak dapat serta merta melampaui kewenangan yang dimilikinya. Perluasan norma hukum pidana atau kriminalisasi bukanlah ranah kewenangan MK, melainkan kewenangan pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden). Berdasarkan latar belakang tersebut, permasalahan yang dibahas dalam tesis ini, yaitu sebagai berikut: Bagaimanakah implementasi Pasal 10 ayat (1) jo Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang mewajibkan hakim untuk menemukan hukum dikaitkan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016, Tanggal 14 Desember 2017? dan bagaimanakah dampak setelah keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016, Tanggal 14 Desember 2017? Spesifikasi penelitian adalah deskriptif analitis, dengan metode pendekatan yuridis normatif, yaitu suatu metode dalam penelitian hukum normatif dengan menggunakan sumber utama data sekunder dan penelitian dilakukan dalam satu tahap, yaitu penelitian kepustakaan, yang didukung dengan wawancara dengan menggunakan teknik pengumpulan data terdiri dari studi kepustakaan dan wawancara, selanjutnya setelah data-data dan bahan-bahan hukum sekunder diinventarisir termasuk data pendukung lainnya, kemudian dianalisis secara normatif kualitatif. Penulis, dari hasil penelitian dapat menemukan bahwa: Adanya inkonsistensi dari lima hakim konstitusi tersebut, seolah-olah membatasi diri dengan konsep *judicial restraint*, dan tidak mau untuk melakukan penemuan hukum atau membuat hukum baru dalam bentuk penafsiran, karena MK berposisi sebagai *negative legislator*, maka dengan demikian Pasal 10 ayat (1) jo Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang mewajibkan hakim untuk menemukan hukum dikaitkan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016 belum diterapkan secara konsisten, dan Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-XIV/2016 pada 14 Desember 2017, yang menyatakan menolak permohonan pembaruan KUHP berkenaan dengan pengaturan tindak pidana kesusilaan dalam Pasal 284 KUHP, Pasal 285 KUHP dan Pasal 292 KUHP, dengan salah satu alasan dalam pertimbangannya bahwa. MK tidak dapat serta merta melampaui kewenangan yang dimilikinya. Perluasan norma hukum pidana atau kriminalisasi bukanlah ranah kewenangan MK, melainkan kewenangan pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden), tentunya akan membawa dampak memberi celah dan ruang perdebatan dalam pembahasan Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang kini tengah dibahas di Parlemen (DPR), apakah perbuatan cabul, baik oleh dan terhadap sesama jenis dapat dipidana atau tidak di Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang penduduknya mayoritas Muslim ini.

Kata Kunci: Mahkamah Konstitusi, Uji Materi, KUHP

## I. PENDAHULUAN

Hampir setiap hari di dalam kehidupan masyarakat terjadi tindak pidana (*delict*) atau perbuatan pidana atau peristiwa pidana, baik tindak pidana kejahatan maupun tindak pidana pelanggaran, baik yang diberitakan oleh berbagai media massa, maupun tidak. Akhir-akhir ini, salah satu isu yang paling menjadi perhatian yang terkait dengan tindak pidana atau kejahatan adalah pencabulan dan perkosaan, perilaku seks bebas di luar nikah, kumpul kebo, prostitusi, perkosaan

dan cabul sesama jenis atau aktivitas seksual yang menyimpang [seperti LGBT (*Lesbian, Gay, Bisesksual* dan *Transgender*)] kian memprihatinkan dan semakin marak terjadi di Indonesia<sup>1</sup>. Ogan Akbar, dan Bayu, penggiat Komisi Penganggu Aids Provinsi Jawa Barat mengemukakan bahwa:

<sup>1</sup> Editorial Majalah Konstitusi, "Perluasan Delik Kesusilaan", *Majalah Konstitusi*, Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia, Jakarta, Nomor 130-Desember 2017, hlm 3.

Populasi LSL (Laki Seks Laki atau gay, homoseksual), yang tersebar di wilayah Indonesia sejumlah 138.600 orang yang tersebar di 36 Provinsi, misalnya di Provinsi Jawa Barat sebanyak 44.672 orang, yang tersebar di wilayah 30 kabupaten/kota Jawa Barat, misalnya di Kota Bandung jumlah LSL sesuai estimasi tahun 2016 diperkirakan berjumlah 14.960 orang, hasil jangkauan berjumlah 8.720 orang, dan pemetaan tahun 2017 tersebar di 1.105 tempat yang tersebar di Provinsi Jawa Barat, dan di wilayah 30 kecamatan Kota Bandung, ada LSL di 16 Kecamatan, dan ada waria di 24 Kecamatan<sup>2</sup>.

Menurut R. Soesilo, pencabulan adalah segala perbuatan yang melanggar kesusilaan (kesopanan) atau perbuatan yang keji, semuanya itu dalam lingkungan nafsu birahi kelamin, misalnya: cium-ciuman, meraba-raba anggota kemaluan, meraba-raba buah dada, dan sebagainya<sup>3</sup>.

Suryono Ekotama, dkk, mengemukakan bahwa: Perkosaan berasal dari kata "perkosa" yang berarti paksa, gagah, kuat, perkasa. Memperkosa berarti menundukkan dengan kekerasan, memaksa dengan kekerasan, menggagahi, melanggar (menyerang, dan sebagainya) dengan kekerasan. Sedangkan pemerkosaan diartikan sebagai proses, cara, perbuatan memperkosa; pelanggaran dengan kekerasan. Jika kita mencermati makna tersebut diatas, diketahui bahwa perkosaan (pemukosaan) memiliki unsur-unsur memaksa, dengan kekerasan, menggagahi. Unsur "memaksa" dan "dengan kekerasan" sudah jelas sama dengan unsur-unsur perkosaan yang dijumpai dalam Pasal 285 KUHP<sup>4</sup>.

Wirjono Prodjodikoro memberikan perbedaan antara tindak pidana perkosaan dan pencabulan adalah bahwa perkosaan untuk bersetubuh hanya dilakukan oleh seorang laki-laki terhadap seorang perempuan, sedangkan untuk cabul dapat juga dilakukan oleh seorang perempuan terhadap seorang laki-laki<sup>5</sup>.

Koesnadi mengemukakan bahwa:

Pencabulan dan perkosaan dapat menimbulkan dampak negatif bagi masa depan korbannya terlebih apabila korbannya masih di bawah umur (anak-anak) baik secara sosial maupun psikologis. Perkosaan sebagai salah satu bentuk kekerasan jelas dilakukan dengan adanya paksaan baik secara halus maupun kasar. Hal ini akan menimbulkan dampak sosial bagi perempuan yang menjadi korban perkosaan tersebut. Hubungan seksual seharusnya dilakukan dengan adanya berbagai persiapan baik fisik maupun psikis dari pasangan yang akan melakukannya. Hubungan yang dilakukan dengan cara tidak wajar, apalagi dengan cara paksaan akan menyebabkan gangguan pada perilaku seksual<sup>6</sup>.

Leden Marpaung mengemukakan bahwa:

Delik pencabulan dan perkosaan, yang merupakan delik kesusilaan ini paling banyak menimbulkan kesulitan dalam penyelesaiannya baik pada tahap penyidikan, penuntutan maupun pada tahap pengambilan keputusan. Selain kesulitan dalam batasan juga kesulitan pembuktian misalnya perkosaan atau perbuatan cabul yang pada umumnya dilakukan tanpa kehadiran orang lain<sup>7</sup>.

Selanjutnya berkenaan dengan aktivitas seks menyimpang yang kian memprihatinkan dan semakin marak di Indonesia, yaitu perilaku seks bebas di luar nikah, kumpul kebo, prostitusi, perkosaan dan cabul sesama jenis yang dilakukan oleh orang dewasa maupun anak-anak serta aktivitas seksual yang menyimpang, seperti

<sup>2</sup> Hasil Wawancara dengan Ogan Akbar, dan Bayu, penggiat Komisi Penganggulangan Aids (KPA) Provinsi Jawa Barat, pada hari Rabu, tanggal 17-1-2018, bertempat di Kantor Komisi Penganggulangan Aids (KPA) Provinsi Jawa Barat, Jl. Dr. Ir. Soekarno (Cikapundung), Kota Bandung.

<sup>3</sup> R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*, Politea, Bogor, 1996, hlm 212.

<sup>4</sup> Suryono Ekotama, dkk, *Abortus Provokatus bagi Korban Perkosaan Perspektif Viktimologi, Kriminologi dan Hukum Pidana*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2001, hlm 98.

<sup>5</sup> Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, PT Refika Aditama, Bandung, 2002, hlm 117-118.

<sup>6</sup> Koesnadi, *Seksualitas dan Alat Kontrasepsi*, Usaha Nasional, Surabaya, 2001, hlm 38.

<sup>7</sup> Leden Marpaung, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensi*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996, hlm 31.

LGBT (*Lesbian, Gay, Bisesksual dan Transgender*).

Siska Lis Sulistiani mengemukakan bahwa:

Pengertian penyimpangan seksual adalah segala bentuk penyimpangan seksual, baik arah, minat, maupun orientasi seksual. Penyimpangan adalah gangguan atau kelainan. Sementara perilaku seksual adalah segala tingkah laku yang didorong oleh hasrat seksual, baik dengan lawan jenis maupun dengan sesama jenis. Bentuk-bentuk tingkah laku ini bisa bermacam-macam, mulai dari perasaan tertarik sampai tingkah laku berkencan, bercumbu, dan bersenggama. Objek seksualnya juga bisa berupa orang lain, diri sendiri, maupun objek dalam khayalan<sup>8</sup>.

Siska Lis Sulistiani selanjutnya mengemukakan bahwa:

Penyimpangan seksual merupakan salah satu bentuk perilaku yang menyimpang karena melanggar norma-norma yang berlaku. Penyimpangan seksual dapat juga diartikan sebagai bentuk perbuatan yang mengabaikan nilai dan norma yang melanggar, bertentangan atau menyimpang dari aturan-aturan hukum<sup>9</sup>.

Penyimpangan seksual ini memiliki beberapa jenis, antara lain sebagai berikut:

- 1) *Homosexualitas* dan *lesbianism*, adalah keadaan seseorang yang menunjukkan perilaku seksual di antara orang-orang dari seks yang sama.
- 2) *Trans-Seksualisme* ialah kecenderungan pemuasan nafsu seksual yang dilakukan dengan jalan ganti kelamin<sup>10</sup>.

Tindak pidana pencabulan dan perkosaan tersebut telah diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Pencabulan diatur dalam bab XIV buku ke II, yaitu Pasal 289 sampai dengan Pasal 296 KUHP, yang mengkatagorikan pencabulan tersebut sebagai kejahatan terhadap kesusilaan. Sedangkan pencabulan terhadap anak diatur dalam Pasal 289 KUHP, Pasal 290 ayat (2) KUHP dan (3), Pasal 292 KUHP, Pasal 293

KUHP, Pasal 294 ayat (1) KUHP, Pasal 295 KUHP, Pasal 296 KUHP. Perzinaan diatur dalam Pasal 284 KUHP, dan Perkosaan diatur diantaranya dalam Pasal 285 sampai dengan Pasal 288 KUHP.

Tindak pidana pencabulan dan perkosaan selain diatur dalam KUHP, juga secara khusus diatur dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, yang mengatur secara khusus tentang tindak pidana pencabulan dan perkosaan khusus terhadap anak diatur secara khusus sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) Nomor 1 Tahun 2016 Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak. Ada dua pasal yang diubah oleh Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) Nomor 1 Tahun 2016, yaitu Pasal 81 dan Pasal 82 dan penambahan Pasal 81A dan Pasal 82A.

Sementara norma delik kesusilaan dalam KUHP, khususnya Pasal 284 KUHP (Perzinaan), Pasal 285 KUHP (perkosaan) dan Pasal 292 KUHP (perbuatan cabul) saat ini justru tidak dapat menjangkau perbuatan perilaku seks bebas di luar nikah, kumpul kebo, prostitusi, perkosaan dan cabul sesama jenis yang dilakukan oleh orang dewasa maupun anak-anak serta aktivitas seks menyimpang yang kian memprihatinkan, seperti LGBT (*Lesbian, Gay, Bisesksual dan Transgender*) tersebut yang kian memprihatinkan tersebut.

Mahrus Ali mengemukakan bahwa: Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang berasal dari *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands Indie (W.v.S.N.I.)* peninggalan Kolonial Belanda. W.v.S.N.I tersebut berlaku sebagai hukum pidana positif di Indonesia berdasarkan Pasal II aturan Peralihan dari UUD 1945<sup>11</sup>.

KUHP cukup renta menatap dinamika kehidupan yang terus berubah dan menghadirkan pergeseran nilai-nilai. Intinya, KUHP sudah tidak sesuai dengan perkembangan zaman. Maklum,

<sup>8</sup> Siska Lis Sulistiani, *Kejahatan & Penyimpangan Seksual dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif Indonesia*, Nuansa, Aulia, Bandung, 2016, hlm 6-7.

<sup>9</sup> Siska Lis Sulistian, *ibid*, hlm 6-7.

<sup>10</sup> *Ibid*, hlm 7 dan hlm 9.

<sup>11</sup> Mahrus Ali, *Dasar-Dasar Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hlm. 23.

KUHP yang digunakan di Indonesia bersumber dari hukum kolonial Belanda, yakni *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* (WvSNI) yang disahkan melalui Staatsblad Tahun 1915 Nomor 732 dan mulai berlaku sejak tanggal 1 Januari 1918. Pemberlakuan KUHP di seluruh wilayah Republik Indonesia baru dilakukan pada tanggal 20 September 1958, dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 Tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana<sup>12</sup>.

KUHP sebagai hukum pidana positif di Indonesia, meskipun telah disesuaikan dengan keadaan dan kepentingan nasional Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI), namun belum seluruhnya sesuai dengan nilai-nilai Pancasila, khususnya materi mengenai perzinahan, pemerkosaan, pencabulan. Berkenaan dengan KUHP, maka saat DPR RI bersama Pemerintah sedang melakukan proses pembahasan revisi KUHP.

Proses pembahasan revisi KUHP memang membutuhkan waktu yang lama. Aneka dinamika cukup mempengaruhinya, di antaranya masalah budaya dan agama. Perumusan ketentuan pidana tentu berbeda dengan perumusan ketentuan lainnya. Untuk mengukur satu norma pidana, harus ada unsur pidananya yang dalam implementasinya harus dapat dibuktikan secara hukum. Hal inilah yang menyebabkan berlarut-larutnya waktu yang dibutuhkan untuk memutus suatu norma pidana.

Di tengah masa tunggu kehadiran revisi KUHP yang tak kunjung disahkan, sejumlah elemen masyarakat, yaitu sebanyak 12 orang dari berbagai latar belakang mengadu ke Mahkamah Konstitusi untuk menguji perluasan materi Pasal 284 (perzinahan), Pasal 285 (perkosaan), dan Pasal 292 (perbuatan cabul) dalam KUHP, yaitu Euis Sunarti, dkk yang tergabung dalam kelompok masyarakat yang menamakan diri Aliansi Cinta Keluarga Indonesia (AILA), bersama pihak-pihak terkait lain seperti Persistri, pada tahun 2016 silam mengajukan *judicial review* untuk

memperluas cakupan subjek hukum dalam Pasal 284, 285, dan 292 KUHP<sup>13</sup>.

Pasal 284 KUHP yang mengatur tentang perzinahan antara laki-laki atau perempuan dengan orang yang sudah menikah, diusulkan pihak pemohon untuk diperluas menjangkau siapa pun yang berhubungan badan di luar status nikah. Untuk Pasal 285 KUHP yang mengatur tentang perkosaan, pemohon meminta MK untuk merevisi regulasi tersebut sehingga bisa menyasar pelaku laki-laki maupun perempuan.

Berkenaan dengan Pasal 292 KUHP, Para Pemohon mengusulkan untuk memperluas cakupan subjek yang dapat dikenakan sanksi. Mereka menginginkan tidak hanya percabulan yang dilakukan orang dewasa ke anak-anak saja yang bisa dijerat hukum, tetapi siapa saja yang berhubungan dengan sesama jenis terlepas dari berapa pun usia mereka.

Para Pemohon menginginkan perluasan cakupan dan ruang lingkup serta mengubah jenis-jenis perbuatan dalam delik kesusilaan. Para Pemohon meminta delik perzinahan mencakup perzinahan antara laki-laki dan perempuan, baik yang terikat maupun tidak terikat dalam suatu perkawinan yang sah. Kemudian delik pemerkosaan tidak hanya terhadap perempuan, namun juga terhadap laki-laki. Terakhir, delik pencabulan mencakup pencabulan yang dilakukan sesama jenis, baik terhadap anak di bawah umur, maupun dewasa.

Pada tanggal 14 Desember 2017, Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan melalui Putusan Mahkamah Kontitusi RI Nomor 46/PUU-XIV/2016, yang menolak permohonan uji materi Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP )untuk seluruhnya yang diajukan oleh Para Pemohon tersebut.

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 46/ PUU-XIV/2016, tanggal 14 Desember 2017 tersebut menjadi jawaban final dari polemik masalah delik kesusilaan, terutama masalah LGBT, walaupun dalam pertimbangan hukumnya, MK sama sekali tidak menyinggung istilah LGBT.

Setelah Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016, Tanggal 14 Desember 2017 keluar, maka banyak

<sup>12</sup> Editorial Majalah Konstitusi, *op.cit.*, hlm 3.

<sup>13</sup> Editorial Majalah Konstitusi, *op.cit.*, hlm 3, dan Salam Redaksi Editorial Majalah Konstitusi, *Majalah Konstitusi*, Mahkamah Kontituti Republik Indonesia, Jakarta, Nomor 130-Desember 2017, hlm 1.

pihak atau kalangan yang menafsirkan berbeda-beda terhadap Putusan MK tersebut. Ada yang menafsirkan bahwa Putusan MK tersebut cenderung melegalkan LGBT ada pula yang menafsirkan bahwa Putusan tersebut menyatakan bahwa MK tidak memiliki wewenang untuk membuat tindak pidana baru.

Spekulasi bertebaran di media massa pasca MK memutus permohonan tersebut dalam Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016. Mereka "menghakimi" lima dari sembilan hakim MK yang mereka anggap telah "melegalkan" zina dan LGBT (*Lesbian, Gay, Biseksual dan Transgender*)<sup>14</sup>.

MK juga sama sekali tidak menolak ide pembaruan (*tajdik*) yang disampaikan para Pemohon. MK bahkan sangat *concern* dengan fenomena sosial yang terjadi. Namun MK tidak dapat serta merta melampaui kewenangan yang dimilikinya. Perluasan norma hukum pidana atau kriminalisasi bukanlah ranah kewenangan MK, melainkan kewenangan pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden)<sup>15</sup>.

## II. METODE PENELITIAN

Penelitian ini merupakan penelitian hukum yang normatif. Menurut Muslan Abdurrahman bahwa Penelitian hukum normatif atau disebut juga penelitian hukum doktrinal. Penelitian hukum doktrinal hukum dikonsepkan sebagai apa yang tertulis di dalam peraturan perundang-undangan (*law in books*) atau hukum dikonsepkan sebagai kaidah atau norma yang merupakan patokan berperilaku manusia yang dianggap pantas<sup>16</sup>. Penelitian ini bersifat deskriptif analisis, yaitu suatu metode penelitian yang bertujuan untuk menggambarkan suatu keadaan seseorang/sekelompok orang, lembaga atau masyarakat tertentu pada saat dan situasi tertentu berdasarkan faktor-faktor yang tampak didalam situasi yang diselidikinya. Penelitian ini bersifat pemaparan yang bertujuan untuk memperoleh gambaran (deskripsi) lengkap tentang keadaan hukum yang berlaku di tempat tertentu pada saat

tertentu atau mengenai gejala yuridis atau peristiwa tertentu yang terjadi dalam masyarakat<sup>17</sup>.

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode pendekatan yuridis normatif, yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder<sup>18</sup> melalui pendekatan undang-undang atau *statuta approach* atau pendekatan yuridis, yaitu penelitian terhadap produk-produk hukum<sup>19</sup> dan pendekatan asas-asas hukum<sup>20</sup>.

Soerjono Soekanto mengemukakan bahwa data sekunder, dilihat dari sudut kekuatan mengikatnya meliputi: 1) bahan hukum primer yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, terdiri dari norma atau kaidah dasar (pembukaan UUD 1945), Peraturan dasar (Batang Tubuh UUD 1945 dan Ketetapan-ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat), peraturan perundang-undangan dan lain-lain, 2) bahan hukum sekunder yaitu bahan-bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti misalnya rancangan undang-undang, hasil-hasil penelitian para ahli, hasil karya ilmiah dari kalangan ahli hukum, dan sterusnya, 3) bahan hukum tertier yaitu bahan-bahan hukum yang memberikan petunjuk atau menjelaskan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus-kamus, ensiklopedia dan lain-lain<sup>21</sup>.

Sumber data yang utama sebagai bahan penulisan dalam tesis ini adalah data sekunder, yaitu bahan hukum primer, yang meliputi peraturan perundang-undangan yang berlaku, yaitu antara lain Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009

<sup>14</sup> Editorial Majalah Konstitusi, "Perluasan Delik Kesulilaan", *op.cit.*, hlm 3.

<sup>15</sup> Putusan Mahkamah Kontitusi RI Nomor 46/ PUU-XIV/2016.

<sup>16</sup> Muslan Abdurrahman, *Sosiologi dan Metode Penelitian Hukum*, UMM Press, Malang, 2009, hlm 127.

<sup>17</sup> Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, 2004, hlm 50.

<sup>18</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2001, hlm 13.

<sup>19</sup> Bahder Johan Nasution, *Metode Penelitian Hukum*, CV Mandar Maju Bandung, 2008, hlm 92.

<sup>20</sup> Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, hlm 11.

<sup>21</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia (UI-Pres), Jakarta, 1986 & 2006, hlm 52.

tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 46/PUU-XIV/2016 pada 14 Desember 2017, dan peraturan perundang-undangan terkait lainnya, dan bahan hukum sekeunder, yaitu data dari bahan pustaka berupa buku-buku literatur, seperti misalnya hasil-hasil penelitian para ahli, hasil karya ilmiah dari kalangan ahli hukum, makalah-makalah dalam seminar, serta buku-buku yang ditulis oleh para ahli, serta bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk atau menjelaskan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus-kamus, ensiklopedia, koran dan lain-lain.

Penelitian dilakukan dalam satu tahap, yaitu penelitian kepustakaan (*library research*), penelitian ini dilakukan dengan meneliti dan mengkaji data sekunder yang berhubungan dengan masalah yang diteliti, yang didukung dengan penelitian lapangan (*field research*), dimaksudkan untuk menunjang dan melengkapi data sekunder. Data primer sebagai pelengkap, yaitu data yang diperoleh secara langsung di lapangan melalui wawancara langsung (*interview*) dengan pihak yang sekiranya dapat memberikan penjelasan mengenai objek penulisan yang sedang dikaji.

Teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian hukum normatif adalah: *Kesatu*, Sesuai dengan jenis penelitian, yaitu penelitian hukum normatif, maka teknik pengumpulan data penelitian yang digunakan dalam penelitian hukum normatif adalah studi/kajian kepustakaan (*library research*). Hal ini sejalan dengan yang dikemukakan oleh Mukti Fajar dan Yulianto Achmad bahwa "teknik pengumpulan data dalam penelitian hukum normatif dilakukan dengan studi pustaka terhadap bahan-bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, maupun bahan hukum tersier..."<sup>22</sup>. *Kedua*, melakukan wawancara (*interview*) tidak terarah (*non-direktive interview*) tidak terarah (*non-direktive interview*) untuk mendapat data pendukung bagi data sekunder. Menurut Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, wawancara adalah "... melakukan tanya

jawab secara langsung antara peneliti dengan responden atau narasumber atau informan untuk mendapatkan informasi"<sup>23</sup>.

Menurut Ronny Hanitijo Soemitro, wawancara (*interview*) tidak terarah (*non-direktive interview*) yang juga disebut wawancara tidak terpimpin atau wawancara tidak berstruktur. Cirinya yang utama adalah bahwa seluruh wawancara tidak didasarkan pada suatu sistem atau daftar pertanyaan yang telah disusun terlebih dahulu. Pewawancara tidak memberikan pengarahan yang tajam, tetapi diserahkan pada yang diwawancara untuk memberikan penjelasan menurut kemauannya sendiri. Wawancara demikian ini juga disebut "*free flowing interview*"<sup>24</sup>.

Setelah sumber data sekunder diinventarisir termasuk data pendukung lainnya, kemudian dianalisis secara secara normatif-kualitatif. Disusun dalam bentuk uraian kalimat-kalimat.<sup>25</sup> Normatif, karena penelitian ini bertitik tolak pada peraturan perundang-undangan yang ada sebagai hukum positif. *Kualitatif* dimaksudkan sebagai analisis data melalui penafsiran hukum baik secara otentik, gramatikal maupun sosiologis. Menurut Lili Rasjidi, kualitatif, artinya tanpa menggunakan angka, rumus statistik, dan matematik<sup>26</sup>.

Selain itu, dalam melakukan analisis data sekunder atau bahan hukum, penulis menggunakan teknik berpikir, deduktif dan yuridis komparatif (perbandingan hukum). Teknik berpikir deduktif dilakukan dengan berpijak pada hal-hal bersifat abstrak untuk diterapkan pada proposisi-proposisi konkrit<sup>27</sup>.

Untuk mendapatkan data sekunder berupa bahan hukum primer, sekunder dan tersier, maka lokasi penelitian dilakukan di beberapa perpustakaan, yang berlokasi di Bandung dan tempat lainnya, seperti di: Perpustakaan Pusat Universitas Islam Nusantara (Uninus), Perpustakaan Fakultas Hukum Uninus, dan Perpustakaan Sekolah Pascasarjana Uninus, Jl.

<sup>23</sup> *Ibid*, hlm 161.

<sup>24</sup> Ronny Hanitijo Soemitro, *op.cit.*, hlm 59-60.

<sup>25</sup> Lili Rasjidi dan Liza Sonia Rasjidi, *Monograf: Filsafat Ilmu, Metode Penelitian, dan Karya Tulis Ilmiah Hukum*, t.p, t.k., t.th, hlm 25.

<sup>26</sup> Lili Rasjidi, *Menggunakan Teori/Konsep Dalam Analisis Di Bidang Ilmu Hukum*, t.p., t.k, 2007, hlm 7.

<sup>27</sup> Soerjono Soekanto, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982, hlm 144.

<sup>22</sup> Mukti Fajar ND. dan Yulianto Achmad, *op.cit.*, hlm 160.

Soekarno-Hatta No. 530, Bandung. Untuk mendapatkan data pendukung, maka lokasi penelitian dilakukan di Kantor Komisi Penanggulangan Aids (KPA) Provinsi Jawa Barat, Jl. Dr. Ir. Soekarno (Cikapundung), Kota Bandung, dan Dinas Kesehatan Provinsi Jawa Barat, Jl. Pasteur No. 25, Kota Bandung.

### III. HASIL DAN PEMBAHASAN

#### **A. Implementasi Pasal 10 Ayat (1) Jo Pasal 5 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang Mewajibkan Hakim Untuk Menemukan Hukum dikaitkan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016**

Monstesquieu menyatakan bahwa hakim itu hanya mulut atau corong dari badan legislatif, dengan perkataan lain hakim adalah corong undang-undang. Pendapat tersebut dewasa ini tidak cocok lagi karena dalam sistem hukum Indonesia hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa suatu perkara dengan alasan bahwa hukum tidak ada atau tidak jelas (asas *non-liquet*)<sup>28</sup>.

Hakim adalah merupakan pelaku inti kekuasaan kehakiman, dalam melaksanakan harus memahami ruang lingkup tugas dan kewajibannya, selanjutnya hakim harus berupaya secara profesional dalam menjalankan dan menyelesaikan pekerjaannya. Hakikatnya tugas pokok hakim adalah menerima, memeriksa, mengadili, memutuskan dan menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya.

Hakim dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Prinsip ini telah diatur dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, dan dikaitkan dengan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang

Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: Hakim dan Hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Hakim dalam menerima, memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara, pertama kali harus tetap menggunakan hukum tertulis sebagai dasar putusannya. Jika dalam hukum tertulis tidak cukup, tidak tepat dengan permasalahan dalam suatu perkara, maka barulah Hakim mencari dan menemukan sendiri hukumnya dari sumber-sumber hukum yang lain, seperti: yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis.

Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat atau hakim wajib untuk melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Hal ini harus dilakukan, sebab hal tersebut adalah suatu kewajiban menurut undang-undang, yakni tersebut dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: Hakim dan Hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Ketentuan Pasal 10 ayat (1) jo Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman ini memberi makna bahwa hakim sebagai organ utama Pengadilan dan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman wajib hukumnya bagi Hakim untuk menemukan hukumnya dalam suatu perkara meskipun ketentuan hukumnya tidak ada atau kurang jelas.

Ishaq mengemukakan bahwa Pasal 10 ayat (1) jo Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman tersebut memberikan penjelasan bahwa hakim tidak boleh menolak apabila diminta memutuskan perkara, dengan alasan karena belum ada aturan hukumnya. Akan tetapi, justru dia diminta untuk menemukan hukumnya, sebab hakim dianggap mengetahui hukum dan dapat mengambil keputusan berdasarkan ilmu pengetahuannya sendiri dan keyakinannya sendiri. Doktrin dalam ilmu hukum adalah *ius curia novit*, artinya hakim dianggap mengetahui hukum<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Atja Sondjaja, "Peranan Pengadilan dalam Penemuan Hukum" dalam Idris, dkk (Editor), *Penemuan Hukum Nasional dan Internasional dalam Rangka Purnabakti Prof. Dr. Yudha Bakti, S.H., M.H.*, PT Fikahati Aneska bekerjasama dengan Bagian Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Bandung, 2012, hlm 68.

<sup>29</sup> Ishaq, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2016, hlm 129.



HMA. Kuffal mengemukakan bahwa: Hakim sebagai abdi negara, memang wajib patuh, taat dan mengikuti ketentuan aturan hukum tertulis atau peraturan perundang-undangan sesuai asas legalitas, tetapi bukan berarti hakim dalam melaksanakan tugasnya hanya sekedar sebagai pelaksana atau penerap peraturan perundang-undangan atau sebagai mulutnya peraturan perundang-undangan, melainkan juga sebagai penegak hukum dan keadilan, serta hakim wajib hukumnya untuk bertindak dan berupaya selaku penemu hukum (*rechtsvinding*) dan atau selaku pencipta hukum (*rechtshepping*), dengan menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, karena ternyata dalam praktik penegakan hukum dan keadilan di jaman modern dewasa ini ternyata berbagai peraturan perundang-undangan pada umumnya selalu ketinggalan jaman dibandingkan dengan pesatnya perkembangan dan kemajuan masyarakat<sup>30</sup>.

Undang-Undang tidak pernah sempurna, suatu Undang-Undang tidak pernah mampu dengan sempurna mempresentasikan keutuhan realitas yang ada dalam bentangan kehidupan sosial<sup>31</sup>. Hakim atas inisiatif sendiri harus menemukan hukum sendiri, karena hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukum tidak ada, tidak lengkap atau hukum samar-samar<sup>32</sup>. Karena itu dalam upaya mengantisipasi keadaan tersebut, maka sejak tahun 1970 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman telah mencantumkan Pasal 27 yang menegaskan dan menugaskan agar hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Bahkan ketentuan tersebut masih dipertegas dengan Pasal 10 Undang-Undang

Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang mengamanatkan bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Dan menurut Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman para hakim dapat dibenarkan menerapkan sumber hukum tidak tertulis demi terwujudnya keadilan berdasarkan Pancasila<sup>33</sup>.

Berdasarkan dari ketentuan Pasal 10 ayat (1) jo Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman dapat dikemukakan bahwa hakim harus aktif berperan untuk menemukan hukum dan membentuk hukum baru serta mengembangkan hukum.

Dengan demikian, telah diketahui, bahwa hakim dilarang untuk menolak memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya (Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman). Oleh karena itu, menurut doktrin hakim dianggap tahu hukum (*ius curia novit*), sedangkan di pihak lain, hakim diwajibkan pula dan untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman).

Berdasarkan ketentuan Pasal 10 jo Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman tersebut dapat disimpulkan bahwa Hakim harus memeriksa dan memutus perkara sekalipun hukumnya tidak jelas atau tidak lengkap. Ini berarti Hakim tidak terikat pada Undang-Undang, sehingga dalam hal ini kebiasaan memiliki peranan penting.

M. Ahmad Kamil dan Fauzan mengemukakan bahwa Hakim memiliki kewenangan untuk menciptakan hukum, terutama terhadap kasus-kasus yang sama sekali tidak atau belum ada hukumnya, tetapi telah masuk ke pengadilan. Dalam proses analisis dan penciptaan terhadap kasus-kasus yang belum ada aturan hukumnya

<sup>30</sup> HMA. Kuffal, *Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, Hakim: Antara Gaji, Keadilan, Kejujuran dan Ketaqwaan*, Universitas Muhammadiyah Malang (UMM) Press, Malang, 2012, hlm 42.

<sup>31</sup> Syarif Mappiasse, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2015, hlm 18.

<sup>32</sup> Lintong O. Siahaan, "Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) dan Penciptaan Hukum (*Rechtsschepping*)", Pada Era Reformasi dan Transformasi", *Varia Peradilan*, Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI), Jakarta, *Majalah Hukum Tahun ke XXI No. 252* November 2006, hlm 58.

<sup>33</sup> HMA. Kuffal, *op.cit.*, hlm 42.

tersebut, hakim wajib menggali nilai-nilai hukum yang hidup dan dipelihara dengan baik dalam kehidupan masyarakat. Nilai-nilai hukum yang hidup itu antara lain: nilai ajaran agama, nilai-nilai adat istiadat yang masih dipelihara dengan baik, budaya dan tingkat kecerdasan masyarakat, keadaan sosial, dan ekonomi masyarakat.

Hakim juga memiliki kewenangan untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang telah ada, namun telah usang atau ketinggalan zaman sehingga tidak mampu lagi memenuhi rasa keadilan masyarakat (*contra legem*). Hakim dalam menggunakan lembaga *contra legem* ini harus melengkapi pertimbangan hukumnya secara jelas dan tajam dengan mempertimbangkan berbagai aspek kehidupan hukum<sup>34</sup>.

Dengan demikian, pengadilan atau hakim dalam sistem hukum Indonesia bukanlah hakim yang pasif yang merupakan corong undang-undang (*bouche de la loi*) seperti yang dikemukakan Montesquieu. Pengadilan atau hakim harus aktif berperan dalam menemukan hukum atau membentuk hukum baru. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa pengadilan atau hakim merupakan unsur cukup penting tidak saja dalam menemukan hukum, tetapi juga mengembangkan hukum.

Tugas hakim secara konkrit adalah mengadili perkara yang pada hakikatnya adalah “melakukan penafsiran terhadap realitas”, dan tindakan hakim untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, dan untuk menentukan hukum di dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara, itulah yang dinamakan penemuan hukum.

Idris, dkk (Editor) mengemukakan bahwa: Penemuan hukum dalam arti sempit adalah penemuan hukum yang berupa putusan pengadilan karena putusannya mengikat para pihak yang berperkara, sedangkan pendapat para ahli tidak mengikat, tetapi dapat dijadikan sumber untuk dijadikan dasar hukum dalam suatu putusan pengadilan<sup>35</sup>.

Bagir Manan mengemukakan bahwa: Penemuan hukum dapat dilakukan melalui penafsiran karena semua peraturan perundang-undangan tidak ada yang lengkap dan jelas, sehingga hakim tidak boleh membiarkan perkara yang diterimanya hanya karena tidak ada undang-undang. Di lain pihak, hakim diminta menjadi corong undang-undang (*bouche de la loi*) apabila antara hukum dan peristiwa hukum terjadi kesesuaian, tetapi apabila peristiwa hukum tidak ada dalam hukumnya, maka hakim harus menemukan hukumnya atau hakim harus menciptakan hukumnya, seperti halnya yang dilakukan oleh Mahkamah Agung<sup>36</sup>.

Bagir Manan mengemukakan bahwa penemuan hukum dapat dibedakan:

1. Semata-mata menerapkan hukum kedalam satu kasus konkrit (*rechtstoepassing, law applying*). Disini berlaku, hakim hanyalah mulut undang-undang (*the mouth of law, bouche de la loi*). Dalam praktik, hal ini jarang terjadi, bahkan mungkin tidak pernah terjadi. *Pertama*, dalam kenyataan, tidak ada peristiwa pelanggaran hukum konkrit tepat (persis) sama dengan lukisan dalam undang-undang. Apalagi - pada umumnya - undang-undang hanya bersifat umum (*open-textured language*). *Kedua*, rumusan undang-undang sengaja dibuat tidak jelas (menggunakan istilah-istilah yang tidak jelas) dengan maksud memberikan kesempatan (ruang) kepada hakim lebih mempertimbangkan kepantasan menurut akal sehat dalam penyelesaian suatu perkara (*meer armslag te geven de problemen naar billijkheid op te lossen*).
2. Penafsiran (*recht interpretatie*), konstruksi, analogi dan penghalusan hukum. Hal ini agak berbeda dengan di negara-negara, seperti di Inggris dan Amerika Serikat atau negara-negara yang mengikuti tradisi Inggris dan Amerika Serikat. Dalam sejumlah buku (*textbooks*) yang dijumpai hanya penfasiran (*interpretation*). Dari penafsiran, terpancar hal-hal seperti analogi, penghalusan hukum (*narrowing*), penciptaan hukum, dan lain-lain.

<sup>34</sup> M. Ahmad Kamil dan Fauzan, *Kaidah-kaidah Hukum Jurisprudensi*, Prenada Media, Jakarta, 2004, hlm. 9.

<sup>35</sup> Idris, dkk (Editor), *Penemuan Hukum Nasional dan Internasional dalam Rangka Purnabakti Prof. Dr. Yudha Bakti, S.H., M.H.*, PT Fikahati Aneska bekerjasama dengan Bagian Hukum Internasional

Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Bandung, 2012, hlm xvi.

<sup>36</sup> Bagir Manan, *Penafsiran sebagai Bentuk Penemuan Hukum*, dalam Idris, dkk (Editor), *Penemuan Hukum ...*, op.cit, hlm 76.

3. Membentuk hukum atau menciptakan hukum (*rechtschepping, rechtsvorming, law making, judge made law*). Telah disebutkan *rechtschepping* dilakukan hakim dalam hal undang-undang tidak jelas ada kekosongan undang-undang, atau ada pertentangan antara berbagai ketentuan undang-undang. Dalam tradisi "*judge made law*" ia dasarnya hakim membentuk hukum<sup>37</sup>.

Syahrul Machmud mengemukakan bahwa<sup>38</sup> : Bermula dari ketentuan Pasal 22 *Algemene Bepalingen van Wetgeving* (AB) yang menyatakan bahwa: Hakim yang menolak untuk menyelesaikan suatu perkara dengan alasan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan tidak menyebutkan, tidak jelas, atau tidak lengkap, maka ia dapat dituntut untuk dihukum, karena menolak mengadili. Demikian pula pada Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 ditegaskan bahwa: Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Hal ini diulangi lagi pada Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, bahwa Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalil hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya tetap memutus perkara tersebut.

Bagaimana cara Hakim harus mengadili perkara yang tidak jelas hukumnya, Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 juga menjelaskan bahwa: "Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat." Hakim diwajibkan menjalankan fungsi pembentukan hukum dengan cara-cara, menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, saat itulah Hakim harus mencari dan menemukan hukumnya

(*rechtsvinding*). Penemuan hukum ini lazimnya diartikan sebagai pembentukan hukum oleh Hakim terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit.

Kata menggali diartikan bahwa hukumnya sudah ada, dalam aturan perundangan tapi masih samar-samar, sulit untuk diterapkan dalam perkara konkrit, sehingga untuk menemukan hukumnya harus berusaha mencarinya dengan menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Apabila sudah ketemu hukum dalam penggalian tersebut, maka Hakim harus mengikutinya dan memahaminya serta menjadikan dasar dalam putusannya agar sesuai dengan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan kata lain Hakim mempunyai kewajiban untuk melakukan penemuan hukum untuk melakukan pembenturan hukum berupa yurisprudensi.

Teguh Prasetyo mengemukakan bahwa: Pengadilan atau hakim memiliki kedudukan penting dalam sistem hukum Indonesia, karena ia melakukan fungsi yang pada hakikatnya melengkapi ketentuan-ketentuan hukum tertulis melalui pembentukan hukum (*rechtsvorming*) dan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Dengan perkataan lain, hakim atau pengadilan dalam sistem hukum Indonesia memiliki fungsi membuat hukum baru (*creation of new law*).

Penemuan hukum pada dasarnya adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum kongkret. Lebih lanjut dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das Sollen*) yang bersifat umum dengan mengikat peristiwa konkret (*das Sein*) tertentu<sup>39</sup>.

Fungsi membentuk hukum (baru) oleh pengadilan atau hakim harus dilakukan olehnya untuk mengisi kekosongan hukum dan mencegah tidak ditanganinya suatu perkara karena hukum (tertulis) tidak jelas atau tidak ada. Fungsi yang

<sup>37</sup> Bagir Manan, *ibid*, hlm 77.

<sup>38</sup> Syahrul Machmud, "Pembentukan Hukum Oleh Hakim", *Makalah*, Disampaikan pada pertemuan IKAHI Cabang Jember (Hakim Pengadilan Negeri Jember & Hakim Pengadilan Agama Jember), di ruang mediasi PN Jember, pada Senin, 25 Pebruari 2013..

<sup>39</sup> Teguh Prasetyo, "Metode Penemuan Hukum dalam Perkembangan Teori dan Praktik Pengadilan di Indonesia", dalam: Idris, dkk (Editor), *Penemuan Hukum Nasional dan Internasional dalam Rangka Purnabakti Prof. Dr. Yudha Bakti, S.H., M.H.*, PT Fikahati Aneska bekerjasama dengan Bagian Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Bandung, 2012, hlm 624.

sangat penting ini dilakukan oleh pengadilan atau hakim melalui interpretasi, konstruksi hukum, dan penghalusan hukum<sup>40</sup>. Kewajiban ini adalah suatu kewajiban universal. Baik pengadilan dan sarjana hukum Barat maupun pengadilan dan sarjana hukum Islam telah mengembangkan seperangkat metode penemuan hukum<sup>41</sup>.

Pandangan klasik dalam sistem *civil law* mengajarkan bahwa, semua hukum terdapat secara lengkap dalam undang-undang, tugas hakim adalah mengadili sesuai bunyi undang-undang. Oleh karena itu, dapat dipahami bahwa Pasal 15 AB menyatakan bahwa kebiasaan hanya merupakan sumber hukum kalau undang-undang menetapkan demikian<sup>42</sup>.

Metode yang seharusnya dipakai dalam menerapkan undang-undang adalah model silogisme (*sylogism*) atau *subsumptie logis* atau deduksi. Subsumptie bermakna menyimpulkan dari premis mayor dengan premis minor. Penemuan hukum di sini dianggap sebagai kejadian teknis dan kognitif, yang mengutamakan undang-undang yang tidak memberikan tempat pada pengakuan subjektivitas penilaian. Hakim tidak diberi kesempatan untuk berkreasi. Oleh van Eikema Hommes pandangan di atas dipandang sebagai peradilannya yang bersifat *types logisti*<sup>43</sup>.

Wiarda menyebut penemuan hukum di atas sebagai penemuan hukum "heteronom". Hakim dalam menemukan hukum tersebut berdasarkan peraturan di luar dirinya, hakim tidak mandiri karena harus tunduk pada undang-undang. Pandangan semacam itu sudah lama ditinggalkan, karena hakim tidak lagi dipandang sebagai corong undang-undang<sup>44</sup>.

Bentuk lain penemuan hukum adalah penemuan hukum otonom yang biasa digunakan dalam peradilannya sistem *common law* yang menganut asas *the binding forces of precedent* atau *stare decisis et quia non movere*. Hakim berpikir secara induktif dari peristiwa khusus yang satu (putusan hakim terdahulu) ke peristiwa khusus (peristiwa konkret yang dihadapinya). Akhirnya sampai pada peristiwa khusus lain (putusan). Di sini hakim melakukan penalaran melalui analogi (*reasoning*

*by analogy*). Dalam penemuan hukum yang materiil yuridis atau otonom, hakim memeriksa dan memutus perkara menurut apresiasi pribadinya. Ia dibimbing oleh pandangan atau pikirannya sendiri<sup>45</sup>.

Didalam perkembangannya kedua sistem ini saling mempengaruhi, sehingga penemuan hukum tidak lagi murni otonom dan murni heteronom. Namun demikian, ada kecenderungan bergeser ke arah penemuan hukum otonom<sup>46</sup>.

Hakim di Indonesia mengenal penemuan hukum heteronom sepanjang terikat pada undang-undang, tetapi penemuan hukum ini juga memiliki unsur-unsur otonom yang kuat, karena hakim seringkali harus menjelaskan atau melengkapi undang-undang menurut pandangannya sendiri<sup>47</sup>.

Munafrizal Manan mengemukakan bahwa: pada dasarnya, penemuan hukum muncul sebagai akibat tidak lengkap atau tidak jelasnya peraturan perundang-undangan tertulis yang ada, sehingga untuk memutus suatu perkara maka hakim harus melakukan kreasi aktifnya guna menemukan solusi hukum. Kreasi aktif dalam bentuk melakukan penemuan hukum ini perlu dilakukan oleh hakim karena hakim bukan hanya tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan tidak ada atau kurang jelas dasar hukumnya, tetapi juga tidak boleh tidak memutus suatu perkara dengan alasan yang sama. Hakim dianggap mengetahui hukumnya (*ius curia novit*). Artinya, melalui penemuan hukum itu hakim mengisi kekosongan hukum (*recht vacuum*). Itulah sebabnya, kata Sudikno Mertokusumo bahwa: "penegakan dan pelaksanaan hukum sering merupakan penemuan hukum dan tidak sekedar penerapan hukum"<sup>48</sup>.

Penemuan hukum bukan semata-mata hanya penerapan peraturan-peraturan hukum terhadap peristiwa konkret, tetapi sekaligus juga penciptaan dan pembentukan hukum<sup>49</sup>. KIF Aminanto mengemukakan bahwa: pada dasarnya penemuan hukum merupakan proses pembentukan hukum

<sup>40</sup> *Ibid*, hlm 624-625.

<sup>41</sup> Teguh Prasetyo, *ibid*, hlm 625.

<sup>42</sup> *Ibid*

<sup>43</sup> *Ibid*.

<sup>44</sup> *Ibid*.

<sup>45</sup> Teguh Prasetyo, *Ibid*, hlm 625-626.

<sup>46</sup> *Ibid*, hlm 626.

<sup>47</sup> *Ibid*.

<sup>48</sup> Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum Oleh Mahkamah Konstitusi*, CV Mandar Maju, Bandung, 2012, hlm 15.

<sup>49</sup> Sudikno Mertokusumo, dan A. Pitlo, *Bab-Bab Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti bekerjasama dengan Konsorsium Ilmu Hukum Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, dan The Asia Foundation, Jakarta, 2013, hlm 9.

oleh subyek atau pelaku penemuan hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah atau metode-metode tertentu yang dapat dibenarkan ilmu hukum, seperti interpretasi, penalaran (*redenering*), eksposisi (konstruksi hukum) dan lain-lain. Kaidah-kaidah atau metode-metode tersebut digunakan agar dalam penerapan aturan hukum terhadap suatu peristiwa dapat dilakukan secara tepat dan relevan menurut hukum, sehingga hasil yang diperoleh dari proses tersebut juga diterima dan dipertanggungjawabkan dalam ilmu hukum

Dalam praktik harus diakui, seringkali dijumpai suatu permasalahan yang belum diatur dalam perundang-undangan ataupun kalau sudah diatur tetapi ketentuan perundang-undangan tersebut tidak mengatur secara jelas dan lengkap. Bahkan seperti dikemukakan Sudikno Mertokusumo, bahwa tidak ada hukum atau undang-undang yang lengkap selengkap-lengkapnyanya atau jelas dengan sejelas-jelasnya. Karena fungsi hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia dengan mengatur seluruh kegiatan manusia. Sedangkan kepentingan manusia itu tidak terhitung jumlah dan jenisnya, dan terus menerus berkembang sepanjang masa. Oleh karena itu kalau undang-undangnya tidak jelas atau tidak lengkap harus dijelaskan atau dilengkapi dengan menemukan hukumnya<sup>50</sup>.

KIF Aminanto lebih lanjut mengemukakan bahwa Interpretasi atau penafsiran hukum ini hanyalah merupakan salah satu metode dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*). Selain itu masih ada beberapa metode penemuan hukum yang dapat digunakan oleh Hakim. Manakala hukumnya tidak jelas maka digunakan metode interpretasi (penafsiran), sedangkan apabila aturan hukumnya tidak lengkap atau tidak ada, digunakan metode argumentasi (*argumentum per analogian*, *argumentum a contrario*, *rechtverwijning*, fiksi hukum) dan metode eksposisi (konstruksi hukum) untuk membentuk pengertian-pengertian hukum baru. Masing-masing metode ini masih dapat diuraikan dan dirinci lebih lanjut. Adapun sumber utama penemuan hukum secara hierarki dimulai dari

peraturan perundang-undangan, hokum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional dan baru kemudian doktrin (pendapat ahli hukum)<sup>51</sup>.

Munafrizal Manan mengemukakan bahwa: Penemuan hukum penting bagi hakim karena dalam mengadili suatu perkara hakim lebih mementingkan fakta atau peristiwa daripada hukumnya. Bagi hakim, bunyi ketentuan hukum adalah hanyalah alat, sedangkan fakta atau peristiwa lebih menentukan daripada ketentuan hukum. Setelah peristiwa konkrit hukum dibuktikan dan dikonstatir, kemudian harus dicarikan hukumnya oleh hakim. Inilah ruang bagi hakim untuk melakukan penemuan hukum. Meskipun sudah ada ketentuan hukumnya, dalam melakukan penegakan hukum hakim akan mempertimbangkan tiga unsur, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan hukum (*zweckmassigkeif*) dan keadilan (*gerechtigkeif*). Untuk itu, hakim harus memperhatikan secara seimbang dan proporsional ketiga unsur penegakan hukum tersebut. Di sinilah hakim sering tidak dapat hanya terpaku pada bunyi ketentuan undang-undang. Untuk memenuhi ketiga unsur penegakan hukum itu, hakim kadang harus membuat putusan yang keluar dari ketentuan undang-undang. Inilah yang disebut sebagai penemuan hukum oleh hakim<sup>52</sup>.

Syaiful Bakhri mengemukakan bahwa: Hakim sekarang tidak lagi hanya dipandang sebagai corong undang undang. Tugasnya tidak hanya subsumsi dari fakta di bawah peraturan perundang undangan, yang hendak diterapkan sekedar mengadakan silogisme, tetapi harus mengembangkannya pada metode penafsiran, yang tidak hanya klasik, yakni penafsiran, gramatikal, sejarah, sistimatis dan analogis. Tetapi penemuan hukum, sesuai dengan keadaan masyarakatnya yang terus berkembang<sup>53</sup>.

Penemuan hukum oleh hakim dapat dipandang sebagai perwujudan dari hukum progresif. Gagasan sentral dari penemuan hukum yang progresif yaitu hukum dan peradilan diposisikan sebagai alat untuk melakukan perubahan sosial. Tujuan puncak hukum yaitu untuk manusia,

<sup>51</sup> *Ibid*, hlm 175-176.

<sup>52</sup> Munafrizal Manan, *op.cit*, hlm 19.

<sup>53</sup> Syaiful Bakhri, *Kebijakan Kriminal dalam Perspektif Pembaruan Sistem Peradilan Pidana*, Total Media, Yogyakarta, 2010, hlm 136.

<sup>50</sup> KIF Aminanto, *Politik Hukum Pidana 1, Disparitas Putusan Hakim dalam Tindak Pidana*, Jember Katamedia, Jember, 2017, hlm 163.

bukan sebaliknya. Oleh karena itu, penemuan hukum progresif yang dilakukan oleh hakim tidak boleh melepaskan diri dari faktor hukum, kemanusiaan, dan moralitas<sup>54</sup>. Dengan berpijak pada faktor-faktor ini, hakim dapat mewujudkan hukum progresif ketika melakukan tugas yustisialnya yang terutama dituangkan melalui putusan-putusannya. Dengan demikian, penemuan hukum oleh hakim akan memberi manfaat positif bagi kehidupan manusia.

Demikian juga, Hakim Mahkamah Konstitusi perlu melakukan penemuan hukum ketika melakukan penafsiran atas Undang-Undang Dasar 1945 atau peraturan perundang-undangan terkait karena tidak mengatur secara jelas mengenai perkara pengujian konstitusional yang sedang ditangani oleh Hakim Konstitusi. Tegasnya, penafsiran konstitusi adalah "penafsiran yang digunakan sebagai suatu metode penemuan hukum berdasarkan konstitusi atau Undang-Undang Dasar yang digunakan atau berkembang dalam praktik peradilan Mahkamah Konstitusi"<sup>55</sup>.

Penemuan hukum itu juga dilakukan oleh Hakim Konstitusi atas dasar lebih mengedepankan aspek keadilan hukum dan kemanfaatan hukum daripada kepastian hukum, dan karena itu Hakim Mahkamah Konstitusi membebaskan diri dari belenggu teks peraturan perundang-undangan. Untuk melakukan penemuan hukum ini, Hakim Konstitusi melakukan penafsiran konstitusi secara progresif atau ekstensif yang boleh jadi melampaui batas kewenangannya (*ultra petita*).

Penemuan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi melalui putusan-putusannya menunjukkan bahwa hakim konstitusi tidak harus selalu terikat pada aturan normatif dalam membuat putusan. Ini artinya hakim Mahkamah konstitusi melakukan terobosan hukum progresif atau ekstensif dalam bentuk penemuan hukum melalui putusan-putusannya.

Hakim Mahkamah Konstitusi sebagaimana hakim-hakim pengadilan lainnya di Indonesia juga memiliki dasar hukum untuk melakukan penemuan hukum, yaitu Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang

Kekuasaan Kehakiman jo Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

Peneliti dapat mengemukakan beberapa contoh Putusan Mahkamah Konstitusi, yang dapat dikatakan sebagai sebuah penemuan hukum yang progresif, yaitu diantaranya:

*Kesatu*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 terkait dengan adanya pengakuan terhadap kedudukan hukum bagi anak luar kawin, atas permohonan pengujian Undang-Undang Perkawinan oleh Hj. Aisyah Mochtar alias Machica Mochtar.

Pada hari Senin tanggal, 17 Pebruari 2012 telah membuat putusan yang mengejutkan banyak pihak, yakni dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 terkait dengan adanya pengakuan terhadap kedudukan hukum bagi anak luar kawin, yang amar lengkapnya berbunyi sebagai berikut:

Mengadili, Menyatakan:

1. Mengabulkan permohonan para pemohon untuk sebagian;
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 diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya", bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 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;

3. 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 diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya", tidak memiliki

<sup>54</sup> Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm 48

<sup>55</sup> Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, *op.cit.*, hlm 63.

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 diluar perkawinan mempunyai 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",

4. Menolak permohonan para pemohon untuk selain dan selebihnya;
5. Memerintahkan untuk memuat putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya<sup>56</sup>.

Kedua, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-XI/2013, Tanggal 6 Maret 2014 perihal uji materiil ketentuan permohonan peninjauan kembali (PK) sebagaimana diatur dalam Pasal 268 ayat (3) KUHAP terhadap UUD 1945 oleh Antasari Azhar, S.H., M.H. (Pemohon I), Ida Laksmiawaty S.H. (Pemohon II), dan Ajeng Oktarifka Antasari Putri (Pemohon III)

Upaya hukum PK untuk perkara pidana mempunyai dasar hukum yang kuat setelah diberlakukannya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981, yang kemudian dikenal dengan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana disingkat KUHAP, yang sekaligus mencabut Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1980, yang secara limitatif diatur dalam Bab XVIII Bagian Kedua Pasal 263 sampai Pasal 269 KUHAP.

Antasari Azhar, S.H., M.H. (Pemohon I), Ida Laksmiawaty S.H. (Pemohon II), dan Ajeng Oktarifka Antasari Putri (Pemohon III) telah mengajukan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu terkait ketentuan Pasal 268 ayat (3) KUHAP, yang mengatur upaya hukum PK.

Antasari Azhar menguji Pasal 268 ayat (3) KUHAP karena merasa dirugikan hak konstitusionalnya terkait ketentuan yang menutup ruang mengajukan PK lebih dari sekali untuk mencapai keadilan yang dia harapkan. Dia berdalih jika suatu perkara yang telah diajukan PK kemudian ditemukan bukti baru (*novum*) kasusnya terkatung-katung dalam proses penyelidikan atau penyidikan.

Mahkamah Konstitusi (MK) dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-XI/2013, Tanggal 6 Maret 2014 mengabulkan permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, adalah 1. Antasari Azhar, S.H., M.H. (Pemohon I), 2. Ida Laksmiawaty S.H. (Pemohon II), dan Ajeng Oktarifka Antasari Putri (Pemohon III),

Amar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-XI/2013, Tanggal 6 Maret 2014, adalah sebagai berikut:

1. Mengabulkan permohonan para Pemohon:
  - 1.1. Pasal 268 ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
  - 1.2. Pasal 268 ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
2. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;

Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-XI/2013, Tanggal 6 Maret 2014, maka Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa PK bisa berkali-kali. Putusan MK ini

<sup>56</sup> I Nyoman Sujana, *Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin dalam Perspektif Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010*, Aswaja Pressindo, Sleman, Yogyakarta, 2015, hlm 6-7.

untuk memenuhi permohonan Antasari Azhar. Dalam pasal 268 ayat (3) KUHAP menyatakan PK hanya bisa diajukan satu kali. Pasal ini menghalangi Antasari yang diganjar 18 tahun penjara dalam kasus pembunuhan Nazaruddin Zulkarnaen untuk kembali mengajukan PK<sup>57</sup>.

Mahkamah Konstitusi (MK) resmi menyatakan bahwa ketentuan peninjauan kembali (PK) perkara pidana hanya boleh satu kali sebagai inkonstitusional. Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan mantan Ketua Komisi Pemberantasan Korupsi Antasari Azhar yang menguji Pasal 268 ayat 3 UU KUHAP yang membatasi permohonan peninjauan kembali hanya satu kali.

Mahkamah Konstitusi menyatakan, Pasal 268 ayat (3) KUHAP yang memuat ketentuan pengajuan PK hanya satu kali bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangannya berpendapat bahwa keadilan tidak dibatasi oleh waktu dan hanya boleh sekali karena dimungkinkan ditemukan keadaan baru (*novum*) yang saat PK pertama kali atau sebelumnya belum ditemukan. Oleh karena itu, pengadilan yang seharusnya melindungi hak asasi manusia (HAM) tidak membatasi PK hanya sekali. Dengan membatasi PK, pengadilan telah menutup proses pencarian keadilan dan kebenaran.

Dalam perkembangannya, pada tanggal 31 Desember 2014, Mahkamah Agung (MA) mengeluarkan Surat Edaran Nomor 7 Tahun 2014 yang membatasi pengajuan PK hanya satu kali. Dalam surat edaran tersebut, Ketua MA Hatta Ali meminta Ketua Pengadilan Tinggi dan Pengadilan di seluruh Indonesia untuk tidak mengirimkan berkas pengajuan PK kedua kalinya ke MA. Namun MA masih membolehkan pengajuan PK kepada pelaku tindak pidana maupun perdata jika putusan PK pertama yang telah diajukan bertentangan dengan putusan pengadilan sebelumnya. Peraturan tersebut termaktub dalam Surat

Edaran Mahkamah Agung Nomor 10 Tahun 2009.

Dengan demikian, terdapat 2 (dua) pendapat yang berbeda seputar pengajuan PK, yaitu MK berpendapat bahwa PK dapat diajukan lebih dari 1 (satu) kali, sementara MA berpendapat bahwa PK hanya dapat diajukan 1 (satu) kali.

MA pemegang kekuasaan kehakiman bersama-sama dengan MK adalah mahkamah pemberi keadilan yang bebas dari pengaruh cabang-cabang kekuasaan lainnya. Namun demikian, perlu diingat bahwa putusan MK bersifat "*Erga Omnes*" (berlaku untuk semua) yaitu harus ditaati oleh semua orang, sedangkan putusan MA bersifat "*Inter Partes*" yang hanya mengikat pihak yang berperkara saja. Dalam hal ini bukan putusan MA namun Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA).

Ketiga, Putusan Mahkamah Konstitusi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2013, Tanggal 28 April 2015, perihal pengujian konstitusionalitas Pasal 1 angka 2, Pasal 1 angka 14, Pasal 17, Pasal 21 ayat (1) dan dan Pasal 156 ayat (2) KUHAP, dan Pasal 77 huruf a KUHAP adalah terkait perkara praperadilan.

Berkenaan dengan Praperadilan tersebut, dapat dikemukakan sebagai berikut.

H.M.A. Kuffal berpendapat bahwa:

Praperadilan adalah lembaga baru yang lahir bersamaan dengan kelahirannya Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana atau disingkat KUHAP (UU No. 8 Tahun 1981). Praperadilan bukan lembaga peradilan yang mandiri atau berdiri sendiri terlepas dari pengadilan negeri, karena dari perumusan Pasal 1 butir 10 jo Pasal 77 KUHAP dapat diketahui bahwa Praperadilan hanyalah wewenang tambahan yang diberikan kepada Pengadilan Negeri (hanya pengadilan negeri)<sup>58</sup>.

Andi Sofyan dan Abd. Asis mengemukakan bahwa:

Setelah KUHAP diundangkan pada 31 Desember 1981 sebagai Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, maka telah melahirkan suatu lembaga baru, yaitu "praperadilan" yang belum pernah diatur

<sup>57</sup> Moksa Hutasoit – detikNews, "Pasca Putusan MK, Antasari Minta Yusril Ajukan PK Ulang", <http://news.detik.com/read/2014/03/07/171136/2519072/10/pasca-putusan-mk-antasari-minta-yusril-ajukan-pk-ulang?nd771104bcj>, diakses: 10-2-2018.

<sup>58</sup> H.M.A. Kuffal, *Penerapan KUHAP dalam Praktik Hukum*, UMM Press, Malang, 2005, hlm 271.



sebelumnya didalam hukum acara (*Inlands Reglement* diganti dengan sebutan *Herziene Inlandsch Reglement* disingkat HIR). Namun lembaga praperadilan ini dapat dipersamakan atau sebagai tiruan dengan lembaga hakim komisaris (*rechter commissaris*) di Negeri Belanda dan *judge d'Instruction* di Perancis, namun tugas praperadilan di Indonesia berbeda dengan hakim komisaris di Eropa itu, yaitu lebih luas daripada praperadilan di Indonesia.<sup>59</sup> Praperadilan menyangkut masalah yang sangat mendasar berkenaan dengan hak asasi manusia. Menurut Rusli Muhammad, praperadilan membawa perubahan dan memunculkan harapan baru akan adanya perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia<sup>60</sup>.

Praperadilan dalam KUHAP, pengertiannya dicantumkan dalam Pasal 1 angka 10 ditempatkan dalam Bab X, Bagian Kesatu, sebagai salah satu bagian ruang lingkup wewenang mengadili bagi pengadilan negeri.

Pasal 1 butir 10 KUHAP menyebutkan bahwa: Praperadilan adalah wewenang pengadilan negeri untuk memeriksa dan memutus menurut cara yang diatur dalam Undang-Undang ini, tentang:

- a. Sah atau tidaknya suatu penangkapan dan atau penahanan atas permintaan tersangka atau keluarganya atau pihak lain atas kuasa tersangka;
- b. Sah atau tidaknya penghentian penyidikan atau penghentian penuntutan atas permintaan demi tegaknya hukum dan keadilan;
- c. Permintaan ganti kerugian atau rehabilitasi oleh tersangka atau keluarganya atau pihak lain atas kuasanya yang perkaranya tidak diajukan ke pengadilan<sup>61</sup>.

Pasal 1 butir 10 KUHAP dipertegas lagi dalam Pasal 77 KUHAP yang menyebutkan bahwa: Pengadilan negeri berwenang untuk memeriksa dan memutus, sesuai dengan ketentuan yang

diatur dalam ketentuan undang-undang ini tentang:

- a. Sah atau tidaknya penangkapan, penahanan, penghentian penyidikan atau penghentian penuntutan.
- b. Ganti kerugian dan/atau rehabilitasi bagi seorang yang perkara pidananya dihentikan pada tingkat penyidikan atau penuntutan<sup>62</sup>.

Pasal 77 huruf (a) KUHAP mengatur kewenangan praperadilan hanya sebatas pada sah atau tidaknya penangkapan, penahanan, penghentian penyidikan atau penuntutan.

Berlainan dengan pemeriksaan di muka sidang pengadilan pada umumnya, praperadilan dilakukan oleh hakim tunggal. Adapun tentang kasus perkara gugatan praperadilan dalam tataran praktik peradilan saat ini merupakan hal yang sudah biasa, tetapi masalah praperadilan ini menarik perhatian, menghebohkan dan menimbulkan pro dan kontra di kalangan praktisi hukum adalah ketika kasus hakim Hakim Sarpin Rizaldi di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan menerima gugatan praperadilan yang diajukan oleh calon Kapolri Komisaris Jenderal Budi Gunawan terhadap Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK). "Pengadilan Negeri memutuskan menerima gugatan pemohon sebagian dan menolaknya sebagian," kata Hakim Sarpin Rizaldi sambil mengetuk palu sebanyak tiga kali dalam sidang hari Senin (16/02/15)<sup>63</sup>.

Hakim memutuskan bahwa penetapan tersangka Budi Gunawan oleh KPK tidak sah secara hukum. Hakim antara lain menganggap, KPK tidak punya kewenangan untuk mengusut kasus yang menjerat Budi Gunawan, karena ketika itu tersangka tidak termasuk sebagai penyelenggara negara. Sarpin mengatakan bahwa berdasarkan itu, maka penyidikan KPK terhadap Budi Gunawan tidak sah dan tidak berdasarkan hukum<sup>64</sup>. KPK harus mencabut status tersangka terhadap Budi Gunawan, dan menghentikan

<sup>59</sup> Andi Sofyan dan Abd. Asis, *Hukum Acara Pidana Suatu Pengantar*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2014, hlm 185.

<sup>60</sup> Rusli Muhammad, *Hukum Acara Pidana Kontemporer*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm 91.

<sup>61</sup> Tim Penyusun Pustaka Yustisia, *KUHPer, KUHP, dan KUHAP*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2008, hlm 644.

<sup>62</sup> Tim Penyusun Pustaka Yustisia, *ibid*, hlm 667.

<sup>63</sup> DW.com, "Pengadilan Jakarta Batalkan Status Tersangka Calon Kapolri Budi Gunawan", <http://www.dw.com/id/pengadilan-jakarta-batalkan-status-tersangka-calon-kapolri-budi-gunawan/a-18260113>, diakses: 10-2-2018.

<sup>64</sup> *Ibid*.

seluruh penyidikan terkait dugaan rekening gendut Budi Gunawan.

KPK menetapkan Budi sebagai tersangka dalam kasus dugaan korupsi ketika ia menjabat sebagai Kepala Biro Pembinaan Karir (Karobinkar) dan Deputy Sumber Daya Manusia Polri periode 2003-2006. Sebelumnya, Budi Gunawan sempat disorot media karena diduga memiliki rekening tak wajar atau yang sering disebut "rekening gendut"<sup>65</sup>.

Putusan Hakim Sarpin Rizaldi yang memenangkan gugatan praperadilan Komisaris Jenderal Budi Gunawan rupanya menimbulkan efek domino. Beberapa tersangka kasus dugaan korupsi mengikuti jejak Budi Gunawan, yaitu membawa kasusnya ke ranah praperadilan, seperti diantaranya Mantan Menteri Agama, Suryadharma Ali, mengajukan praperadilan atas status tersangkanya dalam kasus dugaan penyelewengan penyelenggaraan haji 2010-2013, Sutan Bhatoegana memutuskan untuk mengajukan permohonan praperadilan terkait kasus dugaan tindak pidana suap penerimaan gratifikasi dalam penetapan APBNP Kementerian ESDM di Komisi VII DPR yang menjeratnya dan lain-lain<sup>66</sup>.

Berkaitan dengan ketentuan yang mengatur praperadilan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 77 KUHAP oleh General Manager Sumatera Light South PT Chevron Pacific Indonesia Bachtiar Abdul Fatah, yang divonis 2 tahun penjara pada Oktober 2013 karena bersalah dalam proyek normalisasi lahan tercemar minyak atau bioremediasi di Riau melalui kuasa hukumnya diajukan permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 kepada Mahkamah Konstitusi pada 17 Februari 2014. Salah satu dalil yang masuk ke dalam pengujian tersebut adalah Pasal 77 huruf (a) KUHAP mengenai kewenangan praperadilan.

Pada Selasa (28/4-2015), Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor

21/PUU-XII/2014 mengabulkan sebagian permohonan yang diajukan terpidana kasus bio remediasi Chevron Bachtiar Abdul Fatah terhadap Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) sehingga mengubah ketentuan Pasal 77 KUHAP tentang obyek praperadilan. Mahkamah menambah penetapan tersangka, pengeledahan, dan penyitaan termasuk sebagai objek praperadilan.

Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 tersebut menyatakan bahwa pasal yang dimohonkan Bachtiar Abdul Fatah, yakni Pasal 1 angka 14, Pasal 17, dan Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP inkonstitusional terhadap Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945 karena mengabaikan prinsip hak atas kepastian hukum yang adil. Artinya, jika di dalam Pasal 77 huruf (a) KUHAP awalnya mengatur kewenangan praperadilan hanya sebatas pada sah atau tidaknya penangkapan, penahanan, penghentian penyidikan atau penuntutan, maka melalui putusan ini MK memperluas ranah objek praperadilan yaitu selain sah atau tidaknya penangkapan, penahanan, penghentian penyidikan atau penuntutan, juga "penetapan tersangka, pengeledahan, dan penyitaan" termasuk sebagai objek praperadilan.

Mahkamah Konstitusi dalam salah satu amar putusan Nomor 21/PUU-XII/2013, Tanggal 28 April 2015, point 1.3 menyatakan bahwa<sup>67</sup>:

Pasal 77 huruf a Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981, Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai termasuk penetapan tersangka, pengeledahan, dan penyitaan;

Mahkamah Konstitusi dalam amar putusan Nomor 21/PUU-XII/2013, Tanggal 28 April 2015 berikutnya pada point 1.4 menyatakan bahwa<sup>68</sup>:

<sup>65</sup> *Ibid*.

<sup>66</sup> Kompasiana, "Cegah Sarpin Efek, KPK Usut Skandal Pajak BCA", [http://www.kompasiana.com/bagjasiregar/cegah-sarpin-efek-kpk-usut-skandal-pajak-bca\\_54f8b5baa33311ce098b488d](http://www.kompasiana.com/bagjasiregar/cegah-sarpin-efek-kpk-usut-skandal-pajak-bca_54f8b5baa33311ce098b488d), diakses : 10-2-2018.

<sup>67</sup> Mahkamah Kontitusi, "Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2013, Tanggal 28 April 2015", [http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan/21\\_PUU-XII\\_2014.pdf](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan/21_PUU-XII_2014.pdf), diakses : 10-2-2018.

<sup>68</sup> Mahkamah Kontitusi, *ibid*.

Pasal 77 huruf a Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981, Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai termasuk penetapan tersangka, penggeledahan, dan penyitaan; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2013, Tanggal 28 April 2015 tersebut lahir berawal dari permohonan uji materi Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana yang diajukan oleh salah seorang Karyawan PT. Chevron Pasific Indonesia yang bernama Bachtiar Abdul Fatah melalui kuasa hukumnya: Dr. Maqdir Ismail, S.H., LL.M., dkk mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana Pada tanggal 17 Februari 2014 yang diregistrasi dengan nomor 21/PUU-XII/2014 pada tanggal 26 Februari 2014. Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor: 21/PUU-XII/2014 menyatakan “Pasal 77 huruf (a) Undang-Undang (UU) Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana bertentangan dengan UUD NRI 1954 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*) sepanjang tidak dimaknai mencakup sah atau tidaknya penetapan tersangka...” Putusan Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor: 21/PUU-XII/2014 itu menjadi jawaban final dari polemik putusan hakim Sarpin Rizaldi. Sebelumnya, pada 16 Februari lalu, di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan, Hakim Sarpin mengabulkan permohonan praperadilan yang diajukan Budi Gunawan (calon Kapolri) terkait penetapan dirinya sebagai tersangka oleh KPK.

Berkenaan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016, yang mana Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia sebagaimana telah dikemukakan bahwa:

Permohonan para Pemohon, sebagaimana secara tegas termuat dalam Petitum Permohonannya, pada intinya adalah meminta Mahkamah untuk memperluas cakupan atau ruang lingkup, bahkan mengubah, jenis-jenis perbuatan yang dapat dipidana dalam pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian

karena, menurut para Pemohon, sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat, sementara jika menunggu proses legislasi yang sedang berlangsung saat ini tidak dapat dipastikan kapan akan berakhir. Dengan kata lain, para Pemohon meminta Mahkamah untuk melakukan kebijakan pidana (*criminal policy*) dalam pengertian merumuskan perbuatan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan pidana (*delict*), yaitu:

- a. Zina, sebagaimana diatur dalam Pasal 284 KUHP, akan menjadi mencakup seluruh perbuatan persetubuhan antara laki-laki dan perempuan yang tidak terikat dalam suatu ikatan perkawinan yang sah;
- b. Pemerkosaan, sebagaimana diatur dalam Pasal 285 KUHP, akan menjadi mencakup semua kekerasan atau ancaman kekerasan untuk bersetubuh, baik yang dilakukan oleh laki-laki terhadap perempuan maupun yang dilakukan oleh perempuan terhadap laki-laki;
- c. Perbuatan cabul, sebagaimana diatur dalam Pasal 292 KUHP, akan menjadi mencakup setiap perbuatan cabul oleh setiap orang dengan orang dari jenis kelamin yang sama, bukan hanya terhadap anak di bawah umur;
- d. Dengan demikian, apabila ditelaah lebih jauh berarti para Pemohon memohon agar Mahkamah bukan lagi sekadar memperluas ruang lingkup perbuatan atau tindakan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan pidana atau tindak pidana tetapi juga mengubah sejumlah hal pokok atau prinsip dalam hukum pidana, bahkan merumuskan tindak pidana baru. Sebab, dengan permohonan demikian secara implisit Pemohon memohon agar Mahkamah mengubah rumusan delik yang terdapat dalam pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian sehingga dengan sendirinya bukan hanya akan mengubah kualifikasi perbuatan yang dapat dipidana tetapi juga kualifikasi subjek atau orang yang dapat diancam pidana karena melakukan perbuatan tersebut. Hal itu lebih jauh juga berarti akan mengubah konsep-konsep mendasar yang berkenaan dengan suatu perbuatan pidana atau tindak pidana,

sebagaimana diatur dalam Pasal 284 KUHP, Pasal 285 KUHP, dan Pasal 292 KUHP. Yang oleh para Pemohon dimohonkan agar: 284 KUHP, Pasal 285 KUHP, dan Pasal 292 KUHP dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, yang artinya dihapuskan.

Setelah melalui beberapa kali proses persidangan, Mahkamah Konstitusi (MK) akhirnya mengeluarkan Putusan Nomor 46/PUU-XIV/2016 pada 14 Desember mengenai permohonan untuk memperluas delik-delik kesusilaan di dalam KUHP terkait dengan perzinahan (Pasal 284 KUHP), pemerkosaan (Pasal 285 KUHP), dan perbuatan cabul (Pasal 292 KUHP). Dalam amar putusannya, MK menolak permohonan untuk seluruhnya. Putusan ini berakhir dengan adanya perbedaan pendapat di kalangan hakim konstitusi. Empat dari sembilan hakim konstitusi menyampaikan pendapat berbeda (*dissenting opinions*).

Tulisan ini tidak lagi mengulas mengenai kesalahpahaman sebagian masyarakat dalam membaca putusan tersebut, karena telah dibahas sebelumnya oleh penulis dalam berbagai media massa yang berbeda. Peneliti dalam penulisan ini, dalam kaitannya dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016 hanya akan menyoroti, membahas dan menganalisis tentang pertimbangan hukumnya yang menyatakan bahwa:

Bahwa dengan seluruh pertimbangan di atas bukanlah berarti Mahkamah menolak gagasan “pembaruan” para Pemohon sebagaimana tercermin dalam dalil-dalil permohonannya. Bukan pula berarti Mahkamah berpendapat bahwa norma hukum pidana yang ada dalam KUHP, khususnya yang dimohonkan pengujian dalam Permohonan a quo, sudah lengkap. Mahkamah hanya menyatakan bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan pengujian dalam permohonan a quo tidak bertentangan dengan UUD 1945. Perihal perlu atau tidaknya dilengkapi, hal itu sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk undang-undang melalui kebijakan pidana (*criminal policy*)-nya yang merupakan bagian dari politik hukum pidana. Oleh karena itu, gagasan pembaruan yang ditawarkan para Pemohon seharusnya diajukan kepada pembentuk

undang-undang dan hal tersebut seharusnya menjadi masukan penting bagi pembentuk undang-undang dalam proses penyelesaian perumusan KUHP yang baru.

Peneliti, setelah membaca Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016 secara menyeluruh, sebetulnya semua hakim konstitusi secara substansi menyetujui perlunya pembaharuan delik perzinahan maupun LGBT. Kelima hakim konstitusi yang menolak perluasan pasal-pasal perzinahan dan LGBT melalui MK, sebenarnya bukan menolak substansi bahwa perzinahan seperti kumpul kebo dan LGBT tidak dapat dipidana tapi mereka membatasi dirinya untuk tak membuat hukum baru dalam KUHP yang saat ini masih berlaku. Mereka menganggap MK bukan tempat yang tepat untuk itu, dan melimpahkannya kepada DPR dan pemerintah sebagai pembuat undang-undang. Ada inkonsistensi dari lima hakim konstitusi tersebut, seolah-olah membatasi diri dengan konsep *judicial restraint*, dan tidak mau membuat hukum baru dalam bentuk penafsiran karena MK berposisi sebagai *negative legislator*.

Peneliti, berpendapat bahwa tindakan yang dapat dikriminalisasi dalam KUHP, yang dalam hal ini pasal-pasal berkaitan dengan perzinahan dan kesusilaan, khususnya LGBT, adalah tanggung jawab bersama sebagai upaya menjaga Pancasila, dan nilai-nilainya harus menjadi dasar dalam peraturan perundang-undangan Indonesia.

Secara eksplisit terbaca dalam Putusan MK, perbedaan tersebut disebabkan adanya penggunaan pendekatan yang berbeda untuk menjawab isu konstusionalitas yang dipersoalkan. Mayoritas hakim berpegang pada pendekatan “pembatasan yudisial” (*judicial restraint*), sedangkan para hakim lainnya menggunakan pendekatan “aktivisme yudisial” (*judicial activism*)<sup>69</sup>.

Teori mengenai pembatasan yudisial (*judicial restraint*) pertama kali diperkenalkan oleh James B. Thayer dalam tulisannya “*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*” (1893). Teori ini menggunakan pendekatan

<sup>69</sup> Pan Mohamad Faiz, Peneliti Mahkamah Konstitusi, “Judicial Restraint vs Judicial Activism”, *Majalah Konstitusi*, Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia, Jakarta, Nomor 130-Desember 2017, hlm 8.

dengan menempatkan pengadilan agar membatasi atau menahan diri dalam membuat kebijakan yang menjadi ranah kewenangan legislator, eksekutif, dan pembentuk peraturan perundang-undangan lainnya)<sup>70</sup>.

Richard A. Posner (2012) membagi pendekatan ini ke dalam tiga kategori. Pertama, legalism atau formalism sebagai suatu pendekatan bahwa hakim hanya menjalankan hukum dan tidak untuk membuatnya. Kedua, modesty, institutional competence, atau process *jurisprudence* yang menempatkan hakim untuk menghormati dan tidak memasuki ranah kewenangan legislatif atau eksekutif dalam membuat keputusan atau kebijakan. Ketiga, constitutional restraint yang menempatkan hakim untuk sangat enggan menyatakan inkonstitusional dari suatu keputusan atau tindakan eksekutif maupun legislatif<sup>71</sup>.

Pendekatan terhadap teori ini menuntut agar pengadilan dan para hakimnya memahami batasan-batasan atas kewenangan dan kemampuannya, sehingga mampu menahan diri untuk tidak mengadili atau membuat kebijakan yang bukan menjadi ranah kewenangannya. Dalam proses adjudikasi konstitusional, judicial restraint lebih pada tingkatan atau derajat yang perlu dipahami oleh para hakim mengenai kapan dan sejauh mana mereka harus mengadili keputusan atau kebijakan dari lembaga legislatif dan eksekutif dalam keadaan yang tepat<sup>72</sup>.

Aileen Kavanagh (2009) memberikan empat alasan dan kondisi untuk menggunakan pendekatan judicial restraint ini. Pertama, keterbatasan keahlian peradilannya untuk memutus sesuatu yang sangat kompleks dan tidak dapat memprediksi konsekuensi-konsekuensi lain yang akan muncul dari putusannya. Kedua, sifat inkremental dari putusan pengadilan dengan menyadari bahwa reformasi atau pertimbangan parsial justru bisa membawa resiko yang kontraproduktif sehingga akan gagal mencapai harapan atau maksud yang ingin dituju<sup>73</sup>.

Ketiga, adanya legitimasi demokratis dan akuntabilitas lembaga pengadilan yang lebih rendah dibandingkan dengan legislator dan eksekutif dalam membuat suatu putusan atau

kebijakan. Keempat, menjaga reputasi dan memberikan kepercayaan publik terhadap pengadilan sebagai pemutus yang adil sehingga keputusannya dihormati, baik oleh parlemen, eksekutif, dan masyarakat luas<sup>74</sup>.

Selanjutnya, pendekatan yang berlawanan dengan pembatasan yudisial (*judicial restraint*) adalah aktivisme yudisial (*judicial activism*). Arthur Schlesinger adalah cendekiawan pertama yang memperkenalkan istilah ini dalam majalah Fortune (1947). Brian Galligan (1991) memberikan definisi terhadap aktivisme yudisial sebagai pendekatan hakim dan pengadilan untuk mengontrol atau memengaruhi institusi politik dan administratif, baik di legislatif maupun eksekutif, dalam membuat keputusan dan kebijakan<sup>75</sup>.

*Judicial activism* sebagai sebuah konsep sering dipahami negatif sebagai praktik penggunaan kekuasaan yudisial secara berlebihan oleh hakim. Namun demikian, konsep *judicial activism* ini sangat penting jika dikaitkan dengan posisi MK sebagai penyelenggara peradilannya konstitusional di Indonesia. Pemahaman mengenai konsep *judicial activism* ini perlu memperhatikan aspek kontekstualnya bahwa sesungguhnya praktik pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang tidak selalu mengundang badan yudisial untuk mempraktikkan pendekatan aktivisme yudisial<sup>76</sup>.

Dengan pengertian tersebut, secara kontekstual, *judicial activism* hanya sekadar pilihan mengenai strategi yang tersedia bagi hakim dalam menyelenggarakan peradilannya, khususnya peradilannya konstitusional untuk menguji konstitusionalitas undang-undang. Pilihan dalam penggunaan strategi tersebut tidaklah netral. Di sinilah timbul sebuah kebutuhan dalam rangka mengkonstruksikan konsep *judicial activism* sebagai sebuah konsep yang *legitimate* secara yuridis, tidak hanya politis<sup>77</sup>.

Dalam hal ini, para hakim cenderung memposisikan dirinya sebagai hakim yang berhak

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> Pan Mohamad Faiz, *ibid*.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Suwarso Abadi, "Ultra Petita dalam Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi", Jurnal Konstitusi, Volume 12 Noor 3, September 2015, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, 2015, hlm 588.

<sup>77</sup> Ibid.

dan berwenang untuk memberikan pertimbangan terhadap kebijakan- kebijakan politik, sosial, dan ekonomi. Dalam membuat putusannya tersebut, kadangkala para hakim juga membuat aturan hukum (*judges making law*) berdasarkan pandangan-pandangan personalnya. Para hakim yang sering menggunakan pendekatan ini kemudian dikenal dengan istilah *activist judges*<sup>78</sup>.

Sama halnya dengan *judicial restraint*, parameter untuk menentukan batas-batas *judicial activism* juga tidak tegas. Oleh karenanya, William P. Marshall dalam tulisannya "*Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*" (2002) mengatakan bahwa ketidaktepatan dalam menggunakan *judicial activism* dapat merendahkan atau merusak sistem demokrasi perwakilan melalui otokrasi yudisial. Namun dalam realitanya, aktivisme yudisial ini kadangkala ditempuh justru untuk melindungi hak asasi manusia atau prinsip-prinsip demokrasi<sup>79</sup>.

Dalam konteks ini, Christopher G. Buck (1983) memberi penekanan bahwa *judicial activism* harus dilandasi pada prinsip hukum, sehingga tidak bisa dilepas hanya berdasarkan diskresi pengadilan semata. Menurutnya, terdapat prinsip-prinsip dari "*virtue jurisprudence*" yang dapat dijadikan justifikasi ketika hakim menggunakan pendekatan *judicial activism*. Penulis menyarikannya ke dalam empat prinsip, sebagai berikut.

*Pertama*, untuk melindungi hak dan kebebasan warga negara, baik yang tersurat maupun tersirat di dalam konstitusi. *Kedua*, untuk memberikan perlindungan maksimal kepada kelompok minoritas atau rentan yang memperoleh dampak negatif dari proses keputusan yang sekadar didasarkan pada pertimbangan mayoritas. *Ketiga*, untuk memulihkan dan melindungi hak-hak konstitusional warga negara yang dilanggar, baik yang bersifat individual maupun kelompok. Keempat, untuk menyesuaikan perkembangan keadilan global dengan menggunakan perbandingan dan hukum internasional<sup>80</sup>.

Putusan Nomor 46/PUU-XIV/2016 ini memang sangat layak untuk dikaji secara mendalam. Sebab, baik pertimbangan hukum Putusan MK yang

disusun dari pendapat mayoritas hakim maupun pendapat berbeda yang disampaikan hakim lainnya, sama-sama memiliki argumentasi yang memadai. Apabila dihubungkan dengan teori di atas, pendapat mayoritas hakim yang menggunakan pendekatan *judicial restraint* dapat dikategorikan dalam *modesty* atau *institutional competence*. Hal ini dapat dilihat dari pertimbangan hukum yang diuraikan bahwa perluasan delik pidana atau kriminalisasi merupakan bentuk pembatasan hak dan perampasan kebebasan warga negara. Sehingga, MK menilai hal tersebut merupakan kewenangan eksklusif pembentuk undang-undang. Hukum pidana yang memiliki sanksi keras sejatinya datang dari persetujuan rakyat, sedangkan MK memposisikan diri sebagai penguji sejauhmana pembatasan dan perampasan tersebut telah melampaui batasan yang ditentukan oleh Konstitusi.

MK selama ini memang seringkali melakukan perluasan norma terhadap suatu ketentuan, baik di ranah pidana maupun non-pidana. Namun, hal tersebut tidak dilakukan untuk memperluas delik pidana atau kriminalisasi. Umumnya, permohonan yang diajukan dalam ranah pidana berupa dekriminalisasi suatu ketentuan pidana. Perluasan norma yang dilakukan MK terhadap hal tersebut ditujukan untuk melindungi atau mengembalikan hak dan kebebasan konstitusional, bukan sebaliknya membatasi hak dan kebebasan warga negara.

Dari putusan Nomor 46/PUU-XIV/2016 ini, dapat ditarik benang merah bahwa salah satu parameter MK untuk tidak memperluas norma dalam konteks *judicial restraint* adalah tidak memperluas norma pidana atau kriminalisasi serta tidak membuat delik pidana baru. Namun demikian, bagi para *dissenters*, MK seharusnya tidak mengambil sikap membatasi diri dengan menggunakan pendekatan *judicial restraint*.

Dalam perkara ini, mereka melihat bahwa norma di dalam KUHP yang mereduksi atau bertentangan dengan nilai agama dapat diperluas. Sebab, perluasan yang dilakukan tersebut sejatinya merupakan *mala in se* sebagai perbuatan yang merupakan kejahatan secara natural, dan bukan *mala prohibita* sebagai perbuatan yang merupakan kejahatan karena diatur oleh hukum positif atau undang-undang. Sehingga, mereka

<sup>78</sup> Pan Mohamad Faiz, *op.cit.*, hlm 8-9.

<sup>79</sup> *Ibid*, hlm 9.

<sup>80</sup> Pan Mohamad Faiz, *ibid*, hlm 8-9.

berpandangan bahwa aspek persetujuan dari perwakilan rakyat (DPR) bukanlah menjadi aspek yang sangat diperlukan. Pendekatan *judicial activism* dalam perkara ini diambil dengan bersandar dari moral *reading of the Constitution*, nilai agama, dan *living law* masyarakat. Artinya, parameter *judicial activism* yang digunakan lebih luas dari *virtue jurisprudence* sebagaimana diuraikan di atas.

Terlepas dari hasil putusan *a quo*, perdebatan dan diskusi mengenai teori dan pendekatan para hakim konstitusi dalam mengambil suatu putusan, dengan menggunakan *judicial restraint* ataupun *judicial activism*, kini MK memasuki babak baru. Secara bertahap, MK mulai membangun parameter dan kriteria untuk pendekatannya masing-masing. Tantangan MK ke depan kini terletak pada konsistensi dalam menggunakan kedua pendekatan tersebut ketika hendak memutus suatu perkara. Kalau pun ternyata "terpaksa" berubah di kemudian hari, argumentasi hukum dan justifikasinya haruslah benar-benar kuat. Jika tidak, putusan MK akan dapat berkurang nilai legitimasinya.

Berdasarkan pembahasan dan analisis tersebut di atas, dengan adanya inkonsistensi dari lima hakim konstitusi tersebut, seolah-olah membatasi diri dengan konsep *judicial restraint*, dan tidak mau untuk melakukan penemuan hukum atau membuat hukum baru dalam bentuk penafsiran karena MK berposisi sebagai *negative legislator*, maka dengan demikian Pasal 10 ayat (1) Jo Pasal 5 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang mewajibkan hakim untuk menemukan hukum dikaitkan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016 belum diterapkan secara konsisten.

#### **B. Dampak Dari Penolakan Permohonan Pembaruan KUHP Berkenaan dengan Pengaturan Tindak Pidana Kesusilaan dalam Pasal 284 KUHP, Pasal 285 KUHP dan Pasal 292 KUHP Pasca Keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016, Tanggal 14 Desember 2017**

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XIV/2016 pada tanggal 14 Desember 2017 tersebut sudah pasti akan menimbulkan problem hukum tersendiri, yaitu terutama masalah

kontroversi seputar perubahan Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP itu berpangkal dari perbedaan pandangan di masyarakat soal kesusilaan dan posisinya di ranah publik. Harus diakui, pandangan publik soal ini masih terbelah.

Pada dasarnya negara Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas negara hukum Pancasila. Negara yang memiliki aturan tersendiri, dalam mewujudkan keselarasan, keserasian, dan keseimbangan pada tatanannya. Aturan-aturan tersebut selanjutnya dituangkan dalam Hukum Positif yang mengatur, mengikat, bahkan bisa memaksa. Upaya-upaya yang dilakukan oleh LGBT dalam mencapai tujuannya banyak yang menabrak peraturan perundang-undangan yang berlaku. Mereka hanya mengandalkan satu pemahaman tentang hukum saja. Alih-alih berdiri dalam basis argumentasi hak asasi, tetapi malah melupakan apa yang menjadi kewajibannya. Segala hak yang dimiliki oleh manusia telah dirumuskan melalui Peraturan Perundang-Undangan dengan membatasi hak tersebut agar tidak bertentangan dengan norma-norma sosial yang berlaku dimasyarakat.

Setiawan Budi Utomo mengemukakan bahwa: Pada hakikatnya LGBT adalah penyimpangan sosial yang dialami seseorang, dan bukan perbuatan jahat yang harus dipandang sebagai tindak pidana. Transeksual dapat diakibatkan faktor bawaan (hormon dan gen) dan faktor lingkungan. Faktor lingkungan diantaranya pendidikan yang salah pada masa kecil dengan membiarkan anak laki-laki berkembang dalam tingkah laku perempuan, pada masa pubertas dengan homoseksual yang kecewa dan trauma, trauma pergaulan seks dengan pacar, suami atau istri. Perlu dibedakan penyebab *transexual* kejiwaan dan bawaan. Pada kasus transeksual karena keseimbangan hormon yang menyimpang (bawaan), menyeimbangkan kondisi hormonal guna mendekatkan kecenderungan biologis jenis kelamin bisa dilakukan<sup>81</sup>.

Fenomena LGBT dapat pula menjadi permasalahan hukum apabila telah melanggar

<sup>81</sup> Setiawan Budi Utomo, "Fenomena Transgender dan Hukum Operasi Kelamin", Dakwatuna, <http://www.dakwatuna.com/2009/08/12/3427/fenomena-transgender-dan-hukum-operasi-kelamin>, diakses pada tanggal 23-12-2017.

norma hukum maupun kesusilaan, bahkan meresahkan masyarakat. Tindakan yang berhubungan dengan LGBT yang perlu dikriminalisasi (*necessary to be a crime*) ialah perbuatan cabul yang dilakukan oleh kaum *Lesbian, Gay*, maupun *Biseksual* tersebut, terlebih lagi apabila mengambil tindakan hukum untuk melakukan perkawinan yang sah menurut hukum yang berlaku di Indonesia. Terkait dengan *Transgender* sendiri, tindakan yang perlu dikriminalisasi adalah perubahan jenis kelamin yang tidak didasari dengan itikad baik dan dapat merugikan pihak lain sebagai anggota dari masyarakat, misalnya dengan maksud untuk melakukan penipuan maupun penyamaran, komersialisasi, atau perbuatan melawan hukum lainnya. Hal ini dikarenakan hukum pidana dipandang sebagai *social defence* untuk melindungi masyarakat terhadap kejahatan, dan sesuai dengan politik hukum pidana, tujuan pemidanaan harus diarahkan kepada perlindungan masyarakat dari kesejahteraan serta keseimbangan dan keselarasan hidup dalam masyarakat dengan memperhatikan kepentingan masyarakat atau negara, korban dan pelaku<sup>82</sup>.

Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah mengemukakan bahwa:

Kriminalisasi mungkin untuk diterapkan terhadap perbuatan-perbuatan tersebut, berdasarkan syarat atau kriteria kriminalisasi, yaitu sebagai berikut:

1. Perbuatan tersebut tidak disukai oleh masyarakat karena merugikan, atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban, hal ini dapat dilihat dari reaksi masyarakat yang memandang LGBT sebagai ketercelaan dan dapat merugikan atau mendatangkan korban. Dalam hal perbuatan cabul yang dilakukan terhadap sesama jenis dengan atau tanpa paksaan atau ancaman, bisa saja menimbulkan disorientasi seksual terhadap orang yang sebelumnya tidak memiliki kelainan (orientasi seksualnya normal), atau malah memperburuk keadaan seseorang yang sebelumnya memang memiliki kelainan orientasi seksual;

2. Biaya pembuatan aturan, pengawasan, dan penegakan hukum, serta bebanyang dipikul oleh korban dan pelaku harus seimbang dengan tertib hukum yang akan dicapai. Terkait fenomena LGBT ini akan lebih baik bagi masyarakat apabila segera diatur dalam hukum tertulis mengenai kriminalisasinya, sehingga terkait pengakuan atau larangan atas tindakan tertentu yang dilakukan oleh kaum LGBT tidak lagi menuai multitafsir yang relatif subjektif dari berbagai pihak, artinya dibuat untuk kepastian hukum dan kepentingan umum.
3. Dapat diemban atau diterapkan oleh aparat penegak hukum berdasarkan kemampuannya. Penerapan kriminalisasi ini agaknya tidak menimbulkan *overblasting* pada aparat penegak hukum, karena kriminalisasi LGBT ini juga tidak membutuhkan penanganan khusus seperti tindak pidana khusus korupsi, narkoba, atau lainnya, sehingga tidak harus menambah lembaga baru dalam penegakan hukumnya.
4. Perbuatan tersebut menghambat cita-cita Bangsa Indonesia sehingga menjadi bahaya bagi masyarakat. Perbuatan LGBT yang perlu untuk dikriminalisasi tersebut dinilai sebagai sebuah kejahatan bagi pemuliaan generasi. Perilaku tersebut secara jelas menghilangkan satu-satunya nilai kemanusiaan dari perilaku seksual yang dikaruniakan Tuhan Yang Maha Esa. Hal ini dikhawatirkan dapat berimbas kepada generasi berikutnya di Indonesia, apabila perbuatan tersebut tidak dikriminalisasi (sehingga mendapat ketetapan bahwa perbuatan tersebut dilarang dan tidak sesuai dengan hukum yang berlaku di Indonesia). Kriminalisasi perbuatan tersebut juga tidak menimbulkan *over* kriminalisasi, karena memang pada dasarnya perbuatan tersebut secara historis tidak sesuai dengan Norma kesusilaan dan Norma agama yang hidup dalam masyarakat<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Sholehuddin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm 58-59.

<sup>83</sup> Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana –Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm 42-43.



Pada dasarnya dalam konteks negara hukum Indonesia, kita harus menimbang segala perilaku bermasyarakat, bernegara, dan berbangsa dalam kacamata hukum. Artinya, antarwarga negara dapat saja berbeda pendapat dalam suatu hal. Bertalian dengan hal tersebut, pada kenyataannya kajian hukum tidak hanya tentang norma hukum positif tapi juga sejarah hukum dan politik hukum yang berada dalam taraf pembangunan hukum, penegakan hukum, dan pengawasan hukum. Hal ini diperpanjang dengan fakta adanya kekosongan hukum, interpretasi hukum, norma hukum yang kabur, saling tumpang tindih atau bahkan saling bertentangan. Sehingga, selalu ada ruang bagi gagasan atau perilaku apapun, baik yang tidak masuk akal sekalipun, untuk terus eksis di kancah kajian atau pendapat hukum.

Perilaku LGBT pada gilirannya akan mendorong hadirnya pemahaman yang menyimpang tentang seksualitas. Dikatakan menyimpang karena tidak dapat menyatukan antara keinginannya dengan prinsip-prinsip dasar kehidupan, sehingga terjadi gangguan keberfungsian sosial. Faktanya, tidak ada satu pun agama, nilai kemanusiaan, atau nilai kemanfaatan manapun yang membenarkan perilaku demikian.

Galena mengemukakan bahwa:

Kaum LGBT di Indonesia akan menghadapi tantangan hukum dan prasangka yang tidak dialami oleh penduduk non-LGBT. Adat istiadat tradisional kurang menyetujui homoseksualitas dan berlintas-busana, yang berdampak kepada kebijakan publik. Misalnya, pasangan sesama jenis di Indonesia, atau rumah tangga yang dikepalai oleh pasangan sesama jenis, dianggap tidak memenuhi syarat untuk mendapatkan perlindungan hukum yang lazim diberikan kepada pasangan lawan jenis yang menikah. Pentingnya di Indonesia untuk menjaga keselarasan dan tatanan sosial, mengarah kepada penekanan lebih penting atas kewajiban daripada hak pribadi, hal ini berarti bahwa hak asasi manusia beserta hak homoseksual sangat rapuh. Namun, komunitas LGBT di Indonesia telah terus menjadi lebih terlihat dan aktif secara politik<sup>84</sup>.

<sup>84</sup> Galena, "Apa bedanya dari lesbian, gay, biseksual, transgender, dan queer?", <https://www.galena.co.id/q/apa-bedanya-dari-lesbi-gay-biseksual-transgender-dan-queer>, diakses: 23-12-2017.

Galena mengemukakan bahwa:

Saat ini, hukum atau aturan yang terkait tentang keberadaan komunitas LGBT di Indonesia memiliki status yang belum jelas, karena meskipun sebagian besar masyarakat menganggap bahwa komunitas tersebut memiliki kebiasaan yang menyimpang dari budaya negara Indonesia, akan tetapi dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak ada anggapan bahwa perilaku seksual yang menyimpang seperti LGBT adalah termasuk tindakan kriminal selama kegiatan tersebut tidak melanggar peraturan-peraturan atau hukum lainnya yang lebih spesifik, yaitu seperti:

1. Perlindungan anak, artinya perilaku seks menyimpang seperti homoseksual tidak dianggap sebagai tindakan kriminal selama hal itu tidak melibatkan anak-anak maupun remaja yang masih di bawah umur.
2. Pornografi, yaitu selama dalam melakukan kegiatan tersebut tidak terdapat unsur perekaman dengan tujuan untuk menyebarluaskannya.
3. Kesusilaan, yaitu selama perbuatan tersebut dilakukan di tempat yang tertutup atau rahasia dan tidak dilakukan di tempat-tempat terbuka atau tempat-tempat umum, pemerkosaan, serta pelacuran.
4. Pelacuran, yaitu selama si pelaku tidak mengkomersialkan kegiatan yang ia lakukan tersebut.
5. Pemerkosaan, yaitu selama kegiatan tersebut dilakukan dengan tidak adanya unsur pemaksaan dari kedua belah pihak, artinya perbuatan tersebut dilakukan atas dasar suka sama suka<sup>85</sup>.

Galena selanjutnya mengemukakan bahwa:

Indonesia memiliki penganut agama Islam paling banyak di dunia dengan 87% dari warganya menyebut diri sebagai Muslim. Kebijakan keluarga dari pihak berwenang Indonesia, tekanan sosial untuk menikah dan agama berarti bahwa homoseksualitas pada umumnya tidak didukung. Baik muslim tradisional dan modernis, dan juga kelompok agama lainnya seperti Kristen, terutama Katolik

<sup>85</sup> Galena, *ibid*.

Roma umumnya menentang homoseksualitas. Banyak kelompok fundamentalis Islam seperti FPI (Front Pembela Islam) dan FBR (Forum Betawi Rempuk) secara terbuka memusuhi orang-orang LGBT dengan menyerang rumah atau tempat mereka bekerja dari orang-orang yang mereka yakini ancaman bagi nilai-nilai Islam<sup>86</sup>.

Galena mengemukakan bahwa:

Diskriminasi eksplisit dan homofobia kekerasan dilakukan terutama oleh para ekstremis religius, sementara diskriminasi halus dan marginalisasi terjadi dalam kehidupan sehari-hari antara teman-teman, keluarga, di tempat kerja atau sekolah. Orang-orang LGBT sering mengalami pelecehan, tetapi sulit untuk mendokumentasikannya karena korban menolak untuk memberikan pernyataan karena seksualitas mereka. Orang-orang LGBT sering ditangkap atau dituduh karena orientasi seksual mereka. Juga gay di penjara mengalami pelecehan seksual karena orientasi seksual mereka, dan sering tidak melaporkannya karena menjadi trauma dan takut dikirim kembali ke penjara dengan mengalami kekerasan lebih lanjut<sup>87</sup>.

Galena lebih lanjut mengemukakan bahwa:

Indonesia memang memiliki reputasi sebagai sebuah negara Muslim yang relatif moderat dan toleran, yang memang memiliki beberapa aplikasi untuk orang-orang LGBT. Ada beberapa orang LGBT di media dan pemerintah nasional telah memungkinkan komunitas LGBT terpisah ada, bahkan mengatur acara-acara publik. Namun, adat istiadat sosial Islam konservatif cenderung mendominasi dalam masyarakat yang lebih luas. Homoseksualitas dan cross-dressing tetap tabu dan orang-orang LGBT secara berkala menjadi sasaran hukum agama setempat atau kelompok main hakim sendiri oleh para fanatik. Di Jakarta, lesbian, gay, biseksual dan transgender secara hukum diberi label sebagai "Cacat" atau cacat mental dan karenanya tidak dilindungi oleh hukum. Sementara Indonesia telah memungkinkan hubungan seksual pribadi dan konsensus antara

orang-orang dari jenis kelamin yang sama sejak tahun 1993, memiliki usia yang lebih tinggi dari persetujuan untuk hubungan sesama jenis dari hubungan heteroseksual (17 untuk heteroseksual dan 18 untuk homoseksual)<sup>88</sup>.

Peneliti, sependapat dengan apa yang dikemukakan oleh beberapa tokoh yang mendukung atas permohonan para pemohon dalam Permohonan Pembaruan KUHP berkenaan dengan pengaturan tindak pidana kesusilaan dalam Pasal 284 KUHP, Pasal 285 KUHP dan Pasal 292 KUHP dalam Perkara Uji Materiil Nomor 46/PUU-XIV/2016, Tanggal 14 Desember 2017, yaitu sebagai berikut<sup>89</sup>:

Musni Umar Sosiolog dari Universitas: Ubah Watak Manusia Indonesia, yang mengemukakan bahwa:

Secara konstitusi seluruh bangsa Indonesia harus dilindungi perbuatan seks bebas yang merajalela dalam segala bentuk, baik zina, pemerkosaan, maupun pencabulan. Karena secara sosiologis memberi dampak negatif yang besar bagi masyarakat, tidak hanya merusak akhlak masyarakat, tetapi membahayakan dan mengancam keutuhan masyarakat dan bangsa Indonesia. Karena perbuatan zina, pemerkosaan, dan pencabulan merupakan kejahatan kemanusiaan yang harus disadari. Perbuatan semacam itu mengakibatkan manusia Indonesia berubah watak dan perilaku dari manusia yang sangat mulia dan sempurna menjadi manusia yang berperilaku binatang yang hidup tanpa norma, tanpa hukum, tanpa adat istiadat, budaya, dan agama.

Mudzakkir Guru Besar Hukum Pidana Universitas Islam Indonesia: Harus Harmonisasi dengan UUD 1945, yang mengemukakan bahwa:

Dalam KUHP, kebebasan seksual yang dilarang pemerkosaan. Sisi yang lain dilarang adalah di bawah usia dan sebagainya, tapi begitu masuk perbuatan seksual, ternyata KUHP tidak mengatur larangannya. Atas dasar itu, maka harus dikembalikan pada Republik Indonesia

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Galena, *ibid.*

<sup>89</sup> Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia, "Pro dan Kontra Pemohon", *Majalah Konstitusi*, Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia, Jakarta, Nomor 130-Desember 2017, hlm 19-20.

terkait landasan filsafat hukumnya. Dengan ada perubahan Undang-Undang Dasar 1945, maka Pasal 28B dapat menjadi dasar hukum bagi Pemerintah dan DPR untuk merumuskan kembali KUHP. Selain itu, karena sudah ada Undang-Undang Perkawinan, maka perlu diperkuat sistem hukum yang melindungi perkawinan. Harus ada norma hukum yang melindungi perkawinan, baik dalam bidang administrasi maupun dalam bidang hukum pidana sesuai dengan sistem hukum nasional Indonesia.

Adian Husaini Ketua Dewan Dakwah Islamiyah Indonesia: LGBT Bertentangan dengan Tujuan Pendidikan Nasional, yang mengemukakan bahwa: Tantangan moral dalam segi pendidikan tergolong berat. Sebab, banyak generasi muda yang terjerumus seks bebas I drtambah dengan fenomena lesbian, gay, biseksual, transgender (LGBT). Hal tersebut kontras dengan tujuan pendidikan i, yang terkandung dalam Undang-Undang Pendidikan Nasional maupun Undang-Undang Pendidikan Tinggi, yakni I membentuk manusia yang beriman, bertakwa, berakhlak mulia, sehat, berilmu, cakap, kreatif, dan mandiri. Ada praktik I homoseksual yang tengah mengarah pada usaha melegalkan perkawinan sejenis. Hal tersebut terlihat pada usaha-usaha yang sistematis dan masif untuk memasukkan LGBT ke dalam lembaga-lembaga strategis.

Neng Djubaedah Pakar Hukum Islam: Zina Bukan Hanya Terjadi pada Pasangan Menikah, yang mengemukakan bahwa:

Terdapat tiga sumber pembentukan hukum di Indonesia, yakni hukum adat, hukum agama, dan hukum barat. H Berdasarkan ketiga sumber hukum tersebut, tidak ada satu hukum pun yang melegalkan zina. Ketiga hukum itu pun tidak menyatakan zina hanya terjadi pada pasangan yang sudah menikah. Lebih lanjut, merujuk pada Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 serta Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang dibacakan pada 2012, status anak yang Ktahir di luar nikah sangat dirugikan.

Asrorun Ni'am Sholeh Mantan Ketua Komisi Perlindungan Anak Indonesia/KPAI Merugikan Hak Dasar Anak, yang mengemukakan bahwa:

Dari telaah yang dilakukan KPAI ditemukan bahwa Pasal 284 dan Pasal 292 KUHP merugikan hak dasar anak, hak atas kelangsungan hidup, hak untuk tumbuh dan juga hak untuk berkembang sesuai dengan harkat dan martabatnya, serta potensial membuka peluang terjadinya tindak kekerasan. Norma hukum terkait kejahatan seksual dalam peraturan perundangan-undangan harus senapas dengan Undang-Undang Dasar 1945 yang bermuara kepada kepentingan terbaik bagi anak dan menjamin hak anak untuk kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang sesuai harkat dan martabatnya. Karenanya Pasal 284 KUHP harus diharmonisasi dengan norma hukum dasar dalam Undang-Undang Dast 1945, khususnya Pasal 28B serta semangat reformasi hukum dalam legislasi pascaamendemen Undang-Undang Dasar 1945, seperti Undang-Undang Perlindungan Anak.

Hamid Chalid, Pakar Hukum Tata Negara Universitas Indonesia: Legalkan Zina Diam-diam, yang mengemukakan bahwa: Pasal 284 KUHP melarang zina ketika salah satu pihak atau keduanya sudah terikat pernikahan. Ini artinya jika ditafsirkan secara a contrario, maka zina jika dilakukan tidak dalam ikatan pernikahan, maka dia menjadi legal. Pasal 285 KUHP yang melarang pemerkosaan kepada wanita, maka secara a contrario, perkosaan terhadap laki-laki, tidak peduli dilakukan oleh laki-laki juga atau oleh perempuan, atau dilakukan bersama-sama adalah legal. Kemudian Pasal 292 melarang tindakan cabul sesama jenis antara orang dewasa kepada anak-anak, maka penafsiran a contrario, perbuatan cabul sesama jenis antar orang dewasa, legal. Perbuatan cabul sesama jenis antar anak-anak juga legal. Artinya perbuatan tersebut yang boleh dilakukan. Kesimpulannya Indonesia ternyata secara diam-diam telah melegalkan zina di luar pernikahan, perkosaan kepada laki-laki, dan juga percabulan sesama jenis antar orang'dewasa maupun antar anak-anak. Artinya KUHP telah demikian liberal.

Agung Sugiharto Pendiri Yayasan Peduli Sahabat: Menutup Celah Hukum, yang mengemukakan bahwa:

Dengan adanya permohonan dari Pemohon dalam Perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016 untuk

melakukan pengujian material atas pasal terkait perzinaan Pasal 284, pemerkosaan Pasal 285, dan homoseksual Pasal 292, Yayasan Peduli Sahabat (YPS) berkeyakinan inilah momentum yang sangat tepat untuk menutup celah-celah hukum yang masih menganga untuk melindungi warga negara Indonesia termasuk klien YPS. Bahwa para klien dari Peduli Sahabat dengan ketertarikan terhadap sesama jenis yang sedang dalam masa pendampingan merasa dirugikan atas implementasi Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), dan ayat (5), Pasal 285, dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Bahwa kerugian yang timbul akibat implementasi Pasal 28 dan sebagainya itu, banyaknya propaganda mengenai perilaku tindakan pencabulan sesama jenis melalui media sosial, seperti grup-grup rahasia di *Facebook*.

Para klien YPS dengan kecanduan pornografi yang sedang dalam masa pendampingan juga merasa dirugikan atf maraknya situs-situs perzinaan seperti pornografi yang mudah diakses oleh siapa pun, tidak memandang umur, latar belakang, pendidikan, maupun jenis kelamin. Klien YPS juga merasa banyak mendapatkan ancaman dari pihak LGBT karena mereka ingin keluar, tetapi juga tidak dibolehkan. Pihak YPS yang ingin tetap beridentitas heteroseksual benar-benar digempur oleh media dengan iklan-iklan mesum dan cabul dari kelompok LGBT yang tidak terbatas. Hal ini jelas tidak bisa diperkarakan karena nihil payung hukum urusan zina atau perbuatan cabul antar laki-laki dewasa.

Peneliti tidak spendapat dengan beberapa tokoh yang berpandangan lain dengan Pemohon atas permohonan para pemohon dalam Permohonan Pembaruan KUHP berkenaan dengan pengaturan tindak pidana kesusilaan dalam Pasal 284 KUHP, Pasal 285 KUHP dan Pasal 292 KUHP dalam Perkara Uji Materiil Nomor 46/PUU-XIV/2016, Tanggal 14 Desember 2017, yaitu sebagai berikut<sup>90</sup>:

Supriyadi Widodo Eddyono Kuasa Hukum /*Institute Of Criminal Justice Reform/ICJRI*, yang mengemukakan bahwa:

Jika permohonan para Pemohon dikabulkan, maka akan terjadi overkriminalisasi, yaitu kelebihan beban pidana atau banyaknya perbuatan pidana yang dikriminalkan dalam suatu negara, apabila permohonan para Pemohon dikabulkan MK. Selain itu, ia memandang apabila permohonan dikabulkan, negara akan masuk terlalu jauh untuk mengontrol hak privasi jwarga negara. Menurut Supriyadi, negara akan sangat mudah untuk mencampuradukkan persoalan yang bersifat private dengan persoalan-persoalan yang bersifat publik. Saat ini rancangan KUHP sedang dibahas di DPR. Hal yang dipersoalkan para Pemohon sesungguhnya sudah dibahas dan akan dibahas di DPR. Untuk itu, ICJR meminta Mahkamah Konstitusi untuk melihat konteks Pasal 28J ayat (2), pembatasan terhadap hak asasi manusia baiknya harus dilakukan dalam bentuk undang-undang. Konteks diatur dalam bentuk undang-undang tidak semata-mata dalam konteks undang-undang, tetapi karena bentuknya pidana karena dia bentuknya potensi pelanggaran hak asasi manusia, maka harus dibahas oleh wakil-wakil rakyat di atas meja parlemen yang didasarkan dalam konteks pembahasan pemerintah dan konteks pembahasan DPR.

E. Fewanto Guru Besar Fakultas Psikologi Universitas Atma Jaya: Kriminalisasi Zina Tidak Beri Efek Jera, yang mengemukakan bahwa:

Kebijakan publik termasuk dalam ranah hukum adalah produk negara untuk menyejahterakan seluruh rakyat yang mempunyai kedudukan sama di depan hukum. Usulan Pemohon akan memosisikan negara sebagai kekuatan yang I memecah belah keharmonisan sosial yang selama ini telah terjalin dan bahkan berpotensi menghancurkan keluarga dalam usulan yang seharusnya dilindungi. Kemudian untuk mengatasi persoalan kekerasan terhadap anak. Cara terbaik adalah melakukan investasi yang sebesar-besarnya. Investasi yang signifikan pada pendidikan yang kritis, pada sektor e Kesehatan yang responsif, dan pada perlindungan hukum, dan menegakkan keadilan sosial bagi siapapun. Penghukuman atau kriminalisasi terhadap perbuatan yang dianggap zina atau menyimpang tidak akan memberikan efek jera dan tidak, mengubah perilaku manusia

<sup>90</sup> Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia, *ibid*, hlm 19-21.

secara signifikan, sebagaimana dibuktikan beribu-ribu tahun di banyak negara di dunia ini, tidak satupun yang berhasil mengatasi perbuatan itu secara sangat bermakna. Penghukuman dan kriminalisasi hanya menghilangkan gejala sementara dan belum menyentuh ke akar permasalahannya.

Dian Kartika Sari, Sekretaris Jenderal Koalisi Perempuan Indonesia/KPI: Ingkari Hakikat Kedewasaan

Rumusan perubahan pasal yang dimohonkan oleh Pemohon mengkriminalkan setiap orang dewasa melakukan perbuatan & cabul tanpa memasukkan unsur kekerasan atau ancaman kekerasan sesungguhnya telah mengingkari hakikat orang dewasa, yang mampu membuat keputusan untuk dirinya sendiri dan bertanggung jawab atas keputusan yang dibuatnya. Dengan melekatkan predikat sebagai pelaku kejahatan kepada orang-orang yang berorientasi seksual sejenis, akan mengakibatkan kerentanan yang dialaminya berlipat ganda. Orang-orang yang memiliki orientasi seksual sejenis semakin rentan terhadap berbagai tindak kekerasan, kejahatan, dan tindak sewenang-wenang dari aparat dan anggota masyarakat. Selain itu, rumusan perubahan pasal yang dimohonkan oleh Pemohon mengkriminalkan setiap orang yang memiliki orientasi sejenis mengakibatkan semakin bertambahnya beban dan guncangan keluarga yang pada akhirnya justru menghancurkan ketahanan keluarga. Pemidanaan terhadap orang-orang yang memiliki orientasi seksual sejenis bertentangan dengan rasa Keadilan dan kemanusiaan.

Bahrain, Ketua Divisi Advokasi Yayasan Lembaga Hukum Indonesia (YLBIH): Bertentangan dengan Prinsip Nondiskriminasi

Bahwa upaya para Pemohon untuk menjadikan negara mempunyai wewenang untuk mengkriminalisasikan orang-orang dewasa yang tidak terikat perkawinan dalam kaitan permohonan perluasan Pasal 284 KUHP dan melakukan kriminalisasi terhadap kelompok-kelompok seksual minoritas berkaitan dengan perluasan Pasal 292 KUHP adalah bertentangan dengan prinsip nondiskriminasi yang dijamin dalam Pasal 28 ayat (1) dan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945. Kemudian

bertentangan pula dengan hak atas dasar kehidupan pribadi atau *privacy right* dan penghormatan terhadap martabat manusia (*the right to dignity*) yang dijamin oleh Pasal 28G ayat (1), serta bertentangan pula dengan Pasal 28 Undang-Undang Dasar 1945 tentang persamaan di muka hukum atau (*equality before the law*).

Peneliti, berharap bahwa perbuatan cabul sesama jenis (LGBT) dalam Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP) yang kini tengah dibahas di Parlemen (DPR) disahkan, dengan kata lain perbuatan cabul, baik oleh dan terhadap sesama jenis dapat dipidana. Jangan sampai LGBT dilegalkan di Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang penduduknya mayoritas Muslim ini. Yang harus diutamakan adalah keselamatan masa depan bangsa, generasi muda dari pengaruh-pengaruh yang bertentangan dengan norma, budaya dan agama, yaitu dari pengaruh LGBT. Panitia Kerja (Panja) DPR harus waspada dan jeli mengenai rumusan dan formulasi dari tim ahli pemerintah RUU KUHP yang selama ini belum final pembahasannya.

Peneliti, lebih setuju adanya kriminalisasi terhadap orang yang berstatus LGBT-nya, terlebih-lebih atas perbuatan cabulnya, tidak hanya karena perbuatan cabulnya si LGBT tersebut dipidana.

Menyimak Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/ PUU-XIV/2016 pada 14 Desember 2017, yang setebal 467 halaman itu, yang menyatakan menolak permohonan pembaruan KUHP berkenaan dengan pengaturan tindak pidana kesusilaan dalam Pasal 284 KUHP, Pasal 285 KUHP dan Pasal 292 KUHP, dengan salah satu alasan dalam pertimbangannya bahwa. MK tidak dapat serta merta melampaui kewenangan yang dimilikinya. Perluasan norma hukum pidana atau kriminalisasi bukanlah ranah kewenangan MK, melainkan kewenangan pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden), tentunya akan membawa dampak memberi celah dan ruang perdebatan dalam pembahasan Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP) yang kini tengah dibahas di Parlemen (DPR), apakah perbuatan cabul, baik oleh dan terhadap sesama jenis dapat dipidana atau tidak di Negara Kesatuan Republik

Indonesia, yang penduduknya mayoritas Muslim ini. Yang harus diutamakan adalah keselamatan masa depan bangsa, generasi muda dari pengaruh-pengaruh yang bertentangan dengan norma, budaya dan agama, yaitu dari pengaruh LGBT.

#### IV. KESIMPULAN

Adanya inkonsistensi dari lima hakim konstitusi tersebut, seolah-olah membatasi diri dengan konsep *judicial restraint*, bukan dengan konsep *judicial activism*, dan tidak mau untuk melakukan penemuan hukum atau membuat hukum baru dalam bentuk penafsiran, karena MK berposisi sebagai *negative legislator*, maka dengan demikian Pasal 10 ayat (1) Jo Pasal 5 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang mewajibkan hakim untuk menemukan hukum dikaitkan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016 belum diterapkan secara konsisten..

Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-XIV/2016 pada 14 Desember 2017, yang setebal 467 halaman itu, yang menyatakan menolak permohonan pembaruan KUHP berkenaan dengan pengaturan tindak pidana kesusilaan dalam Pasal 284 KUHP, Pasal 285 KUHP dan Pasal 292 KUHP, dengan salah satu alasan dalam pertimbangannya bahwa. MK tidak dapat serta merta melampaui kewenangan yang dimilikinya. Perluasan norma hukum pidana atau kriminalisasi bukanlah ranah kewenangan MK, melainkan kewenangan pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden), tentunya akan membawa dampak memberi celah dan ruang perdebatan dalam pembahasan Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP) yang kini tengah dibahas di Parlemen (DPR), apakah perbuatan cabul, baik oleh dan terhadap sesama jenis dapat dipidana atau tidak di Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang penduduknya mayoritas Muslim ini. Yang harus diutamakan adalah keselamatan masa depan bangsa, generasi muda dari pengaruh-pengaruh yang bertentangan dengan norma, budaya dan agama, yaitu dari pengaruh LGBT.

Hakim Mahkamah Konstitusi dalam menerima, memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara, selain tetap menggunakan hukum tertulis sebagai dasar putusannya dengan tidak

membedakan orang, juga hakim dilarang untuk menolak memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya dan hakim diwajibkan pula dan untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, yaitu dengan cara melakukan penemuan hukum melalui pendekatan konsep *judicial activism*, bukan dengan konsep *judicial restraint* melulu, dan MK tidak harus selalu berposisi sebagai *negative legislator*. Dalam kaitan itu, hakim Mahkamah Konstitusi harus juga memperhatikan *idee des recht*, yang meliputi tiga unsur, yaitu: kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan secara proposional, walaupun memang bukan hal yang mudah untuk dapat mengakomodir ketiga unsur tersebut

Panitia Kerja (Panja) DPR harus waspada dan jeli mengenai rumusan dan formulasi dari tim ahli pemerintah RUU KUHP yang selama ini belum final pembahasannya, dan harus berani mengkriminalisasi terhadap orang yang berstatus LGBT-nya, terlebih-lebih atas perbuatan cabulnya, tidak hanya karena perbuatan cabulnya si LGBT tersebut dipidana, tetapi terhadap statusnya juga.

#### DAFTAR PUSTAKA

##### Buku-Buku

- Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, 2004.
- Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.
- Andi Sofyan dan Abd. Asis, *Hukum Acara Pidana Suatu Pengantar*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2014.
- Atja Sondjaja, "Peranan Pengadilan dalam Penemuan Hukum" dalam Idris, dkk (Editor), *Penemuan Hukum Nasional dan Internasional dalam Rangka Purnabakti Prof. Dr. Yudha Bakti, S.H., M.H.*, PT Fikahati Aneska bekerjasama dengan Bagian Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Bandung, 2012.
- Bahder Johan Nasution, *Metode Penelitian Hukum*, CV Mandar Maju Bandung, 2008.
- H.M.A. Kuffal, *Penerapan KUHP dalam Praktik Hukum*, UMM Press, Malang, 2005.

- HMA. Kuffal, *Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, Hakim: Antara Gaji, Keadilan, Kejujuran dan Ketaqwaan*, Universitas Muhammadiyah Malang (UMM) Press, Malang, 2012.
- I Nyoman Sujana, *Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin dalam Perspektif Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010*, Aswaja Pressindo, Sleman, Yogyakarta, 2015.
- Idris, dkk (Editor), *Penemuan Hukum Nasional dan Internasional dalam Rangka Purnabakti Prof. Dr. Yudha Bakti, S.H., M.H*, PT Fikahati Aneska bekerjasama dengan Bagian Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Bandung, 2012.
- Ishaq, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2016.
- KIF Aminanto, *Politik Hukum Pidana 1, Disparitas Putusan Hakim dalam Tindak Pidana*, Jember Katamedia, Jember, 2017.
- Koesnadi. *Seksualitas dan Alat Kontrasepsi, Usaha Nasional*, Surabaya, 2001.
- Leden Marpaung, *Kejahatan Terhadap Kesusaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996.
- Lili Rasjidi, *Menggunakan Teori/Konsep Dalam Analisis Di Bidang Ilmu Hukum*, t.p., t.k, 2007
- M. Ahmad Kamil dan Fauzan, *Kaidah-kaidah Hukum Yurisprudensi*, Prenada Media, Jakarta, 2004.
- Mahrus Ali, *Dasar-Dasar Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012.
- Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum Oleh Mahkamah Konstitusi*, CV Mandar Maju, Bandung, 2012.
- Muslan Abdurrahman, *Sosiologi dan Metode Penelitian Hukum*, UMM Press, Malang, 2009.
- R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*, Politea, Bogor, 1996.
- Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990.
- Rusli Muhammad, *Hukum Acara Pidana Kontemporer*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007.
- Sholehuddin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta,
- Siska Lis Sulistiani, *Kejahatan & Penyimpangan Seksual dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif Indonesia*, Nuansa, Aulia, Bandung, 2016.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2001.
- Soerjono Soekanto, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982.
- Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia (UI-Pres), Jakarta, 1986 & 2006.
- Sudikno Mertokusomo, dan A. Pitlo, *Bab-Bab Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti bekerjasama dengan Konsorsium Ilmu Hukum Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, dan The Asia Foundation, Jakarta, 2013.
- Suryono Ekotama, dkk, *Abortus Provokatus bagi Korban Perkosaan Perspektif Viktimologi, Kriminologi dan Hukum Pidana*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2001.
- Syaiful Bakhri, *Kebijakan Kriminal dalam Perspektif Pembaruan Sistem Peradilan Pidana*, Total Media, Yogyakarta, 2010.
- Syarif Mappiasse, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2015.
- Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana –Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005.
- Teguh Prasetyo, “Metode Penemuan Hukum dalam Perkembangan Teori dan Praktik Pengadilan di Indonesia”, dalam: Idris, dkk (Editor), *Penemuan Hukum Nasional dan Internasional dalam Rangka Purnabakti Prof. Dr. Yudha Bakti, S.H., M.H*, PT Fikahati Aneska bekerjasama dengan Bagian Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Bandung, 2012, hlm 624.
- Tim Penyusun Pustaka Yustisia, *KUHPer, KUHP, dan KUHP*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2008.
- Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, PT Refika Aditama, Bandung, 2002
- Peraturan Perundang-Undangan**  
 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.  
 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016, Tanggal 14 Desember 2017.

Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2015 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional 2015-2019

### Sumber Lain

DW.com, “Pengadilan Jakarta Batalkan Status Tersangka Calon Kapolri Budi Gunawan”, <http://www.dw.com/id/pengadilan-jakarta-batalkan-status-tersangka-calon-kapolri-budi-gunawan/a-18260113>, diakses: 10-2-2018.

Editorial Majalah Konstitusi, “Perluasan Delik Kesusilaan”, *Majalah Konstitusi*, Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia, Jakarta, Nomor 130-Desember 2017.

Galena, “Apa bedanya dari lesbian, gay, biseksual, transgender, dan queer?”, <https://www.galena.co.id/q/apa-bedanya-dari-lesbi-gay-biseksual-transgender-dan-queer>, diakses: 23-12-2017.

Hasil Wawancara dengan Ogan Akbar, dan Bayu, penggiat Komisi Penganggulangan Aids (KPA) Provinsi Jawa Barat, pada hari Rabu, tanggal 17-1-2018, bertempat di Kantor Komisi Penanggulangan Aids (KPA) Provinsi Jawa Barat, Jl. Dr. Ir. Soekarno (Cikapundung), Kota Bandung.

Kompasiana, “Cegah Sarpin Efek, KPK Usut Skandal Pajak BCA”, [http://www.kompasiana.com/bagjasiregar/cega-h-sarpin-efek-kpk-usut-skandal-pajak-bca\\_54f8b5baa33311ce098b488d](http://www.kompasiana.com/bagjasiregar/cega-h-sarpin-efek-kpk-usut-skandal-pajak-bca_54f8b5baa33311ce098b488d), diakses: 10-2-2018.

Lili Rasjidi dan Liza Sonia Rasjidi, *Monograf: Filsafat Ilmu, Metode Penelitian, dan Karya Tulis Ilmiah Hukum*, t.p, t.k., t.th..

Lili Rasjidi, *Menggunakan Teori/Konsep Dalam Analisis Di Bidang Ilmu Hukum*, t.p., t.k, 2007..

Lintong O. Siahaan, “Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum (“*Rechtsvinding*”) dan Penciptaan Hukum (“*Rechtsschepping*”), Pada

Era Reformasi dan Transformasi”, Varia Peradilan, Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI), Jakarta, Majalah Hukum Tahun ke XXI No. 252 November 2006.

Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia, “Pro dan Kontra Pemohon”, *Majalah Konstitusi*, mahkamah Kontitusi Republik Indonesia, Jakarta, Nomor 130-Desember 2017.

Mahkamah Kontitusi, “Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2013, Tanggal 28 April 2015”,

[http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan/21\\_PUU-XII\\_2014.pdf](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan/21_PUU-XII_2014.pdf), diakses: 10-2-2018.

Moksa Hutasoit – detikNews, “Pasca Putusan MK, Antasari Minta Yusril Ajukan PK Ulang”, <http://news.detik.com/read/2014/03/07/171136/2519072/10/pasca-putusan-mk-antasari-minta-yusril-ajukan-pk-ulang?nd771104bcj>, diakses: 10-2-2018.

Pan Mohamad Faiz, Peneliti Mahkamah Konstitusi, “Judicial Restraint vs Judicial Activism”, *Majalah Konstitusi*, Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia, Jakarta, Nomor 130-Desember 2017.

Salam Redaksi Editorial Majalah Konstitusi, *Majalah Konstitusi*, Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia, Jakarta, Nomor 130-Desember 2017.

Setiawan Budi Utomo, “Fenomena Transgender dan Hukum Operasi Kelamin”, Dakwatuna, <http://www.dakwatuna.com/2009/08/12/3427/fenomena-transgender-dan-hukum-operasi-kelamin>, diakses pada tanggal 23-12-2017.

Suwarso Abadi, “*Ultra Petita* dalam Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi”, Jurnal Konstitusi, Volume 12 Noor 3, September 2015, Mahkamah Konstititusi Repbulik Indonesia, Jakarta, 2015, hlm 588.

Syahrul Machmud, “Pembentukan Hukum Oleh Hakim”, *Makalah*, Disampaikan pada pertemuan IKAHI Cabang Jember (Hakim Pengadilan Negeri Jember & Hakim Pengadilan Agama Jember), di ruang mediasi PN Jember, pada Senin, 25 Pebuari 2013.