

# Konsistensi Pembuatan Norma Hukum dengan Doktrin *Judicial Activism* dalam Putusan *Judicial Review*

## *Consistency of Making Legal Norms with Judicial Activism Doctrine in Judicial Review Decisions*

**Bagus Surya Prabowo**

Fakultas Hukum Universitas Islam As-Syafi'iyah  
Jl. Raya Jatiwaringin No.12, Jaticempaka, Pondokgede, Bekasi, Jawa Barat 17411, Indonesia  
Email: bagussuryoprabowo25@gmail.com

**Wiryanto**

Fakultas Hukum Universitas Islam As-Syafi'iyah  
Jl. Raya Jatiwaringin No.12, Jaticempaka, Pondokgede, Bekasi, Jawa Barat 17411, Indonesia  
Email: wiryanto44@gmail.com

Naskah diterima: 23-12-2021 revisi: 23-05-2022 disetujui: 02-06-2022

### **Abstrak**

Penelitian ini bermaksud menjelaskan konsistensi Mahkamah Konstitusi (MK) dalam membuat norma hukum baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* serta menjelaskan faktor – faktor yang mendasari konsistensi MK dalam membuat norma hukum baru melalui penelitian yuridis normatif dengan menjelaskan asas, prinsip, dan analisis putusan yang saling berkaitan. Penelitian ini berkesimpulan bahwa MK tidak konsisten karena hanya mengabulkan dan membuat norma hukum baru pada Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007. Sedangkan pada Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017, MK menolak membuat norma baru meskipun dua perkara tersebut sama – sama menimbulkan diskriminasi dan membatasi partisipasi masyarakat dalam politik. Faktor ketidakkonsistenan tersebut diantaranya: 1) faktor yurisprudensi yang selalu menolak dan berpendapat bahwa *presidential threshold* termasuk *open legal policy*, 2) faktor dalil dan substansi permohonan yang tidak dapat meyakinkan mayoritas hakim MK, dan 3) faktor paradigma berpikir hakim bahwa MK merupakan *negative legislator* yang tidak dapat bertindak sebagai *positive legislator* kecuali dalam keadaan tertentu dan jika diperlukan.

**Kata kunci:** Judicial Activism; Judicial Review; Kebijakan Hukum Terbuka; Norma Hukum Baru; Positive Legislature.

## Abstract

*This study intends to explain the consistency of the Constitutional Court (MK) in making new legal norms by using the doctrine of judicial activism and to explain the factors that underlie the consistency of the Constitutional Court in making new legal norms through normative juridical research by explaining the principles, principles, and analysis of interrelated decisions. This study concludes that the Constitutional Court is inconsistent because it only grants and makes new legal norms in the Constitutional Court Decision Number 5/PUU-V/2007. Meanwhile, in the Constitutional Court's Decision Number 53/PUU-XV/2017, the Constitutional Court refused to make a new norm even though the two cases created discrimination and limited public participation in politics. The inconsistency factors include: 1) jurisprudence factors, 2) the application cannot convince the majority of the judges of the Constitutional Court, and 3) the paradigm factor of judges.*

**Keywords:** *Judicial Activism; Judicial Review; New Legal Norm; Open Legal Policy; Positive Legislature.*

## A. PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang

Kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK) untuk menguji konstitusionalitas sebuah undang-undang merupakan hal yang sangat krusial dalam sistem hukum sebuah negara. Sebab, setiap putusan MK bersifat *erga omnes* yang berarti harus dipatuhi oleh seluruh lembaga negara dan seluruh masyarakat Indonesia. Untuk itu dalam beberapa putusannya, terkadang MK menggunakan doktrin *judicial activism* untuk membuat sebuah norma hukum baru apabila dipandang perlu untuk menjadi *positive legislator* sebagaimana pada Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007. Dalam putusan tersebut MK membuat sebuah norma hukum baru dengan memperbolehkan calon kepala daerah independen untuk maju dalam pemilihan kepala daerah (Pilkada) di seluruh provinsi di Indonesia dengan pertimbangan hukum seperti menghindari diskriminasi dan memenuhi hak – hak warga negara. Namun pada putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017, MK tidak mau membuat norma hukum baru dengan berbagai macam dalil hukum meskipun dalam penerapannya kebijakan *presidential threshold* menimbulkan diskriminasi, ketidakadilan, dan bahkan memberikan dampak buruk bagi pembangunan demokrasi yang substansial.<sup>1</sup> Hal ini tentu menimbulkan dugaan adanya standar ganda dalam pembuatan norma hukum baru dengan doktrin *judicial activism* dalam putusan *judicial review*.

<sup>1</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan MK No. 74/PUU-XVIII/2020 (2020), 20.

## 2. Perumusan Masalah

Berdasarkan pemaparan latar belakang diatas, setidaknya ada dua rumusan masalah yang akan coba dijawab dalam penelitian kali ini, yaitu: *pertama* bagaimana konsistensi pembuatan norma hukum baru dengan doktrin *judicial activism* di MK? *Kedua* faktor – faktor apa saja yang mendasari konsistensi pembuatan norma hukum baru oleh MK?

## 3. Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan metode penelitian yuridis normatif yang menjelaskan dan menganalisa berbagai macam bahan hukum pustaka<sup>2</sup> terkait pembuatan norma hukum baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* dalam putusan MK. Bahan hukum yang diteliti merupakan data-data sekunder publik dan hukum seperti undang-undang, putusan, buku teks hukum, dan juga hasil karya ilmiah.<sup>3</sup> Pengumpulan semua bahan pada penelitian ini menggunakan studi pustaka.<sup>4</sup> Dari semua bahan-bahan yang telah dikumpulkan itu akan penulis jelaskan tentang konsistensi MK dalam membuat sebuah norma hukum baru serta apa saja faktor – faktor yang mendasari MK untuk membuat putusan yang berisi norma hukum baru atau tidak.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Pembuatan Norma Hukum Baru dengan Doktrin *Judicial Activism*

#### a. Doktrin *Judicial Activism*

Doktrin *judicial activism* sebenarnya sudah muncul dibenak kalangan pakar hukum sebelum abad ke-20.<sup>5</sup> Namun terkait nama *judicial activism* sendiri baru diperkenalkan dalam majalah *Fortune* tahun 1947 oleh Arthur Schlesinger.<sup>6</sup> Pada awalnya doktrin ini ditentang karena dianggap sebagai perampasan kewenangan lembaga legislatif. Namun karena banyak pakar hukum yang menganggap bahwa doktrin ini adalah solusi dari sejumlah kebuntuan dalam sistem hukum, akhirnya doktrin ini pun diterima dan diterapkan pada sistem hukum *common law* seperti Amerika Serikat. Doktrin ini selalu dikaitkan dengan tindakan hakim yang membuat

<sup>2</sup> Andri Gunawan Wibisana, "Menulis di Jurnal Hukum: Gagasan, Struktur dan Gaya", *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, 49, no. 2 (2019): 481-482, <https://doi.org/10.21143/jhp.vol49.no2.2014>.

<sup>3</sup> Kornelius Benuf & Muhammad Azhar, "Metodologi Penelitian Hukum Sebagai Instrumen Mengurai Permasalahan Hukum Kontemporer", *Refleksi Hukum: Jurnal Ilmu Hukum* 7, no. 1 (August 7, 2020): 20-33, <https://doi.org/10.14710/gk.7.1.20-33>.

<sup>4</sup> Benuf dan Azhar, "Metodologi Penelitian."

<sup>5</sup> Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism,'" *California Law Review* 92, no. 5 (Oktober 2004): 1444, <https://doi.org/10.2307/3481421>.

<sup>6</sup> Keenan, "The Origin," 1444.

norma hukum baru dalam sebuah putusan. Dan hal ini adalah benar. Menurut Lino Graglia, *judicial activism* berarti sebuah pandangan yang membolehkan hakim untuk membuat putusan pengadilan berdasarkan pertimbangan pribadi atau pandangan politik yang diyakininya.<sup>7</sup> Hal ini pun sejalan dengan perkataan bahwa hukum itu memang memiliki kaitan yang sangat erat dengan politik menurut beberapa ahli. Arthur Schlesinger pun mengatakan bahwa hukum (dalam hal ini adalah pengadilan) dan politik itu merupakan satu kesatuan yang tidak mungkin dipisahkan. Maka dari itu, menurutnya, pengadilan yang diwakili oleh hakim dapat menggunakan pandangan politik yang diyakininya untuk membuat sebuah norma hukum baru asalkan untuk tujuan yang benar lagi baik.<sup>8</sup> Dari paparan diatas dapat disimpulkan juga bahwa *judicial activism* sebenarnya merupakan kegiatan seorang hakim dalam mengembangkan teks-teks konstitusi untuk membuat sebuah perubahan sosial di lapangan agar nilai-nilai dasar dalam konstitusi dapat diterapkan secara progresif.<sup>9</sup>

Dilihat dari sudut pandang yang kontra, beberapa pakar hukum menduga jika doktrin ini tidak memiliki tempat dalam demokrasi serta melanggar prinsip *separation of power* atau pemisahan kekuasaan.<sup>10</sup> Namun jika dilihat dengan pandangan yang objektif, justru doktrin ini memberikan manfaat dan membantu menegakkan keadilan dalam demokrasi yang tidak substantif seperti yang dirasakan saat ini. Doktrin *judicial activism* juga sejalan dengan teori hukum progresif yang dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo. Menurut Satjipto, hukum itu harus melayani manusia dan bukan sebaliknya.<sup>11</sup> Maka dari itu teori hukum progresif memberi porsi besar kepada subjek hukum untuk melakukan kreativitas dalam pemaknaan sebuah peraturan tanpa menunggu perubahan undang-undang atau aturan terlebih dahulu demi menghindari terjadinya kekosongan hukum ataupun penyalahgunaan hukum oleh oknum tertentu.<sup>12</sup> Artinya, *judicial activism* memperbolehkan pengadilan untuk tidak patuh terhadap keputusan politik dari DPR dan pemerintah dengan cara membuat putusan yang bersifat menemukan atau menciptakan hukum dalam kondisi – kondisi tertentu.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Keenan, "The Origin," 1464.

<sup>8</sup> Keenan, "The Origin," 1447.

<sup>9</sup> Pan Mohamad Faiz, "Dimensi Judicial Activism Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 13, no. 2 (2016): 409-410, <https://doi.org/10.31078/jk1328>.

<sup>10</sup> César Rodríguez Garavito, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America," *Texas Law Review* 89, no. 7, (2011): 1688.

<sup>11</sup> Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2019), 190.

<sup>12</sup> Tanya, Simanjuntak, dan Hage, *Teori Hukum*, 191.

<sup>13</sup> Ernest A. Young, "Judicial Activism and Conservative Politics," *University of Colorado Law Review* 73, no. 4 (September 2002): 1145.

Tidak seperti di negara yang menganut sistem hukum eropa kontinental, *judicial activism* sangat populer di negara Anglo-Saxon seperti di Amerika dan India. Bagi negara penganut Anglo-Saxon, *judicial activism* merupakan sebuah kebutuhan dalam sistem hukum *rule of law* untuk menegakkan keadilan yang sesungguhnya. Karena mereka menganggap bahwa aturan yang dibuat tidak selalu adil dan baik sehingga perlu adanya doktrin *judicial activism* agar hakim dapat mengevaluasi aturan yang dibuat oleh lembaga legislatif. Tidak hanya itu, di Amerika dan India, *judicial activism* diberlakukan untuk melindungi kaum minoritas serta masyarakat kelas bawah dari hukum positif yang sewenang-wenang.<sup>14</sup> Selain di negara Anglo-Saxon, *judicial activism* juga populer di negara bersistem hukum campuran seperti di Afrika Selatan. Di Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan, *judicial activism* digunakan untuk mendukung hak-hak masyarakat seperti kesehatan, tempat tinggal, dan permasalahan ekonomi.<sup>15</sup> Karena itu, peradilan di negara yang menerapkan *judicial activism* selalu mendapat dukungan dan legitimasi publik agar bisa terus membuat putusan yang memberikan kesejahteraan. Hal ini tentu karena masyarakat merasakan betul dampak positif dari doktrin ini.

Menurut beberapa studi, doktrin ini dapat terjadi setidaknya karena tiga faktor. *Pertama* adalah faktor persaingan yang sengit antar partai politik yang pada akhirnya menyebabkan kegaduhan politik. Akibatnya, para politisi tidak memiliki pilihan lain selain membawa permasalahan tersebut keranah peradilan untuk diputus secara adil. Ketika hal itu terjadi maka peradilan sebagai lembaga hukum mau tidak mau harus mencampuri urusan politik demi memberikan perbaikan substantif melalui putusan yang dibuatnya.<sup>16</sup> *Kedua* adalah faktor dukungan masyarakat pada lembaga peradilan. Faktor ini dapat terjadi jika masyarakat sudah antipati terhadap urusan politik yang ada di lembaga eksekutif dan legislatif karena banyak kebohongan dan kegaduhan yang diciptakan. Untuk itu lembaga yudikatif atau pengadilan menjadi satu-satunya lembaga yang dipercaya masyarakat untuk memutus perkara secara adil sehingga lembaga yudikatif pun akan mencoba membuat putusan sebaik mungkin demi tercapainya stabilitas dan kesejahteraan di masyarakat. *Ketiga* ialah faktor paradigma berpikir hakim tentang hukum. Apabila hakim sudah mulai condong ke hukum progresif yang mementingkan keadilan

<sup>14</sup> Indriati Amarini, "Implementation of Judicial Activism in Judge's Decision," *Jurnal Hukum Dan Peradilan* 8, no. 1 (2019): 24-25., <http://dx.doi.org/10.25216/jhp.8.1.2019.21-38>.

<sup>15</sup> Rodríguez-Garavito, "Beyond the Courtroom," 1672.

<sup>16</sup> Faiz, "Dimensi Judicial Activism," 422.

substantif dibanding keadilan prosedural, maka dapat dikatakan *judicial activism* sudah mulai dan dapat diterapkan dalam peradilan tersebut.<sup>17</sup>

Selain membuat norma hukum baru, *judicial activism* juga dapat diartikan sebagai perilaku hakim yang aktif dalam persidangan. Keaktifan hakim dalam menggali alat bukti dan keterangan dari para pihak yang berperkara merupakan salah satu bentuk dari doktrin *judicial activism*. Selain itu, proses hakim yang berperan aktif dalam menggali dan mencari nilai – nilai keadilan yang ada di masyarakat juga merupakan salah satu bentuk dari doktrin *judicial activism*. Dengan menggunakan makna ini, maka hampir semua putusan atau dapat dikatakan semua putusan Mahkamah Konstitusi telah menggunakan doktrin *judicial activism* karena hakim MK telah berperan aktif dalam menggali dan mencari nilai – nilai keadilan.

Dari uraian yang cukup singkat diatas, dapat dipahami bahwa sebenarnya syarat seorang hakim dapat menerapkan doktrin *judicial activism* dalam putusnya ialah ketika hakim memandang bahwa ada aturan yang berpotensi atau bahkan secara nyata telah merampas hak – hak masyarakat, memberikan ketidakadilan, dan tidak melindungi kepentingan kaum minoritas. Pandangan hakim tersebut dapat menjadi pertimbangan hukum apakah ia perlu menerapkan *judicial activism* ataukah tidak sehingga seorang hakim dapat memilih untuk memperbaiki aturan tersebut menjadi lebih baik ataukah tetap membiarkannya sebagaimana bentuk aslinya. Dapat dikatakan bahwa *judicial activism* ini murni hak istimewa hakim selaku wakil Tuhan dimuka bumi karena dengan putusnya, ia dapat membatalkan sebuah aturan di satu sisi dan di sisi yang lain, ia dapat membuat sebuah aturan baru yang dirasa lebih bermanfaat dan memberikan keadilan bagi masyarakat yang mana hal tersebut sebenarnya merupakan tugas eksekutif dengan legislatif.

#### **b. Pembuatan Norma Hukum Baru Dengan *Judicial Activism* di Mahkamah Konstitusi**

Reformasi dalam bidang hukum di beberapa negara telah mengalami fase pembaharuan hukum yang cukup masif. Perkembangan ini dapat dilihat dari banyak negara *civil law* yang mengambil beberapa ajaran dari konsep negara *common law* seperti memasukkan yurisprudensi dalam salah satu sumber hukum mereka ataupun memberikan porsi terhadap doktrin *judicial activism*. Sebaliknya, banyak juga negara bersistem hukum *common law* mulai untuk mengkodifikasikan norma hukum mereka kedalam aturan tertulis sebagaimana yang dianut oleh sistem hukum *civil law*. Artinya dapat dikatakan jika saat ini tidak ada negara

<sup>17</sup> Faiz, "Dimensi Judicial Activism," 423.



yang seratus persen menganut sistem hukum *common law* ataupun negara yang seratus persen menganut sistem hukum *civil law*. Semua negara sudah mengalami peleburan antar sistem hukum sehingga antara sistem *civil law* dengan sistem *common law* saling mengambil ajaran atau doktrin yang baik untuk diterapkan dalam sistem hukum mereka serta membuang yang buruk dan sudah tidak relevan untuk diterapkan.

Tren pembaharuan hukum kearah yang lebih baik juga terjadi di Indonesia. Indonesia sebagai negara yang menganut sistem hukum *civil law* telah mengambil beberapa ajaran dari sistem hukum *common law* yang kemudian diterapkan dalam sistem hukum negara kita. Salah satunya adalah doktrin *judicial activism*. Doktrin ini membuat hakim di Indonesia bukan hanya berfungsi sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*) atau menerapkan hukum sesuai bunyi undang-undang (*rechtstoepassing*), tetapi juga berfungsi untuk menemukan hukum (*rechtsvinding*) serta menciptakan hukum.<sup>18</sup> Hal ini pun sejalan dengan Pasal 24 UUD yang menyatakan: “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan” dan juga Pasal 5 Ayat (1) UU No. 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”. Pasal-pasal ini secara jelas ingin mengatakan jika hakim dan lembaga yudikatif di Indonesia bukan hanya menerapkan hukum sesuai bunyi undang-undang belaka, namun juga mencari, menemukan dan menerapkan hukum yang adil untuk masyarakat.<sup>19</sup> Artinya paradigma sistem hukum Indonesia sudah bergeser dari yang hanya mengedepankan kepastian hukum atau keadilan prosedural, beralih kepada mengedepankan keadilan yang hakiki atau substantif.

Pembuatan norma hukum baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* itu sendiri sudah diterapkan khususnya oleh MK ketika menguji beberapa perkara *judicial review*. Diantaranya ialah putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 yang membahas tentang pembolehan calon kepala daerah independen untuk maju dalam Pemilihan Umum Kepala Daerah (Pilkada) diluar provinsi Aceh.

### c. Konsistensi Mahkamah Konstitusi dalam Membuat Norma Hukum Baru

Sejak berdiri pada tahun 2003, MK sudah banyak memberikan putusan yang memberikan rasa keadilan di masyarakat dengan membuat norma hukum baru yang menggunakan doktrin *judicial activism*. Namun adapula beberapa putusan

<sup>18</sup> Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian* (Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia, 2009), 167.

<sup>19</sup> Zainal Arifin Hoesein, *Kekuasaan Kehakiman Di Indonesia* (Jakarta: Imperium, 2013), 169.

yang menimbulkan pro dan kontra dikalangan ahli hukum maupun masyarakat. Untuk mengetahui persoalan ini lebih dalam, maka penulis akan memberikan contoh putusan yang tidak menerapkan doktrin *judicial activism* untuk membuat sebuah norma hukum baru berikut analisisnya.

### 1) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007

Dalam putusan ini pada intinya MK membolehkan calon kepala daerah independen untuk maju dalam Pilkada diseluruh provinsi di Indonesia dengan pertimbangan sebagai berikut: *Pertama*, MK berpendapat jika calon independen tidaklah bertentangan dengan UUD 1945.<sup>20</sup> Calon independen diberlakukan juga bukan karena alasan keadaan darurat (*staatsnoodrecht*), tetapi merupakan pemberian peluang oleh pembentuk undang-undang dalam pelaksanaan pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah agar lebih demokratis.<sup>21</sup> *Kedua*, perbedaan antara dibolehkannya calon independen di provinsi Aceh dan tidak diperbolehkannya di provinsi selain Aceh menciptakan diskriminasi politik sehingga dapat mengakibatkan kedudukan yang tidak sama antar warga negara. Maka dari itu harus ada persamaan hak antar warga negara dengan mengharuskan UU Pemda menyesuaikan dengan perkembangan baru yang telah dilakukan oleh pembentuk undang-undang sendiri yaitu dengan memberikan hak kepada perseorangan (independen) untuk dapat mencalonkan diri sebagai kepala daerah dan wakil kepala daerah tanpa harus melalui parpol atau gabungan parpol sebagaimana ditentukan oleh Pasal 67 Ayat (2) UU Pemerintahan Aceh.<sup>22</sup> *Ketiga*, memperbolehkan calon independen maju dalam pemilihan kepala daerah merupakan salah satu wujud partisipasi masyarakat yang diatur dalam UU 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik. Sebab, partai politik harus membuka kesempatan seluas – luasnya bagi calon perseorangan yang memenuhi syarat sebagaimana dimaksud pada Pasal 58 UU Pemda.<sup>23</sup>

Dalam putusan tersebut, MK membuat sebuah norma hukum baru dengan mengubah frasa “*Peserta pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah adalah pasangan calon*” dalam Pasal 59 Ayat (1), menjadi “*Partai politik atau gabungan partai politik dapat mendaftarkan pasangan calon apabila memenuhi persyaratan perolehan sekurang-kurangnya 15% (lima belas persen) dari jumlah kursi DPRD atau 15% (lima belas persen) dari akumulasi perolehan suara sah*

<sup>20</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 54.

<sup>21</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 54.

<sup>22</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 55.

<sup>23</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 56.



dalam pemilihan umum anggota DPRD di daerah yang bersangkutan” dalam Pasal 59 Ayat (2), dan mengubah frasa menjadi “Membuka kesempatan bagi bakal calon perseorangan yang memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 58 melalui mekanisme yang demokratis dan transparan” pada Pasal 59 Ayat (3) Undang – Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah.<sup>24</sup> Dalam putusan ini, MK telah menggeser perannya dari sekedar *negative legislature* menjadi *positive legislature* dengan menggunakan doktrin *judicial activism*.

## 2) Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017

Dalam putusan ini pada intinya MK menolak untuk membuat sebuah norma baru dan bahkan menolak seluruh permohonan pemohon yang berkaitan dengan *presidential threshold* dengan pertimbangan hukum yakni: *pertama*, *presidential threshold* diterapkan dengan semangat untuk memperkuat sistem presidensial serta mengurangi kecenderungan kompromi atau tawar-menawar politik (*political bargaining*) dengan partai pemilik kursi di DPR.<sup>25</sup> *Kedua*, untuk menyederhanakan partai politik secara alamiah agar jalannya pemerintahan menjadi lebih ideal.<sup>26</sup> *Ketiga*, undang-undang yang diterapkan dalam Pemilu 2014 adalah UU No. 8 Tahun 2012 yang belum menggunakan ketentuan *presidential threshold* sehingga penggunaan suara Pileg 2014 untuk Pilpres 2019 masih relevan dan tidak kadaluarsa.<sup>27</sup> *Keempat*, ketentuan *presidential threshold* masih relevan dilakukan ketika Pileg dan Pilpres dilakukan secara bersamaan.<sup>28</sup> *Kelima*, penerapan *presidential threshold* bukan sebuah diskriminasi. Sebuah kebijakan baru dapat dikatakan diskriminasi jika memberlakukan perbedaan atas dasar agama, suku, ras, dan seterusnya sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 3 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.<sup>29</sup>

Dalam putusan ini terdapat *dissenting opinion* dari Hakim Konstitusi Suhartoyo dan Saldi Isra. Kedua hakim ini berpandangan jika *presidential threshold* bertentangan dengan UUD 1945 dengan pertimbangan hukum sebagai berikut: *pertama*, seluruh partai politik yang telah ditetapkan sebagai peserta pemilu memiliki hak untuk mencalonkan Presiden dan Wakil Presiden sebagaimana Pasal 6A Ayat (2) UUD 1945 sehingga undang-

<sup>24</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 62.

<sup>25</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017 (2017), 127.

<sup>26</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 124.

<sup>27</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 131.

<sup>28</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 132.

<sup>29</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 134.

undang tidak boleh mengurangi hak tersebut.<sup>30</sup> *Kedua*, seharusnya MK lebih memprioritaskan *constitutional rights* partai politik ketimbang pemenuhan desain penyederhanaan jumlah partai politik yang tidak diatur secara tegas dalam teks konstitusi.<sup>31</sup> *Ketiga*, menggunakan hasil Pileg untuk mengisi posisi eksekutif tertinggi adalah logika sistem parlementer. Sebab, dalam sistem presidensial mandat rakyat diberikan secara terpisah antara legislatif dengan eksekutif.<sup>32</sup> *Keempat*, memakai perolehan suara Pileg 2014 untuk mencalonkan Presiden di 2019 adalah tindakan yang melanggar moralitas karena bisa saja partai yang mendapat suara besar di Pileg 2014 berubah menjadi partai dengan perolehan suara kecil pada Pileg 2019 atau bahkan tidak lolos verifikasi KPU.<sup>33</sup> *Kelima*, dengan adanya rezim *presidential threshold*, masyarakat tidak memiliki banyak pilihan dalam Pilpres serta akan mengakibatkan ketegangan dan polarisasi di masyarakat.<sup>34</sup>

### 3) Analisis Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 dan 53/PUU-XV/2017

Dalam Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007, MK mengabulkan permohonan para pemohon dengan dalil bahwa pembolehan calon kepala daerah untuk maju dalam Pilkada hanya di provinsi Aceh menimbulkan diskriminasi terhadap provinsi lain serta tidak memberikan kesempatan yang luas bagi masyarakat untuk berpartisipasi dalam kontestasi politik. Dua hal ini sebenarnya ada dan dilanggar dalam Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017 yang membahas tentang *presidential threshold*. Dari sisi diskriminasi, sistem *presidential threshold* ini hanya memberikan kesempatan kepada partai politik tertentu untuk mencalonkan Presiden dan/atau Wakil Presiden pilihannya dengan memenuhi syarat tertentu. Hal ini sebagaimana yang tertulis dalam Pasal 222 Undang – Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum yang berbunyi:

*“Pasangan Calon diusulkan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik Peserta Pemilu yang memenuhi persyaratan perolehan kursi paling sedikit 20% (dua puluh persen) dari jumlah kursi DPR atau memperoleh 25% (dua puluh lima persen) dari suara sah secara nasional pada Pemilu anggota DPR sebelumnya.”*

Artinya partai politik yang tidak mendapatkan perolehan kursi 20% atau 25% suara sah atau bahkan tidak mengikuti pemilu pada periode sebelumnya

<sup>30</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 139.

<sup>31</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 140.

<sup>32</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 141.

<sup>33</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 142-143.

<sup>34</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 145-146.

tidak dapat mencalonkan Presiden dan Wakil Presiden pada pemilu periode selanjutnya. Hal ini tentu menimbulkan ketidakadilan serta diskriminasi kepada para partai politik yang tidak bisa mengusung calonnya sendiri. Padahal UUD 1945 sendiri tidak pernah melarang partai politik untuk mengusung calonnya sendiri dalam pemilihan umum. Justru jika merujuk pada Pasal 6A Ayat (3) dan (4) UUD 1945, sistem Pilpres yang diinginkan oleh konstitusi adalah dua ronde yang berarti pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden lebih dari 2 pasang.<sup>35</sup>

Sistem *presidential threshold* ini mengandung konsekuensi hilangnya hak dan kesempatan warga negara untuk mengajukan calon Presiden dan Wakil Presiden.<sup>36</sup> Kebijakan ini tentu mempersulit dan tidak memberikan rasa keadilan kepada partai politik yang memiliki perolehan suara lebih kecil atau yang baru mengikuti Pemilu sehingga dapat dikatakan sistem ini membuat sebuah sistem demokrasi menjadi menurun.<sup>37</sup> Disisi lain, sistem *presidential threshold* ini berpotensi besar menimbulkan *candidacy buying*, oligarki politik, dan demokrasi uang yang akan berakibat pada penurunan tingkat partisipasi masyarakat.<sup>38</sup> Menurut sastropoetro, partisipasi adalah keterlibatan yang memiliki sebuah tujuan tertentu yang memerlukan kesadaran dan juga tanggung jawab dari setiap individu yang terlibat.<sup>39</sup> Dan untuk mewujudkan partisipasi masyarakat tersebut dapat melalui beberapa cara yakni melalui pikiran, tenaga, dan keahlian.<sup>40</sup> Semua cara tersebut dapat lebih terakomodir dan terpenuhi apabila partai politik peserta Pemilu memiliki hak yang sama untuk mencalonkan Presiden dan Wakil Presiden dalam Pilpres. Dalam demokrasi, warga negara diposisikan sebagai pemilik pemerintahan (*owner of government*) yang mampu bertindak secara kolektif untuk mendapatkan tujuan dan kepentingan bersama yang hendak dicapai.<sup>41</sup> Semakin besar partisipasi

<sup>35</sup> Bagus Surya Prabowo, "Menggagas *Judicial Activism* dalam Putusan *Presidential Threshold* di Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi* 19, no. 1 (Maret 2022): 92, <https://doi.org/10.31078/jk1914>.

<sup>36</sup> Lutfil Ansori, "Telaah Terhadap *Presidential Threshold* dalam Pemilu Serentak 2019", *Jurnal Yuridis* 4, no. 1 (Juni 2017): 19.

<sup>37</sup> Muhammad Mukhtarrija, I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani dan Agus Riwanto, "Inefektifitas Pengaturan *Presidential Threshold* dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 24, no. 4 (Oktober 2017): 657.

<sup>38</sup> Bagus, "Menggagas *Judicial Activism*", 90.

<sup>39</sup> Santoso Sastropoetro, *Partisipasi, Komunikasi, Persuasi, dan Disiplin dalam Pembangunan Nasional* (Bandung: Alumni, 2000), 12.

<sup>40</sup> Santoso, *Partisipasi, Komunikasi*, 12.

<sup>41</sup> Khairul Muluk, *Menggugat Partisipasi Publik dalam Pemerintahan Daerah* (Malang: Lembaga Penerbitan dan Dokumentasi FIA – Unibraw, 2007), 33.

masyarakat atau warga negara dalam sebuah negara maka semakin demokratis pula negara tersebut. Sebab menurut Fishkin, salah satu ciri demokrasi yang ideal adalah memberikan suara dan hak kepada masyarakat untuk menyelesaikan segala macam permasalahannya<sup>42</sup> yang dapat diwujudkan salah satunya dengan menghilangkan sistem *presidential threshold* sehingga pilihan calon Presiden dan Wakil Presiden lebih beragam. Dengan diperbolehkannya setiap partai politik untuk mengusung calon Presidennya sendiri maka akan memperbanyak pilihan calon bagi masyarakat sehingga meningkatkan pula persentase partisipasi masyarakat dalam Pilpres yang tentu akan berdampak pada terpilihnya pemimpin yang baik serta sistem demokrasi yang semakin sehat.<sup>43</sup>

Meskipun dari dua putusan tersebut memiliki kesamaan dampak dilapangan, yakni sama – sama menimbulkan diskriminasi dan membuat partisipasi masyarakat menurun, namun MK memiliki perbedaan pertimbangan hukum yang cukup signifikan sehingga MK memilih untuk membuat sebuah norma baru pada Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 namun memilih untuk tidak membuat norma baru pada Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017. Hal ini tentu menjadi perdebatan banyak pihak sehingga ada yang mengatakan bahwa MK tidak konsisten dalam menerapkan doktrin *judicial activism* untuk membuat sebuah norma baru dalam putusannya. Untuk menjawab apakah MK konsisten atautkah tidak maka penulis akan mencoba menjelaskannya dalam pembahasan berikutnya.

## **2. Alasan Mahkamah Konstitusi Tidak Membuat Norma Hukum Baru dalam Putusannya**

Apabila dilihat secara sederhana, dua putusan MK diatas seakan – akan memiliki standar ganda atau tidak konsisten dalam membuat putusan yang berisi norma hukum baru. Namun apabila dilihat secara lebih seksama, ternyata ada beberapa faktor yang menyebabkan MK mengabulkan dan membuat norma hukum baru pada Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 namun tidak mengabulkan dan tidak membuat norma hukum baru pada Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017 meskipun memiliki dampak negatif yang sama. Hal ini akan penulis paparkan sebagai berikut:

<sup>42</sup> James S. Fishkin, *When the People Speak* (London: Oxford University Press, 2009), 1 – 9.

<sup>43</sup> Abdul Goffar, "Problematika Presidential Threshold: Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pengalaman di Negara Lain", *Jurnal Konstitusi* 15, no. 3 (September 2018): 497 – 498, <https://doi.org/10.31078/jk1532>.

### a. Faktor Yurisprudensi

Faktor pertama yang membuat MK tidak membuat norma hukum baru adalah faktor yurisprudensi. Dalam hal ini, MK konsisten dengan yurisprudensi para hakim konstitusi sebelumnya yang menyatakan bahwa sistem *presidential threshold* merupakan kebijakan hukum terbuka atau *open legal policy*. Ini dapat dibuktikan bahwa MK selalu mengutip pertimbangan hakim – hakim terdahulu dalam perkara *presidential threshold* termasuk dalam Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017. Dalam perkara sistem *presidential threshold* ini, dapat penulis katakan bahwa Mahkamah Konstitusi seakan – akan sudah “mengunci” pengertian sistem *presidential threshold* sebagai norma *open legal policy* berdasarkan pertimbangan hukum para hakim yang terdahulu.<sup>44</sup> Karena selalu mengikuti yurisprudensi, maka tak heran jika MK selalu menolak untuk menghapus sistem *presidential threshold* dengan menggunakan alasan *open legal policy* bahkan hingga 16 (enam belas) kali permohonan.<sup>45</sup> Pandangan ini penulis kemukakan karena di dalam yurisprudensi ada yang dinamakan asas *precedent* yang berarti seorang hakim itu terikat pada hakim yang lain.<sup>46</sup> Dalam asas ini, ada beberapa faktor atau alasan mengapa seorang hakim memilih untuk mengikuti putusan atau pemikiran hakim yang terdahulu, yakni:

- 1) Sebab psikologi, artinya seorang hakim memiliki kekuasaan dan pengaruh terutama hakim – hakim di pengadilan yang tertinggi seperti Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi yang dianggap sebagai tempat bagi hakim kualitas terbaik sehingga mempengaruhi pemikiran hakim – hakim setelahnya meskipun tanpa ada paksaan.
- 2) Sebab praktis, artinya seorang hakim yang lebih rendah tingkatannya tentu akan mengikuti putusan hakim yang lebih tinggi darinya semata – mata karena faktor hirarkis.

<sup>44</sup> Lihat Mahkamah Konstitusi, Putusan No. 53/PUU-XV/2017 (2017), 131 – 132.

<sup>45</sup> Sejak tahun 2008 hingga tahun 2020, penulis mencatat setidaknya sudah ada 16 putusan MK terkait *presidential threshold* yaitu: 1) Putusan MK Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, 2) Putusan MK Nomor 56/PUU-VI/2008, 3) Putusan MK Nomor 26/PUU-VII/2009, 4) Putusan MK Nomor 4/PUU-XI/2013, 5) Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, 6) Putusan MK Nomor 46/PUU-XI/2013, 7) Putusan MK Nomor 56/PUU-XI/2013, 8) Putusan MK Nomor 108/PUU-XI/2013, 9) Putusan MK Nomor 49/PUU-XII/2014, 10) Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017, 11) Putusan MK Nomor 59/PUU-XV/2017, 12) Putusan MK Nomor 70/PUU-XV/2017, 13) Putusan MK Nomor 71/PUU-XV/2017, 14) Putusan MK Nomor 72/PUU-XV/2017, 15) Putusan MK Nomor 49/PUU-XVI/2018, 16) Putusan MK Nomor 74/PUU-XVII/2020.

<sup>46</sup> Dudu Duswara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum* (Bandung: PT Refika Aditama, 2000), 97.



- 3) Sebab keyakinan, artinya hakim yang sekarang menganggap bahwa pertimbangan serta putusan hakim yang terdahulu adalah baik dan benar sehingga akan terus diikuti selama hakim tersebut merasa sependapat.<sup>47</sup>

Meskipun Indonesia bukan menganut sistem hukum *common law* yang memberikan porsi besar kepada yurisprudensi sebagai sumber hukum seperti di Inggris ataupun Amerika Serikat, namun hakim MK tetap mengikuti dan menjadikan yurisprudensi sebagai sumber hukum yang sering dipakai meskipun hanya mengikat secara *persuasive precedent*. I Dewa Gede Palguna mengatakan bahwa pada prinsipnya, Mahkamah Konstitusi memang terikat pada putusan – putusan Mahkamah Konstitusi sebelumnya. Namun hal tersebut sebenarnya dapat dibatalkan apabila terjadi perubahan yang fundamental dimasyarakat.<sup>48</sup> Hal ini dapat terjadi dan memang lazim terjadi di Mahkamah Agung Amerika Serikat. Contohnya adalah pada kasus *Plessy v. Ferguson* (1896) bahwa pemisahan sekolah berdasarkan warna kulit adalah konstitusional sepanjang fasilitas yang diberikan itu sama. Namun perkara tersebut dibatalkan oleh putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat pada kasus *Brown v. Board of Education* (1954) yang berpendapat bahwa pemisahan sekolah berdasarkan warna kulit adalah bertentangan dengan konstitusi meskipun fasilitasnya sama.<sup>49</sup>

Pada kasus *presidential threshold* ini, penulis menarik kesimpulan yang dilandasi oleh prasangka baik bahwa saat ini Mahkamah Konstitusi belum melihat adanya perubahan yang fundamental dalam sistem *presidential threshold* sehingga Mahkamah Konstitusi tetap mengikuti prinsip awalnya yakni tunduk pada putusan Mahkamah Konstitusi yang sebelumnya dan enggan untuk membuat putusan baru apalagi membuat sebuah norma baru yang menyalahi putusan MK terdahulu. Dari sini dapat dipahami bahwa khusus dalam persoalan tertentu seperti sistem *presidential threshold* yang telah diputus dalam Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017, Mahkamah Konstitusi selalu menolak untuk menggunakan *judicial activism* meskipun kebijakan tersebut adalah kebijakan yang tidak baik dan melanggar faktor yang penulis sebutkan diatas. Berbeda dengan perkara calon kepala daerah independen dalam Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007. Dalam perkara *a quo*, yurisprudensi yang ada hanyalah Putusan MK Nomor 006/PUU-III/2005 yang memiliki perbedaan batu uji. Sedangkan dalam perkara *presidential*

<sup>47</sup> Dudu, *Pengantar Ilmu*, 99.

<sup>48</sup> I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi & Dinamika Politik Hukum di Indonesia* (Depok: Rajawali Press, 2020), 118.

<sup>49</sup> I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak – Hak Konstitusional Warga Negara* (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), 388 – 398.



*threshold*, ada beberapa batu uji yang berbeda namun ada pula yang dimohonkan kembali karena diatur oleh undang – undang yang berbeda. Dan menurut pengamatan penulis karena MK belum menemukan sesuatu hal yang mendasar yang berubah di masyarakat, maka MK akan selalu mengikuti yurisprudensi hakim – hakim sebelumnya karena terikat oleh asas *precedent*.

## **b. Faktor Permohonan**

Faktor yang kedua adalah faktor substansi permohonan yang diajukan. Substansi permohonan berarti poin atau masalah apa yang hendak di uji oleh Mahkamah Konstitusi, apakah aspek formilnya atau aspek materilnya.<sup>50</sup> Apabila sebuah permohonan menghendaki adanya pembuatan norma hukum baru dengan menerapkan doktrin *judicial activism* terhadap norma khususnya yang dianggap sebagai *open legal policy*, maka masalah yang hendak diuji adalah aspek materilnya, bukan formil. Dalam permohonan ini peran para pemohon dan kuasa hukum adalah sebuah yang sangat penting. Sebab, Mahkamah Konstitusi akan mengabulkan sebuah permohonan dan bahkan akan membuat norma baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* apabila si pemohon membuat argumen yang logis dan bagus dalam permohonannya. Maka dari itu sangat penting pemohon dalam permohonannya, khususnya pada tahap pembuktian, untuk membuktikan bahwa sebuah norma undang – undang yang dipermasalahkan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Hal ini dapat kita amati bersama dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan 5/PUU-V/2007. Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005, para pemohon hanya mendalilkan bahwa pelarangan atau tidak diaturnya tentang pembolehan calon kepala daerah independen untuk maju dalam Pilkada adalah merupakan hal yang bertentangan dengan UUD 1945 sehingga harus dibatalkan.<sup>51</sup> Dalil ini menurut majelis hakim MK, pada saat itu, tidak cukup kuat untuk mengatakan bahwa pelarangan atas aturan tersebut bertentangan dengan konstitusi. Dan karena dalil pemohon tidak dapat membuat hakim MK yakin jika aturan tersebut bertentangan dengan UUD 1945, maka Mahkamah Konstitusi saat itu menolaknya dengan berbagai macam pertimbangan hukum. Namun ketika substansi yang sama diajukan kembali dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007 dengan perspektif yang berbeda, Mahkamah Konstitusi pun mengabulkannya dan bahkan membuat norma hukum baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism*. Hal ini terjadi karena dalam putusan *a quo*,

<sup>50</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang – Undang* (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), 114.

<sup>51</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan No. 006/PUU-III/2005 (2005), 19.

para pemohon memberikan dalil bahwa pengaturan tentang calon kepala daerah independen untuk maju dalam Pilkada yang hanya diatur dalam provinsi Aceh memberikan diskriminasi terhadap hak warga negara di provinsi lainnya.<sup>52</sup> Karena ada perbandingan antara provinsi Aceh dengan provinsi lain dan aspek diskriminasi itulah dapat meyakinkan para hakim Mahkamah Konstitusi sehingga MK merasa bahwa aturan tersebut memang memberikan diskriminasi dan bertentangan dengan UUD 1945 yang pada akhirnya harus dibatalkan dan dibuat aturan baru untuk pemolehan calon kepala daerah independen maju dalam Pilkada. Dapat dikatakan bahwa argumen, dalil atau pembuktian para pemohon di persidangan sangat mempengaruhi konsistensi dan juga keyakinan hakim MK dalam menerapkan doktrin *judicial activism*. Jika sebuah permohonan ditolak oleh MK, maka pemohon dan kuasa hukum sebaiknya mengevaluasi permohonan mereka secara seksama. Bila diperlukan, permohonan harus mengganti batu uji mereka dari satu pasal ke pasal lain yang ada didalam UUD 1945 serta menambahkan dalil atau bukti yang lebih relevan dan mutakhir untuk dijadikan landasan pertimbangan hukum. Sebab, apabila permohonan para pemohon memiliki alasan yang tidak jelas dan kurang logis atau mengaitkan dengan batu uji yang salah, maka hal tersebut tidak dapat meyakinkan Mahkamah Konstitusi sehingga Mahkamah Konstitusi tidak akan mengabulkan permohonan para pemohon.

### c Faktor Paradigma Berpikir Hakim Mahkamah Konstitusi

Selain dua faktor yang telah penulis sebutkan sebelumnya, ada satu lagi faktor yang mengambil peran penting bagi Mahkamah Konstitusi dalam membuat norma hukum baru dengan menerapkan doktrin *judicial activism* yakni faktor sudut pandang hakim atau doktrin yang diambil oleh hakim MK terkait peran MK sebagai *negative legislature* atau *positive legislature*. Sebagai *the guardian of constitution*, Mahkamah Konstitusi memiliki perkembangan dan pergeseran paradigma hukum terkait peran MK sebagai *negative legislature* belaka ataukah dapat pula menjadi *positive legislature* dalam keadaan tertentu. Pembahasan ini tentu tidak bisa dilepaskan dari latar belakang sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law*. Dalam sistem hukum *civil law*, undang – undang hasil proses legislasi jauh lebih dikedepankan dibandingkan dengan pembuatan hukum oleh hakim. Berbeda dengan sistem hukum *common law* yang pada dasarnya memberikan porsi yang besar kepada hakim untuk membuat sebuah

<sup>52</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan No. 5/PUU-V/2007 (2007), 55.

hukum baru dalam putusannya.<sup>53</sup> Untuk itu pada ide awal pembentukannya, Mahkamah Konstitusi tidak boleh mencampuri urusan legislatif sehingga Mahkamah Konstitusi dilarang untuk membuat putusan yang bersifat mengatur (norma baru), membatalkan undang – undang yang dinyatakan *open legal policy* (tidak diatur secara tegas oleh UUD 1945) serta tidak boleh membuat putusan yang *ultra petita* apalagi ditambahi dengan sifat *positive legislature*.<sup>54</sup> Mahkamah Konstitusi hanya didesain untuk menjaga peraturan perundang – undangan agar tetap konsisten, sejalan, dan tidak bertentangan dengan UUD 1945 dengan menjadi *negative legislature*. Sejalan dengan ini, Mahfud MD pernah mengatakan bahwa dalam melaksanakan tugas dan kewenangannya, Mahkamah Konstitusi memiliki beberapa aturan yang harus ditaati salah satunya adalah tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur (norma hukum) dan tidak boleh memutus lebih dari apa yang dimohonkan para pemohon (*ultra petita*).<sup>55</sup>

Namun seiring berjalannya waktu, peran Mahkamah Konstitusi bergerak dari *negative legislature* kearah *positive legislature* karena tuntutan keadaan didalam praktik. Ditambah lagi dengan menguatnya prinsip “*judge made law*” dalam bidang konstitusi.<sup>56</sup> Hal ini dilandasi oleh dalil bahwa pembuatan hukum yang dilakukan oleh lembaga legislatif akan selalu memiliki celah meskipun sudah melalui proses yang cukup baik sehingga hakim diharapkan dapat mengisi celah tersebut dengan menjadi *positive legislature* yang berdasarkan atas keadilan substantif. Selain alasan tersebut, ada hal lain yang lebih fundamental untuk mengubah MK dari *negative legislature* ke *positive legislature* yakni adanya tuntutan untuk menggali serta menghadirkan nilai keadilan substantif bagi masyarakat. Menurut penulis, hal inilah yang menyebabkan Mahkamah Konstitusi berani membuat sebuah norma baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007. Majelis hakim MK melihat bahwa pembolehan calon kepala daerah independen maju dalam Pilkada hanya di provinsi Aceh justru akan menimbulkan diskriminasi terhadap hak politik warga negara lain diluar provinsi Aceh. Maka demi tercapainya keadilan yang substantif, MK memperbolehkan seluruh provinsi untuk mencalonkan kepala daerah independen sama seperti yang ada di provinsi Aceh. Dan untuk mewujudkan hal ini, MK tidak bisa hanya menjadi *negative legislature* karena aturan tersebut tidak pernah

<sup>53</sup> Martitah, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?* (Jakarta: Konstitusi Press, 2013), 51.

<sup>54</sup> Martitah, *Mahkamah Konstitusi*, 174.

<sup>55</sup> Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Isu* (Jakarta: Rajawali Press, 2009), 278.

<sup>56</sup> Martitah, *Mahkamah Konstitusi*, 176.

ada sebelumnya. Artinya jika MK tidak menjadi *positive legislature* maka akan menimbulkan persoalan kekosongan hukum. Untuk itu MK membuat sebuah aturan baru demi terwujudnya keadilan hak politik warga negara di seluruh wilayah di Indonesia dan menghindari terjadinya kekosongan hukum.

Hal ini berbeda dengan putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017. Dalam putusan ini, lagi – lagi penulis berprasangka baik terhadap MK bahwa saat ini, bahwa MK masih belum menemukan kerugian atau pelanggaran yang fundamental dengan penerapan sistem *presidential threshold*. Selain itu dengan kebijakan *presidential threshold* dan juga putusan *a quo*, MK menganggap tidak menimbulkan kekosongan hukum sehingga tidak perlu untuk membuat sebuah norma hukum yang sifatnya mengatur. Meskipun sebenarnya penulis tidak sependapat dengan putusan MK *a quo*, namun penulis menghormati dan meyakini bahwa MK belum mau menghapus sistem *presidential threshold* atau mengubah aturan tersebut dengan membuat sebuah norma baru yang lebih baik dari sebelumnya karena MK merasa belum perlu untuk melakukan hal itu. MK berpendapat bahwa sistem *presidential threshold* ini masih relevan untuk diterapkan di Indonesia karena untuk memperkuat sistem *presidential* serta untuk menyederhanakan partai politik secara alami di Indonesia. Selain itu, hal mendasar yang melatarbelakangi MK untuk terus menolak mengabulkan perkara *a quo* adalah karena sistem *presidential threshold* dianggap sebagai *open legal policy*. Yang cukup penting untuk digaris bawahi dalam penelitian ini adalah bahwa Mahkamah Konstitusi di Indonesia sudah berani mengambil peran sebagai *positive legislature*. Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu dari cabang kekuasaan kehakiman tidak hanya memiliki peran untuk mempertahankan undang – undang namun juga memiliki peran untuk mempertahankan serta mewujudkan konstitusi. Dengan kata lain, Mahkamah Konstitusi memiliki peran untuk menemukan hukum. Menurut Zainal Arifin Hoesein, penemuan hukum dalam lembaga yudikatif berarti:

*“upaya untuk merumuskan hukum yang digali dari nilai – nilai yang berkembang dalam masyarakat atas suatu sengketa atau perkara bahwa hukum positif belum mengaturnya, sehingga masyarakat dapat memperoleh rasa keadilan dan implikasinya keputusan hakim tersebut dapat dijadikan sebagai salah satu sumber hukum atau menjadi hukum baru”.*<sup>57</sup>

Penemuan hukum disini dapat pula diartikan sebagai sebuah proses untuk melakukan pembaharuan hukum kearah yang lebih baik. Dalam konteks

<sup>57</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 151.

pembahasan ini, penemuan hukum yang menuju pada pembaharuan hukum dengan menggunakan *judicial activism* harus bisa memperkuat posisi undang – undang dalam kehidupan bernegara. Dan Mahkamah Konstitusi memiliki peran yang besar dalam hal ini karena Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu cabang lembaga peradilan mampu untuk menerjemahkan segala macam peristiwa konkrit ketika dihadapkan kepada norma hukum yang bersinggungan dengan asas kepastian, kemanfaatan, dan juga keadilan yang diajukan dalam permohonan.<sup>58</sup> Untuk itu, Mahkamah Konstitusi diharapkan mampu untuk menjadi salah satu lembaga yang banyak berkontribusi dalam pembaharuan hukum di Indonesia sehingga mampu menuntaskan tugasnya untuk mengabdikan kepada manusia serta kemanusiaan. Dikaitkan kembali dengan teori Roscoe Pond yakni *law as a tool of social engineering*, bahwa penting memaknai hukum bukan hanya sebagai alat untuk menangkap aspirasi dan kebutuhan masyarakat namun juga harus menjadi acuan untuk perbaikan kondisi sosial, ekonomi, budaya, dan politik dimasa yang akan datang.<sup>59</sup> Artinya, sebuah hukum bukan hanya norma statis yang mengutamakan kepastian dan ketertiban, tetapi hukum adalah sebuah norma yang mampu melakukan perubahan dengan cepat sehingga mampu merekayasa masyarakat dalam mencapai cita – cita yang hendak dicapai.<sup>60</sup>

Apabila Mahkamah Konstitusi mengambil peran sebagai *negative legislature* namun tidak menutup kemungkinan menjadi *positive legislature* dalam keadaan tertentu, maka proses penemuan dan pembaharuan hukum di Indonesia akan lebih cepat dibanding saat ini. Dengan adanya pembaharuan hukum tersebut maka dapat dipastikan bahwa posisi undang-undang yang selama ini mungkin dianggap sudah tidak relevan dapat diganti secara lebih praktis oleh Mahkamah Konstitusi tanpa adanya proses politik yang sangat rumit sebagaimana yang terjadi di parlemen. Pembaharuan hukum di sini bukan berarti dilakukan secara sewenang – wenang oleh Mahkamah Konstitusi tanpa adanya batasan atau aturan tertentu, namun masih tetap mengikuti koridor hukum yang berlaku di Indonesia. Apabila pergeseran paradigma ini terjadi secara masif di dalam lembaga peradilan khususnya Mahkamah Konstitusi, maka posisi undang-undang akan semakin menguat dalam kehidupan berbangsa dan bernegara karena hukum yang berlaku tidak hanya mengakomodir asas kepastian hukum atau keadilan prosedural semata,

<sup>58</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 160.

<sup>59</sup> Roscoe Pond, *An Introduction to the Philosophy of Law – with a new introduction by Marshal L. De Rosa* (New Brunswick & London: Yale University Press, 1999), 4, dalam Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 161.

<sup>60</sup> Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian* (Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia, 2009), 164-165, dalam Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 161.

namun juga mementingkan prinsip manfaat untuk kesejahteraan masyarakat serta keadilan substantif yang sebenar – benarnya.

### C. KESIMPULAN

*Pertama*, Mahkamah Konstitusi tidak selalu konsisten dalam menerapkan doktrin *judicial activism* untuk membuat sebuah norma baru yang bersifat mengatur dalam setiap putusannya. Hal ini dapat dibandingkan dalam Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 dan 53/PUU-XV/2017. Meskipun dua putusan tersebut memiliki kesamaan yakni sama – sama telah memberikan diskriminasi dan membuat tingkat partisipasi masyarakat menurun, namun dalam putusannya MK hanya mengabulkan dan membuat norma baru dalam perkara pembolean calon kepala daerah Independen untuk maju dalam Pilkada diseluruh provinsi di Indonesia sedangkan dalam perkara sistem *presidential threshold*, MK enggan untuk mengabulkan permohonan pemohon apalagi membuat norma hukum baru.

*Kedua*, ketidakkonsistenan Mahkamah Konstitusi tersebut dapat terjadi karena beberapa faktor diantaranya, 1) faktor yurisprudensi hakim MK yang terdahulu yang berpendapat bahwa sistem *presidential threshold* termasuk *open legal policy*, 2) faktor dalil dan substansi permohonan yang tidak dapat meyakinkan mayoritas hakim MK, dan 3) faktor paradigma berpikir hakim bahwa MK merupakan *negative legislature* yang dapat bertindak sebagai *positive legislature* dalam keadaan tertentu dan jika diperlukan.

### DAFTAR PUSTAKA

#### Buku

- Asshiddiqie, Jimly. *Hukum Acara Pengujian Undang – Undang*. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- Fishkin, James S. *When the People Speak*. London: Oxford University Press, 2009.
- Hoesein, Zainal Arifin. *Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*. Jakarta: Imperium, 2013.
- Machmudin, Dudu Duswara. *Pengantar Ilmu Hukum*. Bandung: PT Refika Aditama, 2000.
- Manan, Bagir Manan. *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*. Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia, 2009.
- Martitah. *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?*. Jakarta: Konstitusi Press, 2013.



- MD, Mahfud. *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Isu*. Jakarta: Rajawali Press, 2009.
- Muluk, Khairul. *Menggugat Partisipasi Publik dalam Pemerintahan Daerah*. Malang: Lembaga Penerbitan dan Dokumentasi FIA – Unibraw, 2007.
- Palguna, I Dewa Gede. *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak – Hak Konstitusional Warga Negara*. Jakarta: Sinar Grafika, 2013.
- Palguna, I Dewa Gede. *Mahkamah Konstitusi & Dinamika Politik Hukum di Indonesia*. Depok: Rajawali Press, 2020.
- Sastropoetro, Santoso. *Partisipasi, Komunikasi, Persuasi, dan Disiplin dalam Pembangunan Nasional*. Bandung: Alumni, 2000.
- Tanya, Bernard L., Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage. *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Yogyakarta: Genta Publishing. 2019.

## Jurnal

- Amarini, Indriati. "Implementation of Judicial Activism in Judge's Decision." *Jurnal Hukum Dan Peradilan* 8, no. 1 (2019): 21-38. <http://dx.doi.org/10.25216/jhp.8.1.2019.21-38>.
- Ansori, Lutfil. "Telaah Terhadap Presidential Threshold dalam Pemilu Serentak 2019." *Jurnal Yuridis* 4, no. 1, (Juni 2017): 15-27.
- Benuf, Kornelius & Azhar, Muhammad. "Metodologi Penelitian Hukum Sebagai Instrumen Mengurai Permasalahan Hukum Kontemporer." *Jurnal Gema Keadilan* 7, no. 1 (August 7, 2020): 20-33. <https://doi.org/10.14710/gk.7.1.20-33>.
- Faiz, Pan Mohammad. "Dimensi Judicial Activism Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 13, no. 2 (2016): 407-430. <https://doi.org/10.31078/jk1328>.
- Garavito, César Rodríguez. "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America." *Texas Law Review*, 89, No. 7, (2011): 1670-1698.
- Goffar, Abdul. "Problematika Presidential Threshold: Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pengalaman di Negara Lain." *Jurnal Konstitusi* 15, no. 3 (September 2018): 481-501. <https://doi.org/10.31078/jk1532>.
- Kmiec, Keenan D. "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'." *California Law Review* 92, no. 5 (Oktober 2004): 1442-1476. <https://doi.org/10.2307/3481421>.
- Mukhtarrija, Muhammad, I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani dan Agus Riwanto. "Inefektifitas Pengaturan Presidential Threshold dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum." *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 24, no. 4 (Oktober 2017): 644-662.

Prabowo, Bagus Surya. "Menggagas *Judicial Activism* dalam Putusan *Presidential Threshold* di Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi* 19, no. 1 (Maret 2022): 74-96. <https://doi.org/10.31078/jk1914>.

Wibisana, Andri Gunawan. "Menulis di Jurnal Hukum: Gagasan, Struktur dan Gaya." *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, 49, no. 2 (2019): 471-496. <https://doi.org/10.21143/jhp.vol49.no2.2014>.

Young, Ernest A. "Judicial Activism and Conservative Politics." *University of Colorado Law Review* 73, no. 4 (September 2002): 1139-1216.

### **Konstitusi dan Undang-Undang**

Indonesia. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (1945).

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, LN No. 165, TLN No. 3886.

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah, LN No. 125, TLN No. 4437.

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, LN No. 62, TLN No. 4633.

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, LN No. 157, TLN No. 5076.

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik, LN No. 8, TLN No. 5189.

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum, LN No. 182, TLN No. 6109.

### **Putusan Mahkamah Konstitusi**

Mahkamah Konstitusi. Putusan MK No. 006/PUU-III/2005 (2005).

Mahkamah Konstitusi. Putusan MK No. 5/PUU-V/2007 (2007).

Mahkamah Konstitusi. Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017 (2017).

Mahkamah Konstitusi. Putusan MK No. 74/PUU-XVII/2020 (2020).