

Anotasi Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-XIV/2016 dalam Perspektif Hermeneutika Hukum

Muhammad Fajar Hidayat

Fakultas Hukum Universitas Maritim Raja Ali Haji
Jalan Raya Dompok, Pulau Dompok, Tanjungpinang, Kepulauan Riau
E-mail: muhammad.fajar.hidayat@gmail.com

Ririen Ambarsari

Fakultas Hukum Universitas Kanjuruhan Malang
Jalan S. Supriadi No. 48, Malang, Jawa Timur
E-mail: ririen_ambarsarie@unikama.ac.id

DOI: <http://dx.doi.org/10.51825/nhk.v3i2.8573>

Info Artikel

| Submitted: 16 Juli 2020

| Revised: 21 Oktober 2020

| Accepted: 21 Oktober 2020

How to cite: Muhammad Fajar Hidayat, Ririen Ambarsari, "Anotasi Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/Puu-Xiv/2016 dalam Perspektif Hermeneutika Hukum", *Nurani Hukum : Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 3 No. 2, (Desember, 2020)", hlm. 1-14.

ABSTRACT

In its verdict read out on December 14, 2017 against case Number 46 / PUU-XIV / 2016, the Constitutional Court ruled in rejecting the lawsuit for adultery and same-sex, or lesbian, gay, bisexual, transgender (LGBT) matters that are regulated in the Criminal Code with the Petitioner namely Prof. Dr. Ir. Euis Sunarti, M.S. and friends. In principle, the Petitioners request that the Constitutional Court omit a number of verses, words and / or phrases in Article 284 paragraph (1), paragraph (2), paragraph (3), paragraph (4), paragraph (5), Article 285 and Article 292 Criminal Code. Although there are dissenting opinions from 4 (four) Constitutional Justices namely Arief Hidayat, Anwar Usman, Wahiduddin Adams, and Aswanto, still 5 (five) other Constitutional Justices namely Maria Farida Indrati, I Dewa Gede Palguna, Suhartoyo, Manahan MP Sitompul, and Saldi Isra argued that the MK only had the authority as a negative legislator. That is, the Constitutional Court can only cancel the Act and cannot take the authority of Parliament in making laws or regulations as positive legislators. The purpose of this study is to find out and analyze whether the Constitutional Court Decision reflects the sense of justice that lives in the community or not when analyzed in the perspective of legal hermeneutics. The research method used is legal research. The results showed that the Constitutional Court's Decision, did not reflect a sense of justice that lives in the community when analyzed in the perspective of legal hermeneutics. The Constitutional Court's decision emphasizes the aspect of legal certainty at the expense of justice and expediency. The needs of positive legislators are not partial but comprehensive needs. Positive legislators see that judges must have an idea of substantive justice that changes with the development of society, not merely procedural justice. Positive legislators by expanding the scope of a criminal act (strafbaar feit) can be done, when the norms of the law actually reduce and even conflict with religious values and the divine light which is basically 'given' for the order and welfare of human life.

Keywords: *Legal Certainty, Justice and Utilization.*

ABSTRAK

Dalam putusannya yang dibacakan pada tanggal 14 Desember 2017 terhadap perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016, Mahkamah Konstitusi memutuskan menolak gugatan uji materi tentang zina dan hubungan sesama jenis atau Lesbian, Gay, Biseksual, Transgender (LGBT) yang diatur dalam KUHP dengan Pemohon yakni Prof. Dr. Ir. Euis Sunarti, M.S. dan kawan-kawan. Pada prinsipnya, para Pemohon memohon agar MK menghilangkan sejumlah ayat, kata dan/atau frasa dalam Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP. Walaupun ada pendapat berbeda (*dissenting opinion*) dari 4 (empat) orang Hakim Konstitusi yakni Arief Hidayat, Anwar Usman, Wahiduddin Adams, dan Aswanto, tetap saja 5 (lima) orang Hakim Konstitusi lainnya yakni Maria Farida Indrati, I Dewa Gede Palguna, Suhartoyo, Manahan MP Sitompul, dan Saldi Isra berpendapat bahwa MK hanya memiliki kewenangan sebagai *negative legislator*. Artinya, MK hanya dapat membatalkan UU dan tidak dapat mengambil kewenangan Parlemen dalam membuat UU atau peraturan sebagai *positive legislator*. Tujuan penelitian ini untuk mengetahui dan menganalisis apakah Putusan MK tersebut sudah mencerminkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat atau tidak apabila dianalisis dalam perspektif hermeneutika hukum. Metode penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum. Hasil penelitian menunjukkan bahwa Putusan MK tersebut, belum mencerminkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat apabila dianalisis dalam perspektif hermeneutika hukum. Putusan MK tersebut lebih mengedepankan aspek kepastian hukum semata dengan mengorbankan keadilan dan kemanfaatan. Kebutuhan *positive legislator* bukan kebutuhan yang parsial tapi komprehensif. *Positive legislator* lebih melihat bahwa hakim harus memiliki gagasan keadilan substantif yang berubah mengikuti perkembangan masyarakat, tidak semata-mata keadilan prosedural. *Positive legislator* dengan memperluas ruang lingkup suatu tindak pidana (*strafbaar feit*) dapat dilakukan, manakala norma undang-undang secara nyata mereduksi dan bahkan bertentangan dengan nilai agama dan sinar ketuhanan yang pada dasarnya bersifat 'terberi' (*given*) bagi ketertiban dan kesejahteraan kehidupan manusia.

Kata Kunci: *Kepastian Hukum, Keadilan, dan Kemanfaatan.*

A. LATAR BELAKANG

Beberapa waktu lalu menjadi sorotan publik putusan Mahkamah Konstitusi yang menolak permohonan *judicial review* terkait zina dan hubungan sesama jenis atau Lesbian, Gay, Biseksual, Transgender (LGBT) yang diatur dalam KUHP. Ada tiga pasal KUHP yang dimohon oleh Prof. Dr. Ir. Euis Sunarti, M.S. dan kawan-kawan untuk diuji oleh Mahkamah Konstitusi, yaitu :

1. Pasal 284 ayat 1 sampai ayat 5 KUHP tentang perzinahan, dimana semula terbatas dalam kaitan pernikahan dimohonkan untuk diperluas untuk konteks di luar pernikahan;
2. Pasal 285 KUHP tentang perkosaan, dimana semula terbatas laki-laki terhadap perempuan, dimintakan untuk diperluas dari laki-laki ke laki-laki ataupun perempuan ke laki-laki;
3. Pasal 292 KUHP dimana Pemohon meminta para pelaku seks menyimpang atau dalam hal ini LGBT, diminta jangan hanya dibatasi oleh orang dewasa.

Pada prinsipnya, pemohon ingin memperluas arti tentang zina dan praktik zina di kalangan LGBT. Sementara hakim MK, meski diwarnai perbedaan pendapat (*dissenting opinion*), menolak uji materi pemohon.

Putusan ini menghasilkan pro dan kontra pendapat dari berbagai pihak. Para pegiat Hak Asasi Manusia (HAM) memandang bahwa pengajuan uji materiil ini sebagai upaya sekelompok masyarakat yang akan membuat kehidupan pribadi menjadi urusan politik. Sebaliknya, Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Masyarakat menyatakan bahwa melalui putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi “menolak menjadi lembaga yang dapat mengkriminalisasi suatu perbuatan”, dan “menegaskan kewenangannya sebagai *negative legislator* dan tidak bisa menjadi *positive legislator*

sebagaimana dimintakan oleh pemohon. LBH Masyarakat menambahkan bahwa MK telah menjaga hak atas privasi warga negaranya, tidak menambah over populasi penjara, mencegah terjadinya persekusi terhadap kelompok minoritas gender dan perempuan, menjauhkan regulasi yang memungkinkan mundurnya kesuksesan intervensi HIV, serta menjaga keberadaan pasal yang melindungi anak-anak dari hubungan seksual yang terjadi karena relasi kuasa dari orang yang lebih dewasa secara usia.

Sesuai dengan isu hukum yang telah ditetapkan dalam penelitian ini, maka jenis penelitian ini merupakan penelitian hukum. Penelitian hukum (*legal research*) adalah menemukan kebenaran koherensi, yaitu adakah aturan hukum sesuai norma hukum dan adakah norma yang berupa perintah atau larangan itu sesuai dengan prinsip hukum, serta apakah tindakan (*act*) seseorang sesuai dengan norma hukum (bukan hanya sesuai aturan hukum) atau prinsip hukum.¹

Dalam penelitian hukum terdapat beberapa macam pendekatan. Dengan pendekatan tersebut, peneliti akan mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu yang sedang dicoba untuk dicari jawabnya.² Penulis menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*).

Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini ada 2 yaitu bahan hukum primer dan sekunder. Bahan hukum primer yang dimaksud yaitu Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

¹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum (Edisi Revisi)*, Kencana, Jakarta, 2017, hlm. 47.

² *Ibid.*, hlm. 133.

sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dan Putusan MK RI No. 46/PUU-XIV/2016. Bahan hukum sekunder berupa buku-buku teks hukum. Bahan non hukum berupa buku pegangan kesehatan publik dan akronim, kamus inisialisasi dan singkatan.

Pengumpulan bahan hukum yang bersifat normatif dilakukan dengan studi literatur, dokumen-dokumen yang berhubungan dengan penelitian baik secara konvensional maupun melalui media elektronik. Bahan-bahan hukum yang diperoleh dalam penelitian ini akan dikumpulkan kemudian diklasifikasikan menurut permasalahan yang akan dibahas. Bahan hukum yang kaitannya dengan masalah yang akan diteliti kemudian diinterpretasikan dengan hukum yang berlaku.

Teknik analisis bahan hukum dilakukan dengan cara penafsiran. Dalam hal ini, penulis melakukan penafsiran gramatikal dan penafsiran sistematik.³ Penafsiran gramatikal dilakukan dengan cara menafsirkan undang-undang menurut arti perkataan (istilah). Penafsiran sistematik dilakukan dengan cara menafsirkan peraturan perundang-undangan dihubungkan dengan peraturan perundangan lainnya.⁴

Menurut Gustav Radbruch, ada tiga ide dasar hukum (*rechtsidee*) yang oleh sebagian besar pakar teori hukum dan filsafat hukum, juga diidentikkan sebagai tiga tujuan hukum yaitu keadilan (*gerechtigkeith*), kemanfaatan (*zweckmaeszigkeith*) dan kepastian hukum (*rechtssicherheit*).⁵ Radbruch mengajarkan

bahwa diperlukan penggunaan asas prioritas dalam menentukan tujuan hukum itu, dimana prioritas pertama adalah keadilan, kedua adalah kemanfaatan, dan terakhir barulah kepastian hukum.⁶ Ketika hakim dihadapkan dengan pilihan antara keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, maka ia harus mengutamakan keadilan, barulah kemanfaatan dan yang terakhir kepastian hukum.⁷

Dalam satu kasus, tiga tujuan hukum di atas tidak mungkin bisa dicapai sekaligus. Barangkali hanya ada satu atau paling banyak dua tujuan yang bisa tercapai karena sering sekali antara satu tujuan hukum bertentangan atau berhadapan-hadapan dengan tujuan hukum yang lainnya. Perdebatan yang paling sering terjadi adalah antara tujuan hukum yang mengedepankan kepastian hukum dan yang menginginkan keadilan. Indonesia menggunakan sistem hukum eropa kontental (civil law) yang esensinya adalah hukum dianggap ada apabila sudah dibuat secara tertulis dan tujuan yang hendak dicapai yaitu kepastian hukum. Sedangkan pada sistem hukum anglo saxon (common law), hukum itu bukan hanya yang dibuat secara tertulis tapi hakim juga bisa membuat hukum melalui keputusannya (*judge made law*) dan tujuan yang hendak dicapai yaitu keadilan.

Putusan MK tersebut jika dibedah lebih mendalam dengan melihat pendapat para hakim sehingga terjadinya *dissenting opinion* maka jelaslah bahwa perdebatan yang terjadi di sana adalah antara 5 (lima) hakim yang mengedepankan aspek kepastian hukum dan 4 (empat) hakim yang mengedepankan aspek keadilan dan kemanfaatan. Bila merujuk pendapat dari Radbruch di atas, seharusnya hakim itu lebih mengedepankan keadilan daripada kepastian hukum semata. Untuk apa ada

³ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Alumni, Bandung, 2012, hlm. 9-10.

⁴ *Ibid.*

⁵ Achmad Ali, *Menyibak Tabir Hukum*, Gunung Agung, Jakarta, 2002, hlm. 3.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

kepastian hukum tapi tidak bisa memberikan keadilan dan kemanfaatan bagi masyarakat.

Secara normatif telah jelas bahwa hanya ada 3 (tiga) jenis putusan MK yakni permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak. Tapi, secara teoritis dan praktis pula terdapat jenis putusan lainnya yakni membentuk norma. Jenis putusan ini telah lama tumbuh dan hidup di MK, para hakim sebenarnya telah lama mengetahui keberadaan jenis putusan ini. Tapi, kenapa dalam perkara ini MK menyatakan secara tegas bahwa MK tidak dapat membentuk norma. Apabila dilihat dari sejarahnya, pertentangan antara *negative legislator* dengan *positive legislator* sudah terjadi sejak MK itu ada. Bahkan, perdebatan ini telah sampai di ruang DPR, sebagian Anggota DPR menilai bahwa MK selama ini kebablasan, keluar dari khittah pembentukannya yakni mengambil fungsi DPR sebagai pembentuk Undang-Undang dan kenyataannya MK tetap pada keyakinannya, bahkan MK berdalil bahwa adanya putusan yang bersifat *positive legislator* dalam rangka mewujudkan keadilan substantif.⁸

Terkait dengan Putusan MK di atas, 5 (lima) orang Hakim Konstitusi berpendapat bahwa secara doktriner, pembentukan Mahkamah Konstitusi dimaksudkan untuk memiliki kewenangan sebagai *negative legislator*. Artinya, Mahkamah Konstitusi hanya dapat membatalkan Undang-Undang dan tidak dapat mengambil kewenangan parlemen dalam membuat undang-undang atau peraturan.⁹ Maka, argumentasi 5 (lima) orang Hakim Konstitusi yang membatasi bahwa *positive legislator* tidak dapat dilakukan ketika menyangkut norma hukum pidana

menurut penulis tidaklah tepat. Kebutuhan *positive legislator* bukan kebutuhan yang parsial tapi komprehensif. *Positive legislator* lebih melihat bahwa hakim harus memiliki gagasan keadilan substantif yang berubah mengikuti perkembangan masyarakat, tidak semata-mata keadilan prosedural. Hal ini persis yang dinyatakan oleh 4 (empat) orang Hakim Konstitusi dalam *dissenting opinion* yakni "*positive legislator* dengan memperluas ruang lingkup suatu tindak pidana (*strafbaar feit*) dapat dilakukan, manakala norma undang-undang secara nyata mereduksi dan bahkan bertentangan dengan nilai agama dan sinar ketuhanan yang pada dasarnya bersifat 'terberi' (*given*) bagi ketertiban dan kesejahteraan kehidupan manusia."¹⁰

Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara. Penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara sesuai dengan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 alinea keempat yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, dan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Seseorang tidak boleh dibiarkan berbuat bebas semaunya atas dasar Hak Asasi Manusia (HAM) apabila perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai agama. Oleh sebab itu, apabila UUD 1945 bertentangan/bersinggungan dengan nilai agama (*religion*) maka UUD 1945 sebagai konstitusi yang berketuhanan (*Godly Constitution*) harus menegaskan jati dirinya sebagai penjamin *freedom of religion* dan bukan *freedom from religion* sehingga segala kepastian hukum dalam bentuk norma Undang-Undang yang bertentangan dengan nilai agama haruslah dinyatakan bertentangan

⁸ <https://news.detik.com/kolom/d-3776123/zina-lgbt-dan-putusan-mk>, diakses tanggal 3 Januari 2019.

⁹ Lihat Putusan MK RI No. 46/PUU-XIV/2016.

¹⁰ *Ibid.*

dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Berdasarkan ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dapatlah diketahui bahwa "Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat". Ini artinya, Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat (*living law*) seperti hukum agama dan hukum adat serta rasa keadilan yang diyakini oleh masyarakat. Dalam kasus tersebut, saya menilai MK belum maksimal dalam mengikuti ketentuan Pasal tersebut. Hal ini dapat dilihat dari 5 (lima) orang Hakim Konstitusi mendasarkan pendapatnya dari perspektif yuridis semata dan dalam mengambil keputusan belum optimal untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Dari segi sosiologis, jelaslah bahwa mayoritas masyarakat Indonesia menginginkan agar zina dan LGBT itu dilarang karena hal tersebut tidak sesuai dengan hukum agama yang ada di Indonesia. Sayangnya, hal tersebut belum bisa direalisasikan karena Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang dipakai masih mengacu pada ketentuan peninggalan Belanda itu atau yang lebih dikenal dengan *Wetboek van Strafrecht* (*WvS*). Memang, ada usaha untuk merevisi KUHP tersebut agar sesuai dengan nilai-nilai yang berlaku di masyarakat Indonesia. Namun, setelah hampir 55 tahun belum juga terealisasi.

Banyaknya perilaku main hakim sendiri (*eigenrichting*) yang selama ini dilakukan masyarakat terhadap pelaku hubungan seksual terlarang (baik dalam bentuk zina, perkosaan, maupun homoseksual) justru terjadi karena nilai agama dan *living law* masyarakat Indonesia tidak diakomodir dalam sistem

hukum pidana Indonesia sehingga jika norma hukum (*legal substance*) tersebut diperbaiki maka diharapkan struktur hukum (*legal structure*) dan budaya hukum (*legal culture*) masyarakat di Indonesia dalam menyikapi fenomena di atas dapat berubah menjadi lebih baik lagi. Hal inilah yang mendorong para pemohon untuk menguji beberapa pasal terkait zina dan LGBT tersebut ke Mahkamah Konstitusi.

Berdasarkan latar belakang masalah tersebut, yang menjadi rumusan masalah dalam penelitian ini yaitu apakah Putusan MK RI No. 46/PUU-XIV/2016 sudah mencerminkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat apabila dianalisis dalam perspektif hermeneutika hukum ?

Adapun unsur kebaruan (*novelty*) dari artikel ini adalah penulis menggunakan perspektif hermeneutika hukum untuk menganalisis Putusan MK tersebut apakah sudah mencerminkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat atau tidak.

B. HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

LGBT adalah akronim dari "lesbian, gay, biseksual dan transgender". Istilah ini digunakan semenjak tahun 1990-an dan menggantikan frasa "komunitas gay"¹¹ karena istilah ini lebih mewakili kelompok-kelompok yang telah disebutkan.¹² Akronim ini dibuat dengan tujuan untuk menekankan keanekaragaman "budaya yang berdasarkan identitas seksualitas dan gender". Kadang-kadang istilah LGBT digunakan untuk semua orang yang tidak heteroseksual, bukan hanya homoseksual,

¹¹ Mike Gunderloy, "Acronyms, initialisms & abbreviations dictionary", Volume 1, Part 1 Gale Research Co., 1985, Factsheet five, Issues 32-36, (1989).

¹² Shankle, Michael D., *The Handbook of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Public Health: A Practitioner's Guide To Service*, Haworth Press, 2006.

biseksual, atau transgender. Maka dari itu, seringkali huruf Q ditambahkan agar queer dan orang-orang yang masih mempertanyakan identitas seksual mereka juga terwakili, contohnya "LGBTQ" atau "GLBTQ", tercatat semenjak tahun 1996.¹³ Istilah LGBT sangat banyak digunakan untuk menunjukkan diri. Istilah ini juga diterapkan oleh mayoritas komunitas dan media yang berbasis identitas seksualitas dan gender di Amerika Serikat dan beberapa negara berbahasa Inggris lainnya.¹⁴ Adanya kelompok Lesbian, Gay, Biseksual dan Transgender (LGBT) di Indonesia merupakan salah satu dasar pertimbangan permohonan yang dimohon oleh Prof. Dr. Ir. Euis Sunarti, M.S. dan kawan-kawan untuk diuji oleh Mahkamah Konstitusi.

Untuk membedah isu hukum di atas, diperlukan teori yang tepat agar permasalahan tersebut bisa dikupas secara lebih mendalam dan komprehensif. Dalam penelitian ini, penulis menggunakan pisau analisis hermeneutika hukum sebagai teori penemuan hukum baru. Menurut Jazim Hamidi, hermeneutika hukum adalah ajaran filsafat mengenai hal mengerti/memahami sesuatu, atau sebuah metode interpretasi (penafsiran) terhadap teks.¹⁵ Kata "sesuatu/teks" yang dimaksudkan di sini, bisa berupa: teks hukum, peristiwa hukum, fakta hukum, dokumen resmi negara, naskah-naskah kuno, ayat-ayat *ahkam* dalam kitab suci, ataupun berupa pendapat dan hasil

ijtihad para ahli hukum (doktrin).¹⁶ Metode dan teknik menafsirkannya dilakukan secara holistik dalam bingkai keterkaitan antara teks, konteks, dan kontekstualisasi.¹⁷

Untuk menjawab apakah Putusan MK RI No. 46/PUU-XIV/2016 yang menolak permohonan para Pemohon untuk seluruhnya sudah mencerminkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat apabila dianalisis dengan pendekatan hermeneutika hukum maka penulis akan berangkat dari apa yang menjadi substansi permohonan para Pemohon dan pendapat para hakim sampai terjadinya *dissenting opinion*. Para Pemohon menganggap hak-hak konstitusionalnya telah terlanggar atau berpotensi untuk terlanggar yang disebabkan oleh berlakunya Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP. Adapun hak-hak konstitusional dimaksud, menurut para Pemohon, adalah¹⁸:

1. hak untuk mendapatkan perlindungan negara dan hak untuk menjadi masyarakat yang adil dan beradab, sebagaimana dimaksud dalam Pembukaan UUD 1945;
2. hak untuk tinggal dalam negara yang berdaulat, negara yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa serta kemanusiaan yang adil dan beradab sesuai dengan sila pertama dan kedua Pancasila dan sebagaimana juga diatur dalam Pembukaan UUD 1945;
3. hak untuk memperjuangkan hak secara kolektif untuk kemajuan bangsa dan negara, sebagaimana diatur dalam Pasal 28C ayat (2) UUD 1945;
4. hak atas rasa aman untuk bebas dari rasa takut dan ancaman bagi diri, martabat, dan keluarga

¹³ The Santa Cruz County in-queery, "Santa Cruz Lesbian, Gay, Bisexual & Transgendered Community Center", Volume 9, 1996.

¹⁴ The 2008 Community Center Survey Report: Assessing the Capacity and Programs of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Community Centers 29 Agustus 2008, Terry Stone, CenterLink (formerly The National Association of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Community Centers).

¹⁵ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*, UB Press, Malang, 2011, hlm. 94.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Putusan MK, *Op.Cit.*, hlm. 423-424.

- sebagaimana dijamin dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945;
5. hak untuk dihormati hak asasi manusia sebagai sesama warga negara Indonesia, sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (1) UUD 1945;
 6. hak untuk mendapatkan kepastian hukum dan perlindungan sebagai pribadi, keluarga, dan masyarakat.

Selain itu, para Pemohon menilai bahwa Pasal-Pasal KUHP yang dimohonkan pengujian tersebut tidak mampu menjangkau hal-hal yang oleh para Pemohon dianggap sebagai kejahatan yang terjadi pada saat ini, seperti seks bebas di luar nikah, kumpul kebo, prostitusi, perkosaan dan cabul sesama jenis baik yang dilakukan oleh orang dewasa maupun anak-anak.¹⁹ Hal itu, menurut para Pemohon, telah menimbulkan kerusakan moral yang berdampak pada lingkungan sosial para Pemohon, di mana hal itu dapat terjadi pada diri para Pemohon atau keluarganya.²⁰

Menurut para Pemohon, ada dua alasan mendasar yang dijadikan alasan pengujian konstiusionalitas norma UU, yaitu ketahanan keluarga dan perlindungan terhadap nilai-nilai agama. Dalam masyarakat yang menurut para Pemohon makin liberal, kedua hal tersebut sering dianggap sebagai isu domestik yang tidak dapat dijadikan dasar membatasi perilaku masyarakat. Padahal, peran keluarga dan agama sangat penting dalam membangun bangsa dan negara. Kata “keluarga” yang dijamin dalam Pasal 28B ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 tidak dapat semata-mata dimaknai sebagai bentuk hubungan lahiriah/biologis antara ibu-bapak dan anak-anak melainkan terkandung pula unsur-unsur psikologis, keagamaan, keamanan dan pendidikan

sebagai institusi konstiusional yang diakui negara karena ketahanan keluarga berpengaruh langsung terhadap ketahanan nasional. Sementara itu, nilai-nilai agama juga tegas diakui dalam Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 dan sila pertama Pancasila yang tercantum dalam Pembukaan UUD 1945 sehingga harus dimaknai bahwa negara didasarkan pada nilai-nilai agama sebagai salah satu landasan konstiusional.

Para Pemohon berpendapat bahwa ketiga pasal dalam KUHP tersebut yaitu Pasal 284 (perzinahan), Pasal 285 (perkosaan) dan Pasal 292 (perbuatan cabul) sangat mengancam ketahanan keluarga yang pada akhirnya mengancam ketahanan nasional. Pasal 284 KUHP (perzinahan) yang hanya berlaku jika salah satu pelakunya terikat dalam perkawinan pada dasarnya sangat berbahaya bagi kultur keluarga di Indonesia dan merusak tatanan masyarakat. Adapun Pasal 285 KUHP (perkosaan) yang membatasi korban hanya kepada wanita tidak sesuai lagi dengan perkembangan zaman. Perkosaan juga dapat terjadi terhadap laki-laki, baik yang dilakukan oleh wanita maupun laki-laki dan juga dilakukan oleh orang dewasa terhadap anak-anak maupun sesama anak-anak. Sementara itu, Pasal 292 KUHP, menurut para Pemohon, selama ini justru tidak melindungi kelompok korban orang dewasa dan tidak memberi rasa keadilan serta kepastian hukum dalam hal pelakunya bukan orang dewasa.

Menurut para Pemohon, Indonesia bukanlah negara yang didirikan oleh para pendiri bangsa ini sebagai negara yang “netral agama” atau “negara sekuler”. Pancasila dan Pembukaan UUD 1945 sarat dengan muatan nilai-nilai keagamaan sebagai dasar berdirinya Negara Indonesia. Dengan dasar filosofi demikian, kebutuhan untuk mendasarkan seluruh perundang-undangan dalam konsep dasar moral yang berdasarkan nilai-nilai

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 424.

²⁰ *Ibid.*

Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan keniscayaan yang tidak dapat ditawar-tawar. Agama-agama di Indonesia pada dasarnya juga melarang perzinahan di luar perkawinan, melarang pemerkosaan kepada siapa saja, dan melarang hubungan sesama jenis.

Para Pemohon berpendapat bahwa KUHP yang merupakan produk Pemerintah Kolonial Belanda dan diberlakukan sejak 1886 sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan sosial budaya di Indonesia. Oleh karena itu, keinginan untuk memperbarui KUHP telah lahir sejak 1963 namun hingga saat ini tidak ada tanda-tanda untuk segera disahkannya revisi terhadap KUHP tersebut sementara gejolak sosial di masyarakat, menurut para Pemohon, sudah demikian parah dan memerlukan tindakan serius pembuat kebijakan. Dalam penilaian para Pemohon, saat ini telah terjadi pergeseran nilai-nilai dikarenakan ketidakjelasan hukum perihal kesusilaan, terutama dalam hal perzinahan, pemerkosaan, dan cabul sesama jenis. Meskipun telah ada program legislasi nasional yang akan merevisi KUHP yang telah berlangsung sejak lama, belum tampak ada tanda-tanda bahwa revisi tersebut akan segera disahkan sementara gejolak sosial memerlukan tindakan dan aksi serius dari pembuat kebijakan.

Menurut MK, maksud permohonan para pemohon 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 dapat dipidana menjadi perbuatan pidana (*delict*), yaitu :

1. 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;
2. 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;
3. 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.

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. Putusan MK memiliki kedudukan setara dengan UU sehingga daya ikatnya pun setara dengan UU. Namun kesetaraan itu adalah dalam konteks pemahaman akan kedudukan

Mahkamah sebagai *negative legislator*, bukan dalam pemahaman sebagai pembentuk UU (*positive legislator*).

Mahkamah melalui putusannya telah berkali-kali menyatakan suatu norma UU konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) ataupun inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yang mempersyaratkan pemaknaan tertentu terhadap suatu norma UU untuk dapat dikatakan konstitusional, yang artinya jika persyaratan itu tidak terpenuhi maka norma UU dimaksud adalah inkonstitusional. Namun, ketika menyangkut norma hukum pidana, Mahkamah dituntut untuk tidak boleh memasuki wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana (*criminal policy*). Pengujian UU yang pada pokoknya berisikan permohonan kriminalisasi maupun dekriminalisasi terhadap perbuatan tertentu tidak dapat dilakukan oleh Mahkamah karena hal itu merupakan salah satu bentuk pembatasan hak dan kebebasan seseorang di mana pembatasan demikian, sesuai dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, adalah kewenangan eksklusif pembentuk UU (dalam hal ini DPR bersama Presiden).

Berdasarkan seluruh pertimbangan tersebut, bukanlah berarti Mahkamah menolak gagasan “pembaruan” para Pemohon. Bukan pula berarti bahwa Mahkamah berpendapat bahwa norma hukum pidana yang ada dalam KUHP, khususnya yang dimohonkan pengujian dalam Permohonan sudah lengkap. Mahkamah hanya menyatakan bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan pengujian dalam permohonan tidak bertentangan dengan UUD 1945. Perihal perlu atau tidaknya dilengkapi, hal itu sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk UU melalui kebijakan pidana (*criminal policy*) yang merupakan bagian dari politik hukum pidana. Dalam salah satu konklusi, Mahkamah berpendapat

pokok permohonan tidak beralasan menurut hukum sehingga dalam amar putusan MK menolak permohonan para Pemohon untuk seluruhnya.

Terhadap Putusan MK tersebut, ada pendapat berbeda (*dissenting opinion*) dari 4 (empat) orang Hakim Konstitusi yakni Hakim Konstitusi Arief Hidayat, Hakim Konstitusi Anwar Usman, Hakim Konstitusi Wahiduddin Adams, dan Hakim Konstitusi Aswanto. Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara. Penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara sesuai dengan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 alinea keempat yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, dan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis negara sehingga setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.

Dalam Pancasila, nilai ketuhanan dibaca dan dimaknai secara hierarkis. Nilai Ketuhanan merupakan nilai tertinggi karena menyangkut nilai yang bersifat mutlak. Seluruh nilai kebaikan diturunkan dari nilai ini. Suatu perbuatan dikatakan baik apabila tidak bertentangan dengan nilai, kaidah, dan hukum Tuhan. Berdasarkan Pasal 1 ayat (3), Pasal 18B ayat (2), Pasal 29 UUD 1945 dapat dipahami bahwa Negara Indonesia merupakan “negara hukum yang berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa yang senantiasa menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya, serta mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih

hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI yang diatur dalam undang-undang". Konsepsi ini menegaskan bahwa peraturan perundang-undangan di Indonesia harus senantiasa sejalan dan sama sekali tidak boleh bertentangan dengan dasar Ketuhanan Yang Maha Esa dan nilai agama serta *living law* yang sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI.

Kebutuhan *positive legislator* bukan kebutuhan yang parsial tapi komprehensif. *Positive legislator* lebih melihat bahwa hakim harus memiliki gagasan keadilan substantif yang berubah mengikuti perkembangan masyarakat, tidak semata-mata keadilan prosedural. Hal ini persis yang dinyatakan oleh 4 (empat) orang Hakim Konstitusi dalam *dissenting opinion* yakni "*positive legislator* dengan memperluas ruang lingkup suatu tindak pidana (*strafbaar feit*) dapat dilakukan, manakala norma undang-undang secara nyata mereduksi dan bahkan bertentangan dengan nilai agama dan sinar ketuhanan yang pada dasarnya bersifat 'terberi' (*given*) bagi ketertiban dan kesejahteraan kehidupan manusia."²¹

Selain itu, apabila merujuk pada ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman jelas dikatakan bahwa "Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat". Ini artinya, Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang di tengah masyarakat (*living law*) seperti hukum agama dan hukum adat serta mempertimbangkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dalam kasus tersebut, saya menilai MK belum optimal mengikuti ketentuan tersebut. Hal ini dapat dinilai dari pendapat 5 (lima) orang Hakim

Konstitusi yang mendasarkan pendapatnya dari perspektif yuridis semata dan dalam mengambil keputusan belum menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (*living law*). Sehingga banyak yang berpandangan bahwa MK saat ini tidak lebih daripada sekedar sebagai mahkamah kalkulator dibandingkan sebagai penjaga konstitusi (*the guardian of the constitution*).²²

Menurut hemat penulis, 4 (empat) orang Hakim Konstitusi yang *dissenting opinion* telah menggunakan metode pendekatan hermeneutika hukum sebagai metode penemuan hukum dengan interpretasi teks, konteks, dan kontekstualisasinya, baik itu yang berupa peraturan perundang-undangan maupun *living law* seperti hukum agama dan hukum adat yang hidup dan berkembang dalam kehidupan masyarakat. Hal ini sejalan dengan pendapat Jazim Hamidi yang menyatakan bahwa "esensi dari hermeneutika hukum itu terletak pada pertimbangan "*trianggul hukum*"-nya, yaitu suatu metode menginterpretasi teks hukum yang tidak semata-mata melihat teksnya semata, tapi juga konteks hukum itu dilahirkan, serta bagaimana kontekstualisasi atau penerapan hukumnya di masa kini dan mendatang".²³

Jazim Hamidi berpendapat, akan menjadi lebih lengkap pertimbangan hukum para hakim kalau menggunakan metode hermeneutika hukum dalam upaya menemukan hukum, menerapkan hukum, menciptakan hukum, dan dalam pembentukan hukumnya.²⁴ Sebab, salah satu kelebihan dari metode hermeneutika hukum ialah terletak pada cara dan lingkup interpretasinya yang tajam, mendalam, dan holistik dalam bingkai

²¹ *Ibid.*

²² <https://news.detik.com/kolom/d-3437491/bukan-mahkamah-kalkulator>, diakses tanggal 10 Januari 2019.

²³ Jazim Hamidi, *Op.Cit.*, hlm. 117.

²⁴ *Ibid.*, hlm. 119.

satu kesatuan antara teks, konteks, dan kontekstualisasinya.²⁵ Dalam hal ini, peristiwa hukum maupun peraturan perundang-undangan tidak semata-mata dilihat atau ditafsirkan dari aspek legalitas formal berdasar bunyi teks-nya semata, tetapi juga harus dilihat dari faktor-faktor yang melatarbelakangi peristiwa atau sengketa itu muncul, apa akar masalahnya, adakah intervensi politik yang membidani dikeluarkannya putusan itu, serta sudahkah dampak dari putusan itu dipikirkan bagi proses penegakan hukum dan keadilan (aspek sosio-politik-kulturalnya) di kemudian hari.²⁶ Sepertinya hal ini belum terlihat dari 5 (lima) orang Hakim Konstitusi yang menolak permohonan para Pemohon untuk seluruhnya.

Terhadap putusan tersebut, penulis menilai akan ada benturan atau gesekan antara nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (*living law*) seperti hukum agama dan hukum adat dengan hukum nasional sebagaimana diatur dalam KUHP terkait zina, pemerkosaan dan perbuatan cabul sebagai produk hukum yang tidak sesuai dengan nilai-nilai dan jati diri bangsa. Dalam agama Islam, zina adalah perbuatan bersenggama antara laki-laki dan perempuan yang tidak terikat oleh hubungan pernikahan (perkawinan). Dalam Islam, ulama fikih sepakat bahwa perzinahan diharamkan sebagaimana disebutkan dalam Q.S. Al-Israa': 32 yang artinya "*Dan janganlah kalian mendekati zina; Sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk*". Sejalan dengan ini, agama Kristen dalam Injil Matius 5: 27 yang bersabda "*Kamu telah mendengar firman, Jangan berzina*". Ini artinya, pada prinsipnya semua agama di Indonesia melarang perbuatan tersebut. Apabila ini terus dibiarkan tidak tertutup kemungkinan masyarakat akan melakukan tindakan

main hakim sendiri (*eigenrichting*) dalam menyikapi perbuatan zina, pemerkosaan dan perbuatan cabul atau yang lagi fenomenal saat ini adalah zina dan LGBT.

Terkait dengan pertimbangan Hakim Konstitusi yang menyatakan bahwa Mahkamah sebagai *negative legislator*, bukan dalam pemahaman sebagai pembentuk UU (*positive legislator*) dan ketika menyangkut norma hukum pidana, Mahkamah dituntut untuk tidak boleh memasuki wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana (*criminal policy*). Apabila dicermati dengan seksama, sepertinya pertimbangan MK di atas bertolak belakang bahkan berbanding terbalik dengan apa yang menjadi Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014. Dalam Putusan MK tersebut, diputuskan bahwa ketentuan Pasal 77 huruf A KUHAP tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai termasuk penetapan tersangka, penggeledahan dan penyitaan. Adapun salah satu pertimbangan hukumnya, penetapan tersangka adalah bagian dari proses penyidikan yang merupakan perampasan terhadap hak asasi manusia maka seharusnya penetapan tersangka oleh penyidik merupakan objek yang dapat dimintakan perlindungan melalui ikhtiar hukum pranata praperadilan. Hal tersebut semata-mata untuk melindungi seseorang dari tindakan sewenang-wenang penyidik yang kemungkinan besar dapat terjadi ketika seseorang ditetapkan sebagai tersangka, padahal dalam prosesnya ternyata ada kekeliruan maka tidak ada pranata lain selain pranata praperadilan yang dapat memeriksa dan memutusnya. MK putusan penetapan tersangka masuk objek praperadilan, bukankah itu termasuk penambahan norma baru (*positive legislator*) dan Mahkamah sudah masuk wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana (*criminal policy*).

Oleh karena itu, penulis tidak sependapat dengan Putusan MK yang

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

menolak permohonan para Pemohon untuk seluruhnya karena tidak mencerminkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat Indonesia. Andai saja MK mengabulkan permohonan tersebut, maka penulis yakin putusan MK akan menjadi suatu putusan yang *landmark decision* (putusan yang bersejarah) bagi perjalanan bangsa ini dan merupakan sebuah momentum untuk melakukan perubahan beberapa norma yang ada di KUHP. Penulis juga tidak sependapat dengan cara berpikir 5 (lima) orang Hakim Konstitusi tersebut karena hanya mengedepankan aspek kepastian hukum semata dengan mengorbankan keadilan dan kemanfaatan. Pada prinsipnya, penulis sependapat dengan *dissenting opinion* dari 4 (empat) orang Hakim Konstitusi di atas yang mencoba melakukan ijtihad menghadapi fenomena-fenomena yang bertentangan dengan Pancasila agar mencerminkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

- Ali, Achmad. *Menyibak Tabir Hukum*. Jakarta: Gunung Agung, 2002.
- Ardhiwisastro, Yudha Bhakti. *Penafsiran Dan Konstruksi Hukum*. Bandung: Alumni Bandung, 2012.
- Atmawati, Dwi. "Gender Bias in Javanese Society: A Study in Language Forms Choice to Men and Women." *Humaniora*, 2018. <https://doi.org/10.21512/humaniora.v9i3.4937>.
- Collins, Charles B, and Michael D Shankle. "The Handbook of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Public Health." *Handbook of Lesbian, Gay, Bisexual, & Transgender Public Health: A Practitioner's Guide to Service*, 2006.
- Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 10th Edition. West Group, 2014.
- Gunderloy, Mike. "Acronyms, Initialisms & Abbreviations Dictionary." *Festsheet Five* 1, no. 1 (1989): 32-36.
- Hamidi, Jazim. *Hermeneutika Hukum*. Malang: UB Press, 2011.
- "<https://News.Detik.Com/Kolom/d-343-7491/Bukan-Mahkamah-Kalkulator>," n.d.
- In-queery, The Santa Cruz County. "Santa Cruz Lesbian, Gay, Bisexual & Transgendered Community Center." *The Santa Cruz County In-Queery* 9 (1996).
- Januarsyah, Mas Putra Zenno. "Penerapan Prinsip Ultimatum Remedium Dalam Tindak Pidana Korupsi." *Jurnal Yudisial*, 2017.
- Mahkamah Konstitusi. "Putusan MK RI No. 46/PUU-XIV/2016.," n.d.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum (Edisi Revisi)*. Jakarta:

C. KESIMPULAN

Putusan MK RI No. 46/PUU-XIV/2016 belum mencerminkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat apabila dianalisis dalam perspektif hermeneutika hukum. Putusan MK tersebut lebih mengedepankan aspek kepastian hukum semata dengan mengorbankan keadilan dan kemanfaatan. Kebutuhan *positive legislator* bukan kebutuhan yang parsial tapi komprehensif. *Positive legislator* lebih melihat bahwa hakim harus memiliki gagasan keadilan substantif yang berubah mengikuti perkembangan masyarakat, tidak semata-mata keadilan prosedural. Hal ini persis yang dinyatakan oleh 4 (empat) orang Hakim Konstitusi dalam *dissenting opinion* yakni "*positive legislator* dengan memperluas ruang lingkup suatu tindak pidana (*strafbaar feit*) dapat dilakukan, manakala norma undang-undang secara nyata mereduksi dan bahkan bertentangan dengan nilai agama dan sinar ketuhanan yang pada dasarnya bersifat 'terberi' (*given*) bagi ketertiban dan kesejahteraan kehidupan manusia.

Kencana, 2017.
news.detik.com. "Zina LGBT Dan
Putusan MK." news.detik.com,
n.d.
<https://news.detik.com/kolom/d-3776123/zina-lgbt-dan-putusan-mk>.

Rosen, Maggie. "A Feminist Perspective
on the History of Women as
Witches." *Dissenting Voices*, 2017.