

08-08-08
=

**HUBUNGAN TARIK-MENARIK ANTARA ASAS KEPASTIAN
HUKUM (LEGAL CERTAINTY) DENGAN ASAS KEADILAN
(SUBSTANTIAL JUSTICE) DALAM PUTUSAN-PUTUSAN
MAHKAMAH KONSTITUSI**

TESIS

Diajukan Untuk Memenuhi Persyaratan

Guna Menempuh Derajat S2

Ilmu Hukum



OLEH :

MIRZA SATRIA BUANA

NO.MHS : 08912385

PROGRAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

YOGYAKARTA

2010

KATA PENGANTAR

Bismillahirrahmaanirrahim

Dengan Penuh kerendahan hati dan menyerahkan diri kehadiran Allah SWT , serasa mengucapkan puji syukur atas limpahan rahmat, taufik serta hidayah-Nya yang tidak pernah putus dalam segala kesempatan. Saya memulai untuk menyusun tesis ini yang berjudul: **HUBUNGAN TARIK-MENARIK ANTARA ASAS KEPASTIAN HUKUM (*LEGAL CERTAINTY*) DENGAN ASAS KEADILAN (*SUBSTANTIAL JUSTICE*) DALAM PUTUSAN-PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI**. Shalawat serta salam dihaturkan kepada Baginda Rasulullah SAW beserta keluarga dan sahabat beliau, yang telah membimbing kita keluar dari jalan kegelapan menuju kedalam nur cahaya Illahi.

Penyusunan tesis ini bertujuan untuk memenuhi salah satu persyaratan guna memperoleh gelar Magister Hukum (MH) dalam bidang kajian Hukum Tata Negara (HTN) dan juga merupakan karya ilmiah penulis yang diharapkan dapat menjadi sumbangan terhadap tumbuh kembangnya Indonesia yang lebih baik. Namun sebagai karya ilmiah, penulis yakin dan percaya bahwa tesis ini masih banyak kekurangannya. Maka dari pada itu, penulis mohon kritik dan saran konstruktif dari para pembaca sekalian.

Dalam penyusunan tesis ini penulis dibantu oleh orang-orang yang telah memberikan sumbangan pemikiran, dan motivasi. Oleh karena itu tidak berlebihan kiranya penulis menyampaikan ucapan terimakasih yang sedalam-dalamnya kepada:

1. Prof.Dr. H. Moh Mahfud MD, S.H, S.U selaku Pembimbing I yang telah banyak memberikan pengetahuan dan pandangan beliau tentang Hukum Tata Negara Indonesia terutama tentang Sistem Peradilan di Mahkamah Konstitusi. Pengalaman dan ilmu beliau sangat bermanfaat untuk penulis.
2. Dr. H. Ni'matul Huda, S.H, M.Hum selaku Pembimbing II yang telah banyak memberikan kontribusi ilmu kepada penulis dan memberikan motivasi untuk terus berkarya dalam jalur akademik.
3. Alm. Prof. Satjipto Rahardjo selaku Pembimbing Non-formal yang telah banyak memberikan pencerahan ilmu hukum terutama mengenai gagasan beliau tentang Keadilan, Moralitas, *Rule of Law* dan Hukum Progresif itu sendiri. Semoga amal ibadah beliau diterima oleh Allah SWT
4. Dr. Ridwan Khairandy, S.H,M.Hum selaku Ketua Program Magister (S2) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia beserta staf-staf yang telah banyak memberikan kemudahan pada penulis.
5. Kedua orang tua penulis, Drs. Saladin Ghalib, MA dan Sri Ellya Krasna atas cinta, kasih sayang dan pengertian yang tiada tara. Terlalu besar cinta penulis untuk mereka berdua. Cahaya hati penulis dalam gelap malam kehidupan.
6. Nenek, kaka dan keponakan-keponakan penulis tercinta yang telah memberikan “warna” dalam hidup penulis.
7. Bapak F.A. Abby, SH. M.H, Kakanda Dr. Abdul Halim Barkatullah, S.H, M.H, Kakanda Ifrani Muhammad, SH, Rahmat Budiman, S.H, L.LM dan segenap staf pengajar Fakultas

Hukum Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin yang telah banyak memberikan motivasi kepada penulis.

8. Teman-teman kuliah di Magister Ilmu Hukum (S2) UII angkatan XXI, terutama untuk Adinda Lise Yolanda, S.H yang telah banyak memberi semangat, ilmu dan persahabatan kepada penulis. Kenangan itu akan selalu melekat dihati.
9. Teman-teman dan staf dosen yang tergabung dalam Pusat Studi Hukum Konstitusi (PSHK) UII yang telah banyak memberikan motivasi dan ilmu yang bermanfaat kepada penulis
10. Semua pihak yang telah memberiku inspirasi dan doa yang tidak dapat penulis sebut satu-satu. Terima kasih atas semua kenangan indah selama di Yogyakarta.

Penulis tidak dapat membalas semua budi baik yang telah diberikan, hanya Allah SWT yang mampu membalasnya. Amin.

Depok, 20 April 2010

Penulis,

MIRZA SATRIA BUANA

HUBUNGAN TARIK-MENARIK ANTARA ASAS KEPASTIAN HUKUM (LEGAL CERTAINTY) DENGAN ASAS KEADILAN (SUBSTANTIAL JUSTICE) DALAM PUTUSAN-PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

TESIS

Oleh :

MIRZA SATRIA BUANA

Nomor Mhs : 08912385
BKU : Hukum Tata Negara
Program Studi : Ilmu Hukum

Telah dipertahankan di depan Dewan Penguji
pada tanggal 16 April 2010 dan dinyatakan LULUS

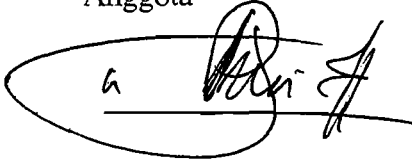
Tim Penguji

Ketua

Prof. Dr. H. Moh Mahfud MD, S.H, S.U

Tanggal

Anggota



Dr. H. Ni'matul Huda, S.H., M.H.

Tanggal 20-9-2010

Anggota



Dr. Suparman Marzuki, S.H, M.Si

Tanggal 18-9-2010



Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.H.

Tanggal

HUBUNGAN TARIK-MENARIK ANTARA ASAS KEPASTIAN HUKUM (LEGAL CERTAINTY) DENGAN ASAS KEADILAN (SUBSTANTIAL JUSTICE) DALAM PUTUSAN-PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

TESIS

Oleh :

MIRZA SATRIA BUANA

Nomor Mhs : 08 912 385
BKU : Hukum Tata Negara
Program Studi : Ilmu Hukum

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing untuk diajukan ke Dewan Penguji dalam ujian tesis

Pembimbing I

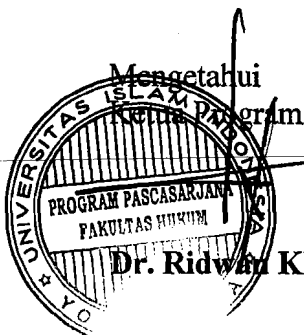
Prof. Dr. H. Moh Mahfud MD, S.H., S.U

Tanggal 11-4-2010

Pembimbing II

Dr. H. Ni'matul Huda, S.H., M.H.

Tanggal 20-2-2010



Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.H.

Tanggal

DAFTAR ISI

HALAMAN

LEMBAR PERSETUJUAN

LEMBAR PENGESAHAN

KATA PENGANTAR i

B A B I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah	1
B. Perumusan	8
C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian	8
D. Kerangka Pemikiran Teoritik	9
1. Negara Hukum, Demokrasi dan <i>Judicial Review</i>	9
2. Teori Konstitusi	23
E. Metode Penelitian	27
F. Sistematika penulisan.....	30

B A B II TINJAUAN UMUM TENTANG ASAS KEPASTIAN HUKUM (*LEGAL CERTAINTY*) DAN ASAS KEADILAN (*SUBSTANTIAL JUSTICE*) DALAM PENEGAKAN HUKUM

A. Pengertian Asas Kepastian Hukum (<i>Legal Certainty</i>)	32
1. Kepastian Hukum dalam Perspektif Filsafat Hukum	36
2. Asas Kepastian Hukum dalam Proses Penemuan Hukum (<i>Rechtsvinding</i>) oleh Hakim	44
3. Metode-Metode Penemuan Hukum (<i>Rechtsvinding</i>) oleh Hakim yang berorientasi pada pemenuhan Asas Kepastian Hukum	52
1) Penafsiran Internal	
a. Penafsiran Orisinalisme	53
b. Penafsiran Subsumtif	55
c. Penafsiran Gramatikal	56
d. Penafsiran Sistematis	56
B. Peran Strategis Asas Kepastian Hukum (<i>Legal Certainty</i>) dalam Konstelasi Ketatanegaraan Indonesia	57
C. Pengertian Asas Keadilan (<i>Substantial Justice</i>)	61
1. Keadilan dalam Perspektif Filsafat Hukum	64
2. Asas Keadilan dalam Proses Penemuan Hukum (<i>Rechtsvinding</i>) oleh Hakim	77

3. Metode-Metode Penemuan Hukum (<i>Rechtsvinding</i>) oleh Hakim yang berorientasi pada pemenuhan Asas Keadilan	87
1) Penafsiran Eksternal	
a. Penafsiran Sosiologis	89
b. Penafsiran Historis	90
c. Penafsiran Futuristik	91
d. Penafsiran Evolutif-Dinamik	92
D. Peran Strategis Asas Kepastian Hukum (<i>Legal Certainty</i>) dalam Konstelasi Ketatanegaraan Indonesia	92

BAB III DESKRIPSI DAN ANALISIS PUTUSAN-PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM KONTEKS HUBUNGAN TARIK-MENARIK ANTARA ASAS KEPASTIAN HUKUM (*LEGAL CERTAINTY*) DAN ASAS KEADILAN (*SUBSTANTIAL JUSTICE*)

A. Pengantar	97
B. Deskripsi Putusan – Putusan Mahkamah Konstitusi	99
1. Deskripsi Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Kepastian Hukum (<i>Legal Certainty</i>)	
a. Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 Tentang Pembatalan UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK)	99
b. Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial	101
c. Putusan Nomor 56/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Calon Presiden Independen	106
2. Deskripsi Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Keadilan (<i>Substantial Justice</i>)	
a. Putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Mekanisme Suara Terbanyak dalam Penentuan Calon Anggota Legislatif	108
b. Putusan Nomor 9/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survei untuk melakukan mekanisme <i>quick count</i> dalam Pemilihan Umum	111
c. Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan Membatalan Persyaratan Pencalonan Kepala Daerah	113
C. Analisis Putusan – Putusan Mahkamah Konstitusi	116
1. Analisis Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Kepastian Hukum (<i>Legal Certainty</i>)	
a. Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 Tentang Pembatalan UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK)	116
b. Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2004	

Tentang Komisi Yudisial	130
c. Putusan Nomor 56/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Calon Presiden Independen	164
2. Analisis Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Keadilan (<i>Substantial Justice</i>)	
a. Putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Mekanisme Suara Terbanyak dalam Penentuan Calon Anggota Legislatif	172
b. Putusan Nomor 9/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survei untuk melakukan mekanisme <i>quick count</i> dalam Pemilihan Umum	185
c. Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan Membatalan Persyaratan Pencalonan Kepala Daerah	194

**BAB IV HUBUNGAN TARIK-MENARIK ANTARA ASAS KEPASTIAN HUKUM
(LEGAL CERTAINTY) DENGAN ASAS KEADILAN (SUBSTANTIAL
JUSTICE) DALAM PUTUSAN-PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI**

A. Pengantar	204
B. Analisa <i>Dissenting Opinion</i> Putusan – Putusan Mahkamah Konstitusi	205
1. <i>Dissenting Opinion</i> dalam Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Kepastian Hukum (<i>Legal Certainty</i>)	
a. <i>Dissenting Opinion</i> dalam Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 Tentang Pembatalan UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK)	205
b. <i>Dissenting Opinion</i> dalam Putusan Nomor 56/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Calon Presiden Independen	208
2. <i>Dissenting Opinion</i> dalam Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Keadilan (<i>Substantial Justice</i>)	
a. <i>Dissenting Opinion</i> dalam Putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Mekanisme Suara Terbanyak dalam Penentuan Calon Anggota Legislatif	227
b. <i>Dissenting Opinion</i> dalam Putusan Nomor 9/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survei untuk melakukan mekanisme <i>quick count</i> dalam Pemilihan Umum	235
C. Alasan Filosofis dari Pergeseran Paradigma Hukum dalam Putusan Putusan Mahkamah Konstitusi	250

BAB V PENUTUP

A. Kesimpulan	258
B. Rekomendasi	264

DAFTAR PUSTAKA

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG MASALAH

Hukum sebagai pedoman dan acuan dasar dalam bernegara, merupakan bahan kajian yang sangat menarik untuk diperbincangkan. Hukum dalam konteks negara sejatinya memberikan pengamanan (*order*), kesejahteraan (*welfare*) dan kebahagiaan (*happiness*) bagi masyarakat dalam lingkup negara hukum¹. Namun sejarah dapat menjadi saksi bagaimana hukum dapat diselewengkan dan malah menjadi teror yang represif bagi masyarakat. Hukum sebagai acuan menjadi hal yang sangat penting dan sekaligus rawan terhadap intervensi dari anasir-anasir yang coba untuk menyestakan hukum tersebut dari *track*-nya, baik dari segi penafsiran hukum (*legal interpretation*) maupun dalam segi pelaksanaan hukumnya (*law enforcement*).

Secara filosofis, hukum memiliki tujuan-tujuan yang terbagi atas 3 (tiga) aliran yaitu : aliran utilitarianisme yang memiliki keyakinan bahwa hukum harus bermanfaat (*useful of law*), aliran positivisme hukum yang berorientasi pada asas kepastian hukum (*legal certainty*) dan prediktabilitas hukum (*legal predictability*), dan yang terakhir adalah aliran hukum alam yang berkiblat pada asas keadilan (*substantial justice*)². Ketiga tujuan besar dari hukum tersebut, pada perkembangan dunia akademisi hukum mengalami banyak perkembangan dan modifikasi. Namun sampai saat ini yang paling jelas terlihat adalah pertentangan idealitas hukum antara asas kepastian hukum (*legal certainty*) dengan asas keadilan (*substantial justice*), yang saling tarik-menarik dalam praktek ketatanegaraan.

¹ Dimodifikasi dari Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum yang Membahagiakan Rakyatnya*, GENTA Publishing, 2008, Yogyakarta, hlm. 94

² Gustav Radbuch dalam Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, CV. Rajawali, Jakarta, hlm. 19, Lihat juga N.E. Algra, *Mula Hukum*, Binacipta, 1983, hlm. 14

Merupakan sebuah kajian yang menarik untuk menelusuri kisah pertentangan antara asas-asas di atas. Dua dari ketiga asas tersebut saling serang dan berjibaku untuk menjadi pemenang dalam hati dan nasubari sarjana hukum, baik yang berprofesi sebagai hakim, jaksa, advokat, akademisi sampai pada lingkup perdebatan antara para mahasiswa dan aktivis di Fakultas Hukum. Pertentangan secara diametral antara keduanya sungguh menjadi tantangan yang sangat menggiurkan untuk coba dianalisa oleh para akademisi hukum. Karena apa yang menjadi ide atau paradigma dari para pelaku hukum tersebut yang akan menjadi penentu baik dan buruknya hukum dalam konteks berbangsa dan bernegara.

Indonesia, sebagai salah satu dari sekian banyak negara-negara didunia ini yang mencoba berbenah diri dan berkomitmen untuk menjadi negara hukum yang demokratis pun menjalani skenario hukum yang sama, dimana hukum di Indonesia cenderung bimbang untuk memilih paradigma dalam berhukum. Indonesia sebagai negara hukum sebagaimana yang diamanahkan dalam UUD 1945 yang berkedudukan sebagai hukum dasar negara (*supreme law of state*), menyatakan secara eksplisit bahwa negara dijalankan berdasarkan hukum³, hal ini mempertegas konsep kedaulatan hukum dalam negara. Namun apa yang menjadi *das sollen* di atas masih terasa jauh panggang dari api. Terlebih bila kita mendengar, melihat dan membaca berita-berita yang mempertontonkan bobroknnya supremasi hukum di Indonesia. Negara yang seharusnya bermahkotakan hukum, pada prakteknya malah bermahkota politik kekuasaan semata yang kerap bermain dalam rumusan kata-kata undang-undang, dan efek domino yang dirasakan warga negara adalah teralienasi-nya nilai-nilai keadilan dan kebenaran yang seolah hanya dapat ditakar oleh bunyi normatif undang-undang semata.

³ UUD 1945 Pasal 1 Ayat 3 menyatakan "Negara Indonesia adalah negara hukum"

Memang sudah menjadi rahasia umum dimana produk hukum yang seharusnya bertujuan untuk menciptakan rasa keadilan dan kesejahteraan bagi masyarakat direayasa menjadi produk politik semata yang hanya bertujuan untuk mengakomodasi kepentingan-kepentingan para penguasa dan oligar-oligar *marchiavelis* di parlemen. Kenyataan empiris tersebutlah yang seakan menjadi justifikasi dari teori Mahfud MD⁴ yang menyatakan “hukum sebagai produk politik”.

Saat ini, Indonesia dihadapkan kepada ekspektasi yang sangat besar dari masyarakat untuk dapat merubah sistem hukum dan peradilan yang selama lebih dari 32 tahun di bawah rezim otoritarian Orde Baru mengalami stagnansi dan pembodohan sistematis di kalangan para penegak hukum dan akademisi. Secercah harapan mulai terlihat ketika pada momentum reformasi 11 tahun yang lalu, Pemerintah mulai berbenah diri untuk memperbaiki sistem, dan struktur hukum di Indonesia⁵. Salah satu pelaksanaan amanah reformasi adalah dengan melaksanakan amandemen terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia (UUD) 1945 yang telah dilaksanakan tidak hanya satu kali, namun sebanyak empat kali. Terlepas dari kontroversi hasil amandemen tersebut, paling tidak hal tersebut telah mendobrak paradigma hukum di Indonesia yang pada saat itu masih men-*sakral*-kan UUD 1945 sebagai sesuatu yang tidak bisa diganggu gugat. Sehingga cenderung hanya digunakan oleh pemerintah sebagai alasan pembenar (*justification*) terhadap semua penyelenggaraan pemerintah yang dianggap tidak mensejahterakan rakyat (*positivis-instrumentalistik*).⁶

⁴ Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES :Cetakan Ketiga, Jakarta 2006, hlm. 7

Beliau menyatakan; Hukum sebagai formalisasi atau kristalisasi dari kehendak-kehendak politik yang saling berinteraksi dan saling bersaing. Lebih lanjut beliau menegaskan bahwa karakter hukum yang banyak diintervensi oleh politik (otoritatif) akan cenderung represif, tetapi sebaliknya karakter hukum akan menjadi responsif bila hukum dikawal oleh sistem politik yang aspiratif dan demokrasi. Meskipun hukum merupakan produk politik, tetapi begitu hukum sudah terbentuk (*enacted*) maka semua kegiatan politik harus tunduk pada aturan-aturan hukum.

⁵ Lawrence Friedman menyatakan bahwa dalam pembenahan hukum secara holistik dikenal, 3 (tiga) unsur dari sistem hukum yang harus diperhatikan yakni, (1) Sustainansi hukum (*legal substance*), (2) Struktur hukum (*legal structure*), dan (3) Budaya hukum (*legal culture*).

⁶ Moh. Mahfud MD, *Politik.....* Op.cit, hlm. 26

Pasca perubahan kedua dan ketiga, UUD 1945 telah mengubah secara keseluruhan hubungan kekuasaan dengan menganut prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*) dengan bernafaskan pada prinsip *check and balance*. Konsekuensi logis yang terjadi, jumlah lembaga negara bertambah serta bertambah pula ketentuan kelembagaan negara menyebabkan potensi sengketa antar lembaga negara menjadi semakin besar. Sementara itu telah terjadi perubahan paradigma dari supremasi MPR kepada supremasi konstitusi, sehingga tidak ada lagi lembaga tertinggi negara yang memegang kekuasaan tertinggi yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa-sengketa antar lembaga negara, karena itu diperlukan badan/lembaga yang dapat menjadi “mediator” dalam sengketa tersebut. Hal-hal ini yang semakin memberikan pemahaman kepada para pemimpin bangsa akan urgensi pembentukan Mahkamah Konstitusi.

Langkah progresif Pemerintah pada saat itu adalah dengan melakukan pembagian kekuasaan kehakiman yang dilakukan dengan membentuk suatu badan peradilan konstitusi yang bernama Mahkamah Konstitusi. Dengan hadirnya Mahkamah Konstitusi dalam sistem peradilan di Indonesia, memberikan harapan baru terciptanya keseimbangan fungsi dan kewenangan dalam tubuh lembaga kekuasaan kehakiman (*judicial body*). Sistem pembagian kewenangan dalam kekuasaan kehakiman dikenal dengan sebutan sistem bifurkasi (*bifurcation system*), sistem yang memberikan kewenangan yang berbeda antara *court of law* dengan *court of justice*⁷.

Sebagai negara hukum, Indonesia memiliki kewajiban untuk dapat menselaraskan antara kekuasaan rakyat (demokrasi) dengan kekuasaan hukum (nomokrasi). Salah satu cara untuk dapat memberikan keseimbangan tersebut adalah dengan membentuk suatu mekanisme negara hukum

⁷ Artidjo Alkostar, Makalah : *Peran dan Upaya Mahkamah Agung dalam Menjaga dan Menerapkan Hukum yang Berkepastian Hukum, Berkeadilan dan Konsisten melalui putusan Mahkamah Agung*, dipresentasikan dalam Seminar Nasional “Supremasi Hukum Dalam 11 Tahun Reformasi, ditinjau dari perspektif HAM, Konstitusi dan Penegakan Hukum, diselenggarakan oleh Himpunan Mahasiswa Islam Komisariat FH UII, Pusat Studi HAM dan Pusat Studi Hukum Konstitusi FH UII, Yogyakarta 30 Mei 2009.

yang impartial dan menjunjung tinggi supremasi hukum (*supremacy of law*). Agar hukum (dalam konteks ini adalah konstitusi) menjadi benar-benar sebagai “panglima” dalam negara, maka ketentuan-ketentuan dasar konstitusional yang menjadi substansi dasarnya harus diaplikasikan dalam suatu mekanisme yang sah menurut hukum negara. Peraturan perundang-undangan pada dasarnya merupakan perwujudan dari aspirasi rakyat yang dielaborasi menjadi produk hukum oleh DPR sebagai kekuasaan legislatif, harus dapat diuji materi hukumnya oleh suatu badan hukum, sehingga dapat diketahui apakah produk hukum tersebut konstitusional atau tidak⁸. Badan hukum tersebut tidak lain adalah Mahkamah Konstitusi (*constitutional court*) yang bertugas mengontrol konstitusionalitas sebuah produk hukum (undang-undang). Mahkamah Konstitusi memiliki kekuasaan untuk menghapuskan secara keseluruhan undang-undang yang tidak konstitusional sehingga tidak dapat diaplikasikan oleh badan lain.

Ide untuk membentuk suatu badan pengadilan khusus berupa Mahkamah Konstitusi secara teoritis baru diperkenalkan oleh pakar hukum kenamaan asal Austria, Hans Kelsen (1881-1973). Beliau menyatakan bahwa pelaksanaan aturan konstitusi tentang legislasi dapat secara efektif dijamin hanya jika ada suatu badan selain badan legislatif yang memiliki kewenangan untuk menguji apakah suatu produk hukum itu konstitusional atau tidak memberlakukannya jika menurut badan tersebut (Mahkamah Konstitusi) tidak konstitusional⁹.

Lewat perubahan UUD 1945 khususnya perubahan ketiga, yang menjadi salah satu ujung tombak reformasi hukum di Indonesia. lahirlah Mahkamah Konstitusi dalam panggung Kekuasaan kehakiman Indonesia, yang diatur dalam Undang-Undang Dasar 1945 dalam Pasal 24 ayat (2) yang berbunyi:

⁸ Jimly Asshidiqie, *Gagasan Dasar tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi dalam Butir-butir Pemikiran Dalam Hukum: memperingati 70 Tahun Prof.Dr.Arief Sidharta, SH*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 206

⁹-----, *Lima Tahun Menegakkan Konstitusi, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2008*, Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, hlm.3

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

Tidak hanya pembentukan Mahkamah Konstitusi yang perlu di apresiasi, tapi juga adalah kewenangan yang disematkan kepundak para hakim konstitusi tersebut. Amanah tersebut berupa empat kewenangan disertai satu kewajiban. Hal ini seperti yang termuat dalam Pasal 24C ayat (1) dan (2) UUD 1945. Yang menyatakan sebagai berikut:

“(1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

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

Berdasarkan wewenang yang dimiliki tersebut, MK berfungsi sebagai penafsir tunggal konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*). Konstitusi sebagai hukum tertinggi mengatur penyelenggaraan negara berdasarkan prinsip demokrasi dan salah satu fungsi konstitusi adalah melindungi hak asasi manusia yang dijamin dalam konstitusi. Oleh karena itu MK juga berfungsi sebagai pengawal demokrasi (*the guardian of the democracy*), pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of the citizen's constitutional rights*) serta pelindung hak asasi manusia (*the protector of human rights*).¹⁰

Mengamati eksistensi dari Mahkamah Konstitusi selama beberapa tahun sejak didirikan pada 9 November 2001 oleh Presiden Megawati Soekarno Putri, memberikan gambaran tentang

¹⁰ Ni'matul Huda, *Politik Ketatanegaraan Indonesia*, FH UII press, Yogyakarta, 2001, hlm.28

progresifitas hukum di Indonesia. Namun bukan berarti Mahkamah Konstitusi luput dari kritik dan kekurangan. Selama beberapa tahun bertugas sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*) dan penafsir tunggal konstitusi (*the sole interpreter of constitution*), Mahkamah Konstitusi sering kali mengeluarkan putusan-putusan yang anomali bagi masyarakat. Peneliti mencoba untuk menganalisa putusan-putusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi dengan membagi putusan-putusan tersebut berdasarkan paradigma hukum yang diusung para hakim konstitusi sebagai logika hukumnya (*legal logic*) dan putusan-putusan tersebut merupakan putusan yang bersinggungan secara langsung dengan ranah politik dan politik hukum di Indonesia.

Paradigma pertama adalah paradigma kepastian hukum (*legal certainty*) yang kerap menimbulkan kontroversi di kalangan masyarakat luas maupun dalam lingkup akademisi hukum di Indonesia. Dalam paradigma ini, peneliti mengambil 3 (tiga) buah putusan dari Mahkamah Konstitusi yang dikeluarkan pada rentang tahun yang berbeda-beda, seperti; Putusan No. 012/PUU-IV/2006, Putusan No. 016/PUU-IV/2006 dan Putusan No.019/PUU-IV/2006. Ketiga putusan di atas memohon untuk membatalkan secara keseluruhan UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi. Selain itu akan juga dikaji Putusan No. 005/PUU-IV/2006 tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang No. 22 tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Putusan yang masih hangat untuk diperbincangkan adalah Putusan No. 56/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Calon Presiden Independen.

Paradigma kedua adalah paradigma keadilan (*substansial justice*) yang juga tidak kalah kontroversial dengan putusan-putusan lain. Dalam paradigma ini, mengambil 3 (tiga) buah putusan dari Mahkamah Konstitusi yang dikeluarkan pada rentang tahun yang relatif dekat, seperti; Putusan No. 22-24/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Mekanisme Suara Terbanyak

dalam penentuan calon anggota legislatif, Putusan No. 9/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan lembaga survei dan mekanisme *quick count* dalam Pemilihan Umum dan Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan Membatalan Persyaratan “Pernah dijatuhi hukuman pidana penjara” untuk Pencalonan Kepala Daerah

Putusan-putusan tersebut akan dianalisa dengan menggunakan teori-teori yang akan digunakan sebagai pisau analisa serta untuk mem-*back up* penyelesaian berbagai permasalahan mendasar adalah; Teori tentang asas kepastian hukum (*legal certainty*) dan asas keadilan (*substantial justice*) sebagai teori utama (*grand theory*), Teori Konstitusi sebagai teori madya (*middle range theory*), dan Teori Negara Hukum dan Demokrasi sebagai teori aplikatifnya (*applied theory*).

B. PERUMUSAN MASALAH

Dari judul penelitian diatas maka rumusan masalah yang hendak dijawab oleh peneliti adalah:

1. Bagaimana hubungan tarik-menarik antara asas kepastian hukum (*legal certainty*) dan asas keadilan (*substantial justice*) dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi?
2. Apakah ada pergeseran penerapan asas kepastian hukum (*legal certainty*) menuju kepada asas keadilan (*substansial justice*) dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi?
3. Mengapa ada pergeseran paradigma dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi?

C. TUJUAN DAN KEGUNAAN PENELITIAN

Berdasarkan pada rumusan masalah tersebut, maka tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah:

1. Untuk mengetahui bagaimana hubungan tarik-menarik antara asas kepastian hukum (*legal certainty*) dan asas keadilan (*substantial justice*) dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi.
2. Untuk mengetahui apakah ada pergeseran penerapan asas kepastian hukum (*legal certainty*) menuju kepada asas keadilan (*substansial justice*) dalam Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi
3. Untuk mengetahui mengapa ada pergeseran paradigma dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi?

D. KERANGKA PEMIKIRAN TEORITIK

1. Demokrasi, Negara Hukum dan *Judicial Review*

Demokrasi bukanlah istilah baru bagi Indonesia. Negara Kesatuan Republik Indonesia mungkin salah satu dari sekian banyak negara-negara di dunia ini yang mengaku sebagai negara yang demokratis. Demokrasi dianggap sebagai *superb credo* di seluruh dunia, bila suatu negara mengaku sebagai negara demokrasi, maka niscaya negara tersebut akan dihormati dan dipandang baik oleh publik internasional. Namun bila ada negara yang berani melawan arus dan berani berkata tidak pada demokrasi, maka niscaya terasinglah negara tersebut dari pergaulan kancah internasional. Dengan kalimat yang kritis, demokrasi acapkali dianggap sebagai "*stemple kelulusan*" bagi semua negara di dunia ini.

Demokrasi sebagai sebuah *credo* yang datang jauh dari negara dewa Yunani, tepatnya di polis Athena, sering diartikan sebagai suatu bentuk pemerintah *dari, oleh, dan untuk* rakyat, sebagaimana yang disebutkan oleh Amartya Sen¹¹ bahwa:

¹¹ Amartya Sen, Jurnal: *Democracy and its global roots: Why democratization is not same as Westernization*, The New Republic, October 6th, 2003, hlm. 30

“ The idea of democracy is sometimes linked to the practice of voting and elections in ancient Greece, specially in Athenes from the fifth century B.C.E. In the evolution of democratic ideas and practices it is certainly important to note the remarkable role of Athenian direct democracy”.

Dikarenakan letak orientasi dari demokrasi yang diletakkan pada pemenuhan rasa keadilan rakyat, keberpihakan kepada rakyat dan pemberdayagunaan rakyat dalam mengatur negara, maka hampir seluruh pengertian yang diberikan untuk istilah demokrasi selalu memberikan posisi strategis bagi rakyat kendati secara operasional implikasinya di berbagai negara tidak selalu sama¹².

Oleh karena demokrasi lahir dan berkembang bersama rakyat, maka demokrasi juga sering ditafsirkan sebagai manifestasi dari kedaulatan rakyat itu sendiri. Prinsip kedaulatan rakyat merupakan sebuah *antithesa* dari berbagai macam prinsip tentang kedaulatan yang lebih dulu hadir dalam sejarah umat manusia seperti kedaulatan raja pada masa monarkhi absolut dan kedaulatan Tuhan pada masa jaya teokrasi gereja di Eropa dimasa silam. Kedaulatan rakyat merupakan prinsip yang berkaitan dengan kekuasaan tertinggi dalam organisasi negara dimana kekuasaan tertinggi tersebut biasanya dipahami sebagai sesuatu yang abstrak, tunggal, utuh dan tak terbagi, serta tidak berasal dari kekuasaan lain yang lebih tinggi selain dari kemauan dari rakyat itu sendiri¹³. Menurut teori Rousseau yang banyak diilhami dari tulisan-tulisan provokatif John Locke di Inggris, kedaulatan rakyat terjadi ketika ada kontrak sosial, dimana orang menyerahkan kebebasan hak serta wewenangnya (*natural liberty*) kepada rakyat seluruhnya (negara) sehingga suasana kehidupan alamiah berubah menjadi suasana kehidupan bernegara, dan *natural liberty* berubah menjadi *civil liberty*¹⁴. Dalam tutur kata John Locke, negara mengadakan suatu *original agreement*, yang mana tiap-tiap individu harus menyerahkan

¹² Moh. Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 2003, hlm.19

¹³ Bernard L. Tanya, dkk, *Ilmu negara: Beberapa Isu Utama*, Sukardi, Surabaya, 2005, hlm.130

¹⁴ Bernard L. Tanya, dkk, *Ibid*, hlm.131

kekuasaannya kepada kolektivitas (*collectiviteit*), hal ini merupakan *pactum unious*. Selanjutnya kolektivitas tersebut menyerahkan kekuasaannya pada penguasa, namun dengan perjanjian bahwa penguasa akan tetap mengayomi rakyat yang memberikan legitimasi atas kekuasaan penguasa tersebut. Sehingga sejatinya dalam konteks negara demokrasi, kekuasaan tertinggi adalah milik rakyat (*salus populi supreme lex*) dan diselenggarakan melalui perwakilan berdasarkan suara terbanyak (*general will, volunte generale*)¹⁵.

Sebagai sebuah credo, demokrasi dalam prakteknya juga tidak bisa dijalankan secara parsial tanpa ada kaidah-kaidah yang membatasi demokrasi itu sendiri. “Cacat bawaan” demokrasi adalah sulitnya mencapai kesepakatan umum tentang penyelenggaraan negara. Akibatnya, dalam mekanisme demokrasi, aturan hukum dan kebijakan lebih merupakan kehendak mayoritas. Hal ini disebabkan karena demokrasi lebih mengedepankan pada suara rakyat dari sisi kuantitas semata (*the greatest numbers for the greatest happiness*). Demokrasi suara mayoritas inilah yang dulu pada zaman Yunani silam telah menjadi justifikasi atas terbunuhnya filsuf Socrates (399 SM) di tangan hakim-hakim pengadilan Heliast (*The court of Heliast*)¹⁶.

¹⁵ Satya Arianto, Bahan Ajar: Program Magister Ilmu Hukum Universitas Indonesia tentang Hukum dan Demokrasi, hlm. 1

¹⁶ Charles Himawan, *Hukum Sebagai Panglima*, Kompas, Jakarta, 2006, hlm. 192 Dikisahkan bahwa pada tahun 399 SM ketika Socrates menginjak usia 70 tahun, beliau dihadapkan pada sidang pengadilan Heliasts (*Court of Heliasts*) yang terdiri dari 501 warga Athena, yang serentak bertindak sebagai hakim tentang hukum, fakta dan bukti (*judge of law, facts dan evidence*). Para penuntut Socrates adalah Anytus, seorang politisi demokrat, Melitus, seorang penyair tragedi dan Lykon seorang ahli pidato, mereka bertiga mendakwa Socrates telah melakukan dua kejahatan. *Pertama*, Socrates dengan terang-terangan menolak menyembah dewa-dewa resmi Yunani (*impiety*). *Kedua*, Socrates dituduh telah meracuni pikiran-pikiran anak muda Athena dengan pemikiran-pemikiran filsafati yang kritis dan rasional (*corrupting the youth*). Hakim Athena, yang kebanyakan adalah musuh-musuh Socrates dengan suara bulat menjatuhkan hukuman mati kepada Socrates dengan cara dipaksa meminum segelas anggur cemara beracun. Hakim beralasan inilah keadilan dan kebenaran karena keputusan merupakan hasil dari suara terbanyak dari sidang majelis, dengan kata lain hakim Athena menggunakan hukum yang diambil dari keputusan suara terbanyak sebagai tameng kejahatan mereka. Hukum yang lalim telah dengan terang benderang tidak hanya membunuh Socrates namun juga telah membunuh rasa keadilan dan kebenaran itu sendiri.

Cacat bawaan dari demokrasi inilah yang coba untuk diimbangi oleh keberadaan prinsip negara hukum (nomokrasi) yang berlandaskan atas asas kedaulatan hukum yang berarti kekuasaan tertinggi sebuah negara bersumber dari hukum (*a state owned the rules of law*). Plato (427-347 SM), filsuf yang kecewa dengan praktik demokrasi kuno di Yunani, berpendapat dalam bukunya yang termasyur *The Republic* menyatakan bahwa adalah mungkin mewujudkan negara ideal untuk mencapai kebaikan yang berintikan kebaikan, untuk itu kekuasaan harus dipegang oleh orang yang mengetahui kebaikan, yaitu seorang filosof (*the philosopher king/filosofische koningen*). Namun dalam bukunya *The Statesman* dan *The Law*, Plato menyatakan bahwa yang dapat diwujudkan adalah bentuk paling baik kedua (*the second best*) yang menempatkan supremasi hukum. Pemerintah yang mampu mencegah kemerosotan kekuasaan seseorang adalah pemerintahan oleh hukum (*de meest bereikbare staat*)¹⁷. Senada dengan Plato, tujuan negara menurut Aristoteles adalah untuk mencapai kehidupan yang lebih baik (*the best life possible*) yang dapat dicapai hanya dengan supremasi hukum. Hukum adalah wujud kebijaksanaan kolektif warga negara (*collective wisdom*), sehingga peran warga negara diperlukan dalam pembentukannya¹⁸.

Mahfud MD dalam sebuah kesempatan pernah berujar bahwa, prinsip negara hukum (nomokrasi) adalah sebuah prinsip penyeimbang dari prinsip negara demokrasi, hanya hukum yang dapat membatasi kekuasaan, dan memberikan kaidah-kaidah yang harus ditaati dan dipatuhi oleh rakyat. Konsep negara hukum yang dikenal dalam literatur Barat semisal *rechtstaat* dan *the rule of law* di Indonesia diterjemahkan hanya dengan pengertian “negara hukum” sebagaimana yang tertuang dalam Pasal 1 Ayat 3 UUD 1945. Indonesia sebagai negara hukum

¹⁷ Djokosutono, *Ilmu negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1958, hlm. 60

¹⁸ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*, KonPress, Jakarta, 2005, hlm.147

mencoba untuk mensinergiskan kedua konsep negara hukum tersebut, Adapun ciri-ciri khas dari konsep *rechstaat* adalah:

- a. Perlindungan Hak-hak asasi manusia;
- b. Pemisahan kekuasaan untuk menjamin hak-hak asasi manusia itu yang biasa dikenal sebagai Trias Politika;
- c. Pemerintahan berdasarkan peraturan-peraturan (*wetmatigheid van bestuur*);
- d. Peradilan administratif dalam perselisihan¹⁹.

Sedangkan ciri-ciri khas negara hukum *the rule of law*, yang menjadi acuan dasar dari negara-negara berbudaya hukum *common law*, adalah:

- a. Supremasi hukum, dalam arti tidak boleh ada kesewenang-wenangan, sehingga seseorang hanya boleh dihukum jika melanggar hukum;
- b. Kedudukan yang sama didepan hukum baik bagi rakyat biasa maupun bagi pejabat;
- c. Terjaminnya hak-hak asasi manusia oleh undang-undang dan keputusan-keputusan pengadilan²⁰.

Penting untuk ditekankan bahwa kedua tradisi hukum diatas (*rechstaat* dan *the rule of law*) memiliki prioritas yang berbeda, dalam tradisi hukum *rechstaat* yang lebih ditekankan adalah kepastian hukum yang terejawantahkan dalam bentuk tertulis (*written law*). Sedangkan dalam tradisi *the rule of law* lebih menekankan pada keadilan substansial yang tersirat dalam putusan-putusan hakim (*judge made law*) yang bersifat fleksibel, kontekstual dan beragam.

Lebih lanjut tentang negara hukum, Sri Soemantri²¹ memberikan empat unsur utama dari negara hukum, yakni:

- a. Pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasarkan pada hukum dan peraturan perundang-undangan;
- b. Adanya jaminan hak asasi manusia;
- c. Adanya pembagian kekuasaan dalam negara;
- d. Adanya pengawasan dari badan peradilan (*rechterlijke controle*).

¹⁹Oemar Seno Adji dalam Moh, Mahfud MD, *Op.cit* , hlm. 27

²⁰E.S.C. Wade dalam Moh, Mahfod MD, *Op.cit* , hlm. 28

²¹Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 10

Sinergi antara prinsip demokrasi dan prinsip nomokrasi, yang jika dianut dan diaplikasikan bersama-sama dalam sebuah negara akan melahirkan konsep negara hukum yang demokratis (*democratisch rechtsstaat*). Dari sisi pemahaman kedaulatan rakyat, kekuasaan tertinggi dalam suatu negara berada di tangan rakyat. Kekuasaan tertinggi di tangan rakyat itu dibatasi oleh kesepakatan yang mereka tentukan sendiri secara bersama-sama yang dituangkan dalam aturan hukum yang berpuncak pada rumusan konstitusi sebagai produk kesepakatan tertinggi dari seluruh rakyat di dalam suatu negara (*the supreme law of the land*).

Aturan hukum membatasi dan mengatur bagaimana kedaulatan rakyat itu disalurkan, dijalankan, dan diselenggarakan dalam kegiatan kenegaraan dan pemerintahan. Inilah yang kemudian berkembang menjadi doktrin negara hukum. Sebaliknya hukum harus mencerminkan kepentingan dan perasaan keadilan rakyat. Oleh karena itu, hukum harus dibuat dengan mekanisme demokratis. Hukum tidak boleh dibuat untuk kepentingan kelompok tertentu atau kepentingan penguasa yang akan melahirkan negara hukum yang totaliter.

Dalam konteks Indonesia, konsep negara hukum diinternalisasi dalam secara normatif dalam konstitusi negara (UUD 1945) maupun dalam undang-undang organik yang memiliki relevansi kuat dengan supremasi hukum. Dalam Pasal 1 ayat 2 dan 3 UUD 1945 tergambar dengan jelas semangat supremasi hukum di Indonesia, sebagai berikut:

- (2) “Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar”
- (3) “Negara Indonesia adalah negara hukum”

Semangat negara hukum tersebut semakin dipertegas dalam beberapa undang-undang organik yang memiliki nilai supremasi hukum seperti UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan

Kehakiman. Undang-undang ini menjadi penting dalam hal penguatan (*empowering*) supremasi hukum di Indonesia. sebagaimana dapat tergambar dalam rumusan Pasal 1 berikut;

“Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia”.

Sejatinya, sebagai “panglima” di suatu negara, hukum yang disematkan dalam badan peradilan (yudikatif) berfungsi untuk menjaga kewibawaan hukum dan melindungi hak-hak warga masyarakat yang telah dijamin oleh konstitusi dan undang-undang. Sebagaimana yang dirumuskan dalam Pasal 5 ayat 1 dan 2 UU No. 4 Tahun 2004 berikut;

- (1) “Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang”.
- (2) “Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan”.

Salah satu aplikasi nyata dari paham negara hukum (*rechtstaat* maupun *rule of law*) adalah dengan dimungkinkannya suatu undang-undang yang merupakan produk demokrasi perwakilan dan politik diuji dengan barometer hukum yang berlaku. Mekanisme pengujian undang-undang tersebut dikenal dengan sebutan *judicial review*. Munir Fuady²², memberikan pengertian *judicial review*²³ sebagai:

Suatu pranata dalam ilmu hukum yang memberikan kewenangan kepada badan pengadilan umum, atau badan pengadilan khusus untuk melakukan peninjauan ulang, dengan cara menerapkan atau menafsirkan ketentuan dan semangat dari konstitusi. Sehingga hasil dari peninjauan ulang tersebut dapat menguatkan atau menyatakan batal atau membatalkan, atau menambah atau mengurangi terhadap suatu tindakan berbuat atau tidak berbuat dari aparat pemerintah (eksekutif) atau pihak-pihak lainnya (termasuk parlemen).

²² Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern*, Refika Aditama, Bandung, 2009, hlm. 81

²³ Munir Fuady, *Ibid*, hlm. 82

Judicial review merupakan doktrin hukum asli yang berkembang pesat di Amerika Serikat, namun sedikit mendapatkan pengaruh dari hukum Inggris (*Anglo saxon*). Salah satunya adalah doktrin pertentangan (*repugnancy*). Doktrin ini mirip tapi tidak sama dengan doktrin *judicial review*. Karena, dalam *repugnancy* mengajarkan bahwa anggaran dasar perusahaan di suatu perusahaan, terutama perusahaan besar atau milik pemerintah tidak boleh bertentangan secara diametral dengan hukum di tanah Inggris (*the law of the land*) dan dengan kekuasaan raja.

Sejarah lahirnya *judicial review* berawal di Amerika Serikat ketika Hakim Agung *Supreme Court* John Marshall pada tahun 1803 membuat sejarah dengan membatalkan Undang-Undang Federal Hukum 1789 dengan alasan bertentangan dengan konstitusi Amerika Serikat. John Marshall beralasan bahwa *judicial review* penting untuk dilakukan guna menjaga martabat hukum dan untuk memberikan keadilan kepada rakyat. Adapun beberapa alasan *recht vinding* atau penemuan hukum tentang *judicial review* adalah:

1. Hakim bersumpah untuk menjunjung tinggi konstitusi, sehingga jika ada peraturan yang bertentangan dengan konstitusi maka harus dilakukan uji materi terhadap peraturan tersebut.
2. Konstitusi adalah *the supreme law of the land* sehingga harus ada pengujian terhadap peraturan yang ada dibawahnya agar *supreme law* tersebut tidak dilangkahi isinya.
3. Hakim tidak boleh menolak perkara walaupun tidak ada hukumnya, sehingga kalau ada yang mengajukan perkara *judicial review* hakim harus memenuhinya²⁴.

Mahfud MD²⁵, dalam disertasinya pada tahun 1993 menambahkan satu alasan lagi tentang perlunya *judicial review* yakni dengan menyatakan; “hukum sebagai produk politik”. Hukum (Undang-Undang) dimaknai sebagai suatu kristalisasi kepentingan-kepentingan yang saling bersaing dan aspirasi demokrasi rakyat yang diwakilkan oleh para *legislators*, sehingga harus dapat diuji keabsahan hukumnya oleh suatu lembaga yudikatif. Uji keabsahan hukum tersebut bertujuan untuk menjaga agar substansi hukum maupun prosedur pembuatannya benar secara hukum dan untuk menghindari agar hukum tidak digunakan sebagai alat justifikasi atas kehendak pemegang kekuasaan politik.

Judicial review, berperan sebagai instrumen efektif untuk menjaga dan mengawasi kaidah-kaidah hukum yang termuat dalam Undang-Undang Dasar dan peraturan perundang-undangan konstitusional lainnya untuk tidak dilanggar atau disimpangi (baik dalam bentuk peraturan perundang-undangan maupun dalam bentuk tindakan-tindakan pemerintah lainnya).

²⁴ Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Press, Jakarta, 2009, hlm. 258

²⁵ Moh Mahfud MD, *Ibid*, hlm. 258

Instrumen ini berguna tidak hanya menempatkan hukum/konstitusi sebagai “panglima” dalam negara, namun juga berperan aktif sebagai alat kontek tualisasi dari nilai-nilai luhur konstitusi itu sendiri. Edward McWhinney²⁶, memberikan 4 (empat) kekuatan dari konstitusi untuk dapat dikontek tualisasikan sesuai kebutuhan jaman.

“ First is constituent power itself, second means of constitutional change is through developing custom and convention, third agency of change is direct amending power, and last but not least is the role of judicial interpretation as the most sophisticated agency of constitutional change”.

Konstitusi dapat diaktualisasikan dengan berbagai cara sebagaimana yang disebutkan di atas, namun instrumen yang paling ideal dan “canggih” guna mengaplikasikan nilai-nilai konstitusi adalah dengan melakukan *judicial interpretation* (penafsiran konstitusi). Istilah ini sering disebut dengan beberapa istilah lain, semisal *judicial action in relation to constitutional law* atau dalam makna yang lebih sederhana diartikan sebagai *judicial review*.

“Judicial review is a court power, as a formal matter, has or exerts the power to annul or override enactment of the legislature on the ground that they are unconstitutional; this we will refer to as direct judicial review”²⁷.

Adanya *judicial review* akan semakin memperkuat salah satu prinsip dari negara hukum yakni; pemisahan kekuasaan (*scheiding van machten*) atau lebih dikenal dengan istilah *Trias Politica*. Dalam teori *Trias Politica* kekuasaan negara dibagi menjadi 3 (tiga) cabang yakni; eksekutif, legislatif, dan yudikatif yang secara rasional semuanya memiliki hak yang berbeda-beda. Namun dalam perkembangan ketatanegaraan yang kian hari kian berkembang dikarenakan perubahan konfigurasi hukum dan politik, maka diperlukan fungsi kontrol terhadap kekuasaan untuk menghindari kekuasaan yang sewenang-wenang baik dari eksekutif maupun dari legislatif.

²⁶ Edward McWhinney, *Judicial Review*, University of Toronto Press, 1969, Fourth Edition, Canada, hlm. 8-13

²⁷ Edward McWhinney, *Ibid*, hlm. 13

Dalam negara modern, fungsi kontrol disematkan dalam tubuh institusi yudikatif (pengadilan) dengan alasan-alasan logis sebagai berikut:

1. Dibandingkan dengan badan eksekutif maupun legislatif, badan pengadilan merupakan badan yang dianggap paling kurang berbahaya (*the least dangerous branch*), yakni paling sepi dari “pertarungan” politik dan kepentingan.
2. Konstitusi mesti diwujudkan kedalam dunia nyata dengan perangkat hukum, sehingga menafsirkan hukum konstitusi memerlukan keahlian hukum tertentu. Dibandingkan dengan badan legislatif dan eksekutif, maka badan pengadilan secara kelembagaan jauh lebih ahli dan professional dalam memahami dan menafsirkan hukum.
3. Anggota legislatif dan eksekutif merupakan badan yang dibentuk berdasarkan suara rakyat (demokratis), namun hal ini membawa efek negatif bahwa mereka sulit untuk netral, tetapi lebih memihak kepada golongan rakyat yang memilihnya atau golongan partai politik yang memilihnya atau diwakilinya.
4. Dengan berkembangnya prinsip perlindungan hak-hak asasi manusia (*human right and dignity*), yang mengharuskan negara mengatur dan melindungi hak-hak fundamental rakyat dalam konstitusi sehingga tidak boleh dilanggar terutama oleh pihak eksekutif. Sehingga, badan yang paling tepat untuk menjaga perlindungan hak asasi adalah badan pengadilan (yudikatif)²⁸.

Fungsi kontrol represif dari badan yudikatif terhadap produk legislatif menggambarkan relasi *check and balance* antara cabang-cabang kekuasaan dalam negara. Hakim senior Amerika Serikat, Justice Oliver Wendell Holmes, memberi 2 (dua) idea atau gagasan tentang sistem kontrol yudikatif terhadap penguasa.

First, there was a tradition of judicial restraint, or more properly judicial self-restraint; the notion that the Supreme Court should defer to the popular will as expressed in the enactment of legislative majorities.

Second, there was a tradition of judicial activism, involving the notion that in certain areas of subject-matter, notably the field of political and civil right, the Court must look with a jealous on legislation cutting down or trenching on those rights²⁹.

Menurut beliau, pengadilan harus aktif melakukan “pengendalian represif” terhadap semua produk lembaga legislatif tanpa terkecuali menafikan aspirasi mayoritas bila bertentangan dengan asas-asas hukum yang berlaku. Selain itu harus ditumbuhkan semangat “advokasi yudikatif” dimana yudikatif berperan kritis terhadap semua pokok perkara undang-undang

²⁸ Munir Fuady, *Op.cit*, hlm. 89

²⁹ Edward McWhinney, *Op.cit*, hlm. 174

terutama dalam bidang politik dan hak asasi manusia. Di sinilah peranan utama dari *judicial review* yang sangat diperlukan dalam institusi negara hukum yang demokratis.

Secara filosofis, istilah menguji (menelaah kembali) yang diterjemahkan dari kata *review*³⁰, memiliki dikotomi arti yang berbeda dalam konteks hukum. “Hak menguji” (*toetsingrecht*) berbeda dengan “*judicial review*” walaupun secara literal kedua-duanya sama-sama berarti “menguji”. “Hak menguji” (*toersingrecht*) lebih berorientasi pada paradigma *civil law* di Eropa Kontinental (Belanda), sedangkan “*judicial review*” orientasinya pada paradigma *common law* terutama di Amerika Serikat³¹.

Dalam tradisi *civil law*, kewenangan untuk menguji diberikan kepada satu lembaga tertinggi saja yang dikenal dengan *Constitutional Court* atau Mahkamah Konstitusi. Tata cara pengujian dilakukan hanya oleh satu Mahkamah saja, maka sistem tersebut dikenal dengan nama sistem “sentralisasi”, sedangkan metode pengujiannya disebut “*principaliter*”. Sedangkan dalam tradisi *common law*, *judicial review* diberikan kepada hakim yang bertugas untuk menguji apakah peraturan yang dipertanyakan dalam kasus yang sedang diperiksa bertentangan dengan konstitusi. Prosedur pengujian dilakukan oleh para hakim dalam pemeriksaan perkara secara konkret, sistem ini disebut sistem “desentralisasi” dan metode pengujiannya disebut “*incidenter*”³²

Secara teori, *judicial review* hanya dapat dilaksanakan dengan persyaratan yang ketat dalam hal adanya “*case and controversy*” yang artinya harus ada “kasus” dan “sengketa” yang benar-benar sedang terjadi dan aktual (*flesh and blood*). Harus dihindari penerapan *judicial review* dalam kasus yang tidak aktual guna menghindari bentrokan doktrin *judicial review*

³⁰ John M. Echols, *Kamus Inggris Indonesia*, Cetakan III, Gramedia, Jakarta, hlm. 323
review diartikan 1) tinjauan, 2) timbangan buku, 3) resensi, 4) pemeriksaan, 5) pengujian

³¹ Ni'matul Huda, *Negara hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 73

³² Ni'matul Huda, *Ibid*, hlm. 78

dengan prinsip *Trias Politica* antar lembaga-lembaga negara³³. Kalau misalnya pengadilan memiliki kewenangan *judicial review* tanpa ada persyaratan “kasus aktual” dengan membatalkan suatu produk legislatif begitu saja, maka berarti pengadilan tersebut sudah bertindak seolah-olah sebagai lembaga legislatif, padahal pengadilan haruslah menjaga diri sebagai lembaga yudikatif.

Dalam konteks ketata-negeraan Indonesia, kewenangan *judicial review* diamanahkan dalam tubuh institusi kekuasaan kehakiman yang memiliki 2 (dua) cabang yakni; Mahkamah Konstitusi (MK) dan Mahkamah Agung (MA). Menurut Pasal 24C UUD 1945, Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar, sedangkan menurut Pasal 24A UUD 1945 Mahkamah Agung memiliki kewenangan untuk menguji peraturan dibawah Undang-Undang terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Selain dalam rumusan konstitusi, kewenangan *judicial review* kedua peradilan tersebut juga terejawantahkan dalam rumusan UU No. 4 Tahun 2004, sebagai berikut;

Pasal 11 Ayat 2 huruf b, menyatakan; Mahkamah Agung mempunyai kewenangan: “Menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang”

Pasal 12 Ayat 1 huruf a, menyatakan; Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk :

“Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”

Khusus untuk Mahkamah Konstitusi, kewenangan *judicial review* kembali diamanahkan dalam rumusan UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang berisi pemberian kewenangan penuh untuk melakukan *judicial review*. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 10 Ayat 1 huruf a, berikut:

Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

³³ Munir Fuady, *Op.cit*, hlm. 94

“Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”

Secara teknis, keduanya berbeda peristilahan; kewenangan pengujian Undang-Undang terhadap konstitusi sering diartikan sebagai *constitutional review*, sedangkan pengujian peraturan di bawah Undang-Undang terhadap peraturan yang lebih tinggi di artikan sebagai *judicial review*; tetapi keduanya secara umum cukup disebut *judicial review* dalam arti pengujian yang dilakukan oleh lembaga yudisial.

Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu badan kekuasaan kehakiman yang bertindak sebagai pengawal kewibawaan konstitusi (*the guardian of constitution*) memiliki beberapa *privileges* terutama dalam hal akibat hukum (*legal effect*) putusan yang bersifat *final and binding*. Hal ini dilakukan guna menjaga kepastian hukum dan menjaga kewibawaan konstitusi. Adapun akibat hukum (*legal effect*) terkait dengan Putusan Mahkamah, sebagai berikut:

Pasal 47 UU MK: *“Putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum”;*

Pasal 56 Ayat (3) UU MK: *“Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”;*

Pasal 57 Ayat (1) UU MK: *“Putusan Mahkamah Konstitusi yang amar putusannya menyatakan bahwa materi, muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945, materi muatan ayat, pasal, dan atau bagian undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat”;*

Pasal 58 UU MK: *“Undang-undang yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi tetap berlaku sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.”*

Berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam Sidang Pleno terbuka untuk umum. Artinya, bahwa terhadap putusan dimaksud tidak dimungkinkan lagi adanya upaya hukum sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 24C UUD 1945. Akibat hukum

putusan Mahkamah yang menyatakan undang-undang, bagian dari undang-undang, pasal, atau ayat bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat lahir segera setelah putusan diucapkan dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum secara prospektif (*ex nunc*) dan tidak retrospektif (*ex tunc*). Undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945 demikian dianggap tidak ada dan tidak berlaku lagi, dan tidak melahirkan hak dan kewenangan serta tidak pula dapat membebaskan kewajiban apapun. Pengadilan terikat untuk mengabaikan undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 tersebut.

Akan tetapi hal itu hanya merupakan aturan umum yang timbul dari pernyataan inkonstitusionalitas suatu undang-undang. Untuk kepentingan umum yang jauh lebih besar, sebagaimana telah dipertimbangkan di atas, Mahkamah merasa perlu membatasi akibat hukum yang timbul dari pernyataan inkonstitusionalitas suatu undang-undang.

2. Teori Konstitusi

Hukum tertinggi di sebuah negara adalah produk hukum yang paling mencerminkan kesepakatan dari seluruh rakyat, yaitu konstitusi. Dengan demikian, aturan dasar penyelenggaraan negara yang harus dilaksanakan adalah konstitusi. Bahkan, semua aturan hukum lain yang dibuat melalui mekanisme demokrasi tidak boleh bertentangan dengan konstitusi. Hal ini karena aturan hukum yang dibuat dengan mekanisme demokrasi tersebut adalah produk "mayoritas rakyat", sedangkan konstitusi adalah produk "seluruh rakyat".

Secara literal, Bryan A. Garner³⁴ menjelaskan pengertian konstitusi sebagai berikut:

The fundamental and organic law of a nation or state, establishing the the conception, character, and the organization of its government, as well as prescribing the extent of its sovereign power and the manner of its manner.

³⁴Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 7th Edition, West group, United State of America, hlm. 306

Sebagai hukum fundamental dalam negara, konstitusi dibangun dengan beberapa tujuan-tujuan dasar, sebagai berikut:

1. Konstitusi sebagai identitas negara;
2. Konstitusi sebagai sertifikat kelahiran suatu negara;
3. Konstitusi sebagai kerangka politik hukum suatu negara³⁵.

Dalam lingkup negara hukum yang demokratis, sistem konstitusi yang menjadi salah satu gagasan normatif negara hukum, membawa konsekuensi bahwa suatu negara hukum harus mengikuti empat prinsip imperatif konstitusionalisme, yakni:

- a. Seluruh kekuasaan politik harus tunduk pada hukum;
- b. Adanya jaminan dan perlindungan hak-hak asasi manusia;
- c. Peradilan yang bersih dan mandiri;
- d. Akuntabilitas publik, sebagai sendi utama kedaulatan rakyat³⁶.

Dapat dikatakan batal demi hukum suatu konstitusi bila tidak mencerminkan semangat konstitusionalisme yang merupakan urat nadi atau unsur materiil dari konstitusi tersebut. Konstitusionalisme menurut Carl J. Friedrich adalah sebuah gagasan bahwa pemerintahan merupakan suatu kumpulan kegiatan yang diselenggarakan oleh dan atas nama rakyat, tetapi yang dikenakan beberapa pembatasan yang diharapkan akan menjamin kekuasaan yang diperlukan untuk pemerintah itu tidak disalah-gunakan oleh mereka yang mendapat tugas untuk memerintah³⁷.

³⁵ Saifudin, Makalah; *Menyusun Konstitusi yang Partisipatif Menuju Terwujudnya Cita-Cita Bangsa*, Disampaikan dalam Seminar Nasional oleh HMI Komisariat FH UII, 30 Mei 2009, hlm. 7

³⁶ Bernard L. Tanya, dkk, *Op.cit*, hlm.189

³⁷ Dahlan Thaib, dkk, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta, 1991, hlm.22

Konstitusi (*Constitution/Verfassung*), mempunyai arti yang lebih luas dari pada Undang-Undang Dasar. Herman Hellar³⁸ membagi konstitusi dalam tiga pengertian sebagai berikut:

- a. Konstitusi mencerminkan kehidupan politik didalam masyarakat sebagai suatu kenyataan (*Die politische Verfassung als gesellschaftliche Wirklichkeit*) dan belum merupakan konstitusi dalam arti hukum (*ein Rechtsverfassung*) atau dengan perkataan lain konstitusi itu masih merupakan pengertian sosiologis atau politis dan belum merupakan pengertian hukum;
- b. Konstitusi dalam arti hukum yang dicari unsur-unsur hukumnya dari konstitusi yang hidup dalam masyarakat untuk dijadikan suatu kesatuan kaidah hukum (*Die verselbstandigte Rechtsverfassung*);
- c. Konstitusi dalam arti tertulis dan tersimpan sebagai naskah kenegaraan.

Lebih jauh Solly Lubis³⁹, memaparkan bahwa dalam kajian hukum konstitusi, terdapat dua macam konstitusi, yakni konstitusi yang tertulis (*written constitution*) dan ada konstitusi yang tidak tertulis (*unwritten constitution*). Bentuk yang tertulis dikenal dengan sebutan *grondwet* atau Undang-Undang Dasar (UUD), sedangkan dalam bentuk yang tidak tertulis lazim disebut sebagai konvensi atau kebiasaan dalam ketatanegaraan.

Sehingga jelaslah bahwa konstitusi merupakan sebuah pengertian yang sangat luas tasfirnya. Adalah suatu kesalahan besar bila cenderung menyamakan arti konstitusi dengan Undang-Undang Dasar, karena konstitusi tersebut sebenarnya tidak hanya bersifat normatif *an sich* namun juga bersifat sosiologis dan politis⁴⁰.

Dalam perkembangannya, konstitusi baik dalam lingkup teoritis maupun praktek memerlukan sebuah alas legalitas guna menjadi hukum tertinggi dalam negara. Berlakunya suatu konstitusi didasarkan atas kekuasaan tertinggi atau prinsip kedaulatan yang dianut dalam suatu negara. Dalam konteks negara hukum yang demokratis maka alas legalitasnya adalah kedaulatan

³⁸ Herman Hellar dalam Moh.Kusnardi, *Hukum Tata Negara Indonesia*, PD Budi Chaniago, Jakarta, 1988, hlm. 65

³⁹ Solly Lubis, *Hukum Tata Negara*, Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm. 30

⁴⁰ Moh.Kusnardi, Op. cit, hlm. 65

rakyat itu sendiri⁴¹. Dengan demikian, dalam konsep negara hukum yang demokratis terkandung makna bahwa demokrasi diatur dan dibatasi oleh aturan hukum, sedangkan substansi hukum itu sendiri ditentukan dengan cara-cara yang demokratis berdasarkan konstitusi. Demokrasi dan nomokrasi menyatukan pendekatan kuantitatif dalam mekanisme demokrasi, pendekatan logika kebenaran dan keadilan hukum berdasarkan kehendak seluruh rakyat yang tertuang dalam konstitusi. Relasi inilah yang disebut sebagai *constituent power* yang merupakan kewenangan yang berada di luar dan sekaligus di atas sistem yang diaturnya⁴². Selain *constituent power* di atas, muncul pula *constituent act*. Sehingga dapat dipahami konstitusi adalah *constituent act*, bukan produk peraturan legislatif biasa (*ordinary legislative act*). *Constituent power* mendahului konstitusi, dan konstitusi mendahului organ pemerintahan yang diatur dan dibentuk berdasarkan konstitusi itu⁴³.

Setelah menempatkan konstitusi dalam aras kekuasaan tertinggi dalam negara, konstitusi harus mampu memainkan peran strategis yang diembannya, yakni untuk (1) membatasi kesewenangan tindakan pemerintah serta membebaskan kekuasaan dari kontrol mutlak para penguasa, serta menetapkan bagi para penguasa tersebut batas-batas kekuasaan mereka dan melakukan pengawasan kekuasaan politik, (2) menjamin hak-hak yang diperintah, dan (3) merumuskan pelaksanaan kekuasaan yang berdaulat. Konstitusi memang diciptakan sebagai sarana dasar untuk mengawasi proses-proses kekuasaan⁴⁴.

Bukti normatif Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis dapat dilihat secara eksplisit dalam UUD 1945 yang menyebutkan bahwa Indonesia berdasarkan atas kedaulatan rakyat sekaligus kedaulatan hukum. Sebagai negara hukum, segala tindakan penyelenggara

⁴¹ Jimly Asshiddie, *Gagasan dasar*... .. *Op.cit*, hlm.195

⁴² Jimly Asshiddiqie, *Gagasan dasar*... .. *Ibid*, hlm.195

⁴³ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan dasar*... .. *Ibid*, hlm.195

⁴⁴ Dahlan Thaib, dkk, *Op.cit*, hlm.27

kesewenangan tindakan pemerintah serta membebaskan kekuasaan dari kontrol mutlak para penguasa, serta menetapkan bagi para penguasa tersebut batas-batas kekuasaan mereka dan melakukan pengawasan kekuasaan politik, (2) menjamin hak-hak yang diperintah, dan (3) merumuskan pelaksanaan kekuasaan yang berdaulat. Konstitusi memang diciptakan sebagai sarana dasar untuk mengawasi proses-proses kekuasaan⁴⁴.

Bukti normatif Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis dapat dilihat secara eksplisit dalam UUD 1945 yang menyebutkan bahwa Indonesia berdasarkan atas kedaulatan rakyat sekaligus kedaulatan hukum. Sebagai negara hukum, segala tindakan penyelenggara negara dan warga negara harus sesuai dengan aturan hukum yang berlaku. Hukum dalam hal ini adalah hirarki tatanan norma yang berpuncak pada konstitusi, yaitu UUD 1945. Dengan demikian, pelaksanaan demokrasi juga harus berdasarkan pada aturan hukum yang berpuncak pada UUD 1945 dan Undang-Undang.

Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945), sebagai sebuah hukum tertinggi (*supreme law of nation*) di Indonesia sejatinya memiliki peranan yang amat besar terhadap perkembangan demokratisasi dan sebagai sarana menuju cita-cita negara hukum. UUD 1945 sebagai sebuah konstitusi tertulis (*Loi Constitutionnel*)⁴⁵, dianggap sebagai semacam manifesto, sebuah pengakuan keyakinan, pernyataan cita-cita, atau sebagaimana yang disebut Podsnap sebuah piagam negara (*charter of the land*)⁴⁶. Konstitusi memuat pembatasan terhadap kekuasaan dan kewenangan pemerintah, baik dalam konteks waktu maupun isi dan ruang lingkup wilayah

⁴⁴ Dahlan Thaib, dkk, *Op.cit*, hlm.27

⁴⁵ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, KonPress, Jakarta, 2006, hlm.26

Dalam bahasa Perancis, *Droit Constitutionnel* identik dengan konstitusi (baik yang tertulis maupun tidak tertulis), sedangkan *Loi Constitutionnel* adalah undang-undang dasar dalam arti konstitusi yang tertuang dalam naskah tertulis. Konstitusi dalam bahasa Arab disebut Masturiyah, Dustuur, atau Qanun Asasi; sedang dalam bahasa Italia disebut *Diritto Constitutionale*.

⁴⁶ K. C. Wheare, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Pustaka Eureka, Surabaya 2003, hlm.49

berkiprahnya kekuasaan atau kewenangan pemerintah, dan juga sebagai jaminan perlindungan hak asasi manusia⁴⁷.

Hal yang sama berlaku di Indonesia, yang apabila kita cermati bahwa esensi dasar dari rumusan UUD 1945 adalah sebagai konstitusi rakyat (*people constitution*) yang lahir dan berkembang atas dasar aspirasi dan suara rakyat, yang merupakan wujud perlawanan terhadap nilai-nilai asing (barat) yang sengaja ingin ditransformasikan secara “legal” kedalam khasanah hukum Indonesia⁴⁸. Konstitusi sebagai kumpulan cita-cita dan tujuan negara pastinya memiliki paradigma hukum (*legal paradigm*) yang menjadi dasar pemikiran terciptanya konstitusi tersebut. Paradigma hukum menurut kajian filsafat hukum terbagi atas 3 (tiga) aliran yaitu : aliran utilitarianisme yang memiliki keyakinan bahwa hukum harus bermanfaat (*useful of law*), aliran positivisme hukum yang berorientasi pada asas kepastian hukum (*legal certainty*) dan prediktabilitas hukum (*legal predictability*), dan yang terakhir adalah aliran hukum alam yang berkiblat pada asas keadilan (*substantial justice*). Ketiga paradigma besar ini, pada perkembangan dunia akademisi hukum mengalami banyak perkembangan dan modifikasi. Namun sampai saat sekarang masing sangat jelas terlihat pertentangan idealitas hukum antara asas kepastian hukum dengan asas keadilan, yang saling tarik-menarik dalam praktek ketatanegaraan.

E. METODOLOGI PENELITIAN

1. Jenis dan Sifat penelitian

⁴⁷ B. Arief Sidharta, *Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum*, dalam Jurnal JENTERA: Rule of Law, Edisi III Tahun II, November, Jakarta, 2004, Hlm.123

⁴⁸ Mudzakkir, *Sistem Hukum Indonesia menurut H.Moh. Koesno*, Jakarta, 1977, hlm.98

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian hukum normatif dan penelitian hukum kepustakaan.⁴⁹ Bisa juga disebut sebagai penelitian doktrinal⁵⁰. Yang akan mengkaji hukum positif yang berhubungan dengan Undang-Undang Dasar 1945, dan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi sebagai hukum *par excellent* di Indonesia. Dalam doktrin positivisme, hukum dikonsepsikan sebagai kaidah perundang-undangan. Oleh karena itu, penelitian hukum doktrinal dalam tradisi positivisme difokuskan pada hukum tertulis, dalam hal ini peraturan perundang-undangan dan putusan-putusan yang terkait. Namun demikian, dalam penelitian hukum doktrinal tidak menutup kemungkinan digunakannya bahan hukum lain seperti karya-karya akademik dan doktrin-doktrin hukum, yang dapat membantu untuk memperkaya pengetahuan tentang hukum yang sedang berlaku (*ius constitutum*) dan seharusnya berlaku (*ius constituendum*).

2. Objek Penelitian

Objek penelitian ini adalah putusan-putusan Mahkamah Konstitusi, yakni :

1. Putusan No. 012/PUU-IV/2006, Putusan No. 016/PUU-IV/2006 dan Putusan No.019/PUU-IV/2006. Ketiga putusan diatas memohon untuk membatalkan secara keseluruhan UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi;
2. Putusan No. 005/PUU-IV/2006 tentang Permohonan pengujian Undang-Undang No. 22 tahun 2004 tentang Komisi Yudisial;
3. Putusan No. 56/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Calon Presiden Independen;
4. Putusan No. 22-24/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Mekanisme Suara terbanyak dalam penentuan calon anggota legislatif;

⁴⁹ Soejono Soekanto, dkk, *Penelitian Hukum Normatif*, Rajawali Press, Jakarta, 1997, hlm.13

⁵⁰ Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, Rajawali Press, Jakarta, 1997, hlm.83

5. Putusan No. 9/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan lembaga survei dan mekanisme *quick count* dalam Pemilihan Umum.
6. Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan Membatalan Persyaratan “Pernah dijatuhi hukuman pidana penjara” untuk Pencalonan Kepala Daerah

3. Bahan-bahan hukum

Karena penelitian ini merupakan penelitian normatif yang berupa studi pustaka, maka bahan hukum dalam penelitian ini adalah bahan hukum yang diperoleh dari studi pustaka yang akan menghasilkan bahan hukum primer, sekunder, maupun tersier.

a. Bahan-bahan hukum primer

Berupa Undang – Undang Dasar 1945, peraturan perundang-undangan yang terkait dengan permasalahan yang diteliti dan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi.

b. Bahan-bahan hukum sekunder

Bahan hukum berupa buku-buku literatur, jurnal yang relevan, risalah-risalah sidang MK, tulisan-tulisan ilmiah, hasil-hasil seminar, penelitian terdahulu, situs-situs internet yang relevan, artikel, dan lain-lain.

c. Bahan-bahan hukum tersier, berupa kamus hukum, dan lain-lain.

4. Metode Pengumpulan Bahan-bahan Hukum

Pengumpulan data dilakukan dengan mengkaji berbagai teori ketatanegaraan dan sistem pemerintahan yang terkait dengan penelitian ini. Teori-teori tersebut kemudian dikaitkan dengan berbagai fakta yang terjadi di Indonesia terkait dengan tema penelitian. Selain itu, bahan hukum juga didapat dengan studi kepustakaan terhadap bahan-bahan atau sumber-sumber data yang dibutuhkan dan terkait dengan penelitian ini.

5. Metode Pendekatan

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan yuridis filosofis. Dengan pendekatan ini akan dianalisis beberapa putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang sudah dipilih untuk mewakili pertentangan dan pergeseran paradigma hukum yang terjadi. Selain itu akan dilihat substansi yang terkandung dalam Konstitusi maupun dalam putusan-putusan tersebut, pendekatan ini juga akan membantu untuk mengetahui *ratio legis* dari putusan-putusan tersebut.

Untuk memperoleh analisis yang kuat dan komprehensif, maka selain menggunakan pendekatan yuridis, penelitian ini juga akan menggunakan tinjauan politik sebagai pendekatan pembantu. Politik dalam kaitannya dengan hukum, sebagaimana disinggung sebelumnya memiliki pengaruh yang sangat besar dan signifikan dalam menentukan alur kebijakan hukum.

6. Metode Analisis Bahan-bahan Hukum

Bahan-bahan hukum yang terkumpul baik itu berupa bahan hukum primer, sekunder maupun tersier yang diperoleh dari hasil penelitian yang berkaitan dengan peranan nilai kepastian hukum (*legal certainty*) dan nilai keadilan (*substantial justice*) dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi dibahas dari sudut pandang normatif, realistik dan holistik dengan paparan yang tersusun dan terurai sistematis yang berorientasi pada penulisan yang deskriptif analitis⁵¹.

F. SISTEMATIKA PENULISAN

Penulisan penelitian ini akan disusun dengan sistematika sebagai berikut:

Bab I merupakan pendahuluan yang berisi tentang latar belakang masalah, perumusan masalah, tujuan dan kegunaan penelitian, kerangka pemikiran teoritik, metodologi penelitian dan sistematika penulisan.

⁵¹ Soejono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1984, hlm.250

Bab II merupakan bagian yang akan berisi tinjauan umum tentang asas kepastian hukum (*legal certainty*) dan asas keadilan (*substansial justice*) dalam penegakan hukum. Bagian ini akan dibagi menjadi 2 (dua) bagian. Bagian pertama akan memaparkan tentang pengertian asas kepastian hukum, asas kepastian hukum dalam proses penemuan hukum, dan metode penemuan hukum yang berorientasi pada pemenuhan asas kepastian hukum. Bagian kedua akan memaparkan tentang pengertian asas keadilan, asas keadilan dalam proses penemuan hukum, dan metode penemuan hukum yang berorientasi pada pemenuhan asas keadilan.

Bab III merupakan isi penelitian yang menganalisis tentang hubungan tarik-menarik antara asas kepastian hukum (*legal certainty*) dan asas keadilan (*substansial justice*) dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Dalam bagian akan dianalisa 6 (enam) putusan Mahkamah Konstitusi yang akan dibagi 2 (dua) kajian pembahasan, yakni: 3 (tiga) putusan yang berorientasi pada asas kepastian hukum dan 3 (tiga) putusan yang berorientasi pada asas keadilan.

Bab IV merupakan isi penelitian yang akan menganalisa tentang pergeseran penerapan asas kepastian hukum (*legal certainty*) menuju kepada asas keadilan (*substansial justice*) dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi.

Bab V merupakan bagian penutup yang akan memberikan simpulan dan saran atas masalah yang telah ditetapkan dalam penelitian ini.

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG ASAS KEPASTIAN HUKUM (*LEGAL CERTAINTY*) DAN ASAS KEADILAN (*SUBSTANTIAL JUSTICE*) DALAM PENEGAKAN HUKUM

A. PENGERTIAN ASAS KEPASTIAN HUKUM (*LEGAL CERTAINTY*)

Hukum sebagaimana yang sering ditafsirkan sebagai sebuah kaedah tentang mana yang baik (*goodness*) dan yang buruk (*evilness*)⁵². Memiliki tujuan penting bagi kelangsungan peradaban manusia. Hukum merupakan pranata tertua dalam kehidupan manusia, bahkan tidak ada satu orangpun yang dapat memprediksi kapan hukum lahir di dunia. Dalam perkembangan peradaban manusia, hukum memainkan peranan yang sangat penting sebagai penjaga pranata sosial, alat penyelesaian konflik, dan juga sebagai instrumen untuk mencari kebenaran dan keadilan. Namun perjalanan historis hukum bukanlah tanpa cela dan salah, proses dialektika menjadi “batu tempaan” terhadap hukum-hukum yang berlaku sebelumnya.

Dalam konteks penelitian ini, hukum yang dimaksud adalah hukum buatan manusia (*man made*) bukan hukum illahiah (agama) yang tidak dapat disalahkan apalagi dinafikan kebenarannya. Hukum sebagai produk akal budi manusia mustahil sempurna dan tidak mungkin akan sempurna. Karena tuhan memberi akal budi kepada manusia bukan untuk menyempurnakan alam namun sebagai sarana pembelajaran hidup didunia. Stammler⁵³, seorang ahli hukum mazhab hukum alam, memberikan definisi tentang hukum, sebagai berikut:

⁵² Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum : Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, Ctk Ketiga 2004, hlm. 9
Hukum sebagai kaedah adalah pedoman tentang apa yang seyogyanya dilakukan (*do*) dan apa yang seyogyanya tidak dilakukan (*don't*). Ini berarti pemisahan antara yang baik dan yang buruk.

⁵³ Stammler dalam Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, Golden Books Centre, Kuala Lumpur, 1994, hlm. 49

“ A just law aims at harmonizing individual purpose with that of society. The aim of law is to preserve individual freedom. The content of law will vary from place to place, because its depend on human thought”

Manusia membuat hukum dengan segala kekurangan manusiawinya, namun proses pembentukan hukum merupakan sebuah keharusan dan kewajiban bagi manusia sebagai *khalifah* di muka bumi⁵⁴. Hukum buatan manusia tertua yang ditemukan dalam catatan sejarah dunia adalah hukum Hammurabi di Babilonia. Ini merupakan *manuscript* pertama yang pernah dibuat oleh penguasa untuk memimpin negeri Babilonia.

Tradisi tulis⁵⁵ (*written tradition*) menjadi sarana utama pengembangan ilmu hukum di beberapa belahan dunia, dan Eropa kontinental termasuk kawasan yang diuntungkan dengan kuatnya tradisi tulis di sana. Tradisi tersebut didapat lewat kejayaan Kekaisaran Romawi yang mewarisi hampir seluruh peninggalan-peninggalan seni, budaya, humaniora dan hukum dari reruntuhan kejayaan Yunani, Persia dan Arab.

Ketika Eropa membuka diri pada perubahan sains dan ilmu pengetahuan (*renaissance*), Bangsa Eropa menjadi bangsa yang paling unggul di dunia. Logika (*verstand/rationeel individualistisch*) ditempatkan dalam aras tertinggi dalam kehidupan pribadi dan bermasyarakat, dan hal ini berpengaruh besar pada pemikiran-pemikiran tentang hukum pada saat itu. Pada masa klasik, Gustav Radbruch⁵⁶, seorang ilmuwan hukum memberikan pendapat tentang hukum,

⁵⁴ Benny Susetyo, *Vox Populi Vox Dei*, Averroes Press, Malang, 2004, hlm. 87

⁵⁵ Tradisi tulis mengembangkan kemampuan bahasa bangsa Eropa. Sehingga bahasa hukum berkembang pesat pada saat itu. Hukum memerlukan bahasa, hukum tidak mungkin ada tanpa bahasa. Oleh karena itu bahasa merupakan sarana penting bagi hukum; peraturan perundang-undangan dituangkan dalam bentuk bahasa tertulis, putusan pengadilan disusun dalam bahasa yang logis sistematis, dan untuk mengadakan perjanjian dibutuhkan penguasaan bahasa dan tulisan yang mumpuni.

⁵⁶ Gustav Radbruch dalam Satjipto Rahardjo, *Ilmu....*, *Op.cit*, hlm. 19, Lihat juga Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996, hlm. 96, Lihat juga Theo Huijbers, *Fisafat Hukum dalam Lintas Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1982, hlm. 163-165

beliau menyatakan bahwa; “ hukum memiliki *nilai-nilai dasar dalam dirinya*. Ketiga nilai dasar tersebut adalah; Keadilan (*Gerechtigkeit*), Kegunaan (*Zweckmassigkeit*) dan Kepastian Hukum (*Rechtssicherheit*). Merupakan tugas mulia seorang manusia (hakim) untuk dapat “mendamaikan” perseteruan antara “ketiga raja” tersebut.

Dalam konteks pembahasan tentang kepastian hukum yang merupakan salah satu “raja” dalam khasanah teori hukum. Kepastian hukum dimaknai sebagai suatu keadaan dimana telah pastinya hukum karena telah adanya kekuatan yang pasti bagi hukum yang bersangkutan. Ini merupakan sebuah perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu⁵⁷. Terkait kepastian hukum, Lord Lloyd⁵⁸, memberikan penjelaskannya sebagai berikut:

“ Law seems to require a certain minimum degree of regularity and certainty, for without that it would be impossible to assert that what was operating in a given territory amounted to a legal system ”.

Hukum dalam paradigma positivistik mengharuskan adanya “keteraturan” (*regularity*) dan “kepastian” (*certainty*) guna menyokong bekerjanya sistem hukum dengan baik dan lancar. Sehingga tujuan kepastian hukum mutlak untuk dicapai agar dapat melindungi kepentingan umum (yang mencakup juga kepentingan pribadi) yang akan berfungsi sebagai motor utama

Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa ketiga nilai-nilai dasar dalam hukum itu memiliki “kesahan berlaku yang berbeda; Kepastian hukum merupakan kesahan yuridis (hukum), Kegunaan merupakan kesahan sosiologis, sedangkan keadilan merupakan kesahan filsafati. Menurut Achmad Ali, ketiga nilai-nilai dasar tersebut juga dapat kita sebut sebagai tujuan hukum, sehingga tujuan hukum adalah untuk; mendapatkan keadilan substansial, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Theo Huijbers menyamakan asas kemanfaatan dengan *finalitas* sebagai tujuan dari keadilan. Kepastian hukum harus dijaga demi keamanan dalam negara maka hukum positif selalu harus ditaati, walaupun isinya kurang adil atau tidak sesuai dengan tujuan hukum. Tetapi terdapat pengecualian, yakni bilamana pertentangan antara isi hukum dan keadilan menjadi begitu besar, sehingga tata hukum terasa tidak adil, pada saat itu tata hukum (hukum positif) boleh dilepaskan. Ini merupakan peniadaan hukum sebagai hukum, sebab disini tata hukum kehilangan apa yang merupakan inti hukum, yakni perwujudan keadilan.

⁵⁷ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 2

⁵⁸ Lord Lloyd dan M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction of Jurisprudence*, Steven & Son, London, 1985, hlm. 60

penegakan ketertiban masyarakat (*order*), menegakkan kepercayaan warga negara kepada penguasa (pemerintah), dan menegakkan wibawa penguasa (pemerintah) di hadapan pandangan warga negara⁵⁹.

Tanpa adanya kepastian hukum orang tidak tahu apa yang harus diperbuatnya dan akhirnya timbulah ketidakpastian (*uncertainty*) yang pada akhirnya akan menimbulkan kekerasan (*chaos*). Menegakkan hukum secara keras dan tegas adalah salah satu upaya untuk mempertahankan kepastian hukum, namun apapun yang terjadi peraturan harus ditegakkan dan ditaati oleh semua warga negara tanpa terkecuali. Undang-undang memang sering dirasa kejam apabila dilaksanakan secara ketat dan represif; *lex dura sed tamen scripta* (undang-undang itu kejam, tetapi memang demikianlah adanya)⁶⁰. H.L.A. Hart⁶¹ juga menyatakan hal yang serupa dengan menyatakan; “*This is the law, but is too iniquitous to be applied or obeyed*”

Mencari relasi harmonis antara ketiganya (terutama antara keadilan *vis-à-vis* kepastian hukum) bukanlah perkara sederhana, tidak jarang terjadi konflik antara kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Kalau kita terlalu berpegang pada kepastian hukum, maka keadilan dan kemanfaatannya dikorbankan. Kalau kita terlalu berpegang pada kemanfaatan, maka keadilan dan kepastian hukum yang dikorbankan dan begitu selanjutnya. Oleh karena ini diperlukan kearifan dan metode yang tepat untuk melakukannya. Tugas manusialah untuk dapat “menyempurnakannya” lewat penafsiran akal budinya. Tepat kiranya bila filosof hukum mazhab

⁵⁹ A. Ridwan Halim, *Evaluasi Kuliah Filsafat Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, hlm. 166

⁶⁰ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab.....*, *Ibid*, hlm, 3 Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, Golden Books Centre, Kuala Lumpur, 1994

⁶¹ H.L.A. Hart dalam Hari Chand, *Op.cit*, hlm. 54

Benih positivistik sebenarnya sudah tersemai jauh sebelum H.L.A.Hart dan Hans Kelsen lahir. Socrates sudah menyatakan bahwa: “*Positive law is to be obeyed in all circumstances*”, walau akhirnya dia menjadi korban dari hukum yang lalim dari penguasa yang lalim. Aristoteles juga mengikuti pemikiran Socrates dengan menyatakan; “*Positive law should be obeyed even if contrary to natural law, even a positive law which is deficient should be obeyed*”.

historis von Savigny⁶² berkata; “penafsiran hukum adalah sebuah seni” (*eine Kunst, die sich ebensowening als irgend eine andere, durch Regeln mitteilen oder erwerben laszt*). Seni untuk mendamaikan dan mencari jalan terbaik bagi ketiganya.

1. Kepastian Hukum (*Legal Certainty*) dalam Perspektif Filsafat Hukum

Dalam tafsir ketatanegaraan, asas kepastian hukum terejawantahkan dalam suatu credo negara hukum yang bernama *rechtstaat* yang banyak dipakai sebagai paradigma hukum negara-negara di Eropa kontinental (termasuk Perancis dan Belanda yang kemudian menjajah Indonesia). Secara historis, asal mula *Rechtsstaat* (dengan hurup R “besar”) dikenal dalam kepustakaan hukum Jerman, yang kemudian diperkenalkan ke negeri Belanda dan Indonesia dengan sebutan *rechtsstaat* (dengan hurup r “kecil”). Konsep tersebut lebih merupakan konsep politis, dimana pada mulanya istilah *rechstaat* digunakan pertamakali oleh Robert Von Mohl (1799-1875), yang merupakan istilah ciptaan golongan borjuis yang pada saat itu kehidupan ekonominya sedang meningkat, namun kehidupan politiknya sebagai suatu kelas sedang menurun, dimana dulu yang paling berkuasa adalah raja. Raja berada di atas undang-undang (*king is above the laws*) dan karenanya tiada undang-undang yang dapat menyentuhnya, hal ini antara lain tercermin dalam terminologi *Princeps legibus solutes est*⁶³.

Negara hukum dalam perspektif *rechtstaat* adalah negara yang penyelenggaraan pemerintahannya dijalankan berdasarkan dan bersarkan hukum yang berakar pada seperangkat titik tolak normatif, berupa asas-asas dasar yang menjadi pedoman dan dapat dalam kriteria penilai pemerintah dan perilaku pejabat pemerintah⁶⁴. Pemahaman akan makna *rechtsstaat* harus dicermati lebih luas dan komprehensif, karena bila *rechtsstaat* hanya dimaknai

⁶² Von Savigny dalam Sudikno Mertokusumo, *Penemuan.....*, *Op.cit*, hlm. 57

⁶³ Satya Arianto, Makalah: “*Negara Hukum dalam Perspektif Pancasila*”, Disampaikan pada Kongres Pancasila, Kampus Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 29 Mei – 1 Juni 2009, hlm. 3

⁶⁴ B. Arief Sidharta, *Op.cit*, hlm. 123

secara sempit dan harfiah maka akan cenderung mengakibatkan *misleading* dan mengarah kepada pengertian *wettenstaat* (negara undang-undang), hubungan kata antara *recht* dengan *staat* bukan hubungan yang lepas atau gramatikal belaka melainkan sebuah hubungan kata yang bersifat hakiki dan substantif (*wezenlijk*). Itu sebabnya, *rechtsstaat* dalam bahasa Inggris tidak diterjemahkan secara harfiah sebagai *Law state*, melainkan *State Governed by Law* sebagaimana yang dilakukan oleh Max Knight yang menterjemahkan *Reine Rechtsstaat lehre* dari Hans Kelsen, atau *State ruled by Law* sebagaimana yang dilakukan Kenneth H.F. Dyson yang menulis *The State Tradition in Western European*⁶⁵. Hukum (*Law/Recht*) dalam konteks ini dimaksudkan sebagai norma-norma yang menjadi suatu akuran yang harus dipatuhi oleh seseorang dalam hubungannya dengan sesama ataupun dengan lingkungannya, jadi inti dari suatu norma adalah segala aturan yang harus dipatuhi dan ditaati (*humans are submissived by law*)⁶⁶. Dalam *rechtsstaat*, dasar kewibawaan negara (*de grondslag van statelijk gezag*) diletakkan pada hukum dan penyelenggaraan kewibawaan kenegaraan dalam bentuknya diletakkan dibawah kekuasaan hukum.

Memahami geliat perkembangan *rechtsstaat* harus dimulai dengan memahami aspek historis dari *rechtsstaat* itu sendiri, yang berkembang cukup pesat pada abad ke-19, di negara-negara eropa kontinental semisal Jerman dan Perancis. Paham negara berdasarkan hukum (*rechtsstaatgedachte*) memang dimulai pada dua negara di atas, walaupun perkembangan

⁶⁵ Satya Arianto, Op.cit, hlm. 3

Jika yang dimaksud adalah *rechtstaat* sebagaimana yang berkembang di Eropa Barat, maka sebaiknya diterjemahkan sebagai *State Governed by law* atau *State Ruled by Law*, maka dalam kontek Indonesia, seharusnya negara hukum diartikan sebagai negara berdasarkan hukum sebagaimana yang dulu dipahami dalam penjelasan UUD 1945 sebelum amandemen.

⁶⁶ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan*, Kanisius, Yogyakarta, hlm.18

mazhab hukumnya berbeda baik karena berkembang secara teori maupun melalui praktek dilapangan⁶⁷. Adapun unsur-unsur esensial dari *rechtsstaat*, adalah:

1. *Groundrechten* (penghormatan akan hak-hak dasar);
2. *Scheiding van machten* (pemisahan kekuasaan);
3. *Wetmatigheid van het bestuur* (pemerintahan berdasarkan hukum atau UU);
4. *Administratieve rechtspraak* (peradilan tata usaha negara).

Pada umumnya, kredo ini menitik beratkan pada supremasi hukum, dimana negara dipandang sebagai negara yang diatur oleh hukum, karena negara hanya ada dalam tindakannya sebagai negara. Dalam pandangan Hans Kelsen⁶⁸, bukanlah negara yang menundukkan *person* kepada hukum, melainkan hukum yang mengatur perilaku manusia dan khususnya perilaku mereka yang ditujukan untuk menciptakan hukum, dan yang kemudian mengharuskan orang-orang itu tunduk kepada hukum itu sendiri. Maka jika negara dipahami sebagai sebuah tatanan hukum, maka setiap negara merupakan negara yang diatur oleh hukum (*rechtsstaat*). Dalam lingkup padigma positivism/legalistik hukum, dikenal pemisahan cita keadilan dari hukum positif, bahkan beberapa ada yang menolak untuk mengadakan studi tentang isi yang bermacam-macam dari cita keadilan, karena tidak ada hubungan dengan hukum (mazhab Wina), sebagai alternatif mereka merumuskan cita-cita pokok keadilan yang bertentangan (Radbruch) atau gagal dalam usahanya untuk mengisi cita keadilan formal dengan isi yang substansial (Stammler)⁶⁹. Bagi Kelsen hukum berurusan dengan bentuk (*formal*), bukan isi (*material*). Jadi keadilan sebagai isi hukum berada di luar hukum, dengan demikian hukum dapat saja tidak adil, tetapi ia tetaplah hukum karena dikeluarkan oleh penguasa (*justice is primarily a possible, but not*

⁶⁷ Satya Arianto, Op.cit, hlm. 8

Di negara Jerman, keempat unsur-unsur diatas berkembang secara teori (dengan sebutan tipe negara hukum formil dengan tokoh F.J. Stahl), sedangkan dalam kepustakaan hukum Perancis sebelumnya hanya dikenal unsur pertama dan kedua, namun melalui praktek kenegaraan maka unsur ketiga dan keempat dikembangkan.

⁶⁸ Hans Kelsen, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Nusamedia, Bandung, 2006, hlm.345

⁶⁹ W. Friedman, *Teori dan Filsafat hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, hlm.119

necessary)⁷⁰.

Menurut Kelsen, konsep penerapan hukum harus dengan pendekatan metode normatif-yuridis yang bersih dari anasir non yuris seperti sosiologis, politis, historis, dan etika. Peraturan hukum selalu merupakan hukum positif (tertulis)⁷¹. Konsepsi hukum positif (tertulis) adalah hukum dalam kenyataan (*sollen kategories*) dan bukan hukum yang seharusnya atau yang dicita-citakan (*sein kategories*). Seorang ahli hukum tidak bisa bekerja dalam bidang *sollen* dengan konstruksi pemikiran dan dunia *sein*. Dengan demikian meskipun hukum itu *sollenskategorie* (kategori keharusan/ideal) yang dipakai adalah hukum positif (*ius constitutum*), bukan hukum yang dicita-citakan (*ius contituendum*).⁷² Baginya, hukum adalah suatu keharusan yang mengatur manusia sebagai makhluk rasional. Dalam hal ini yang dipersoalkan oleh hukum bukanlah bagaimana hukum itu seharusnya, tetapi apa hukumnya. Dengan cara berpikir yuridis normatif *an sich* inilah yang kemudian melahirkan asas kepastian hukum (*legal certainty*) yang wajib ada dalam setiap helaan nafas produk hukum negara⁷³.

Sebagai aspek terpenting dalam paradigma hukum *rechtstaat*, asas kepastian hukum memiliki tujuan untuk mewujudkan kepastian (*certainly*) dalam hubungan antar-manusia, yakni menjamin prediktabilitas dalam hukum. Asas kepastian hukum sebagai asas yang tertinggi dalam *rechtstaat* memiliki beberapa asas turunan yang terkandung dalam asas kepastian hukum, seperti:

- a. asas legalitas, konstitusionalitas dan supremasi hukum;
- b. asas undang-undang yang menetapkan berbagai perangkat aturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintah;
- c. asas non-retroaktif perundang-undangan;
- d. asas *non-liquet*;

⁷⁰ Hans Kelsen, *What is Justice?*, University of California, Berkeley and Los Angeles, 1957, hlm. 1

⁷¹ Mahmud Siregar, *Modul Perkuliahan Teori Hukum : Teori-Teori Hukum Positivisme Hukum*. Sekolah Pasca Sarjana Universitas Sumatera Utara. Medan. 2008, hlm. 78

⁷² Mahmud Siregar, *Ibid*, hlm. 79

⁷³ Hukum sejatinya berorientasi pada tujuannya yakni untuk mewujudkan kepastian, keadilan dan kebergunaan. Artinya setiap norma hukum haruslah menghasilkan keseimbangan antara kepastian (*certainly, zekerheid*), keadilan (*justice, billijkheid*) dan kebergunaan.

- e. asas *similia similibus* (non-diskriminatif dalam hukum);
- f. perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia⁷⁴.

Didalam positivisme hukum (positivisme yuridis dan analitikal positivisme) hukum direduksi sedemikian rupa, sebagaimana Kelsen mereduksi realitas hukum yang bersifat beragam menjadi tunggal yaitu realitas hukum yang bersih dari unsur-unsur non-yuridis. Teori murni Kelsen dalam arti bahwa hukum dibebaskan dari unsur-unsur yang bersifat ideologi dan sosiologis, mencoba untuk memperlakukan sistem hukum semata-mata sebagai sistem kaidah-kaidah. Semua sistem hukum tersusun secara hierarkhis, kaidah-kaidah yang lebih rendah adalah konkretisasi dari kaidah-kaidah yang lebih tinggi⁷⁵.

Hukum menurut Kelsen⁷⁶ adalah a *coercive order* atau suatu "tatanan yang memaksa". Menurut Kelsen, semua tatanan hukum mempunyai sanksi, dan sanksi tidak hanya berupa hukuman (*punishment*), tetapi dapat juga berupa ganjaran (*reward*). Salah satu ciri yang menonjol pada teori Kelsen adalah bahwa setiap hukum harus mempunyai alat pemaksa, agar dapat terasa ketentraman dalam batin masyarakat. (*The law is, to be sure an ordering for promotion of peace, in that it for bids they use of force in relations among the membership of the community*). Kelsen juga terkenal dengan *grundnorm* yang menjadi motor penggerak seluruh sistem hukum, menjadi dasar mengapa hukum itu harus dipatuhi, dan menjadi dasar pertanggungjawaban mengapa hukum harus dilaksanakan. Secara singkat dasar-dasar pokok teori Kelsen dapat dijelaskan sebagai berikut⁷⁷ :

1. Tujuan teori hukum adalah untuk mengurangi kekalutan dan meningkatkan kesatuan.
2. Teori hukum adalah ilmu, bukan kehendak atau keinginan . Ia adalah pengetahuan tentang hukum yang seharusnya ada.
3. Ilmu hukum adalah normatif bukan alam.

⁷⁴ Mukthie Fadjar, *Tipe Negara Hukum*, Bayu Media Publishing, Malang, hlm. 43

⁷⁵ Mukthie Fadjar, *Ibid*, hlm. 43

⁷⁶ Hans Kelsen, *Teori Umum... ..Op.cit*, hlm. 321

⁷⁷ Jimly Asshidiqie, *Teori Hans Kelsen tentang hukum*, KonPress, Jakarta, 2006, hlm. 9

4. Sebagai suatu teori tentang norma-norma, teori hukum tidak berurusan dengan persoalan efektivitas norma-norma hukum.
5. Suatu teori tentang hukum adalah formal, suatu teori tentang cara pengaturan dari isi yang berubah-ubah menurut jalan atau pola yang spesifik.

Dari konsep *Grundnorm*, Kelsen sebagai pencetus teori hukum murni juga berjasa mengembangkan teori jenjang (*stufentheorie*) yang semula dikemukakan oleh Adolf Merkl (1836-1896). Teori ini melihat hukum sebagai suatu sistem yang terdiri dari susunan norma berbentuk piramida yang menyatakan bahwa sistem hukum pada hakikatnya merupakan sistem hierarkhis dari peringkat terendah hingga ke peringkat tertinggi. Semakin tinggi peringkat kedudukannya, semakin abstrak dan umum sifat norma yang dikandungnya, dan semakin rendah peringkatnya semakin konkrit operasional sifat kandungan normanya. Norma yang lebih rendah memperoleh kekuasaannya dari norma yang lebih tinggi. Norma yang paling tinggi, yang menduduki puncak piramida, oleh Kelsen disebut *Grundnorm* (norma dasar) atau *Unsprungnorm*⁷⁸. Berbeda dengan Kelsen, Nawiasky mengkhususkan pembahasannya pada norma hukum saja. Sebagai penganut aliran hukum positif, Nawiasky mengkritik Kelsen tentang *grundnorm* yang menurutnya seharusnya disebut sebagai *fundamentalnorm*, dengan pertimbangannya adalah karena *grundnorm* dari suatu tataran norma pada dasarnya tidak berubah-ubah, sedangkan norma tertinggi suatu negara mungkin saja berubah-ubah oleh desakan internal maupun eksternal seperti pemberontakan, *coup d'etat*, penaklukan dan lain sebagainya⁷⁹. Selain itu dia juga hanya mengartikan hukum identik dengan perundang-undangan atau sebatas hanya sebagai peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh penguasa. Teori dari Nawiasky disebut *die Lehre von dem Stufenaufbau der Rechtsordnung*⁸⁰.

⁷⁸ Jimly Asshidiqie, *Ibid*, hlm. 41

⁷⁹ Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia*, KonPress, Jakarta, 2006, hlm. 19

⁸⁰ Jazim Hamidi, *Ibid*, hlm. 69

Dalam perspektif *rechtstaat*, undang-undang dipandang sebagai alat legalitas yang terpancar dari suatu kekuasaan yang bernama negara. Dalam kredo ini sering diidentikkan bahwa undang-undang adalah hukum (*law as stated on book*), sehingga hukum juga dimaknai sebagai produk logika semata dari pemerintah yang harus dijalankan sesuai prosedur yang bersifat formal, hal ini yang kemudian menimbulkan keadilan prosedural, yang hanya dilihat dari sudah terpenuhi atau belum prosedur formalnya.

John Austin (1790-1859)⁸¹ mengartikan ilmu hukum (*jurisprudence*) sebagai teori hukum positif yang otonom dan dapat mencukupi dirinya sendiri. Ilmu hukum hanyalah untuk menganalisa unsur-unsur yang secara nyata ada dari sistem hukum modern. Dalam filsafat hukum, pemikiran Jeremy Bentham (1748-1832) mempengaruhi pemikiran Austin, tokoh penyebar benih (*seminal figure*) dalam *legal positivism* dan *analitic jurisprudence* Inggris dan Amerika. Dalam teorinya, Austin mulai dengan membedakan "*law properly so called*" dan "*law improperly so called*". Yang disebut pertama adalah selalu "*a species of command*", suatu ekspresi dari suatu keinginan (*wish*) atau hasrat, secara analitik dikaitkan dengan gagasan tentang kewajiban, pertanggungjawaban, untuk menerima hukuman atau sanksi, dan superioritas. Sanksi menurut Austin adalah semata-mata sebagai suatu bentuk membebaskan penderitaan (*punishment* bukan *reward*). Yang disebut terakhir membawa Austin pada analisisnya tentang "kedaulatan" yang terkenal dan berpengaruh; "*law strictly so called*" (kaidah-kaidah hukum positif) adalah perintah-perintah dari mereka yang secara politik berkedudukan lebih tinggi (*political superiors*) kepada mereka yang secara politik berkedudukan lebih rendah (*political inferiors*).

⁸¹ Darji Darmodiharjo, *Pokok-Pokok Filsafat : Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995, Hlm. 114

Dengan kata lain, *Law is a command of the law giver* (teori perintah – *bevelstheory*) adalah perintah dari kekuasaan politik yang berdaulat dalam suatu negara. Austin memisahkan antara hukum dengan keadilan yang didasarkan atas gagasan-gagasan tentang baik dan buruk dan didasarkan pula atas kekuasaan yang lebih tinggi. Hukum adalah perintah dari penguasa yang memegang kekuasaan tertinggi dan berdaulat. Aturan hukum yang diberlakukan di tengah-tengah masyarakat adalah aturan yang tertulis sebagai pengejawantahan kehendak dan keinginan penguasa. Hukum sebagai perintah yang memaksa dalam keberlakuannya dapat saja adil atau sebaliknya. Adil atau tidak adil tidak penting dalam penerapan hukum, karena hal tersebut merupakan kajian ilmu politik dan sosiologi⁸².

Hukum dari segi sifatnya dikonsepsikan sebagai suatu sistem yang bersifat logis, tetap dan tertutup (*closed logical system*). Konsep ini secara tegas memisahkan hukum dan moral (yang berkaitan dengan keadilan). Implementasi aturan hukum dalam masyarakat tidak harus mempertimbangkan dan menilai mengenai baik dan buruk, karena hal tersebut berada di luar kajian hukum. Hukum yang baik sesungguhnya adalah hukum yang memuat kaidah perintah, larangan, sanksi, kewajiban dan kedaulatan. Tanpa kaidah tersebut sebuah aturan tidak dapat disebut hukum tetapi hanya bisa dikatakan sebagai aturan moral.

Dalam bukunya *The Province Of Jurisprudence Determined*, Austin⁸³ kembali menyatakan bahwa, hukum adalah perintah yang mengatur orang-perorang. Hukum dan perintah lainnya sebagai perintah untuk dilaksanakan berasal dari pihak superior (penguasa) untuk mengikat atau mengatur pihak inferior. Austin mereduksi hukum dengan menjelaskan bahwa hukum adalah perintah yang berdaulat dengan menempatkan lembaga-lembaga yang superior adalah upaya untuk mereduksi kekuatan-kekuatan lain selain negara, terutama kekuatan-

⁸² Darji Darmodiharjo, *Ibid*, hlm. 144

⁸³ W. Friedman, *Teori....., Op.cit* hlm. 149

kekuatan yang hidup dalam masyarakat yang sangat beragam. Hukum adalah perintah yang memaksa dan mengikat, yang dapat saja bijaksana dan adil, atau sebaliknya. Austin mula-mula membedakan hukum dalam dua jenis: (1) hukum dari Tuhan (*divine laws*), dan (2) hukum yang dibuat manusia. Mengenai hukum yang dibuat manusia ini Austin membedakan lagi menjadi: (1) hukum yang sebenarnya (disebut juga hukum positif) meliputi hukum yang dibuat oleh penguasa dan hukum yang disusun oleh manusia secara individu untuk melaksanakan hak-hak yang diberikan kepadanya; dan (2) hukum yang tidak sebenarnya adalah hukum yang tidak dibuat oleh penguasa, sehingga tidak memenuhi persyaratan sebagai hukum, misalnya ketentuan yang dibuat suatu organisasi olahraga. Dan lebih lanjut diterangkan bahwa, hukum yang sebenarnya memiliki empat unsur, yaitu: (1) perintah (*command*), (2) sanksi (*sanction*), (3) kewajiban (*duty*), dan (4) kedaulatan (*sovereignty*)⁸⁴. Dari pemaparan tentang asas kepastian hukum diatas, tidak dapat kita nafikan pengaruh besar dari paham positivism-legalisme yang mendudukan peraturan-peraturan normatif dalam aras tertinggi dalam negara. Keadilan dalam persepsi *rechstaat* dimungkinkan ada namun bukan dalam bentuk yang original namun merupakan hasil reduksi dari prosedural hukum semata. Keadilan sebagai residu dari kepastian hukum.

2. Asas Kepastian Hukum (*Legal Certainty*) dalam Proses Penemuan Hukum (*Rechsvinding*) oleh Hakim.

Pada masa klasik, asas kepastian hukum sebagai salah satu nilai dasar dalam hukum, menjadi nilai terpenting dalam setiap pengambilan keputusan hakim atau penemuan hukum (*rechsvinding*)⁸⁵ dalam situasi dan kondisi konflik kepentingan dan bersifat konkrit. Hukum

⁸⁴ W. Friedman, *Teori.....Ibid*, hlm. 149

⁸⁵ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan....., Ibid*, hlm. 37

Penemuan hukum lazimnya dikenal sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim, atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum konkrit. Lebih jauh dapat

ditafsirkan sebagai norma yang memberi kepastian terhadap suatu perkara konkret tertentu. Paradigma kepastian hukum berkembang secara *massive* dengan disokong oleh hegemoni negara hukum liberal yang digagas oleh Immanuel Kant dan Julius Stahl. Kedaulatan negara, pemisahan kekuasaan (*Trias Politica*) dan supremasi hukum formal (undang-undang) diletakkan pada aras tertinggi, karena undang-undang bersifat tertulis dan otentik inilah yang dikenal dengan aliran legisme yang condong menggunakan *literal rule* atau *plain interpretation* dalam metode penemuan hukumnya.

Aliran ini juga dikenal dengan sebutan Aliran *Begriffsjurisprudenz*. Menurut aliran ini, hukum dilihat sebagai suatu sistem yang terpadu, mencakup segala-galanya dan menguasai segala tindakan sosial. Max Weber⁸⁶, memberikan karakteristik khusus terhadap *Begriffsjurisprudenz*, sebagai berikut:

- (1) *That every decision of a concrete case consists in the "application" of an abstract rule of law to a concrete fact situation*
- (2) *That by means of legal logic that abstract rule of the positive law can be made yield the decision of every fact situation*
- (3) *That, consequently, the positive law constitutes a "gapless" system of rules, which are at least latently contained in it, or that the law is at least to be treated for purpose of legal practice as if were such a gapless system*
- (4) *That every instance of social conduct can and must be conceived as constituting either obedience to, or violation or application of rule of law.*

Putusan konkret pengadilan haruslah dimulai dengan peraturan abstrak (undang-undang), kemudian diterapkan dalam situasi konkret tertentu. Hukum positif diletakkan dalam aras tertinggi dan putusan hakim haruslah berpedoman *an sich* kepada hukum positif. Sedangkan hakim tidaklah menciptakan hukum sehingga hakim hanya boleh memberi putusan sebatas materi normatif undang-undang saja. Hakim berfungsi sebatas corong undang-undang, karena

dikatakan bahwa penemuan hukum adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkret (*das sein*) tertentu.

⁸⁶ N.E. Algra, *Op.cit.*, hlm. 371

kewajibannya hanyalah menerapkan undang-undang. Ia adalah "*subsumptie automata*"⁸⁷. Penemuan hukum boleh dilakukan oleh hakim tapi harus tetap berkaca pada teks normatif undang-undang yang artinya hakim tidak boleh melampaui batasan-batasan yang sudah dibuat oleh legislatif (*binnen het kader van de wet*).

Undang-undang sebagai acuan hukum diakui tidak sempurna dan tidak lengkap, namun undang-undang masih bisa menutupi kekurangan-kekurangannya sendiri, karena undang-undang memiliki daya meluas. Cara memperluas undang-undang tersebut hendaknya bersifat "*normlogisc*" dan hendaknya tetap dipandang dari sudut dogmatik, sebab bagaimanapun hukum merupakan suatu "*logische gasschlossenheit*"⁸⁸. Aliran ini memandang hukum sebagai satu sistem tertutup (*closed logical system*), dimana pekerjaan hakim dianggap semata-mata pekerjaan intelek di atas hukum-hukum rasional dan logis. Tujuan utama dari aliran ini adalah bagaimana kepastian hukum dapat terwujud.

Dalam pandangan negara hukum klasik (liberal), hakim berada di bawah kooptasi negara dan undang-undang formil⁸⁹. Hakim bersifat heteronom yang berarti hakim mendasarkan pada peraturan-peraturan diluar dirinya dan dalam menerapkan undang-undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya hakim tidak menjalankan perannya secara mandiri (*dependent judiciary*) karena harus tunduk pada undang-undang. Hakim hanya penyambung lidah undang-undang

⁸⁷ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan.....*, *Op.cit*, hlm. 36, lihat juga Immanuel Kant dalam Hari Chand, *Op.cit*, hlm. 48.

Immanuel Kant stated that a separation of power is necessary to prevent the emergence of a despotic regime.

⁸⁸ Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 148

⁸⁹ Abu Daud Busroh, *Ilmu Negara*, Bumi Angkasa, Jakarta, 1990, hlm. 53

Tipe negara hukum liberal menghendaki agar supaya negara berstatus pasif artinya warga negara harus tunduk pada peraturan-peraturan formil negara. Penguasa bertindak sesuai dengan hukum, disini kaum liberal menghendaki agar antara penguasa dan yang dikuasai ada suatu perjanjian dalam bentuk hukum.

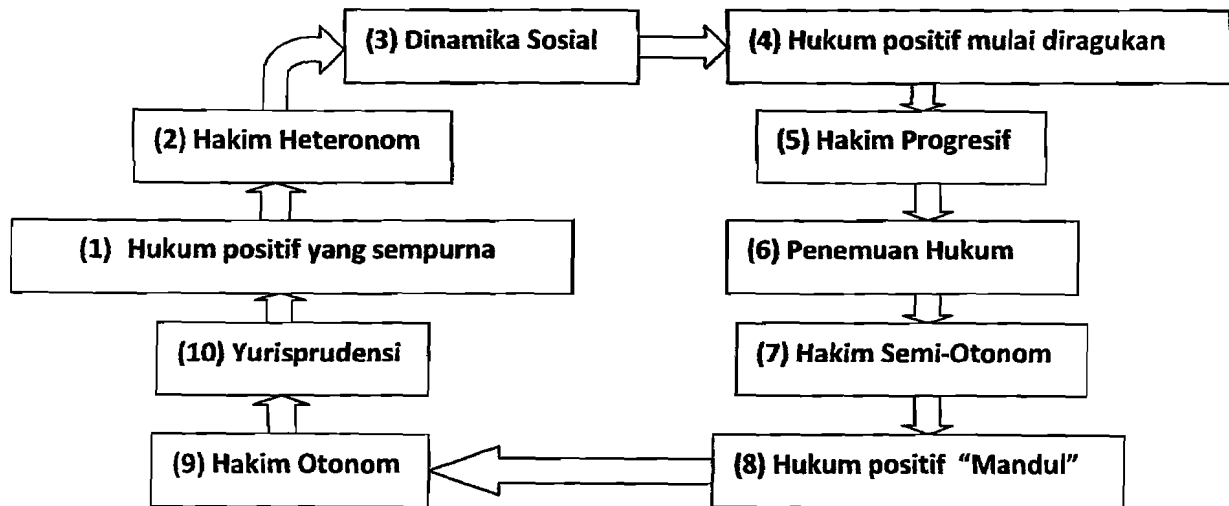
(*bouche de la loi*), sehingga tidak dapat mengubah kekuatan hukum undang-undang, tidak dapat menambah dan tidak pula dapat menguranginya⁹⁰.

Pendapat ini dipelopori oleh Montesquieu yang menyatakan bahwa; undang-undang (formal) sebagai satu-satunya sumber hukum positif, oleh karena itu demi kepastian hukum, kesatuan hukum serta kebebasan warga negara yang terancam oleh kebebasan hakim, hakim harus tetap berada di bawah undang-undang dan pengadilan tidak lebih hanyalah bentuk silogisme⁹¹.

Senada dengan Montesquieu, Hans Kelsen⁹² memberi argumentasi sebagai berikut:

“ In my point of view, the function of the judge is to interpret the law and apply the norm but he should not create a norm by himself because that is the function of the legislature”.

Untuk mempermudah pemahaman tentang proses penemuan hukum (*rechtyinding*) berikut digambarkan gerak paradigma hakim dalam tradisi hukum Eropa Kontinental;



⁹⁰ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan.....*, *Op.cit*, hlm. 40

⁹¹ Silogisme adalah bentuk berpikir logis dengan mengambil kesimpulan (konklusi) dari hal yang umum (premis mayor) dan hal yang khusus (premis minor). Premis mayor adalah undang-undang, premis minor adalah kasus atau kejadian sedangkan keputusannya adalah kesimpulan yang logis. Hakim dengan paradigma ini memakaincara berpikir deduksi (umum-khusus).

⁹² Hans Kelsen dalam Hari Chand, *Op.cit*, hlm. 95

Bagan 1: Gerak paradigma hakim dalam tradisi hukum Eropa Kontinental

Dalam negara hukum (*rechtstaat*) yang merupakan hasil pemikiran ahli hukum Eropa Kontinental, hukum positif⁹³ diletakkan pada aras tertinggi (*above all*), dan tidak boleh ada yang lebih tinggi daripadanya (*nothing above the law*), hukum positif dianggap sudah “cukup” sempurna dan patut untuk ditaati oleh semua warga negara tanpa terkecuali (*uphold to law without any discrimination*). Hukum positif menjadi acuan utama dari hakim-hakim, dan efek negatifnya hakim “tersandera” oleh materi normatif hukum positif, karakter inilah yang dikenal dengan sebutan hakim heteronom. Namun dikarenakan hukum positif tidak berada dalam ruang hampa, sebaliknya berada dalam ruang dinamis yang selalu berubah pesat. Sehingga materi hukum positif mulai dirasa tidak mumpuni lagi untuk menyelesaikan semua permasalahan atau konflik hukum yang ada dalam masyarakat, untuk itu menyelesaikan masalah-masalah aktual di masyarakat, hakim harus berani “menjemput jaman” dengan bertindak progresif dalam menafsirkan materi hukum positif. Di sinilah peranan utama dari penemuan hukum (*rechtfinding*) dalam konstelasi hukum dan masyarakat yang bergerak (*moving law and society*). Tanpa disadari terjadi pergeseran paradigma hakim, dari paradigma heteronom menjadi semi-otonom, dikarenakan hukum tidak layak lagi menjadi rujukan hukum, hakim berinisiatif untuk melakukan perubahan-perubahan hukum. Sampai pada akhirnya hakim menjadi otonom dengan mengeluarkan putusan-putusan (yurisprudensi) yang progresif terhadap kebutuhan jaman. Yurisprudensi⁹⁴ inilah yang menjadi suplemen/tambahan bagi hukum positif. Alur pergerakan ini akan selalu terjadi dalam proses dinamika hukum di suatu negara.

⁹³ “Hukum positif” dalam penelitian ini dimaknai sebagai peraturan atau norma tertulis yang berlaku dalam suatu negara; bisa dimaknai sebagai konstitusi (hukum dasar negara), atau sebagai undang-undang organik. Namun dikarenakan objek penelitian ini adalah putusan-putusan Mahkamah Konstitusi maka pengertian “hukum positif” diartikan sebagai hukum konstitusi.

⁹⁴ Hans Kelsen, *Teori Umum.....*, *Op.cit*, hlm. 214

Dalam penjelasan di atas, dapat disimpulkan bahwa gerak paradigma hukum Eropa Kontinental tidaklah se-konservatif yang kita bayangkan, hukum masih menerima dinamika sosial sebagai salah satu unsur penemuan hukum (*rechtvinding*), namun proses penemuan hukum tersebut harus masih “berkaca” pada aturan-aturan hukum normatif (statika hukum). Mudzakir⁹⁵, menyatakan bahwa; dalam konstelasi hukum akan selalu ada “statika dalam dinamika, dan dinamika dalam statika”. Pendapat diatas senada dengan pernyataan Hans Kelsen⁹⁶ terkait *Legal Dynamics*, sebagai berikut:

“ The dynamics process of law-creating which occurs throughout the hierarchy of norms, and which derives from the constitution, whether written or unwritten. At each level of the hierarchy the content of norm may be developed on the basis of higher norm, and this is a thoroughly dynamic principle ”

Sejatinya, memang tidak ada batas yang tajam antara hakim yang heteronom dan otonom. Kenyataannya dalam praktek penemuan hukum, hakim terkadang dapat menjadi kedua karakter tersebut; heteronom dan otonom. Seperti dalam tradisi Eropa Kontinental di atas, hakim heteronom sepanjang terikat dengan undang-undang, tetapi penemuan hukum juga mempunyai unsur-unsur otonom yang kuat, karena hakim tidak terikat oleh preseden atau putusan hakim terdahulu (*stare decisis*) dan seringkali hakim harus menjelaskan dan melengkapi undang-undang menurut pandangannya sendiri.

Penemuan hukum dengan menitik beratkan pada asas kepastian hukum cenderung berkarakter konservatif-ortodok, dimana hukum dan peradilan dianggap hanya bertujuan untuk

Yurisprudensi memiliki karakter yang mengikat keputusan mendatang dari suatu kasus yang sama melalui penggeneralisasian norma khusus yang dilahirkan oleh keputusan pertama. Kekuatan mengikat ini merupakan esensi utama dari yurisprudensi.

⁹⁵ Sebagaimana pendapat beliau dalam suatu sesi perkuliahan Pascasarjana Hukum Universitas Islam Indonesia

⁹⁶ Hans Kelsen dalam Lord Lloyd dan M.D.A. Freeman, *Op.cit.*, hlm. 329

mencegah kemerosotan moral dan nilai-nilai lain, dengan menafikan perubahan-perubahan sosial yang terjadi dalam masyarakat sebagai subyek hukum. Konsekuensi logis dari paradigma ini adalah dengan teralienasinya asas keadilan dari sukma hukum. Hal ini terkait doktrin pemisahan hukum dengan keadilan, dipopulerkan oleh Hans Kelsen⁹⁷, yang menyatakan:

“ I assert that justice is an irrational ideal. Justice is a quality which relates not to the content of the positive order, but to its application. Justice means the maintenance of a positive order by applying it conscientiously. It is justice under the law ”

Pandangan mengenai “keadilan hukum” (*legal justice*) yang dipopuler oleh Hans Kelsen bertolak dari premis bahwa hukum harus dipisahkan dengan soal-soal etik (moral) dan keadilan, hal ini dikarenakan bila hakim semata-mata menggunakan pertimbangan keadilan dan moral maka penerapan hukum menjadi subyektif dan akan menimbulkan ketidak pastian hukum. Immanuel Kant⁹⁸, memberikan pernyataan senada tentang moralitas dan hukum, sebagai berikut:

“The thought of Kant by regarding laws as prescribing external conduct whereas morals prescribe internal conduct, that is, morals alone are concerned with subjective factors”

Oleh karena itu Bagir Manan⁹⁹, menyatakan bahwa suatu hal yang bertentangan dengan tugas universal, kalau hakim dituntut mengenyampingkan hukum atas nama keadilan. Hakim dimanapun harus memutus menurut hukum. Sehingga keadilan yang harus ditemukan oleh hakim adalah keadilan menurut hukum.

Dalam perspektif positivistik, keadilan memang selalu dianggap relatif, karena adil bagi seseorang belum tentu adil bagi orang lain, adil untuk masa ini (kontemporer) belum tentu akan

⁹⁷ Hans Kelsen dalam Hari Chand, *Op.cit*, hlm. 96

⁹⁸ Immanuel Kant dalam Hari Chand, *Op.cit*, hlm. 63

⁹⁹ Bagir Manan, *Sistem Peradilan Berwibawa*, FH UII Press, Yogyakarta, 2005, hlm. 74

adil untuk masa yang akan datang. Jadi keadilan dapat saja selalu berbeda-beda menurut orang tempat dan waktu¹⁰⁰. Ini seakan menjadi justifikasi atas pernyataan Hans Kelsen berikut;

“Justice is primarily a possible, but not a necessary, quality of a social order regulating the mutual relation of men”¹⁰¹.

Keadilan bermakna legalitas; suatu kualitas yang berhubungan bukan dengan isi dari suatu tatanan hukum positif, melainkan dengan penerapannya. Keadilan harus disesuaikan dengan hukum positif, keadilan adalah keadilan “berdasarkan hukum”¹⁰². Hal ini dikarenakan hukum menurut Kelsen, termasuk dalam *sollens katagori* (hukum sebagai keharusan), bukan *seinskatagori* (hukum sebagai kenyataan)¹⁰³. Sehingga hukum adalah “adil” jika benar-benar diterapkan kepada suatu kasus yang menurut isinya hukum itu harus diterapkan. Suatu hukum adalah “tidak adil” jika diterapkan pada satu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.

Karakter konservatif yang menafikan unsur keadilan dalam paradigma hukum ini menjadikannya bersifat tekstual belaka dan miskin pengetahuan sosiologis (karena dianggap bukan bagian dari hukum), etika, politik dan moralitas sehingga interpretasi hukum yang dihasilkan pun bersifat membatasi penafsiran (restriktif).

¹⁰⁰ A. Ridwan Halim, *Op.cit*, hlm. 140

¹⁰¹ Hans Kelsen, *What....., Op.cit*, hlm. 1

¹⁰² Hans Kelsen, *Op.cit*, hlm. 17

¹⁰³ Hans Kelsen dalam Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 120, Lihat juga Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 86

Beberapa pendapat ahli hukum tentang keadilan, seperti pendapat N.E. Algra dan Sudikno Mertokusumo, sebagai berikut:

“ Apakah sesuatu adil (*rechtvaardig*) lebih banyak tergantung pada *rechtmatigheid* (kesesuaian dengan hukum) pandangan pribadi seorang penilai. Kiranya lebih baik tidak menyatakan tidak adil”. Tetapi itu menyatakan “hal ini saya anggap adil” .Memandang sesuatu itu adil, merupakan suatu pendapat mengenai nilai secara pribadi”

“ Kalau dikatakan bahwa hukum itu bertujuan mewujudkan keadilan, itu berarti bahwa hukum itu identik atau tumbuh dengan keadilan. Hukum tidaklah identik dengan keadilan, dengan demikian teori etis itu belah sebelah”

3. Metode-Metode Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) oleh Hakim yang berorientasi pada pemenuhan Asas Kepastian Hukum (*Legal Certainty*)

Dalam konteks penelitian ini, yang dimaksud hukum positif bukanlah hukum biasa (undang-undang organik) namun merupakan hukum tertinggi negara atau konstitusi suatu negara (*the mother of law in a nation*). Sedangkan yang dimaksud dengan hakim juga bukan hakim biasa yang bertugas mengadili kasus-kasus di pengadilan biasa, namun hakim yang dimaksud adalah hakim konstitusi yang bertugas dan berkewajiban sebagai pengawal kewibawaan konstitusi (*the guardian of constitution*) dan sebagai menafsir tunggal konstitusi (*the sole interpretation of constitution*)¹⁰⁴.

Derajat yang lebih tinggi disematkan pada hakim dan hukum yang akan dikaji pada penelitian ini, maka konsep penemuan hukum yang digunakan pun harus *applicable* dengan subyek bahasan. Hakim konstitusi seperti banyak hakim-hakim lain juga memiliki permasalahan yang sama perihal pertentangan asas kepastian hukum *vis-à-vis* asas keadilan dalam sengketa *judicial review*. Penemuan hukum konstitusi berarti sebuah cara atau metode penafsiran isi filosofis dari konstitusi untuk mencari dan menemukan nilai-nilai substansial dari konstitusi tersebut. Berikut akan dipaparkan beberapa metode penemuan hukum dalam ranah *judicial review* yang lebih berorientasi pada pemenuhan asas kepastian hukum (*legal certainty*).

1). Penafsiran Internal

¹⁰⁴ Tugas mulia hakim konstitusi tersebut diinternalisasikan dalam materi Pasal 24C UUD 1945 yang mengamankan 4(empat) kewenangan dan (1) kewajiban bagi Hakim Konstitusi Indonesia, sebagai berikut:

1. Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar
2. Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar
3. Memutus pembubaran partai politik dan
4. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
5. Berkewajiban memeriksa, mengadili dan memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum , dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden (*Impeachment procedure*)

Metode penemuan hukum atau penafsiran hukum yang dilakukan oleh hakim konstitusi tergantung pada paradigma apa yang dia gunakan. Dalam paradigma kepastian hukum, yang dipentingkan adalah metode penafsiran internal yang berarti hakim sebagai pembaca/penafsir berada di dalam teks/sistem hukum dan melakukan penafsiran dengan mengacu ke dalam teks¹⁰⁵.

Penafsiran internal mengasumsikan adanya obyektifitas dalam teks yang dikenal dengan sebutan “determinisme tekstual” (*textual determinism*). Penafsiran dipandang sebagai proses reproduksi makna yang terdapat dalam teks sehingga hasilnya mengandung dimensi obyektifitas. Sifat reproduksi ini menunjukkan, bahwa pada dasarnya perspektif internal merupakan suatu refleksi ke dalam teks konstitusi itu sendiri¹⁰⁶.

Penafsiran internal bercorak positivistik dan memiliki tingkat koherensi yang kuat, yang pada akhirnya menghasilkan pola penafsiran, semisal penafsiran orisinalisme.

a. Penafsiran Orisinalisme

Penafsiran orisinalisme merupakan metode yang lahir dari rahim positivistik, penafsiran ini mengacu pada makna asli yang terkandung dalam maksud para perumus konstitusi (*the framer intent*)¹⁰⁷. Teks hukum/konstitusi dipahami sebagai suatu kesatuan struktur normatif yang tertutup (*closed*) dan otonom dari berbagai macam anasir di luar teks, seperti tradisi, kebiasaan dan moralitas¹⁰⁸. Pemikiran ini berkembang dari doktrin *Purity of Law* dari Hans Kelsen¹⁰⁹, sebagai berikut:

¹⁰⁵ Ainul Fitriciada Azhari, *Penafsiran Konstitusi dan Implikasinya terhadap Pembentukan Sistem Ketatanegaraan Demokrasi atau Otokrasi*, Disertasi, Universitas Indonesia, Jakarta, 2005, hlm. 182

¹⁰⁶ Ainul Fitriciada Azhari, *Ibid*, hlm. 183

¹⁰⁷ Radin dalam Lord Llyod, *Op.cit*, hlm. 1145

Radin menyatakan bahwa “maksud para perumus Undang-Undang/Konstitusi (*legislator intention*) adalah sebuah fiksi, dia menyatakan; “*A legislator certainly has no intention whatever in connection with words which some two or three drafted, which a considerable number rejected and in regard to which the majority might have had, and often demonstrably did have different ideas and belief*”

¹⁰⁸ Ainul Fitriciada Azhari, *Ibid*, hlm. 25 dan 28

“ It is called a pure theory of law, because it only describes the law and attempts to eliminate from the object of this description everything that is not strictly law. Its aim is to free the science of law from “alien” element. This is the methodological basis of the theory”

Didukung oleh doktrin di atas, penafsiran ini mengasumsikan suatu determinisme tekstual yang menghendaki penafsiran harus didasarkan pada makna yang disediakan oleh konstitusi itu sendiri, baik dalam wujud semantik yang terkandung dalam teks maupun maksud para perumus konstitusi ataupun kombinasi antar keduanya¹¹⁰. Sehingga, makna yang dihasilkan oleh penafsiran orisinalisme adalah makna yang absolute sebagaimana dikehendaki oleh teks atau maksud perumus konstitusi. Di dalamnya terkandung nilai-nilai yang berupa stabilitas, prediktabilitas, kejelasan serta memiliki kepastian hukum dan legitimasi.

Sementara itu menurut Richard S. Kay¹¹¹ merumuskan adanya 4 (empat) macam pengertian penafsiran orisinalisme, sebagai berikut:

- (1) Teks asli (*original text*), hukum positif ditafsirkan berdasarkan arti kata-kata teks yang bersifat harfiah (pada saat ditafsirkan);
- (2) Maksud asli (*original intention*), hukum positif ditafsirkan berdasarkan maksud para perumus hukum pada saat ditetapkan;
- (3) Pengertian asli (*original understanding*), hukum positif ditafsirkan berdasarkan konteks historis pada saat perumusannya;

Perspektif ini diperkenalkan dalam teori Hans Kelsen tentang teori hukum murni, dimana sistem hukum dimaknai sebagai sistem yang tertutup (*closed logical system*) atau *completely self-contained* dan saling berhubungan secara logis dan sistematis dalam suatu struktur yang hirarkhis (*stufenbau*). Kelsen menggunakan gagasan mengenai norma dasar (*groundnorm*) untuk menjelaskan koherensi norma-norma dalam sistem hukum. Namun pendapat Hans Kelsen terkait moralitas sesungguhnya agak mendua karena di satu sisi penafsiran hanya pada makna hukum sebagai norma yang obyektif, tetapi di sisi lain terbuka juga penafsiran terhadap *groundnorm* yang merupakan *“the norm authorizing the historically first legislator”*. Artinya, penafsiran positivistik juga bersifat historis yang mengandung nilai-nilai moral.

¹⁰⁹ Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, 1970, hlm. 1, Lihat juga Hari Chand, *Op.cit*, hlm. 92

Kelsen said a theory of law must be free from politics, history, ethics, morality, economics, aesthetics or any other science. Law consist of a mass of heterogeneous rules and the function of theory of law is to organize them into a single ordered pattern. The function of a theory is to relate them in a logical pattern.

¹¹⁰ Ainul Fitriadi Azhari, *Op.cit*, hlm. 186

¹¹¹ Richard S. Kay dalam Aidul Fitriadi Azhari, *Ibid*, hlm. 186

- (4) Nilai-nilai asli (*original values*), hukum positif ditafsirkan berdasarkan nilai-nilai substantif yang terkandung di dalam suatu teks.

Aplikasi dari metode penafsiran orisinalisme pernah dilakukan oleh Hakim Agung Amerika Serikat Sutherland, yang menolak *judicial review* kasus *Home Building and Loan Assn vs Blaisdell* yang menginginkan penghapusan Undang-Undang Minnesota tentang Penanguhan Hipotek tahun 1933 (*Minnesota Mortgage Moratorium Act 1933*). Berikut pernyataan dari Hakim Sutherland;

“ The meaning of the Constitution does not change with the ebb and flow of economic event. We frequently are told in more general words that the Constitution must be construed in the light of present. If by that it is meant that the Constitution is made up of living words that apply to every new condition which they include, the statement is quite true, but to say, if that be intended that the words of the Constitution today what they did not mean written – that is, that they do not apply to a situation now to which they would have applied then is to rob that instrument of the essential element which continues it in force as the people have made it until they, and not their official agents, have made it otherwise ”¹¹²

Hakim Sutherland tetap menyatakan undang-undang tersebut konstitusional karena secara tekstual tidak bertentangan dengan Konstitusi Amerika Serikat, dan menolak alasan pemohon yang mendalilkan konstitusi harus peka terhadap perubahan ekonomi yang pada saat itu terjadi di Amerika Serikat. Di sini terlihat bagaimana hakim menggunakan *original constitutional intent* sebagai acuan putusannya.

b. Penafsiran Subsumtif

Yang dimaksud metode subsumtif ini adalah di mana hakim harus menerapkan suatu teks undang-undang terhadap kasus *in-concreto*, dengan belum memasuki taraf penggunaan

¹¹² Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence; The Philosophy and Method of the law*, Revised Edition, Harvard University Press, Massachusetts, United State Of America, 1974, hlm. 406

penalaran yang lebih rumit, tetapi sekedar menerapkan silogisme¹¹³. Metode penafsiran subsumtif ini masuk dalam kategori penafsiran yang paling sederhana, karena hanya berdasar pada bunyi teks hukum *an sich* tanpa ada maksud untuk memahami makna dan tujuan dari hukum tersebut. Metode ini biasanya digunakan dalam kasus-kasus yang sudah memiliki kejelasan makna normatif yang jelas dalam isi hukumnya.

c. Penafsiran Gramatikal

Metode gramatikal mungkin metode yang paling sederhana dalam ranah penemuan hukum, namun bukan berarti tidak rasional dan sistemik. Dalam tradisi negara dengan tatanan hukum terkodifikasi, teks harfiah hukum bagi hukum merupakan salah satu titik taut paling penting dalam penemuan hukum, namun metode gramatikal ini memerlukan metode lain untuk mendukung proses penemuan hukum, yakni; metode interpretasi sistematis atau interpretasi logis¹¹⁴.

Teks hukum hanya semata dimaknai sebagai teks, tanpa arti, makna dan tujuan yang substansif. Metode ini bertujuan untuk mengetahui makna ketentuan undang-undang menggunakan bahasa dan susunan kata untuk mengurainya¹¹⁵. Metode gramatikal dengan metode subsumtif pada dasarnya merupakan metode yang hampir sama, namun dalam metode gramatikal lebih menitik beratkan penafsiran pada kata-kata baku dalam isi hukum normatif.

d. Penafsiran Sistematis

Penafsiran sistematis merupakan metode yang harus ada dalam setiap metode penemuan hukum karena dalam penafsiran sistematis hukum dimaknai sebagai sistem yang saling berkelindan satu-sama lain, yang berarti hukum positif selalu berkaitan dan berkorelasi satu sama

¹¹³ Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 175

¹¹⁴ J.A. Pontier, *Penemuan Hukum, Jendela Mas Pustaka, Bandung, 2008, hlm. 38*

¹¹⁵ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab...., Op.cit*, hlm. 14

lain, tidak ada satupun hukum positif yang berdiri sendiri atau lepas merdeka dari sistem yang meliputinya. Sebagai contoh; suatu undang-undang pasti memiliki korelasi dengan konstitusi, konstitusi juga memiliki keterkaitan dengan undang-undang organik demikian pula halnya dengan undang-undang dengan undang-undang yang lain¹¹⁶.

Sehingga menafsirkan hukum positif harus dilakukan secara *holistic* (menyeluruh) bukan secara *partial* (terpisah) dan tidak boleh menyimpang (*misleading*) atau keluar dari sistem perundang-undangan (*out of context*)¹¹⁷. Sejatinya, pangkal tolak penemuan hukum adalah sistem, dimana semua hukum terdapat dalam hukum positif dan kalau ada kekosongan atau ketidak jelasan dalam hukum positif tersebut maka hakim wajib menafsirkan.

B. PERAN STRATEGIS ASAS KEPASTIAN HUKUM (*LEGAL CERTAINTY*) DALAM KONTELASI KETATA NEGARAAN REPUBLIK INDONESIA

Indonesia sebagai negara hukum memiliki kewajiban untuk menempatkan hukum dalam aras kekuasaan tertinggi dalam negara. Tujuan ini merupakan sebuah bentuk penghormatan terhadap idealitas negara hukum yang dikumandangkan oleh Immanuel Kant yang menyatakan: *Law is above anything, and nobody above it*. Kekuasaan tertinggi adalah milik hukum, bukan penguasa depotik (*a man*) atau kumpulan elite politik (*oligarchy*).

Idealitas tidaklah bermakna dalam wacana, sebagai negara yang banyak mendapatkan pengaruh dari mazhab hukum eropa kontinental, Indonesia mewarisi paradigma hukum yang hampir sama dengan negara-negara eropa kontinental. Kodifikasi dan unifikasi hukum menjadi kewajiban utama yang disematkan pada pundak pemerintah sebagai badan pembuat hukum,

¹¹⁶ Inilah yang dikenal dengan prinsip harmonisasi vertikal dan horizontal, dalam harmonisasi vertikal; suatu undang-undang organik harus memiliki kesepahaman materi (*isi*) dengan konstitusi (*fundamental law*). Sedangkan dalam harmonisasi horizontal; undang-undang dengan undang-undang yang lain memiliki materi (*isi*) yang tidak saling bertentangan (kontradiktif) satu sama lain. Harmonisasi penting untuk didapatkan guna menunjang tertib hukum dan memastikan hukum dapat dijalankan dengan baik dan sistematis.

¹¹⁷ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab....., Op.cit*, hlm. 17

namun pemerintah juga harus tetap tunduk pada hukum yang sama. Dalam konstelasi ini, dapatlah dikatakan bahwa tidak ada sesuatu pun yang lolos dari hukum, sekalipun bagi yang membuatnya¹¹⁸. Hal ini dilakukan guna menjamin stabilitas, kewibawaan dan kepastian hukum dalam negara.

Paham legalisme meletakkan asas legalitas dan kepastian hukum sebagai “makhota hukum” dalam negara. Kedua asas ini bersendi pada pemenuhan terhadap supremasi hukum yang harus tercapai dengan instrumen hukum positif (*law*), perintah (*command*) dan sanksi (*sanction*) negara. Indonesia mendapatkan pengaruh paham legalisme yang sangat berakar kuat dari Belanda. Hal ini dikarenakan hampir semua konstruksi hukum Indonesia dari masa penjajahan sampai kemerdekaan masih memakai produk hukum Belanda. Tidak bisa dinafikan bahwa pengaruh hukum Belanda juga memiliki banyak kebaikan (terutama tentang kodifikasi hukum dan pentingnya supremasi hukum), namun juga banyak yang tidak *applicable* bagi budaya hukum dan zaman kontemporer. Ironisnya, sampai saat ini Indonesia masih “betah” memakai hukum-hukum Belanda yang di negeri asalnya pun sudah beberapa kali direvisi bahkan diganti.

Sebagai contoh dalam ranah undang-undang, Indonesia pernah memakai AB (*Algemmen Bepalingen van Wetgeving*) sebagai hukum positif yang bercorak legalisme, seperti materi Pasal 20 AB dan 21 AB, dalam Pasal 20 AB menyatakan bahwa; “ hakim harus mengadili menurut *undang-undang*”, hakim dilarang untuk menilai isi dan nilai keadilan dari undang-undang¹¹⁹. Dari rumusan di atas terlihat dengan jelas pengaruh legalisme yang hanya menafsirkan hukum secara sempit (*narrow minded*) dengan makna sebatas undang-undang formil *an sich*.

¹¹⁸ Ronny Rahman Nitibaskara, *Tegakkan Hukum Gunakan Hukum*, Kompas, Jakarta, 2006, hlm. 59

¹¹⁹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan.....*, *Op.cit*, hlm. 40

Pasal 21 AB menyatakan bahwa tugas hakim hanya sebatas memutus perkara bagi peristiwa/kasus konkrit dan putusan hakim tidak memberikan kekuatan umum atau memberlakukan secara umum untuk situasi-situasi tertentu. Sehingga hakim diharamkan untuk menempatkan diri sebagai pembentuk undang-undang¹²⁰. Rumusan pasal ini sangat konservatif, karena meletakkan hakim dalam “sangkar emas”, hakim tidak mandiri dalam memutus perkara karena harus beracuan penuh terhadap undang-undang yang dianggap sempurna dan lengkap, jadi tugas hakim hanya mengadili sesuai dan menurut rumusan normatif undang-undang saja.

Dalam ranah konstitusi (UUD 1945) sebelum perubahan, juga terlihat pengaruh kuat dari tradisi eropa kontinental pada Penjelasan UUD 1945 yang menyatakan: “ Negara Indonesia berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*), tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*machstaat*)”. Rumusan kata “hukum (*rechstaat*)” yang berorientasi pada supremasi hukum dalam bingkai kepastian hukum, menjadi bukti betapa kuat pengaruh ajaran legalisme, sehingga dalam praktek peradilan asas kepastian hukum dan legalitas selalu menjadi “nafas” utama para hakim.

Dekonstruksi paradigma hukum mulai bergeser ketika pada proses Perubahan UUD 1945, pengubah konstitusi menghapus keseluruhan Penjelasan UUD 1945, dan melakukan perubahan redaksional dan filosofis terhadap Pasal 1 terutama ayat 3 yang menyatakan; “ Negara Indonesia adalah negara hukum”. Dihapusnya kata “*rechstaat*” menandakan pergeseran paradigma hukum, yang berarti bahwa tujuan hukum bukan hanya sebatas mendapatkan kepastian dan supremasi hukum namun memiliki makna yang lebih luas dan filosofis.

Selain itu rumusan Pasal 20 AB diganti dengan rumusan Pasal 5 Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang memasukkan kata “hukum” (*recht*) sebagai pengganti “undang-undang” (*wet*) dalam rumusannya sebagai berikut; “ *Pengadilan mengadili*

¹²⁰ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan....., Ibid*, hlm. 41

memurut hukum dengan tidak membedakan orang”¹²¹. Namun dalam praktek peradilan, hakim masih sering memakai paradigma legalistik dalam *ratio decidendi* putusannya.

Mahfud MD¹²², menekankan pentingnya harmonisasi hukum dalam sistem hukum Indonesia. Pertentangan asas kepastian hukum dengan asas keadilan tidaklah bersifat alternatif atau kompilatif yang berarti harus dipilih salah satu, namun keduanya merupakan sebuah konsepsi yang kumulatif yang dapat saling menguatkan satu sama lain. Sehingga tidak mungkin dapat mengambil salah satunya secara mutlak kategoris. Logika berpikir inilah yang menghasilkan konsep prisma hukum, dimana kita mengambil unsur-unsur yang baik dari konsep-konsep yang dipertentangkan, sehingga menciptakan sebuah sintesa yang unggul dan aplikatif dalam sistem kemasyarakatan.

Kepastian hukum sebagai salah satu pilar supremasi hukum tetap dibutuhkan eksistensinya dalam suatu negara hukum, pengakuan terhadapnya terpatri dalam rumusan Pasal 28D Ayat 1 UUD 1945, yang menyatakan: “ Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan *kepastian hukum* yang adil serta pengakuan yang sama di hadapan hukum”. Lewat rumusan pasal dalam UDD 1945 diharapkan hukum dapat berjalan dengan rel yang lurus, dimana kepastian hukum harus dimaknai sebagai entitas yang saling berkelindan dengan nilai keadilan. Dengan kata lain, kepastian hukum yang ditegakkan haruslah memiliki esensi keadilan dalam setiap helaan nafasnya¹²³.

¹²¹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan,, Op.cit*, hlm. 41

¹²² Mahfud MD, *Hukum, Moral..Op.cit*, hlm. 37

¹²³ Mahfud MD, *Hukum,, Ibid*, hlm. 37

C. PENGERTIAN ASAS KEADILAN (*SUBSTANSIAL JUSTICE*)

Justice in Robes, merupakan ekspresi keprihatinan Ronald Dworkin¹²⁴ dengan jatuhnya citra hukum sebagai penyokong dan pelindung keadilan bagi masyarakat. Keadilan menjadi kata yang seolah langka ditemukan pada masa kejayaan positivisme hukum di abad-19. Keadilan sebagai esensi dari hukum teralienasi secara sistematis dengan aksioma-aksioma yang diciptakan atas nama materi hukum positif. Keadilan sangat dekat dengan masyarakat bukan dengan hukum, sehingga hukum perlu untuk membuka diri terhadap budaya hukum suatu masyarakat mengenai tanggapan mereka tentang hukum (apakah adil atau tidak). Budaya hukum memerlukan bantuan metodologi sosiologis sebagai optik utama guna mencandra eksistensi “keadilan” itu sendiri. Dampak dari pendekatan *out of box* inilah yang memunculkan adagium-adagium sindiran seperti; “*equal justice under law*”, “*to all who can afford it*”, “*the haves come out ahead*”, “*the poor pay more*” dan “*white justice*”.

Diskursus tentang keadilan sebenarnya sudah lama diperbincangkan oleh para filosof-filosof dari masa ke masa. Melacak eksistensi asas keadilan niscaya dapat dimulai dari pemikiran Plato, seorang pemikir Yunani kuno yang merupakan murid dari Socrates. Plato¹²⁵ mendefinisikan keadilan sebagai; “*a man should do his work in the station of life to which he was called by his capacities*”. Setiap anggota masyarakat memiliki tugas-tugasnya sendiri dan harus sesuai dengan kemampuan yang ada pada dirinya. Dalam teori Plato, negara dibagi-bagi berdasarkan kemampuan individu-individu, ada yang layak atau pantas menjadi pemimpin (*the capacity to govern*), ada yang layak atau pantas menjaga penjaga keamanan (*state soldier*) atau layak menjadi pedagang (*fits to be trader*). Plato mengatakan bahwa masyarakat yang adil adalah

¹²⁴ Roland Dworkin, *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 2006, hlm. 27

¹²⁵ Plato dalam Edgar Bodenheimer, *Op.cit*, hlm. 7, Lihat juga Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, *Op.cit*, hlm. 256

yang anggota masyarakatnya bisa menjalankan kegiatannya secara baik dan sesuai dengan kemampuannya.

Dalam bukunya yang tersohor, *The Republic*, Plato memberikan penjelasan tentang pentingnya peranan hakim sebagai alat negara untuk menyelesaikan konflik-konflik di masyarakat. Hakim haruslah otonom dan memiliki diskresi yang besar sehingga mampu mencandra kebutuhan masyarakat tentang keadilan dan dimungkinkan hakim menafikan peraturan-peraturan yang pasti dalam hukum positif.

*“The judges of the state should have a large amount of discretion, I don’t wish them to be bound by fixed and rigid rules embodied in the code of laws”*¹²⁶

Negara yang ideal menurut Plato adalah negara yang bebas dari “hukum” namun dipimpin oleh orang-orang cendekiawan dan bijaksana. Sehingga keadilan dapat ditransformasikan dari, oleh dan dalam masyarakat “tanpa menggunakan hukum” yang bersifat kaku dan membatasi kebebasan.

*“The state of The Republic is in executive state, governed by the free intelligence of the best man rather than by the rule of law. Justice is to be administered without justice”*¹²⁷

Idealitas Plato tentang negara utopis di atas berangsur-angsur mulai pudar, Plato menyadari bahwa tidak mudah menemukan pemimpin se-ideal yang diinginkan, oleh karenanya dalam *The Law* Plato menyarankan bentuk negara hukum sebagai *the second best*, namun keadilan masih diletakkan dalam aras tertinggi dari hukum.

Lewat idealitas Plato di atas disimpulkan bahwa; keadilan merupakan sukma hukum yang paling essensial sehingga ditafsirkan keadilan sebagai suatu “kebaikan” dalam arti harmoni dan perimbangan dari dalam, yang tidak dapat diketahui atau diterangkan dengan argumentasi

¹²⁶ Plato dalam Edgar Bodenheimer, *Ibid*, hlm. 8

¹²⁷ Plato dalam Edgar Bodenheimer, *Op.cit*, hlm. 9

“rasional”¹²⁸. Purnadi Purwacaraka¹²⁹, mendefinikan keadilan lebih bersifat konkret dengan menyatakan bahwa; keadilan merupakan suatu hasil keserasian antara kepastian hukum dan kesebandingan hukum.

Lebih jauh tentang pemikiran Filsuf Yunani, Aristoteles, murid dari Plato banyak mewarisi pikiran-pikiran konstruktif dari gurunya. Beliau mengembangkan pemikiran Plato tentang hukum dan negara menjadi lebih konkret dan sederhana. Aristoteles mendefinisikan keadilan sebagai:

*Justice is a political virtue, by the rules of it the state is regulated and these rules the criterion what is right*¹³⁰

Hukum menurut Aristoteles merupakan konkretisasi dari akal manusia yang bebas dari hasrat-hasrat tertentu. Hanya titah Tuhan dan akal manusia yang dapat memimpin. Beliau menyatakan:

*“ He who commands that law should rule may thus be regarded as commanding that God and reason should rule; he who command that a man should rule adds the character of the beast ”*¹³¹

Pemikiran Aristoteles yang paling termasyur adalah dikotomi dari keadilan itu sendiri, Plato membagi keadilan menjadi 2 (dua) yakni keadilan distributif dan keadilan kolektif¹³². Namun selain itu Plato juga membagi keadilan menjadi 2 (dua) bagian, yakni; *natural justice* dan *conventional justice*. *Natural justice*, merupakan keadilan yang keabsahannya diakui secara universal dan tidak tergantung pada persepsi masyarakat (*A rule of justice is natural that has the*

¹²⁸ Soetikno, *Filsafat Hukum*, Bagian 1, Pradnya Paramita, Jakarta, 2008, hlm. 13

¹²⁹ Purnadi Purwacaraka dalam Ridwan Halim, *Op.cit*, hlm. 165

¹³⁰ Aristoteles dalam Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 85

¹³¹ Aristoteles dalam Edgar Bodenheimer, *Op.cit*, hlm. 11

¹³² Satjipto Rahardjo, *Log.cit*, hlm. 163

same validity everywhere, and doesn't depend on our accepting it or not). Sedangkan *conventional justice*, dimaknai sebagai keadilan yang relatif, dimana semua tentang keadilan dimaknai berbeda dari satu tempat ke tempat lain (*A rule is conventional that in the first instance may be settled in one way or the other indifferently, though after having once been settled it is not indifferent*)¹³³.

Menurut Aristoteles, sifat alamiah dari hukum adalah keras (*stringent*) oleh karena itu mengandung kemungkinan untuk tidak mendatangkan keadilan. Hukum harus dilunakkan sehingga dapat mengayomi masyarakat secara lebih humanis. Manusia harus menghormati hukum bukan dengan alasan ketakutan namun lebih karena kepatutan suka rela (*equity*). *Equity* berarti; “*a rectification of law where law is defective because of its generality*”¹³⁴. Ini merupakan sebuah penghalusan dari hukum ketika hukum tersebut “cacat” disebabkan oleh sifat keumumannya. Hukum selalu berbicara dalam bahasa yang umum, namun tidak semua perkara dapat dimasukkan pada kriterium yang bersifat umum, sehingga hakim harus memperhatikan hal-hal yang khusus. *Equity* mengharuskan hakim untuk memberlakukan suatu kasus sebagai kasus yang unik dan dia akan memberikan keputusan seperti apabila ia berada pada kursi pembuat hukum.

1. Asas Keadilan (*Substantial Justice*) dalam Perspektif Filsafat Hukum

Hukum merupakan salah satu alat kontrol sosial yang terpenting dalam suatu masyarakat yang bertujuan untuk ketertiban masyarakat luas. Hukum dibuat dan dilaksanakan untuk mengatasi pertentangan-pertentangan antar individu dan kelompok yang terjadi dalam masyarakat. Karena demikian besarnya peranan hukum dalam masyarakat, maka sudah lama kajian tentang hukum menarik perhatian para pemikir hukum yang memimpikan memiliki

¹³³ Aristoteles dalam Edgar Bodenheimer, *Op.cit*, hlm.11

¹³⁴ Aristoteles dalam Edgar Bodenheimer, *Op.cit*, hlm.11

hukum yang lebih baik dan mampu “menjemput zaman” dalam konteks masyarakat tertentu. Hukum menurut pandangan para pemikir analitis-doktrinal, diyakini sebagai suatu tatanan kaidah yang menentukan apa yang boleh dan apa yang tidak boleh dilakukan berdasarkan atas perspektif pembuat undang-undang semata (pemerintah/negara), hukum hanya dimaknai sebatas kepada peraturan-peraturan hukum tertulis saja, yang dibuat oleh institusi resmi negara, sehingga lahirlah sebuah adagium yang menyatakan bahwa “tiada hukum selain hukum positif”. Menurut paradigma hukum progresif, paradigma tersebut telah secara terang benderang sering menafikan unsur moral, etik dan keadilan substansial dalam bernegara¹³⁵.

Selayaknya sebuah proses dialektika, dimana suatu paradigma keilmuan selalu mendapatkan tantangan dari paradigma lain yang kemudian akan menciptakan suatu keadaan *anomaly* atau ketidakpercayaan/pengingkaran atas paradigma yang sudah mapan (*well-establish*) tersebut. Paradigma hukum progresif lahir sebagai batu uji atau antitesa dari hukum analitis-doktrinal tersebut yang terbukti gagal untuk menjawab tantangan realitas dan zaman. Pertentangan paradigma inilah yang kemudian menimbulkan paradigma baru yang menjadi lawan tanding *rechtstaat* dengan kepastian hukum sebagai asas utamanya. Paradigma yang menjadi antitesa dari *rechtstaat* adalah *rule of law*, yang banyak dikembangkan dan dimodifikasi oleh para *jurists* dari negara bertradisi hukum Anglo-Saxon seperti; Inggris, Amerika Serikat dan Australia. Titik tekan perbedaan antara *rechtstaat* dengan *rule of law*, adalah dalam definisi rasa keadilan dimana *rechtstaat* hanya menafsirkan rasa keadilan sebagai kesesuaian penegakan hukum dengan bunyi undang-undang itu sendiri, sedangkan dalam *rule of law* yang lebih dipentingkan adalah tegaknya keadilan tanpa harus terikat pada formalitas prosedural. Keadilan

¹³⁵ Moh. Mahfud MD, *Masalah Paradigmatik dan Politik dalam peran hukum di era reformasi*, Jurnal Magister Hukum UII, Vol.1 No.1 Januari 2005, Yogyakarta, hlm.2

dalam *rule of law* disebut sebagai “keadilan sebagai keteraturan” (*justice as regularity*) ini istilah yang lebih baik di bandingkan dengan “keadilan formal” (*formal justice*)¹³⁶.

Secara mendasar dan filosofis, paradigma *The rule of law* diterangkan secara lugas oleh A.V. Dicey¹³⁷, yang mana dalam kerangka suatu sistem memiliki unsur-unsur sebagai berikut:

1. *Supremacy of law*;

In the first place, that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary court of the land.

Prinsip ini diartikan bahwa tiada *arbitrary power* atau kekuasaan yang sewenang-wenang baik rakyat (yang diperintah) maupun sang raja atau penguasa (yang memerintah), semuanya harus tunduk pada hukum (*regular law*), maka yang berkuasa dan berdaulat (*the most supreme*) adalah hukum, tiada yang lain.

2. *Equality before the law*¹³⁸;

We means in the second place, when we speak of the “rule of law” as a characteristic of our country, not only that wish us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition is subject to the ordinary law of the realm and amendable to the jurisdiction of the ordinary tribunal

Dalam pemahaman yang sederhana, dapat dikatakan bahwa tiada hukum yang istimewa untuk warga negara yang istimewa. Tiada orang yang diistimewakan dihadapan hukum tidak

¹³⁶ John Rawls, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta 2006, hlm.298

¹³⁷ Albert Venn Dicey, *Introduction to the study of law of the constitution*, Macmillan Press, London, 1915, hlm. 110-115

¹³⁸ Prinsip *equality before the law*, merupakan kritik pedas A.V. Dicey terhadap sistem *rescstaat* yang mendikotomikan peradilan untuk pejabat negara (administrasi) dan peradilan untuk warga negara. Namun menurut Bagir Manan, peradilan administrasi merupakan pencerminan dari prinsip *separation of power (scheiding van machten)* yang juga merupakan substansi dasar dari negara hukum.

terkecuali raja dan pejabat-pejabat publik. Prinsip inilah yang menjadi pembeda yang mencolok antara sistem hukum Anglo Saxon dan Eropa konstitental.

3. *Result of ordinary law of the land*¹³⁹.

There remains yet a third and a different sense in which "the rule of law" or the predominance of legal spirit may be described as a special attribute of English institutions. We may say that the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles the constitution are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the court; whereas under may foreign constitutions the security (such it is) given to the right of individual results or appears to result from the general principles of the constitution

Melalui prinsip yang ketiga ini, A. V. Dicey mencoba untuk menjelaskan tentang urgensi penghormatan terhadap hak-hak dasar warga negara (*grondrecht*). Namun Dicey hanya meleakakan perlindungan hak asasi pada tingkat ketiga setelah supremasi hukum dan persamaan hukum, sedangkan dalam tradisi hukum *rechtstaat* hal yang paling primer adalah perlindungan hak-hak dasar warga negara (*grondrechst*) sebagaimana yang tercantum secara eksplisit dalam Konstitusi Perancis yang pertama.

Dalam perkembangan ilmu hukum di Eropa terutama di wilayah Anglo-Saxon, *rule of law* diklasifikasikan menjadi 2 (dua) yaitu konsep "tipis" (*thin concept of rule of law*) dan konsep "tebal" (*tick concept of rule of law*)¹⁴⁰. Dalam konsep "tipis" *rule of law* mampir identik dengan *rechtstaat* dimana negara hanya semata terikat oleh hukum yang tertulis dan bersifat rigid (*a state based on the principle that the government is bound by rules that have been*

¹³⁹ Albert Venn Dicey, *Ibid*, hlm. 202-203

Prinsip ini juga sering dikenal dengan sebutan *The constitution based on human right; the rule of law, lastly may be used as a formula for expressing the fact that with us the law constitution, the rules which in foreign countries naturally from part of a constitutional code, are not the source but consequence of the right of individual, the right of personal liberty and public meeting, as defined enforced by the court.*

¹⁴⁰ Marjanne Termorshuizen-Artz, *The Concept of Rule of Law*, Jurnal JENTERA:Rule of Law,Edisi III Tahun II, November 2004, Jakarta, hlm.79

written and announced beforehand), sedangkan dalam konsep “tebal, *rule of law* juga termasuk dalam definisi konsep “tipis” namun ditambah dengan unsur moral politik (*political morality*)¹⁴¹.

Lebih jauh dalam konteks kinerja negara hukum *the rule of law*, Roscoe Pound¹⁴² menegaskan bahwa tugas utama dari hukum suatu negara adalah *social engineering* (perubahan sosial). Pound menjelaskan tugas hukum tersebut dengan mengadakan rumusan-rumusan dan penggolongan-penggolongan tentang kepentingan-kepentingan kemasyarakatan. Menurutnya keseimbangan antara kepentingan-kepentingan tersebut akan menghasilkan kemajuan hukum. Pound mengemukakan tiga penggolongan utama mengenai kepentingan-kepentingan yang dilindungi oleh hukum suatu negara:

1. Kepentingan umum (*public interests*), kepentingan-kepentingan umum yang utama. (a) Kepentingan negara sebagai badan hukum dalam tugasnya untuk memelihara kepribadian dan hakekat negara. (b) Kepentingan negara sebagai pengawas dari kepentingan sosial;
2. Kepentingan Individual (*individual interests*). Mengenai kepentingan perorangan ada tiga macam; (a) kepentingan kepribadian (*interests of personality*); (b) kepentingan-kepentingan dalam hubungan rumah tangga (*interests in domestic relations*); (c) kepentingan mengenai harta benda (*interests of substance*);
3. Kepentingan kemasyarakatan (*social interests*). Pound menyebutkan ada enam kepentingan-kepentingan sosial utama; (a) kepentingan mengenai perlindungan keadaan damai dan ketertiban, perlindungan kesehatan dan keselamatan, perlindungan mengenai adanya keamanan tentang perjanjian dan pendapatan; (b) keamanan mengenai lembaga-lembaga sosial yang mencakup perlindungan hubungan-hubungan di rumah tangga dan perlindungan mengenai lembaga-lembaga politik ekonomi yang telah lama diakui dalam peraturan-peraturan hukum untuk menjamin lembaga-lembaga perkawinan atau yang melindungi keluarga sebagai satu lembaga sosial; (c) kepentingan masyarakat tentang kesusilaan umum menaruh perhatian terhadap perlindungan tata susila masyarakat; (d) kepentingan kemasyarakatan mengenai pemeliharaan sumber-sumber kemasyarakatan; (e) kepentingan kemasyarakatan mengenai kemajuan umum; (f) kepentingan kemasyarakatan mengenai kehidupan perorangan.¹⁴³

¹⁴¹ Marjanne Termorshuizen-Artz, *Ibid*, hlm.80

Menurut Peerenboom (2004) *Such as forms of government (democratic, socialist, soft authoritarian) or concept of human right (libertarian, classical libertarian, social welfare libertarian, etc)*

¹⁴² Soetikno. *Filsafat Hukum*; Bagian 2 cet. X, Pradnya Paramita, Jakarta, 2008, hlm. 75-78

¹⁴³ Soetikno, *Ibid*, hlm. 75-78

Teori Pound mengenai kepentingan-kepentingan sosial merupakan sebuah usaha yang lebih eksplisit untuk mengembangkan suatu model hukum responsif yang berorientasi pada pemenuhan rasa keadilan. Dalam hal ini ada penghargaan tinggi kepada semua hal yang mempengaruhi hukum dan yang menjadi persyaratan bagi efektivitasnya. Dari titik tersebut dimulailah langkah ke arah yang lebih luas mengenai partisipasi hukum dan peranan hukum. Institusi-institusi hukum mestinya meninggalkan perisai perlindungan yang sempit terhadap hukum otonom yang merupakan paradigma positivistik dan menjadi instrumen-instrumen yang lebih dinamis bagi penataan sosial dan perubahan sosial.¹⁴⁴

Dalam paradigma *The rule of law*, hukum sangat erat hubungannya dengan keadilan, bahkan banyak pendapat bahwa hukum harus digabungkan dengan keadilan supaya sungguh-sungguh berarti sebagai hukum. Itu karena, keadilan merupakan sebuah nilai esensial (*essential value*) dari hukum, bahkan sering keduanya diidentikkan sebagai sebuah nilai yang tunggal dan menyatu. Hukum memiliki banyak tujuan dalam dirinya, karena hukum tidak hanya berfungsi sebagai sebuah alat untuk menegakkan keadilan (*as a tool*) namun juga berfungsi sebagai “cermin” rasa keadilan dan kedaulatan rakyat dalam suatu negara¹⁴⁵. Hukum yang kemudian diejawantahkan dalam bentuk negara hukum (*rechstaat* atau *rule of law*) idealnya diciptakan untuk menciptakan ketertiban dan kesejahteraan sosial (*to order and accomplish welfare*)¹⁴⁶, untuk mendapatkan semua tuntutan tersebut hukum wajib mencipta keadilan di masyarakat, dimana keadilan dalam konteks negara hukum dimaknai sebagai sebuah keadaan dimana tidak ada rasa diskriminasi ataupun perbedaan antara hal yang satu dengan hal yang lain, keadilan juga sering dimaknai sebagai sebuah keadaan yang sepatutnya dan selayaknya terjadi dalam pranata

¹⁴⁴ Philippe Nonet & Philip Selznick. *Hukum Responsif*, penerjemah: Raisul Muttaqien, Nusamedia cet. II, Bandung, 2008, hlm. 83-84

¹⁴⁵ Moh. Mahfud MD, Bahan kuliah Politik Hukum, Program Pasca Sarjana UII, hlm. 12

¹⁴⁶ Sajipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, 2008, hlm. 171

bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Keadilan merupakan konsepsi yang timbul secara kontekstual dan parsial; apa yang dipertimbangkan sebagai sesuatu yang “adil” bersifat tidak pasti dan dapat dikaitkan dengan masa yang akan datang; dan hal ini didasarkan pada informasi dari ketidakadilan sebelumnya. Respon-respon terhadap pemerintahan yang represif memberikan arti terhadap *the rule of law*¹⁴⁷.

Hukum secara tataran filosofis akan terbagi dua, yaitu sebagai kaidah substansi yang merupakan pengejawantahan dari nilai-nilai keadilan (*ius*) dan hukum sebagai kaidah formal yang berwujud peraturan per-undangan-undangan (*lex*) yang merupakan wujud artikulasi normatif dari *ius*¹⁴⁸. Sebagai bagian substansial dari hukum, jelas kedudukan keadilan dalam hukum menjadi sebuah keharusan dari suatu hukum, dan negara yang berdasarkan atas hukum sudah seyogyanya juga berorientasi kepada pencapaian nilai keadilan.

Hukum dan keadilan adalah dua elemen penting yang saling terkait dan tak terpisahkan antara satu sama lain¹⁴⁹. Hukum negara bertujuan tidak hanya untuk memperoleh keadilan namun juga untuk mendapatkan kebahagiaan (*eudaimonia*) bagi semua warga negara¹⁵⁰. Aristoteles menolak sebuah anggapan bahwa hukum hanya sekadar alat konvensi praktis semata, seperti sistem birokrasi prosedural-formil, pengatur lalu lintas, menghukum pelaku kejahatan, atau memaksa warga negara untuk membayar pajak. Pemenuhan tujuan hukum sebagai alat konvensi praktis tersebut tidak dapat membahagiakan masyarakat, malah membuat masyarakat menjadi “liar”.

¹⁴⁷ Satya Arianto, *Hak Asasi Manusia Dalam Transisi Politik di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, Jakarta, 2008, hlm. 56

¹⁴⁸ Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 2009, hlm. 17

¹⁴⁹ Andre Ata Ujan, *Ibid*, hlm. 44

¹⁵⁰ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori hukum*, PT. Cipta Aditya Bakti, 2004, hlm. 79

Aristoteles berpendapat bahwa keadilan haruslah dibagikan oleh negara kepada setiap penduduk/ warga negara dan hukum yang baik adalah hukum yang menjaga agar keadilan sampai kepada semua orang tanpa terkecuali dan non-diskriminatif. Secara eksplisit beliau menyatakan; “ Keadilan adalah suatu kebijakan politik yang aturan-aturannya menjadi dasar dari peraturan negara dan aturan-aturan ini merupakan ukuran tentang apa yang hak”.¹⁵¹ Hubungan hukum dan keadilan tergambar dalam fungsi hukum untuk mewujudkan atau menegakkan keadilan dalam kehidupan masyarakat. St. Agustinus¹⁵², seorang fisuf yang mengikuti jejak pemikiran Plato, menekankan pentingnya keadilan dalam setiap hembusan nafas hukum negara, dia berujar: “Hukum yang tidak adil sama sekali bukan hukum”. Oleh karena itu hukum tersebut harus mengandung nilai-nilai keadilan dalam dirinya. Tanpa ada nilai-nilai keadilan dalam hukum, maka upaya untuk mewujudkan keadilan hanya akan menjadi slogan belaka. Hukum yang tidak berorientasi pada keadilan dalam prakteknya bersifat menindas, sewenang-wenang, melanggar nilai-nilai kemanusiaan yang adil dan beradab. Immanuel Kant dengan tegas menyatakan bahwa; *If justice is gone, there is no reasons for a man to live longer on earth*¹⁵³. Ungkapan ini menunjukkan betapa pentingnya keadilan bagi kehidupan manusia, sehingga seringkali hukum dianggap bertujuan mencari keadilan (*justice*). Bahkan ada adagium yang

¹⁵¹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, CV. Rajawali. Jakarta, 1982, hlm 163.

Aristoteles mendekati masalah keadilan dari segi persamaan, hukum hendaknya menjaga agar pembagian yang demikian senantiasa terjamin dan terlindungi dari perkosaan-perkosaan terhadap dirinya. Dalam hubungan ini ia membedakan antara:

- Keadilan distributif (yang mempersoalkan bagaimana negara atau masyarakat membagi-bagi sumber daya itu kepada orang-orang)
- Keadilan kolektif (yang menetapkan kriteria dalam melaksanakan hukum sehari-hari, kita harus mempunyai standar umum untuk memulihkan akibat tindakan yang dilakukan orang dalam hubungannya satu sama lain)

¹⁵² Rapar, *Fisafat Politik Agustinus*, Rajawali Press, Jakarta, 1989, hlm. 7

¹⁵³ Frans H. Winata, “Bantuan Hukum Sebagai Hak Konstitusional Fakir Miskin” dalam *Butir-butir Pemikiran Dalam Hukum Memperingati 70 Tahun Prof. B. Arief Sidharta*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 239

menyatakan kalau kepastian hukum bertentangan dengan keadilan maka keadilan yang harus didahulukan.

Dalam setiap tata hukum orang akan dapat melihat tiga kerangka dasar yang bekerja pada waktu yang bersamaan, yaitu hukum sebagai putusan yang memiliki otoritas (positivitas), hukum sebagai tatanan (koherensi), dan hukum sebagai pengaturan hubungan antar manusia yang tepat (keadilan)¹⁵⁴. Idealnya sebagai media dalam mengatur hubungan antar manusia, hukum harus dapat memenuhi rasa keadilan bagi masyarakat. Apabila keadilan dikaitkan dengan masyarakat, maka akan tampak jelas bahwa keadilan tersebut sangat bersifat sosial obyektif, Prioritas-prioritas yang harus ditentukan untuk memberi isi kepada keadilan yang dijalankan dalam suatu masyarakat tertentu akan menyebabkan terjadinya perkaitan antara keadilan dan struktur sosial masyarakat tersebut. Jadi tidak ada suatu konsep keadilan yang berlaku secara universal dapat diterima dimana saja kecuali hukum alam. Dalam konteks konstitusi *the rule of law* juga menekankan tentang asas keadilan dimana suatu konstitusi haruslah menjadi prosedur adil yang memuaskan tuntutan-tuntutan kebebasan yang setara (egaliter), dan menghasilkan sistem legislasi yang adil dan efektif¹⁵⁵.

Kecenderungan mengedepankan pendekatan prosedural formal, disatu pihak; dan mengabaikan substansi hukum, di lain pihak, dapat menjadi indikator ketidakmampuan negara dalam memenuhi fungsi pokoknya sebagai pembela keadilan dan hak-hak dasar warga negara. Bukankan hukum yang menjadi ruh dalam negara seharusnya menjadi penyejuk hati nurani (*blissfully for conscience*) dan membuat manusia bahagia; bukan sebaliknya¹⁵⁶. Hukum menghendaki keadilan untuk menciptakan perdamaian dan ketentraman dalam masyarakat.

¹⁵⁴ Satjipto Raharjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, Kompas, 2007, hlm.33

¹⁵⁵ John Rawls, *Op.cit*, hlm.280

¹⁵⁶ Sajipto Rahardjo, *Biarkan....Op,cit*, hlm. 62

Hukum adalah hanya apa yang berarti untuk menjadikan keadilan. Sebab, hukum yang tidak adil menentang eksistensinya sendiri¹⁵⁷.

Pendapat ahli hukum tentang keadilan dan posisi keadilan dalam negara hukum sampai sekarang masih *debatable*, hal ini dikarenakan keadilan masih bersifat terlalu subyektif dan abstrak. Keadilan sering dikaitkan dengan peraturan politik negara, sehingga karena itu ukuran tentang apa yang menjadi hak atau bukan senantiasa didasarkan pada ukuran yang telah ditentukan oleh negara. Adapula yang melihat keadilan itu berwujud kemauan yang sifatnya tetap dan terus menerus untuk memberikan bagi setiap orang apa yang menjadi haknya, apalagi yang melihat keadilan sebagai pembenaran bagi pelaksanaan hukum, yang dilawankan dengan kesewenang-wenangan¹⁵⁸. Sebagaimana yang dipaparkan oleh para pakar aliran etis berikut:

*Justice is the correct application of a law as opposed to arbitrariness (Ross)*¹⁵⁹

*Justice requires that freedom , equality and security be accorded to human being to the greatest extent consistent with the common good (Bodenheimer)*¹⁶⁰

Aliran etis menganggap bahwa hukum haruslah dimaknai sebagai alat untuk mencapai keadilan substansial, oleh karena itu hukum harus dibiarkan “bebas” dari kekangan hukum normatif. Keadilan hanya dapat dirasakan dengan sentuhan moral dan etis. Sejatinya, hukum merupakan bentuk konkretisasi dari moral dan etis, sehingga bila hukum menafikan moral dan etis maka sesungguhnya hukum “membunuh” dirinya sendiri.

Aliran pemikiran kontemporer yang berbicara dalam ranah keadilan aliran sosiologi hukum dan realisme hukum yang berkembang pesat di Amerika Serikat. Mereka memaknai keadilan sebagai sebuah refleksi konkret dari hukum itu sendiri, keadilan merupakan

¹⁵⁷ A. Mukthie Fadjar, *Tipe Negara Hukum*, Bayumedia Publishing, Malang, 2004, hlm. 29

¹⁵⁸ Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 86

¹⁵⁹ Ross dalam Edger Bodenheimer, *Op.cit*, hlm. 34

¹⁶⁰ Edger Bodenheimer, *Ibid*, hlm. 56

persembahan utama dari hukum untuk masyarakat yang mendambanya. Keadilan menjadi alasan utama mengapa orang berbondong-bondong datang ke pengadilan. Oleh sebab itu, John Rawls¹⁶¹, mendefinisikan keadilan sebagai berikut:

“ Justice is the structural rules of society, within which people who (inevitably) have different sets of values and goal in life, can co-exist, co-operate, and to some extent compete and rules are necessary for people to co-operate to create social and individual goods within society”

Rawls memaknai keadilan sebagai sebuah aturan-aturan yang terstruktur dalam masyarakat, dimana dalam masyarakat tersebut tidak bisa dinafikan adanya perbedaan karakteristik nilai-nilai dan tujuan yang berbeda. Namun semuanya dapat eksis, bekerjasama dan bahkan berkompetisi dengan damai. Aturan yang terstruktur inilah yang menjadi sumber ketertiban dalam masyarakat.

Lebih jauh tentang keadilan, John Rawls¹⁶² dalam memaparkan konsep *Justice as a Fairness*, sebagai berikut:

“ Justice as a fairness is intended as a political conception of justice while a political of justice is of course a moral conception, it is a moral conception worked out for a specific kind of subject, namely, for political, social, and economic institution. In particular, justice as a fairness is framed to apply to what I have called the “basic structure” of modern constitutional democracy. By this structure I mean such a society’s main political, social, and economic institution, and how they fit together into one unified system of social cooperation. Whether justice as fairness can be extended to a general political conception for different kinds of societies existing under different historical and social condition or whether it can be extended to a general moral conception”

¹⁶¹ John Rawls dalam Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 2nd Edition, Sweet&Maxwell, London, 1999, hlm. 97

¹⁶² John Rawls, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*, dalam *Key Concepts in Critical Theory of Justice*, Humanities Press, New Jersey, 1993, hlm.49

John Rawls mengakui prinsip ini merupakan konsep politik tentang keadilan, yang juga berarti konsep tentang moral yang diaplikasikan dalam ranah yang spesifik, terutama dalam bidang sosial politik dan institusi ekonomi. *Justice as a Fairness* dapat dipakai sebagai kerangka atau “struktur dasar” dari demokrasi konstitusional. Dengan adanya struktur tersebut, masyarakat politik, sosial, dan institusi ekonomi dapat saling berinteraksi dengan baik dalam satu sistem utama yang membentuk kerjasama sosial. Prinsip ini dapat diperluas sedemikian rupa untuk dapat digunakan bagi kelompok masyarakat yang memiliki perbedaan sejarah dan situasi sosial yang berbeda. Dan juga dapat diperluas sebagai konsep umum tentang moralitas.

Lebih jauh dalam tesisnya tentang keadilan, John Rawls¹⁶³ memaparkan 2 (dua) prinsip fundamental bagi pembentukan suatu masyarakat yang adil, yakni sebagai berikut:

First Principle: “ Each person is to have an equal right to the most extensive system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all”

Second Principle: (“ The Difference Principle”) “ social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) to the greatest benefit of least advantaged, (b) attached to office and positions open to all condition of fair equality and opportunity”

Prinsip pertama dikenal sebagai prinsip kesamaan, dimana tiap-tiap pribadi mempunyai hak akan suatu sistem total kebebasan dasar yang sebesar mungkin, sejauh sistem kebebasan itu dapat disesuaikan dengan sistem kebebasan yang sama besar bagi orang lain. Kebebasan dasar yang dimaksud adalah; kebebasan berpolitik (*political liberty*), kebebasan berekspresi dan berkumpul (*freedom of speech and assembly*), dan hak untuk mendapatkan perlakuan yang layak didepan hukum (*the right to fair treatment under the law*). Menurut prinsip ini keseluruhan keuntungan masyarakat dibagi rata diantara anggota-anggota masyarakat yang sama. Pemerataan yang dituju mencakup pemerataan dalam kebebasan-kebebasan, dalam peluang untuk berkembang, dan pemerataan dalam pendapatan dan kekayaan.

¹⁶³ John Rawls dalam Brian Bix, *Ibid*, hlm. 100

Prinsip kedua dikenal dengan sebutan prinsip ketidaksamaan, menurut prinsip ini apabila terjadi ketidaksamaan atau ketidakadilan dalam bidang sosial dan ekonomi, maka harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah (*least advantaged*). Hal ini terjadi kalau 2 (dua) syarat dapat terpenuhi, yakni¹⁶⁴:

- (1) Situasi ketidaksamaan menjamin *maximum minimorum* bagi golongan orang yang paling lemah. Artinya situasi masyarakat harus demikian sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi golongan orang-orang kecil.
- (2) Semua orang hendaknya diberi kesempatan/peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan prinsip ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, dan agama mutlak ditolak.

Dari pemaparan singkat tentang teori John Rawls di atas, disimpulkan bahwa tujuan dari *Justice as a Fairness* bersifat lebih praktikal, bukan metafisik apalagi epistemologi (*the aim of justice as fairness as a political conception is practical, not metaphysical or epistemological*). Ini memberikan pemahaman dasar dan kesepakatan politik antara masyarakat tentang konsep kebebasan dan kesejajaran dalam masyarakat (*I can serve as a basis of informed and willing political agreement between citizens viewed as free and equal persons*)¹⁶⁵.

Hukum memang selayaknya menjadi kuasa atas negara, hukum negara yang kemudian diejawantahkan dalam bentuk kaidah-kaidah hukum positif berpretensi untuk merealisasikan cita-negara hukum, yaitu apa yang dipersepsikan dan dihayati sebagai hukum yang hidup dan dianut dalam suatu masyarakat tertentu, yang dalam garis besarnya berintikan keadilan, kepastian, ketertiban, prediktabilitas, dan sebagai alat kontrol sosial¹⁶⁶. Hukum dalam tataran implementasinya bercorak *rigid* dan *repsonsive*; hukum menjadi *rigid* ketika diposisikan sebagai sebuah sebuah norma yang agung dalam menjaga pranata ketertiban dan kepastian hukum di

¹⁶⁴ Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 307

¹⁶⁵ John Rawls, *Op.cit*, hlm.53

¹⁶⁶ B. Arief Sidharta, *Struktur Ilmu Hukum Indonesia*, FH UNPAR, Bandung, 2008, hlm. 4

masyarakat, namun disisi lain hukum juga harus mampu menjelma sebagai perwujudan dari cita-cita masyarakat disinilah dikedepankan hukum yang memiliki “rasa empati” terhadap rakyat.

Dalam konteks Indonesia, tegangan antara *rigid*-nya hukum dan *responsive*-nya hukum juga sering kali terjadi, maka implementasi hukum tidak dapat lain harus berusaha mewujudkan kompromi antara “sifat-sifat bawaan” hukum tersebut. Mahfud MD dalam sebuah pernyataannya pernah berujar tentang pentingnya pemahaman bahwa Indonesia merupakan negara prisma hukum, dimana ini merupakan konsep negara hukum yang mengambil semua anasir-anasir yang baik dan relevan dari semua mazhab hukum di dunia¹⁶⁷.

2. Asas Keadilan (*Substantial Justice*) dalam Proses Penemuan Hukum oleh Hakim

Tuntutan agar keadilan kembali menjadi patokan utama dari hukum, merupakan sebuah proses panjang dari berdirinya negara hukum (*rechstaat/rule of law*). Paradigma negara hukum formal yang dibangun di atas pondasi legalisme dan positivisme hukum mulai dirasa tidak cukup memenuhi tuntutan substansial warga masyarakat. Paradigma ini dilawankan dengan paradigma negara hukum materiil yang berorientasi pada pemenuhan kesejahteraan rakyat banyak (*welfare state*). Masyarakat sudah bosan diberi justifikasi hukum formal semata, tanpa mendapatkan keadilan di pengadilan. Hakim sibuk beretorika dengan rumusan normatif undang-undang, tanpa ingin keluar dari “zona aman” (*comfort zone*) mereka. Dalam negara hukum materiil, hakim menjadi otonom atau bebas merdeka mencari keadilan dalam jiwa masyarakat.

Reaksi terhadap kekakuan hukum dalam paradigma *Begriffsjurisprudenz*, dilawankan dengan paradigma *Interessenjurisprudenz* yang dipopulerkan oleh Rudolf von Jhering, yang mengejek sistem hukum yang kaku dan dibuat-buat. Peraturan hukum oleh hakim seyogyanya haruslah dilihat tidak secara logis formal, namun harus dilihat dari tujuannya. Sindiran beliau

¹⁶⁷Mahfud MD, *Hukum, Moral dan Politik*, Materi Studium Generale untuk Matrikulasi Program Doktor Bidang Ilmu Hukum di Universitas Diponegoro, Semarang, tanggal 23 Agustus 2008, hlm. 37

terhadap kakunya aliran *Begriffsjurisprudenz* dengan mengatakan: “ Hukum tidak timbul dalam kamar belajar yang sepi, tetapi merupakan suatu resultante dari perkelahian kepentingan yang berbenturan dan berlawanan keras satu sama lain”¹⁶⁸. Hakim tidak hanya menjadi “mesin” yang bekerja sesuai intruksi-intruksi “mekanik” logika. Hakim yang ideal menurut ajaran ini adalah hakim yang tidak hanya menaruh perhatiannya pada kata-kata atau perintah-perintah hukum positif namun harus mampu menyelami kemauan-kemauan pembuat hukum dan tuntutan masyarakat.

Paradigma *Begriffjurisprudenz* mulai ditinggalkan dan mulai digantikan oleh paradigma Realisme Hukum yang berkembang di Amerika Serikat dan paradigma *Freirechtslehre* di Eropa yang merupakan hasil elaborasi dari *Interessenjurisprudenz*. Aliran ini mengizinkan hakim untuk melakukan “lompatan” keluar dari undang-undang selama undang-undang tersebut dianggap “cacat” atau “mandul” untuk diaplikasikan. Undang-undang hanya dianggap sebuah pedoman tertulis yang bisa ditepiskan bilamana bertentangan dengan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat dan menolak dengan tegas “sistem tertutup dan berlaku absolute dan asli” dalam paradigma *Begriffjurisprudenz* dan beralih pada pandangan tentang “fakta-fakta, tindakan dan kekuasaan (*powers*). Hal ini mengandung arti dimungkinkannya untuk melawan hal-hal yang bersifat dogmatik, artifisial, dan menanggapi ada kebenaran mutlak dalam hukum¹⁶⁹. Aliran ini menggunakan dasar logika sosial (*the logic of social reasonableness* atau *doelmatigheid*) yang memaknai “Hukum untuk manusia, bukan manusia untuk hukum”.

Paradigma kebebasan hakim (*Freirechtslehre*) berpendapat bahwa hukum lahir karena pengadilan. Titik tolak pandangan itu ialah bahwa undang-undang bukanlah satu-satunya sumber

¹⁶⁸ N.E. Algra, *Mula.....*, *Op.cit*, hlm. 375, Lihat juga Soetiksno, *Filsafat.....*, *Op.cit*, hlm. 72

¹⁶⁹ Achamad Ali, *Op.cit*, hlm. 306

hukum. Masih ada sumber hukum lain tempat hakim menemukan hukumnya¹⁷⁰. Lebih jauh, Jerome Frank¹⁷¹ dalam bukunya *Law and the Modern Mind*, memberikan 2 (dua) kategori tentang aliran Realisme Hukum, sebagai berikut:

(1) *Rule sceptics: Those who doubt that rules decide cases.*

(2) *Fact sceptics: Those who doubt that facts play any role in the decision.*

“Frank says that facts are not objective. They are what the judges thinks they are and what he thinks they are depends on what he hears and sees as the witnesses testify”

Menurut aliran ini, undang-undang, kebiasaan dan sebagainya hanyalah sarana bagi hakim dalam menemukan hukumnya. Yang dipentingkan di sini bukanlah kepastian hukum, melainkan kemanfaatan yang berkeadilan bagi masyarakat. *Freirechtslehre* memajukan suatu penemuan hukum yang lebih bebas, sekalipun tidak demikian bebasnya sebagaimana dikehendaki oleh beberapa penganut ajaran ini, tetapi masih jauh lebih bebas terhadap undang-undang dan sistem dari undang-undang itu daripada sebelumnya. Hakim diposisikan memiliki otonom penuh, dimana aturan dan fakta dinafikan, hakim menutup berdasarkan pemikirannya sendiri yang independent. Fakta dianggap sesuatu yang tidak obyektif, karena apa yang hakim pikirkan tentang itu adalah tergantung pada apa yang dia dengar dan lihat dalam keterangan-keterangan saksi.

Dalam konteks penemuan hukum, tidak bisa dinafikan bahwa semua bermula pada teks hukum (*textual*). Teks hukum tidak lain adalah suatu bentuk rumusan, suatu konseptualisasi dari sesuatu yang ada dan terjadi di alam. Setiap perumusan adalah penegasan atau pencitraan tentang sesuatu hal (*to define, definition*). Sedangkan pencitraan adalah pembuatan konsep, yang dalam pembuatan konsep tersebut selalu dimulai dengan pembatasan atau pembedaan antara yang

¹⁷⁰ Sudikno Metrokusumo, *Bab-bab....., Op.cit*, hlm. 45

¹⁷¹ Jerome Frank dalam Hari Chand, *Op.cit*, hlm. 211

dirumuskan dan yang tidak atau yang berada di luarnya. Sehingga dalam melakukan penafsiran janganlah hanya dipahami secara harfiah semata (*plain meaning*), sebab yang dicari oleh hakim yang progresif adalah makna (*essence*). Maka teks peraturan tidak boleh dimaknai secara mutlak atau hitam dan putih¹⁷². Tidaklah mudah membaca teks hukum, karena tidak hanya membaca kata-katanya saja (*naar de letter van de wet*) tetapi harus pula mencari arti, mana dan tujuannya.

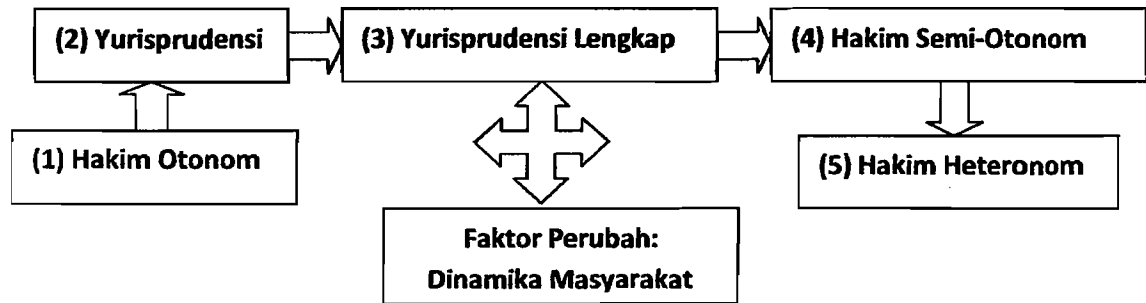
Penemuan hukum dalam paradigma *rule of law* berorientasi pada pemenuhan nilai moral (*the moral reading of contextual*) dan keadilan yang dibangun dari penafsiran kejadian yang berlangsung terus menerus dari waktu ke waktu dalam perjalanan panjang tradisi masyarakat. Sebagaimana yang dijelaskan oleh Roland Dworkin¹⁷³, berikut ini:

"I say that to interpret a law is to get to its point or purpose, but people may have different opinions as to the point or purpose of the law in question. I think that interpretation should result into making the best of something, ... What Dworkin advocates is that "best" here means "morally best"

Hal ini berbeda dengan tradisi eropa kontinental yang sistem hukumnya memang dibangun di atas bangunan sistem norma yang logis dan tertutup (*closed logical system*). Dalam tradisi *rule of law*, hakim dilahirkan sebagai "manusia bebas" yang memiliki diskresi (*freiesermessen*) mutlak untuk membuat hukum (*judge made law*), namun bukan berarti hakim bebas sebebaskan-bebasnya. Hakim harus berpedoman pada putusan-putusan sebelumnya (*precedent*), hal ini digunakan untuk menjaga *fairness*, dimana kasus yang sama diperlakukan dengan sama pula (walaupun sangat jarang ditemukan kasus yang sama mutlak). Berikut akan digambarkan gerak paradigma hakim dalam tradisi hukum *the rule of law/command law*;

¹⁷² Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006, hlm. 164

¹⁷³ Roland Dworkin, *Op.cit*, hlm. 76, Lihat juga Hari Chand, *Op.cit*, hlm. 157



Bagan 2: Gerak paradigma hakim dalam tradisi hukum *the rule of law*

Gerak paradigma hukum *the rule of law/comman law* dapat dibilang sebagai pencitraan dari aliran progresif, dimana hukum dan peradilan merupakan alat untuk perubahan-perubahan sosial. Dinamika masyarakat menjadi pedoman perubahan atas hukum, hukum wajib untuk selalu “berkaca” dan dikontektualisasikan kepada kebutuhan masyarakat dan perkembangan zaman (*law and moving society*). Untuk mampu menyerap aspirasi masyarakat dan tuntutan zaman. Hakim harus bersikap otonom dan memiliki diskresi yang besar dalam menemukan hukum. Hakim menjadi pembuat hukum (*judges made law*) yang berarti putusan-putusan hakim (yurisprudensi) diletakkan sebagai sumber hukum utama dalam negara (*the main source of law*)¹⁷⁴. Putusan-putusan hakim (yurisprudensi) tersebut menjadi acuan yang dasar bagi hakim, disinilah dikenal hukum *precedent* yang merupakan hasil penemuan hukum otonom sepanjang pembentukan peraturan dan penerapan dilakukan oleh hakim. Dimensi otonom dalam paradigma ini tidaklah mutlak, karena hakim tidak sepenuhnya otonom, namun juga sedikit heteronom, karena hakim sangat terikat pada putusan-putusan (yurisprudensi) terdahulu. *Precedent* menjadi

¹⁷⁴ Bantahan terhadap *judge made law* disampaikan oleh Ronald Dworkin dalam Hari Chand, *Op.cit*, hlm.151, sebagai berikut:

- (1) *Judges are not elected and only representatives of the people to make a law, it is but apt that judges must not make law*
- (2) *He points out that if judges make law and apply it retroactively, the losing party is unjustly punished for a duty created after the event.*

asas penting dalam peradilan karena menurut Blackstone¹⁷⁵, *precedent* bertujuan untuk; “*to keep the scale of justice and steady and not liable to waver with every new judges opinion*”. Hari Chand¹⁷⁶, menjelaskan bahwa; “*precedent have to be established as guides to future conduct, and this applies not merely to legal system but to all rule or norm-creating body*”. Corak mekanisme *precedent* kontemporer dalam tradisi *comman law*, dirangkum sebagai berikut:

*The special features of the present day comman law system of precedent may, may perhaps be summarized as (i) a particular emphasis on judicial decisions as the core of legal system, (ii) a vey subordinate role conceded to juristic writing, as against decisions of the courts, in the exposition of the law; (iii) the treatment of certain judicial decisions as binding on other judges; and (iv) the form of judicial judgements and the mode of reporting these*¹⁷⁷.

Pada akhirnya, dengan lengkapnya yurisprudensi pengadilan, hakim menjadi bersifat heteronom karena hanya perlu “berkaca” pada putusan-putusan terdahulu dalam memutus suatu kasus.

Gerak progresif hakim di atas, dipengaruhi oleh perkembangan ilmu hukum yang mengalami dekonstruksi pemikiran. Scholten¹⁷⁸, pemikir hukum Belanda melihat adanya pergeseran masa kepastian hukum (*legalisme*) menuju pada orientasi pemenuhan rasa keadilan dalam putusan pengadilan. Hakim tidak hanya berfungsi sebagai “mulut yang menyuarakan undang-undang” atau hanya berkisar pada penerapan hukum (*rechtstoepassing*) yang mekanistik, melainkan penemuan hukum (*rechtsvinding*) yang lebih kreatif.

Menurut Satjipto Rahardjo¹⁷⁹, penemuan hukum progresif merupakan sebuah pekerjaan yang kreatif, inovatif dan bahkan terkadang merupakan sebuah “lompatan”. “Lompatan” di sini

¹⁷⁵ Blackstone dalam Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab, ..., Op.cit*, hlm. 39

¹⁷⁶ Lloyd of Hamstead, *Op.cit*, hlm. 1101

¹⁷⁷ Lloyd of Hamstead, *Op.cit*, hlm. 1103

¹⁷⁸ Satjipto Rahardjo, *Hukum..... Op.cit*, hlm. 173

¹⁷⁹ Satjipto Rahardjo, *Hukum....., Ibid*, hlm. 168

berarti melepaskan diri dari jeratan logika undang-undang. Hakim ketika melakukan penemuan hukum menggunakan peraturan (*sollen*) dan kenyataan (*sein*) untuk menemukan hukum. Keduanya saling memasuki (*onderlinge interactie*). Peraturan melihat pada kenyataan, sedangkan kenyataan melihat kepada peraturan. Sehingga penemuan hukum tidak saja berarti membaca hukum secara harfiah, namun juga membaca kenyataan (kontekstualisasi) dalam masyarakat. Kedua metode ini disatukan, maka akan muncul kreatifitas, inovasi dan progresivitas dari seorang hakim¹⁸⁰.

Selain itu hakim dalam memutuskan suatu perkara tidak semata-mata bermain dengan logika (*reason*), melainkan dapat berdasarkan pengalaman sang hakim yang membuat keputusan. Pengalaman bukan suatu hal yang matematis melainkan penuh dengan pilihan-pilihan kebijaksanaan yang tidak selalu ada dalam perundang-undangan. Sebagaimana yang disebutkan oleh Holmes, sebagai berikut:

“ ...to represent a general view of the Comman Law, to accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of law has not been logic; it is been experience”¹⁸¹.

Menurut Holmes¹⁸², hukum adalah kelakuan aktual para hakim (*patterns of judge behavior*), dimana *patterns of judge behavior* ini ditentukan oleh 3 (tiga) faktor, yakni:

- (1) Kaidah-kaidah hukum yang dikonkritkan oleh hakim dengan metode interpretasi dan konstruksi;
- (2) Moral hidup pribadi hakim;

¹⁸⁰ Rahardjo, *Hukum...Ibid*, hlm. 171

¹⁸¹ Oliver Wendell Holmes dalam Satjipto Rahardjo, *Lapisan-Lapisan dalam Studi Hukum*, Bayumedia, Malang, 2009, hlm. 80.

¹⁸² Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 307

(3) Kepentingan sosial

Ketiga faktor inilah yang mempengaruhi putusan hakim. Lebih lanjut, Satjipto Rahardjo¹⁸³, berpendapat bahwa masyarakat merupakan rujukan yang utama (*the primacy*), bukan konsep, doktrin atau sistem rasional dari ilmu hukum. Dengan kata lain hukum mengikuti konteks masyarakat. Putusan hakim sebagai sebuah produk konstruksi setiap saat harus mengalami “referendum” oleh masyarakat sebagai penggunanya. Hukum selalu terbuka (inklusif) dan dapat diuji oleh masyarakat dalam hal kemanfaatannya. Hukum hendaknya mampu menjemput perubahan zaman (*beweging*) sehingga perlu dikedepankan kesadaran bahwa posisi hukum dikualifikasikan sebagai “hukum dalam perubahan” (*recht in beweging*).

Penegasan dari pentingnya penemuan hukum yang progresif dan “peka” terhadap tuntutan masyarakat dan perkembangan zaman dititahkan oleh Roscoe Pound, yang menyatakan:

- (1) *In all but totalitarian societies the social engineering function of the judges is determined and confirmed by the need to balance legal stability and certainty against the development of law as an instrument of social evolution.*
- (2) *In the democratic societies, to which an independent judiciary is essential, a further limitation is introduced where law courts are the ultimate interpreters of a written constitution. While the predominant trend of recent years is not to interfere with modern legislative policy through a rigid and only superficially objective interpretation of the constitution, the plain words of constitutional texts often erect insuperable barrier.*
- (3) *In legal system where the ultimate control of legislative policy is a political organ, the function of the judges are relatively simple. In his auxiliary function, as interpreter of political statutes and as arbiter over administrative actions, the task of the judge is to leave policy to the elected organs of democracy and to interpret such policy intelligently. This means a restrictive interpretation of such checks as violation of natural justice, unreasonableness, ultra vires.*
- (4) *In the interpretation of precedent and statutes the judicial function can and must be more positive and constructive one. An intelligent interpretation of statutes, which aids instead of frustrating, legislative policy is dominated by the same principles which indicate judicial restraint in the invalidation of statutes or acts of government. The development of law through the elastic interpretation of precedent would be greatly helped if at least the highest court were not strictly bound by precedent.*

¹⁸³ Satjipto Rahardjo, *Ibid*, hlm. 81

(5) *The growing use of law, as an instrument of social control and policy, in modern society is gradually reducing the sphere of "lawyer law" and with it, the primary creative function of the judges in common law systems, while it increases the importance of a constructive judicial development of law in the auxiliary function of interpretation of statutes and judicial restraints on administrative action.*

Menurut Roscoe Pound¹⁸⁴, hukum maupun putusan hakim memiliki fungsi rekayasa sosial (*social engineering*) pada setiap masyarakat. Hal ini ditentukan dan dibatasi oleh kebutuhan untuk menyeimbangkan antara stabilitas hukum dan kepastian terhadap perkembangan hukum sebagai alat evolusi sosial. Pengadilan yang bebas merupakan hal esensial dalam masyarakat demokrasi, karena pengadilan (konstitusi) merupakan penterjemah teks-teks tertinggi dari konstitusi. Penafsiran konstitusi tidak boleh kaku dan tidak obyektif, kata-kata yang bermakna luas dari teks-teks konstitusi sering melahirkan rintangan yang tak teratasi. Dalam menafsirkan *precedents* dan undang-undang, pengadilan berfungsi dapat dan harus lebih positif dan konstruktif karena pengadilan berfungsi untuk menafsirkan peraturan politik dan menjadi "wasit" terhadap tindakan-tindakan organ politik dalam negara.

Lebih jauh tentang penemuan hukum progresif, Roscoe Pound memberikan pernyataan betapa penting dan perlunya penyesuaian antara keputusan hakim dengan keperluan atau tuntutan masyarakat sehingga hukum akan berperan dinamis dalam proses perubahan masyarakat yang lebih madani dan melahirkan hukum yang lebih humanis.

*"In the process of interpretation, a lawyer has to make adjustment in the law suit the need of society. The purpose of social engineering is to enable the lawyers to think in terms of changing and moulding the law"*¹⁸⁵.

Sebagai rekomendasi akhir dalam tesis "*social engineering*", Roscoe Pound memandang penting perubahan paradigma *law enforcer* terutama hakim untuk meninggalkan kekakuan

¹⁸⁴ Roscoe Pound dalam Hari Chand, *Op.cit*, hlm.198, Lihat juga Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 217

¹⁸⁵ Roscoe Pound dalam Hari Chand, *Op.cit*, hlm. 198

perilaku dan harus mampu “meng-adaptasikan” hukum untuk dapat mengakomodasi perubahan-perubahan sehingga mereka akan dapat mencapai kepuasan maksimum dari masyarakat.

“By his analogy of social engineering that lawyers and judges should abandon their rigid attitude and adapt law to accommodate changes so they can help to achieve the maximum satisfaction of wants with minimum friction and waste”¹⁸⁶.

Simpulan akhir tentang keadilan, dirangkum oleh Hari Chand¹⁸⁷ yang menyatakan bahwa keadilan tidaklah turun dari langit, namun merupakan hasil daya upaya manusia untuk dapat mewujudkan keadilan substansial di suatu negara dan masyarakat. Keadilan memerlukan keilmuan (*knowledge*), kebijaksanaan (*wisdom*) dan tentunya keberanian (*courage*). Keadilan dengan keilmuan berarti:

“The man of justice must acquire knowledge of the law as well as the world of facts. Here we are using the word justice in a wider sense than what is meant by it in law. Justice within the bound of law is one thing; justice in life is another”

Keadilan dengan kebijaksanaan berarti:

“ A wise man is one who makes the best use of his resources. Wisdom is an aspect of mind, a sort of capacity. A man of justice is required to act wisely to meet the demand of justice”

Dan keadilan dengan keberanian, berarti:

“ In the pursue of justice, The judges must be ready not only to set aside his own likes or dislike, his own pecuniary or otherwise interests but also be willing to endure any suffering which may result from his decision to himself”

¹⁸⁶ Roscoe Pound dalam Hari Chand, *Op.cit*, hlm, 199

¹⁸⁷ Dimodifikasi dari tulisan Hari Chand dalam *A person of justice must be a person of knowledge, A person of justice must be a person of wisdom, dan A person of justice must be a person of courage, Op.cit*, hlm. 306-313

Merupakan sebuah jalan terjal dan berliku untuk dapat merealisasikan keadilan secara utuh dan memberikannya keharibaan masyarakat. Ketiga yang dibutuhkan untuk menegakan keadilan tersebut disinergiskan bersama, bukan dipisah apalagi dipertentangkan.

3. Metode Penemuan Hukum yang berorientasi pada pemenuhan Asas Keadilan (*Substansial Justice*)

Menjelang akhir abad ke-19 kejayaan dunia pemikiran hukum yang berbasis logika tertutup (*closed logical*) mulai pudar oleh pikiran-pikiran progresif yang skeptis terhadap teori dominan itu. Mereka beranggapan bahwa hukum sebagai bangunan logis peraturan tidak membawa kita lebih dekat pada kebenaran, malah meng-alienasi nilai kebenaran dan keadilan. Hukum jangan semata-mata dilihat dari sudut pandang “orang dalam” (*insider*) yakni oleh hakim atau penegak hukum sendiri, yang selalu berlogika dengan dasar dalil-dalil hukum yang *absurb*. Pendekatan sosiologis, antropologis dan pengalaman (*experiences*) menjadi pilihan yang bijak bagi hakim untuk dapat memaknai putusannya sebagai alat rekayasa sosial (*social engineering*)¹⁸⁸.

Dalam ranah penemuan hukum oleh hakim paradigma ini dikenal sebagai paradigma eksternalistik; dimana hakim melihat keluar (*outlook*) dari permasalahan yang akan diputus, hakim selalu kritis untuk mempertanyakan. Apakah putusan ini akan *applicable* untuk masyarakat? Putusan hakim harus mempertimbangkan aspek-aspek eksternal seperti aspirasi masyarakat, perubahan sosial yang terlibat dalam atau diluar operasionalisasi sistem hukum. Teks hukum positif tidak dipahami secara literar belaka, tetapi berada dalam situasi inter-tekstual dengan berbagai wacana sosial, politik, ekonomi dan kebudayaan yang berkembang di masyarakat. Berarti hakim tidak hanya berkaca pada substansi hukum (*legal substance*), namun

¹⁸⁸ Roscoe Pound dalam Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 303

lebih kritis memproyeksi budaya hukum (*legal culture*) masyarakat yang terpengaruh oleh putusan hakim tersebut.

Orientasi utama dari penemuan hukum progresif diatas adalah untuk memenuhi tuntutan keadilan bagi masyarakat. Berikut akan dipaparkan beberapa metode penemuan hukum dalam ranah *judicial review* yang lebih berorientasi pada pemenuhan asas keadilan (*substansial justice*).

1). Penafsiran Eksternal

Penafsiran eksternal merupakan sebuah paradigma penafsiran yang lahir dari “rahim” aliran hukum progresif yang mencandra hukum dalam *scope* yang luas dan dinamis. Namun keduanya (penafsiran internal maupun internal) memiliki kesamaan yang fundamental yakni pasti dan selalu bertolak pada teks sebagai posisi dasar pengkajian, sehingga penafsiran pada dasarnya tetap berpijak dari perspektif internal dengan memperoleh “pengaruh” dari perspektif eksternal.

Perspektif eksternal yang menjadi cikal bakal penafsiran eksternal merupakan sebuah bentuk dekonstruksi pemikiran yang melahirkan “kritisisme tekstual” (*textual criticism*). Kritik eksternal ini berasal dari teks sosial yang diartikulasikan dalam nilai-nilai publik¹⁸⁹. Krisisme tekstual dibedakan dengan “determinisme tekstual” (*textual determinism*) yang terdapat dalam penafsiran internal. Dalam penafsiran internal mengasumsikan adanya objektivitas, penafsiran dipandang sebagai proses reproduksi makna yang terdapat dalam teks sehingga hasilnya mengandung dimensi objektivitas. Sifat reproduksi ini menunjukkan bahwa pada dasarnya penafsiran internal merupakan wujud refleksi ke dalam teks hukum itu sendiri¹⁹⁰.

Sedangkan penafsiran eksternal mengasumsikan adanya subjektivitas yang disebabkan adanya kreativitas penafsiran dalam memproduksi makna baru. Konsekuensinya, penafsiran

¹⁸⁹ Aidul Fitriaciada Azhari, *Op.cit*, hlm. 183

¹⁹⁰ Aidul Fitriaciada Azhari, *Ibid*, hlm. 183

eksternal menerima pluaralisme makna (ekstensif), sedangkan penafsiran internal cenderung mengabsolutkan makna¹⁹¹.

a. Penafsiran Sosiologis

Metode penafsiran ini meletakkan makna hukum positif dalam bingkai tujuan kemasyarakatan. Kontekstualisasi hukum merupakan sebuah keharusan yang tidak dapat dinafikan (*it a must*) oleh hakim. Hukum positif yang telah using dan tidak sesuai lagi dengan tuntutan zaman, harus diterapkan terhadap peristiwa, hubungan, kebutuhan dan kepentingan dimasa kini, tanpa peduli apakah hal ini semuanya pada waktu diundangkanya hukum positif tersebut dikenal atau tidak¹⁹².

Salmond¹⁹³, memaparkan betapa dekat korelasi penafsiran sosiologis dengan asas keadilan sebagai orientasi utama dari hukum. Penafsiran sosiologis mutlak ada ranah penemuan hukum, dengan menyatakan bahwa; hukum mencakup aturan-aturan dengan nama keadilan, yang ditegakkan oleh lembaga-lembaga pengadilan negara dan hukum terdiri dari prinsip-prinsip yang ditegakkan oleh negara melalui pejabat-pejabat peradilan dengan menggunakan kekuatan fisik untuk mencapai keadilan.

Lebih jauh, Scholten¹⁹⁴ menunjukkan peran dan manfaat penafsiran sosiologis dengan mengemukakan hubungan penafsiran sistematik dengan penafsiran sosiologis, sebagai berikut:

“Yang ikut menentukan penafsiran tidak hanya ketentuan-ketentuan dalam undang-undang, melainkan juga hubungan-hubungan kemasyarakatan sendiri, tempat dimana ketentuan itu diterapkan. Setiap undang-undang bertumpu pada suatu penilaian tentang kepentingan kemasyarakatan dan bertujuan untuk mempengaruhi apa yang terjadi dalam kenyataan kemasyarakatan itu. Penerapannya terikat pada kemungkinan-kemungkinan yang diberikan oleh kehidupan kemasyarakatan.

¹⁹¹ Aidul Fitriadi Azhari, *Ibid*, hlm. 183

¹⁹² Sudikno Mertokusumo, *Op.cit*, hlm. 76

¹⁹³ Salmond dalam Achmad Ali, *Op.cit*, hlm, 184

¹⁹⁴ Scholten dalam Achamd Ali, *Ibid*, hlm. 185

Kehidupan berubah terus-menerus. Berhubungan dengan ini undang-undang dapat meliputi suatu bidang yang pada umumnya tidak diperuntukkan baginya. Undang-undang mengalami reaksi dari penilaian itu. Arti dari suatu undang-undang hanya dapat ditetapkan dalam hubungannya dengan hubungan antara orang-orang. Arti itu sendiri tidak ada, melainkan hanya ada untuk hubungan-hubungan yang nyata-nyata ada. Undang-undang menetapkan hubungan ini, dalam arti mensyaratkan apa yang seharusnya ada dalam suatu hubungan tertentu, akan tetapi sekaligus undang-undang mengalami pengaruh dari perubahan dalam hubungannya. Dengan demikian dituntut penafsiran menurut tujuan dari peraturan, menurut hubungan dengan keadaan-keadaan kemasyarakatan tempat berlakunya undang-undang itu”

Dari pemikiran kedua tokoh diatas disimpulkan bahwa; hukum positif haruslah disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru dengan kata lain hukum positif yang lama disesuaikan dengan keadaan yang baru sehingga lebih aktual, dinamis dan berkeadilan.

b. Penafsiran Historis

Salah satu metode yang sering digunakan dalam penafsiran eksternal adalah metode Penafsiran Historis. Achmad Ali¹⁹⁵ membedakannya secara garis besar, terbagi atas 2 (dua) jenis penafsiran yakni:

Penafsiran menurut sejarah undang-undang atau konstitusi (*wershistorisch*), dimaksudkan untuk mencari maksud dari pembuatan undang-undang/konstitusi tersebut seperti apa yang dilihat oleh pembuat undang-undang/konstitusi ketika undang-undang/konstitusi tersebut dibuat dulu. Jadi dalam metode penafsiran ini, kehendak pembuat hukum yang dianggap menentukan (*the intent or purpose underlying the enactment*)¹⁹⁶. Oleh karena itu, penafsiran sejarah undang-undang ini bersumber pada surat-surat atau dokumen-dokumen dan pembahasan-

¹⁹⁵ Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 178

¹⁹⁶ Edgar Bodenheimer, *Op.cit*, hlm. 414

pembahasan di lembaga pembentuk undang-undang/konstitusi ketika undang-undang/konstitusi itu dalam proses penggodokan¹⁹⁷.

Penafsiran menurut sejarah hukum (*rechtshistorich*), mencoba untuk memahami undang-undang/konstitusi dalam konteks seluruh sejarah hukum. Jika kita ingin mengetahui betul-betul makna yang terkandung dalam undang-undang/konstitusi, maka kita tidak hanya sekedar meneliti sejarah terbentuknya atau proses penggodokannya saja, melainkan juga harus meneliti sejarah yang mendahuluinya.

c. Penafsiran Futuristik

Penafsiran ini juga dikenal dengan sebutan penafsiran antisipatif (*de anticiperende interpretatie*) dimana penjelasan ketentuan hukum positif dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum¹⁹⁸. Sehingga *scope* penafsiran ini berada dalam ranah penjelasan terhadap hukum positif (*ius constitutum*) dengan berpedoman pada hukum yang belum mempunyai kekuatan hukum (*ius contituendum*)

Dalam proses “membaca” hukum, hakim dituntut untuk lebih cerdas dan kreatif dengan mampu memproyeksi akibat atau dampak dari putusan yang dibuatnya. Karena selayaknya sebuah putusan yang mengikat publik maka putusan hakim memiliki dampak sosial yang luar biasa (*extraordinary effect*). Sehingga terkadang hakim dihadapkan pada suatu dilema dimana pada suatu perkara, hakim sudah menjalankan prosedur hukum dengan benar, namun putusan tersebut dianggap “cacat sosial” oleh masyarakat. Pada konteks inilah hakim harus mengedepankan asas kemanfaatan dan asas keadilan sebagai “ruh” putusannya.

¹⁹⁷ Radin dalam Lord Llyod, *Log.cit*, hlm. 1145

Penulis mengingatkan pada pendapat Radin perihal *legislator intention*. Radin menyatakan bahwa “maksud para perumus Undang-Undang/Konstitusi (*legislator intention*) adalah sebuah fiksi, dia menyatakan; “ *A legislator certainly has no intention whatever in connection with words which some two or three drafted, which a considerable number rejected and in regard to which the majority might have had, and often demonstrably did have different ideas and belief*”

¹⁹⁸ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit*, hlm. 76

d. Penafsiran evolutif-dinamikal

Kebutuhan untuk menggunakan metode ini tentunya hanya muncul jika sungguh-sungguh telah terjadi evolusi, artinya terjadi perkembangan-perkembangan didalam pemikiran tentang hukum yang dalam pergaulan kemasyarakatan dicerminkan dalam moralitas (kesusilaan, moral positif) atau dalam perundang-undangan dibidang-bidang lain dari hukum.

Ketika metode ini digunakan maka ikatan dengan hukum positif menjadi sangat longgar. Resultat dari penggunaan metode ini adalah bahwa dengan cepat maksud-maksud dari pembentuk hukum positif sepenuhnya terkesampingkan atau diabaikan. Baik makna subjektif dari hukum positif yang menunjuk pada kehendak dari pembentuk hukum (*the intention of legislative*), maupun makna aktual dan objektif dari hukum positif yang menunjuk pada tujuan dan fungsi dari kaidah hukum¹⁹⁹.

D. PERAN STRATEGIS ASAS KEADILAN (*SUBSTANSIAL JUSTICE*) DALAM KONS TELASI KETATA NEGARAAN REPUBLIK INDONESIA

Keadilan merupakan tujuan utama yang ingin dicapai oleh seseorang ketika dia memasuki gedung pengadilan. Karena pengadilan sebagai instrumen negara hukum merupakan lokomotif utama dalam penegakan keadilan disuatu negara. Indonesia sebagai negara yang mengaku sebagai negara hukum juga tidak lepas dari kewajiban itu. Proyeksi hukum kedepan haruslah bermateri nilai-nilai keadilan dan kemanfaatan guna memenuhi hasrat para pencari keadilan.

Desakan tentang pentingnya nilai keadilan dalam peradilan (yudikatif), merupakan sebuah anti-tesa dari paradigma positivism-instrumentalis yang cenderung hanya menggunakan hukum sebagai alat "merekayasa" keadilan atas nama hukum. Atas nama kepastian hukum ,

¹⁹⁹ J.A. Pontier, *Op.cit.*, hlm. 49

masyarakat pencari keadilan sering dikalahkan dengan dalil yang ada dalam undang-undang. Hukum sering dijadikan sebagai justifikasi dari perbuatan pemerintah yang sejatinya “tidak adil”, namun dibuat “adil” oleh hukum.

Isu pentingnya keadilan dalam putusan pengadilan di Indonesia mulai mengemuka ketika Mahfud MD selaku Ketua Mahkamah Konstitusi melakukan “lompatan” progresif dalam setiap putusannya. Hal ini merupakan sebuah tindakan “melawan arus” yang sangat berani dan revolusioner. Hakim demi keadilan substantif dapat membuat putusan diluar ketentuan undang-undang, jika undang-undang tersebut dianggap “cacat” nilai keadilan atau tidak lengkap²⁰⁰.

Dasar filosofis tentang keadilan sejatinya telah terpatri dalam konstitusi (UUD 1945) pasca amandemen, seperti yang dapat dilihat pada rumusan Pasal 24 Ayat (1), Pasal 28D Ayat (1) dan Pasal 28H Ayat (2), yang menyebutkan:

Pasal 24 Ayat (1): “ Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan *keadilan*”

Pasal 28D Ayat (1): “ Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang *adil* serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”

Pasal 28H Ayat (2): “ Setiap orang berhak mendapatkan kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna persamaan dan *keadilan*”

Dalam konteks, pertentangan antara kepastian hukum dengan keadilan, Mahfud MD²⁰¹ berpendapat bahwa kepastian hukum haruslah dibangun untuk memastikan keadilan itu dapat ditegakkan. Hal ini sesuai dengan rumusan Pasal 28D Ayat (1) di atas, yang menegaskan perlunya “kepastian hukum yang adil” dan bukan sekedar kepastian. Oleh karena keadilan itu

²⁰⁰ Moh. Mahfud MD, *Konstitusi....., Op.cit*, hlm. 399

²⁰¹ Moh. Mahfud MD, *Hukum....., Op.cit*, hlm. 37

selalu dapat tercermin dan dipenuhi oleh hukum-hukum tertulis maka disitulah letak pentingnya “etika” sebagai sumber isi dan dasar penegakan hukum.

Menyinggung tentang kepastian hukum *vis-à-vis* keadilan, Satjipto Rahardjo²⁰² memberikan klarifikasi tentang “kepastian hukum” yang ditepakan di Indonesia. Menurut beliau “kepastian hukum” di Indonesia saat ini adalah “kepastian peraturan” yang derajatnya lebih rendah dari pada kepastian hukum yang sesungguhnya. Kepastian peraturan merupakan wujud penegakan hukum yang dilakukan oleh manusia. Kedua istilah ini berbeda dan jangan disamakan karena bertendensi untuk disalahkan artikan (*misleading*). Kepastian peraturan bersifat dangkal (*superficial*) karena hanya mengacu pada perundang-undangan, namun celakanya tidak ada undang-undang yang tidak cacat setelah dikeluarkan. Karena sudah menjadi sifat alamiah undang-undang yang dapat menjadi “penyembuh” (*social remedy*) dan juga dapat menjadi pemicu konflik di masyarakat (*trigger of conflict*).

Undang-undang sebagai hukum buat manusia tidak mungkin sempurna dan lengkap, sehingga tidak ada undang-undang yang jelas, walaupun benar bahwa hukum dimulai dari pembacaan terhadap undang-undang, namun perintah undang-undang tersebut tidak boleh kita telan mentah-mentah karena undang-undang tersebut masih merupakan “mayat” tanpa “jiwa”. Semua undang-undang harus bisa diterjemahkan dalam bahasa sosial (*open for interpretation*) dan juga harus bisa dimusyawarahkan (*open for negotiation*). Sehingga *outcome* yang dihasilkan adalah kepastian yang dapat mengakomodir tuntutan keadilan masyarakat. Inilah perwujudan hukum yang kaya akan “jiwa” keadilan²⁰³.

²⁰² Dimodifikasi dari hasil wawancara dengan Prof. Satjipto Rahardjo, 14 Nopember 2009

²⁰³ Dimodifikasi dari hasil wawancara dengan Prof. Satjipto Rahardjo, 14 Nopember 2009

Substansi keadilan tidak hanya terpatri secara normatif dalam rumusan UUD 1945, namun juga sudah diinternalisasi kedalam beberapa undang-undang organik yang berkaitan langsung dengan ranah yudikatif (peradilan). Undang-undang tersebut adalah UU No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Esensi keadilan dicantumkan dalam Pasal 4 Ayat (1), Pasal 28 Ayat (1), dan Pasal 36 Ayat (4)

Pasal 4 Ayat (1): “ Peradilan dilakukan "DEMI *KEADILAN* BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA".

Mengenai Hak dan Kewajiban Hakim tercantum dalam:

Pasal 28 Ayat (1): “ Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa *keadilan* yang hidup dalam masyarakat”.

Mengenai pelaksanaan putusan pengadilan tercantum dalam:

Pasal 36 Ayat (4): “ Putusan pengadilan dilaksanakan dengan memperhatikan nilai kemanusiaan dan *keadilan*”.

Selain undang-undang “pokok” tentang Kekuasaan Kehakiman diatas, esensi keadilan juga diturunkan dalam undang-undang *lex specialis*, seperti dalam rumusan UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 48 Ayat (1) dan (2), berikut:

Pasal 48

Ayat (1): “Mahkamah Konstitusi memberi putusan Demi *Keadilan* Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

Ayat (2): “Setiap putusan Mahkamah Konstitusi harus memuat”:

- a. Kepala putusan berbunyi: “DEMI *KEADILAN* BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA”

Dari rumusan normatif perundang-undangan diatas, dilihat betapa besar pengaruh asas keadilan dalam pranta hukum positif di Indonesia²⁰⁴. Hakim dituntut untuk lebih kreatif dan progresif dalam memutus suatu perkara. Dalam konteks hakim konstitusi, Satjipto Rahardjo²⁰⁵ menyatakan bahwa kedudukan hakim konstitusi berimbang dengan kedudukan legislator di DPR. Fungsi hakim konstitusi secara konkrit (*in concreto*) adalah sebagai pembuat konstitusi (UUD 1945) lapis kedua. Sehingga sah saja bila seorang hakim konstitusi memutus suatu perkara berdasarkan “keyakinan” hukumnya. Diskresi hakim tersebut juga dapat dilihat dalam rumusan Pasal 45 Ayat (1), berikut;

Pasal 45 Ayat (1): “Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan *keyakinan hakim*”.

Terkadang untuk menciptakan keadilan substasif, hakim harus berani melakukan *rule breaking* atau loncatan progresif apabila dirasa hukum positif sebagai acuan dasar dianggap “cacat moral dan etika”. Satjipto Rahardjo²⁰⁶, menyatakan: “ pada tingkat lebih lanjut, maka menegakkan hukum adalah suatu seni bukan semata akal pikiran. Seni disini berarti mencari keseimbangan yang pas antara berhukum dengan teks dengan aspek-aspek diluar teks; seperti; *compassion*, empati, etika dan moralitas”.

²⁰⁴ Contoh konkrit pengaruh asas keadilan dalam hukum publik dalam dilihat dalam Rancangan Penjelasan atas Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Dalam rumusan Pasal 12, dijelaskan sebagai berikut:

“Keadilan dan kepastian hukum merupakan dua tujuan hukum yang kerap kali tidak sejalan satu sama lain dan sulit dihindarkan dalam praktik hukum. Suatu peraturan hukum yang lebih banyak memenuhi tuntutan kepastian hukum, maka semakin besar pula kemungkinan aspek keadilan terdesak. Ketidaksempurnaan peraturan hukum ini dalam praktik dapat diatasi dengan jalan memberi penafsiran atas peraturan hukum tersebut dalam penerapannya pada kejadian-kejadian konkrit. Apabila dalam penerapan dalam kejadian konkrit, keadilan dan kepastian hukum saling mendesak, maka hakim sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum”.

²⁰⁵ Dimodifikasi dari hasil wawancara dengan Prof. Satjipto Rahardjo, 14 Nopember 2009

²⁰⁶ Dimodifikasi dari hasil wawancara dengan Prof. Satjipto Rahardjo, 14 Nopember 2009

BAB III

DESKRIPSI DAN ANALISIS PUTUSAN-PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM KONTEKS HUBUNGAN TARIK-MENARIK ANTARA ASAS KEPASTIAN HUKUM (*LEGAL CERTAINTY*) DAN ASAS KEADILAN (*SUBSTANTIAL JUSTICE*)

A. PENGANTAR

Sejak disahkannya UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut MK) pada 13 Agustus 2003. MK telah mengawal konstitusi (UUD 1945) selama lebih dari 6 tahun lamanya (2003-2009), disadari telah banyak dampak positif dari dibentuknya lembaga tersebut. Salah satu peran yang sangat signifikan dari MK adalah sebagai lembaga *check and balance* dari kekuasaan legislatif (DPR) dan eksekutif yang keduanya memiliki kewenangan untuk membuat undang-undang, yang sejatinya merupakan produk politik. MK diposisikan sebagai stabilisator dari kuatnya kekuasaan politik dalam pembentukan undang-undang. Undang-undang yang digodok dalam konstelasi kepentingan politik pada akhirnya harus tunduk dan patuh kepada kaidah hukum yang berada pada aras tertinggi dalam negara. MK memiliki *extraordinary power* untuk membatalkan undang-undang baik secara keseluruhan maupun sebagian norma undang-undang tersebut.

Namun bukan berarti sepanjang perjalanan MK kebal akan kritik terkait putusan-putusan yang pernah dikeluarkan oleh lembaga tersebut. Pro dan kontra terkait putusan MK sendiri merupakan hal yang wajar dalam alam demokrasi kontemporer. Sifat putusan MK yang *final and binding* tidak dapat diganggu gugat oleh siapapun namun dalam wacana akademik, diskursus intelektual terus menguak terkait beberapa putusan MK yang dianggap terlalu bernuasa positivistik-doktrinal maupun yang dianggap terlalu progresif. Pertarungan paradigmatis antara

asas kepastian hukum (*legal certainty*) dan asas keadilan (*substantial justice*) menjadi latar belakang utama dari hangatnya pro dan kontra terkait putusan-putusan MK tersebut.

Didasarkan pada teori kepastian hukum (*legal certainty*) dan teori keadilan (*substantial justice*) yang menjadi *legal reasoning*²⁰⁷ dasar paradigma dari penemuan hukum oleh hakim-hakim konstitusi. Penelitian ini memakai logika dasar bahwa paradigma hukum yang dianut (baik itu asas kepastian hukum ataupun keadilan) akan berpengaruh signifikan terhadap *outcome* atau produk yang dihasil oleh hakim yakni putusan-putusan pengadilan. Peneliti berpendapat bahwa asas kepastian hukum (*legal certainty*) yang lahir dari rahim hukum kontinental (*civil law*) cenderung mengedepankan pendekatan positivistik-doktrinal dimana teks hukum dimaknai secara tekstual-gramatikal, sistemik, subsumtif dan orisinalisme. Sedangkan dalam asas keadilan (*substantial justice*) yang dikembangkan oleh hukum Anglo Saxon (*common law*) cenderung menggunakan pendekatan eksternal dimana teks hukum dimaknai secara konstekstual-sosiologis, historis, futuristik dan evolutif-dinamik.

Logika dasar penelitian ini berbeda dengan pendapat Bagir Manan²⁰⁸ mengutip pendapat Philip S. James yang menyatakan bahwa tradisi hukum kontinental (*civil law*) lebih cenderung bertolak dari maksud dan tujuan (*intend and purpose*) undang-undang atau pembentuk undang-undang (*legislators*), sedangkan tradisi hukum Anglo-Saxon (*common law*) lebih mengutamakan

²⁰⁷ Arsyad Sanusi, *Legal Reasoning dalam Interpretasi Konstitusi*, Jurnal Konstitusi Volume 5 No. 2, Nopember 2008, hlm. 9-8

Legal Reasoning digunakan dalam 2 (dua) arti yakni dalam arti luas dan sempit. Dalam arti sempit, *legal reasoning* berkaitan dengan proses psikologis yang dilakukan hakim untuk sampai pada putusan atas kasus yang dihadapi, sedangkan dalam arti sempit, diartikan sebagai kajian logika dari suatu keputusan, yaitu hubungan antara *reason* (pertimbangan, alasan) dan putusan, serta ketepatan alasan atau pertimbangan yang mendukung putusan tersebut. *Legal reasoning* pada dasarnya berkaitan erat dengan bagaimana hukum mengkaji, menganalisis dan merumuskan suatu argumentasi secara tepat.

²⁰⁸ Bagir Manan, *Beberapa Catatan tentang Penafsiran*, Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun XXIV No. 285 Agustus 2009, hlm.8

penafsiran dari segi bahasa atau kata yang tertera dalam undang-undang (*literal and gramtical interpretation*).

Lewat pembahasan dalam Bab ini, peneliti akan melacaknya permasalahan penelitian ini lebih dalam.

B. DESKRIPSI PUTUSAN-PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Pada bab ini akan dideskripsikan beberapa putusan-putusan MK yang dianggap kontroversial oleh masyarakat maupun oleh para ahli hukum. Putusan-putusan tersebut akan dipaparkan secara sistematis dan kemudian dibagi (*clustered*) dalam 2 (dua) bagian utama; yakni putusan-putusan yang berorientasi pada asas kepastian hukum (*legal certainty*) dan putusan-putusan yang berorientasi pada asas keadilan (*substantial justice*).

1. Deskripsi Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Kepastian Hukum (*Legal Certainty*)

a. Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 Tentang Pembatalan UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK)

Kasus Posisi :

Pemohon dalam Perkara 012/PUU-IV/2006 adalah Mulyana Wirakusumah. Perkara 016/PUU-IV/2006 adalah (1) Nazaruddin Sjamsuddin; (2) Ramlan Surbakti; (3) Rusadi Kantaprawira; (4) Chusnul Mar'iyah; (5) Valina Singak Subekti; (6) Safrer Yusacc; (7) Hamdani Amin; dan (8) Bambang Budiarto. Sedangkan pemohon dalam Perkara 019/PUU-IV/2006 adalah Capt. Tarcisius Walla. Adapun yang menjadi Pokok Perkara Pengujian UU No. 30 Tahun 2003 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (selanjutnya disebut UU KPK), adalah sebagai berikut:

a. Perkara 012/PUU-IV/2006

Pemohon mendalilkan bahwa Pasal 6 huruf c UU KPK mengenai kekuasaan KPK dalam melakukan pemberantasan korupsi bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 mengenai jaminan, perlindungan dan kepastian hukum; dan Pasal 12 ayat (1) huruf a UU KPK mengenai wewenang KPK melakukan penyadapan bertentangan dengan Pasal 28F UUD 1945 mengenai hak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi.

b. Perkara 016/PUU-IV/2006

Pemohon mendalilkan bahwa Pasal 1 angka 3, Pasal 2, Pasal 3 Pasal 11 huruf b, Pasal 12 ayat (1) huruf a, Pasal 20, Pasal 40, dan Pasal 53 UU KPK berkenaan dengan kekuasaan KPK dan kedudukan pengadilan Tipikor, bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 24 ayat (1) dan (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 mengenai prinsip negara hukum, kekuasaan kehakiman, hak atas persamaan didepan hukum, jaminan perlindungan dan kepastian hukum, serta hak bebas dari perlakuan yang diskriminatif.

c. Perkara 019/PUU-IV/2006

Pasal 27 UU KPK mengenai pemberlakuan UU KPK bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 mengenai jaminan pengakuan persamaan dihadapan hukum dan perlindungan hukum.

Adapun Amar Putusan dari putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 Tentang Pembatalan UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK), adalah sebagai berikut:

1. Menyatakan permohonan Pemohon II dikabulkan untuk sebagian;
2. Menyatakan Pasal 53 UU KPK bertentangan dengan UUD 1945;
3. Menyatakan Pasal 53 UU KPK tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat sampai diadakan perubahan paling lambat 3 (tiga) tahun terhitung sejak putusan ini dikeluarkan;

4. Menyatakan permohonan Pemohon II ditolak untuk selebihnya;
5. Menyatakan permohonan Pemohon I ditolak untuk seluruhnya;
6. Menyatakan permohonan Pemohon III ditolak untuk seluruhnya.

Lebih jauh tentang putusan diatas, dapat dilihat norma hukum yang terdapat dalam Pasal 53 UU KPK yang dibatalkan oleh MK, menyatakan;

“Dengan Undang-Undang ini dibentuk Pengadilan Tindak Pidana Korupsi yang bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus tindak pidana korupsi yang penuntutannya diajukan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi.”

Pasal diatas dengan substansi Pasal 24 ayat (1) dan (2), Pasal 24A ayat (5) dan Pasal 28D ayat (1), yang norma hukumnya menyatakan sebagai berikut:

Pasal 24 ayat (1): *“ Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”*

Pasal 24 ayat (2): *“ Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer, peradilan tata usaha negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi”*

Pasal 24A ayat (5): *“ Susunan, kedudukan, keanggotaan dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang”*

Pasal 28D ayat (1): *“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”*

b. Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial

Kasus Posisi :

Pemohon dalam Perkara 005/PUU-IV/2006 adalah 31 (tiga puluh satu) Hakim Agung pada Mahkamah Agung RI yang mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial (selanjutnya disebut UU KY) dan juga Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman (selanjutnya disebut UU KK). Adapun norma yang diuji adalah; Pasal 1 angka 5, Pasal 20, Pasal 21. Pasal 22 ayat (1) huruf e dan ayat (5), Pasal 23 ayat (2), ayat (3) serta ayat (5), Pasal 24 ayat (1), Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) UU KY, serta Pasal 34 ayat (3) UU KK, sepanjang yang menyangkut Hakim Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi.

UU No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial

Pasal 1 Ayat 5 : “ *Hakim adalah Hakim Agung dan hakim pada badan peradilan di semua lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung serta hakim Mahkamah Konstitusi sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*”.

Pasal 20 : “ *Dalam melaksanakan wewenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 huruf b Komisi Yudisial mempunyai tugas melakukan pengawasan terhadap perilaku hakim dalam rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim*”.

Pasal 21 : “ *Untuk kepentingan pelaksanaan kewenangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 huruf b, Komisi Yudisial bertugas mengajukan usul penjatuhan sanksi terhadap hakim kepada pimpinan Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi*”.

Pasal 22 Ayat (1) huruf e : “ *Membuat laporan hasil pemeriksaan yang berupa rekomendasi dan disampaikan kepada Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi, serta tindakannya disampaikan kepada Presiden dan DPR*”.

Pasal 22 Ayat (5) : “ *Dalam hal badan peradilan atau hakim tidak memenuhi kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat (4), Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi wajib memberikan penetapan berupa paksaan kepada badan peradilan atau hakim untuk memberikan keterangan atau data yang diminta*”.

Pasal 23 Ayat (2) : “ *Usul penjatuhan sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a beserta alasan kesalahannya bersifat mengikat, disampaikan oleh Komisi Yudisial kepada pimpinan Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi*”.

Pasal 23 Ayat (3) : “ *Usul penjatuhan sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b dan huruf c diserahkan oleh Komisi Yudisial kepada Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi*”.

Pasal 23 Ayat (5) : “ *Dalam hal pembelaan diri ditolak, usul pemberhentian hakim diajukan oleh Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi kepada Presiden paling lambat 14 (empat belas) hari sejak pembelaan diri ditolak oleh Majelis Kehormatan Hakim*”.

Pasal 24 Ayat (1) : “ *Komisi Yudisial dapat mengusulkan kepada Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi untuk memberikan penghargaan kepada hakim atas prestasi dan jasanya dalam menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim*”.

Pasal 25 Ayat (3) : “ *Keputusan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) adalah sah apabila rapat dihadiri oleh sekurang-kurangnya 5 (lima) orang Anggota Komisi*”.

Yudisial, kecuali keputusan mengenai pengusulan calon Hakim Agung ke DPR dan pengusulan pemberhentian Hakim Agung dan/atau Hakim Mahkamah Konstitusi dengan dihadiri seluruh anggota Komisi Yudisial”.

Pasal 25 Ayat (4) : *“ Dalam hal terjadi pemundaaan 3 (tiga) kali berturut-turut atas keputusan mengenai pengusulan calon Hakim Agung ke DPR dan pengusulan pemberhentian hakim agung dan/atau hakim Mahkamah Konstitusi maka keputusan dianggap sah apabila dihadiri oleh 5 (lima) orang anggota”.*

UU No. 44 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman

Pasal 34 ayat (3) : *“ Dalam rangka menjaga kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim agung dan hakim, pengawasan dilakukan oleh Komisi Yudisial yang diatur dalam undang-undang”.*

Sedangkan norma yang dijadikan dasar penguji adalah Pasal 24B dan Pasal 25 UUD 1945, yang menyatakan:

Pasal 24B : *“Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim”*

Pasal 25 : *“ Syarat-syarat untuk menjadi dan untuk diberhentikan sebagai hakim ditetapkan dengan undang-undang”*

Adapun Amar Putusan dari putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial, adalah sebagai berikut:

- Menyatakan permohonan para Pemohon dikabulkan untuk sebagian;
- Menyatakan:
 - Pasal 1 angka 5 sepanjang mengenai kata-kata “Hakim Mahkamah Konstitusi”;

- Pasal 20, yang berbunyi, *"Dalam melaksanakan wewenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 huruf b Komisi Yudisial mempunyai tugas melakukan pengawasan terhadap perilaku hakim dalam rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim"*;
 - Pasal 21, yang berbunyi, *"Untuk kepentingan pelaksanaan kewenangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 huruf b, Komisi Yudisial bertugas mengajukan usul penjatuhan sanksi terhadap hakim kepada pimpinan Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi"*;
 - Pasal 22 ayat (1) huruf e, yang berbunyi, *"Dalam melaksanakan pengawasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 20, Komisi Yudisial: e. membuat laporan hasil pemeriksaan yang berupa rekomendasi dan disampaikan kepada Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi, serta tindakannya disampaikan kepada Presiden dan DPR"*;
 - Pasal 22 ayat (5), yang berbunyi, *"Dalam hal badan peradilan atau hakim tidak memenuhi kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat (4), Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi wajib memberikan penetapan berupa paksaan kepada badan peradilan atau hakim untuk memberikan keterangan atau data yang diminta"*;
 - Pasal 23 ayat (2), yang berbunyi, *"Usul penjatuhan sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a beserta alasan kesalahannya bersifat mengikat, disampaikan oleh Komisi Yudisial kepada pimpinan Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi"*;
 - Pasal 23 ayat (3), yang berbunyi, *"Usul penjatuhan sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b dan huruf c diserahkan oleh Komisi Yudisial kepada Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi"*, dan;
 - Pasal 23 ayat (5), yang berbunyi, *"Dalam hal pembelaan diri ditolak, usul pemberhentian hakim diajukan oleh Mahkamah Agung dan/atau Mahkamah Konstitusi kepada Presiden paling lambat 14 (empat belas) hari sejak pembelaan diri ditolak oleh Majelis Kehormatan Hakim"*;
 - Pasal 24 ayat (1), sepanjang mengenai kata-kata "dan/atau Mahkamah Konstitusi";
 - Pasal 25 ayat (3), sepanjang mengenai kata-kata "dan/atau Mahkamah Konstitusi";
 - Pasal 25 ayat (4), sepanjang mengenai kata-kata "dan/atau Mahkamah Konstitusi";
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 89, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4415), bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- Pasal 34 ayat (3), yang berbunyi, *"Dalam rangka menjaga kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim agung dan hakim, pengawasan dilakukan oleh Komisi Yudisial yang diatur dalam undang-undang"*, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 8, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4358), bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- Menyatakan:
 - Pasal 1 angka 5 sepanjang mengenai kata-kata "hakim Mahkamah Konstitusi",
 - Pasal 20,
 - Pasal 21,

- o Pasal 22 ayat (1) huruf e,
 - o Pasal 22 ayat (5),
 - o Pasal 23 ayat (2),
 - o Pasal 23 ayat (3), dan
 - o Pasal 23 ayat (5)
 - o Pasal 24 ayat (1), sepanjang mengenai kata-kata "dan/atau Mahkamah Konstitusi";
 - o Pasal 25 ayat (3), sepanjang mengenai kata-kata "dan/atau Mahkamah Konstitusi";
 - o Pasal 25 ayat (4), sepanjang mengenai kata-kata "dan/atau Mahkamah Konstitusi";
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 89, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4415) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- o Pasal 34 ayat (3) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 8, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4358), tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

c. Putusan Nomor 56/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Calon Presiden Independen

Kasus Posisi:

Pemohon dalam Perkara 056/PUU-VI/2008 adalah (1) M. Fadjroel Rachman, (2) Mariana, dan (3) Bob Febrian. Adapun yang menjadi Pokok Perkara Pengujian adalah UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden (selanjutnya disebut UU Pilpres), adalah sebagai berikut:

1. Pengertian Pasal 1 ayat (4) UU Pilpres dan Pengaturan Pasal 8, Pasal 9, dan Pasal 13 ayat (1) UU Pilpres telah menghalangi dan menutup hak konstitusional para Pemohon yang dilindungi oleh Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28D ayat (3), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945;
2. Pasal-pasal tersebut juga bertentangan dengan prinsip demokrasi dan kedaulatan rakyat sebagaimana dimaksud Pasal 1 ayat (2) UUD 1945;
3. Dengan menempatkan partai politik menjadi satu-satunya jalur untuk menentukan Calon Presiden dan Wakil Presiden berarti telah menghalangi dan menutup hak warga negara

untuk memperoleh kesempatan berpartisipasi dalam pemerintahan secara demokratis dan merampas kedaulatan rakyat melalui dominasi partai politik;

Berikut dipaparkan rumusan pasal-pasal dalam UU Pilpres yang menurut Pemohon bertentangan dengan UUD 1945.

Pasal 8 : *“Calon Presiden dan calon Wakil Presiden diusulkan dalam 1 (satu) pasangan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik.”*

Pasal 9 : *“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 nasional dalam Pemilu anggota DPR, sebelum pelaksanaan Pemilu Presiden dan Wakil Presiden.”*

Pasal 13 Ayat (1) : *“Bakal Pasangan Calon didaftarkan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik.”*

Rumusan pasal-pasal diatas, dimohonkan diuji dengan rumusan UUD 1945, sebagai berikut:

Pasal 1 Ayat (2) : *“Kedaulatan berada ditangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar”*

Pasal 27 Ayat (1) : *“ Setiap warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”*

Pasal 28D Ayat (1) : *“ Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang”*

Pasal 28D Ayat (3) : *“ Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan”*

Pasal 28I Ayat (3) : *“ Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban”*

Adapun Amar Putusan dari putusan Nomor 056/PUU-IV/2008 Tentang Permohonan Calon Presiden Independen sekaligus memohonkan untuk dibatalkannya bebarapa pasal dalam UU No. 42 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden (UU Pilpres), adalah sebagai berikut:

Dengan mengingat UUD 1945 dan Pasal 56 ayat (5) UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang MK (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316); MK, menyatakan permohonan para Pemohon ditolak untuk seluruhnya.

2. Deskripsi Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Keadilan (*Substantial Justice*)

a. Putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Mekanisme Suara Terbanyak dalam Penentuan Calon Anggota Legislatif

Kasus Posisi:

Pemohon dalam Perkara 22/PUU-VI/2008 adalah Muhammad Sholeh, SH. Sedangkan Pemohon pada Perkara 24/PUU-VI/2008 adalah Sutjipto, SH, M.Kn. Adapun yang menjadi Pokok Perkara Pengujian dalam Perkara 22-24/PUU-VI/2008 adalah UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum, adalah sebagai berikut:

1. Bahwa Pasal 55 ayat (2) dan Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU 10/2008 bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1) Pasal 28D ayat (1), Pasal 28 ayat (3) dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945.
2. Bahwa **Pasal 55 UU 10/2008**, menyatakan:
Ayat (1) “Nama-nama calon dalam daftar bakal calon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 disusun berdasarkan nomor urut.”
Ayat (2) “Di dalam daftar bakal calon sebagaimana dimaksud pada ayat (1), setiap 3 (tiga) orang bakal calon terdapat sekurang-kurangnya 1 (satu) orang perempuan bakal calon”.

Ayat (3) “*Daftar bakal calon sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disertai dengan pas foto diri terbaru*”.

3. Bahwa **Pasal 205 UU 10/2008**, menyatakan:

Ayat (4) “*Dalam hal masih terdapat sisa kursi dilakukan penghitungan perolehan kursi tahap kedua dengan cara membagikan jumlah sisa kursi yang belum terbagi kepada Partai Politik Peserta Pemilu yang memperoleh suara sekurang-kurangnya 50% (lima puluh perseratus) dari BPP DPR*”.

Ayat (5) “*Dalam hal masih terdapat sisa kursi setelah dilakukan penghitungan tahap kedua, maka dilakukan penghitungan perolehan kursi tahap ketiga dengan cara seluruh sisa suara Partai Politik Peserta Pemilu dikumpulkan di provinsi untuk menentukan BPP DPR yang baru di provinsi yang bersangkutan*”.

Ayat (6) “*BPP DPR yang baru di provinsi yang bersangkutan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) ditetapkan dengan membagi jumlah sisa suara sah seluruh Partai Politik Peserta Pemilu dengan jumlah sisa kursi*”.

Ayat (7) “*Penetapan perolehan kursi Partai Politik Peserta Pemilu sebagaimana dimaksud pada ayat (5) dilakukan dengan cara memberikan kursi kepada partai politik yang mencapai BPP DPR yang baru di provinsi yang bersangkutan*”.

4. Bahwa **Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU 10/2008** menyatakan, “*Penetapan calon terpilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota dari Partai Politik Peserta Pemilu didasarkan pada perolehan kursi Partai Politik Peserta Pemilu di suatu daerah pemilihan, dengan ketentuan:*

- a. *calon terpilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota ditetapkan berdasarkan calon yang memperoleh suara sekurang-kurangnya 30% (tiga puluh perseratus) dari BPP;*

- b. *dalam hal calon yang memenuhi ketentuan huruf a jumlahnya lebih banyak daripada jumlah kursi yang diperoleh partai politik peserta Pemilu, maka kursi diberikan kepada calon yang memiliki nomor urut lebih kecil di antara calon yang memenuhi ketentuan sekurang-kurangnya 30% (tiga puluh perseratus) dari BPP.*
- c. *dalam hal terdapat dua calon atau lebih yang memenuhi ketentuan huruf a dengan perolehan suara yang sama maka penentuan calon terpilih diberikan kepada calon yang memiliki nomor urut lebih kecil di antara calon yang memenuhi ketentuan sekurang-kurangnya 30% (tiga puluh perseratus) dari BPP, kecuali bagi calon yang memperoleh suara 100% (seratus perseratus) dari BPP.*
- d. *dalam hal calon yang memenuhi ketentuan huruf a jumlahnya kurang dari jumlah kursi yang diperoleh partai politik peserta Pemilu, maka kursi yang belum terbagi diberikan kepada calon berdasarkan nomor urut;*
- e. *dalam hal tidak ada calon yang memperoleh suara sekurang-kurangnya 30% (tiga puluh perseratus) dari BPP maka calon terpilih ditetapkan berdasarkan nomor urut.”*

Rumusan pasal-pasal diatas, dimohonkan diuji dengan rumusan UUD 1945, sebagai berikut:

Pasal 27 ayat (1) : *“Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”;*

Pasal 28D :

Ayat (1), *“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”*

Ayat (3), *“Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan”*

Pasal 28I ayat (2): *“Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu”*

Adapun Amar Putusan dari putusan Nomor 22-24/PUU-IV/2008 Tentang Permohonan Mekanisme Suara Terbanyak dalam Pemilu Legislatif sekaligus memohonkan untuk

dibatalkannya beberapa pasal dalam UU No. 10 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum, adalah sebagai berikut:

1. *Menyatakan Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;*
2. *Menyatakan Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.*

b. Putusan Nomor 9/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survei untuk melakukan mekanisme *quick count* dalam Pemilihan Umum

Pemohon dalam Perkara 9/PUU-VII/2009 adalah (1) Denny Yanuar Ali, Ph.D dan (2) Drs. Umar S. Bakry, M.A. Adapun yang menjadi Pokok Perkara Pengujian dalam Perkara 9/PUU-VII/2009 adalah UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum, adalah sebagai berikut:

Pasal 245 ayat (2) menyatakan: "*Pengumuman hasil survei atau jajak pendapat tidak boleh dilakukan pada masa tenang*";

Pasal 245 ayat (3) menyatakan: "*Perhitungan hasil perhitungan cepat hanya boleh dilakukan paling cepat pada hari berikutnya dari hari/tanggal pemungutan suara*"

Pasal 282 ayat (5) menyatakan: "*Setiap orang yang mengumumkan hasil survey atau hasil jajak pendapat dalam masa tenang, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) bulan dan paling lama 12 (dua belas) bulan dan denda paling sedikit Rp.*

3.000.000.00 (tiga juta rupiah), dan paling banyak Rp 12.000.000.00 (dua belas juta rupiah)”;

Pasal 307 menyatakan: *“Setiap orang atau lembaga yang melakukan perhitungan cepat yang mengumumkan hasil perhitungan cepat pada hari/tanggal pemungutan suara, dipidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 18 (delapan belas) bulan dan denda paling sedikit Rp 6.000.000.00 (enam juta rupiah) dan paling banyak Rp 18.000.000.00 (delapan belas juta rupiah)”;*

Rumusan pasal-pasal diatas, dimohonkan diuji dengan rumusan UUD 1945, sebagai berikut:

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

Pasal 28E ayat (3): *“Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat”;*

Pasal 28F : *“Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia”;*

Pasal 28G ayat (1): *“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”;*

Adapun Amar Putusan dari putusan Nomor 9/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survei untuk melakukan mekanisme *quick count* dalam Pemilihan Umum, adalah sebagai berikut:

- 1) Menyatakan Pasal 245 ayat (2), Pasal 245 ayat (3), Pasal 282, dan Pasal 307 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 2) Menyatakan Pasal 245 ayat (5) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) sepanjang frasa “ayat (2), ayat (3), dan” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 3) Menyatakan Pasal 245 ayat (2), Pasal 245 ayat (3), Pasal 282, dan Pasal 307 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836), tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- 4) Menyatakan Pasal 245 ayat (5) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) sepanjang frasa “ayat (2), ayat (3), dan” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

c. Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan Membatalan Persyaratan Pencalonan Kepala Daerah

Kasus Posisi :

Pemohon dalam Perkara 04/PUU-VII/2009 adalah Robertus. Pemohon adalah warga negara Indonesia yang pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau lebih. Namun Pemohon berkeinginan untuk mencalonkan diri sebagai Kepala Daerah namun keinginan tersebut terganjal ketentuan persyaratan Pencalonan Kepala Daerah yang diatur dalam UU No. 10 Tahun 2008 Tentang

Pemilihan Umum dan UU 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintah Daerah. Adapun yang menjadi Pokok Perkara Pengujian adalah Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU Pemilu, dan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah sebagaimana diatur dalam Pasal 58 Huruf f UU Pemda.

Pasal 12 huruf g UU No. 10 Tahun 2008, menyatakan:

"Persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih";

Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 tahun 2008, menyatakan:

"Bakal calon anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota harus memenuhi persyaratan: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih";

Pasal 58 Huruf f UU No. 32 Tahun 2004, menyatakan :

"Calon kepala daerah dan wakil kepala daerah adalah warga negara Republik Indonesia yang memenuhi syarat: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih";

Pasal diatas didalilkan oleh Pemohon bertentangan dengan substansi Pasal 1 ayat (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945, yang norma hukumnya menyatakan sebagai berikut:

Pasal 1 ayat (2) UUD 1945, menyatakan :

”Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar”;

Pasal 27 ayat (1) UUD 1945, menyatakan:

“Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”;

Pasal 28C ayat (2) UUD 1945, menyatakan:

“Setiap orang berhak memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya”;

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, menyatakan:

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan hukum yang sama di hadapan hukum”;

Pasal 28D ayat (3) UUD 1945, menyatakan:

“Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan”;

Adapun Amar Putusan dari putusan Nomor 4/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial, adalah sebagai berikut:

- Menyatakan Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) serta Pasal 58 huruf f Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4844) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*);
- Menyatakan Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik

Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) serta Pasal 58 huruf f Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4844) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak memenuhi syarat-syarat: (i) tidak berlaku untuk jabatan publik yang dipilih (*elected officials*); (ii) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya; (iii) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana; (iv) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

C. ANALISIS PUTUSAN-PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

1. Analisis Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Kepastian Hukum (*Legal Certainty*)

a. Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 Tentang Pembatalan UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK)

Dalam putusan ini, MK menggunakan logika peraturan perundang-undangan yang cenderung mengedepankan asas kepastian hukum (*legal certainty*) dimana Pasal 53 dianggap inkonstitusional dikarenakan bertentangan dengan substansi UUD 1945 yakni bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan (2), Pasal 24A ayat (5), serta Pasal 28D ayat (1). Selain itu, MK berpendapat bahwa eksistensi Peradilan Tipikor yang peraturannya terpatri dalam Pasal 53 sebagai salah satu bagian pelaku kekuasaan kehakiman dianggap cacat normatif karena tidak dikenal dalam struktur dan hierarkhis perundang-undangan dan kekuasaan kehakiman di Indonesia. Oleh sebab itu harus diadakan perubahan atau pembentukan Peradilan Tipikor secara tersendiri, artinya dilepaskan dari UU KPK paling lambat 3 (tiga) tahun terhitung sejak putusan ini dikeluarkan.

Lebih lanjut, MK memberikan pertimbangan hukumnya bahwa; pelaku kekuasaan kehakiman, menurut Pasal 24 ayat (2) UUD 1945, adalah sebuah MA (dan badan-badan

peradilan yang berada di empat lingkungan peradilan yang berada di bawah MA) dan sebuah MK dan badan-badan peradilan dari keempat lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud oleh Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 adalah badan-badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung. Sehingga dengan demikian pembentukan pengadilan-pengadilan khusus, sepanjang masih berada dalam salah satu dari empat lingkungan peradilan sebagaimana diatur dalam Pasal 24 Ayat (2) UUD 1945, dimungkinkan.

Dalam pertimbangan hukum diatas, MK memakai pendekatan perundang-undangan dengan menggunakan *plain interpretation*. Sehingga metode penafsiran yang digunakan adalah penafsiran internal yang berarti hakim sebagai pembaca/penafsir berada di dalam teks/sistem hukum dan melakukan penafsiran dengan mengacu ke dalam teks²⁰⁹. Penafsiran internal mengasumsikan adanya obyektifitas dalam teks yang dikenal dengan sebutan “determinisme tekstual” (*textual determinism*). Penafsiran dipandang sebagai proses reproduksi makna yang terdapat dalam teks sehingga hasilnya mengandung dimensi obyektifitas. Sifat reproduksi ini menunjukkan, bahwa pada dasarnya perspektif internal merupakan suatu refleksi ke dalam teks konstitusi itu sendiri²¹⁰. MK dalam putusan ini hanya menggunakan logika silogisme hukum²¹¹ yang menarik permasalahan hukum dari umum-khusus (deduksi). MK menggunakan Pasal 24 ayat (1) dan (2), Pasal 24A ayat (5) dan Pasal 28D ayat (1) sebagai premis mayor, dan menggunakan Pasal 53 sebagai premis minor, yang akhirnya menyimpulkan bahwa Pasal 53 bertentangan dengan UUD 1945. Skema silogisme dapat dilihat pada ilustrasi berikut:

²⁰⁹ Ainul Fitriadi Azhari, *Penafsiran Konstitusi dan Implikasinya terhadap Pembentukan Sistem Ketatanegaraan Demokrasi atau Otokrasi*, Disertasi, Universitas Indonesia, Jakarta, 2005, *Loc.cit*, hlm. 182

²¹⁰ Ainul Fitriadi Azhari, *Ibid*, hlm. 183

²¹¹ Silogisme adalah bentuk berpikir logis dengan mengambil kesimpulan (konklusi) dari hal yang umum (premis mayor) dan hal yang khusus (premis minor). Premis mayor adalah undang-undang, premis minor adalah kasus atau kejadian sedangkan keputusannya adalah kesimpulan yang logis. Hakim dengan paradigma ini memakainya berpikir deduksi (umum-khusus).

Premis mayor : “*Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dan Susunan, kedudukan, keanggotaan dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang*”

Premis minor : “*Pengadilan Tindak Pidana Korupsi yang bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus tindak pidana korupsi yang penuntutannya diajukan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi.*”

Konklusi : “*Pengadilan Tindak Pidana Korupsi kedudukannya dalam sistem Kekuasaan Kehakiman tidak jelas dan sumir*”

Selain itu MK juga menggunakan penafsiran orisinalisme yang mengacu pada makna asli yang terkandung dalam maksud para perumus konstitusi (*the framer intent*)²¹². Penafsiran ini mengasumsikan suatu determinisme tekstual yang menghendaki penafsiran harus didasarkan pada makna yang disediakan oleh konstitusi itu sendiri, baik dalam wujud semantik yang terkandung dalam teks (penafsiran gramatikal) maupun maksud para perumus konstitusi ataupun kombinasi antar keduanya²¹³. Sehingga, makna yang dihasilkan oleh penafsiran orisinalisme adalah makna yang absolut sebagaimana dikehendaki oleh teks atau maksud perumus konstitusi. Di dalamnya terkandung nilai-nilai yang berupa stabilitas, prediktabilitas, kejelasan serta memiliki kepastian hukum dan legitimasi. Hal ini dapat dilihat dari frase kata Pasal 24 ayat (2) yang sangat jelas seperti “*Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya* “

²¹² Radin dalam Lord Llyod, *Lloyd's Introduction of Jurisprudence*, Steven & Son, London, 1985, *Loc.cit*, hlm. 1145

Radin menyatakan bahwa “maksud para perumus Undang-Undang/Konstitusi (*legislator intention*) adalah sebuah fiksi, dia menyatakan; “*A legislator certainly has no intention whatever in connection with words which some two or three drafted, which a considerable number rejected and in regard to which the majority might have had, and often demonstrably did have different ideas and belief*”

²¹³ Ainul Fitriadi Azhari, *Loc.cit*, hlm. 186

Selanjutnya pada Pasal 24A ayat (5), pengertian frasa "*diatur dengan undang-undang*" berarti pembentukan badan peradilan di bawah Mahkamah Agung harus dilakukan dengan undang-undang. Hal ini sesuai pula dengan ketentuan Pasal 15 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman sebagai implementasi dari Pasal 24A Ayat (5) UUD 1945.

Pasal 15 ayat (1): "*Pengadilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 yang diatur dengan undang-undang*".

Dalam penjelasan ayat tersebut berbunyi, "Yang dimaksud dengan "pengadilan khusus" dalam ketentuan ini, antara lain, adalah pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial yang berada di lingkungan peradilan umum, dan pengadilan pajak di lingkungan peradilan tata usaha negara".

MK berpendapat bahwa meskipun Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU KK) dibuat lebih dulu dari UU KPK, akan tetapi ketentuan yang sama telah tercantum dalam Pasal 10 ayat (1) (beserta Penjelasan) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Bunyi ketentuan Pasal 10 ayat (1) tersebut adalah, "*Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh Pengadilan dalam lingkungan: a. Peradilan Umum; b. Peradilan Agama; c. Peradilan Militer; d. Peradilan Tata Usaha Negara*". Sementara itu, penjelasannya berbunyi, "*Undang-undang ini membedakan antara empat lingkungan peradilan yang masing-masing mempunyai lingkungan wewenang mengadili tertentu dan meliputi Badan-badan Peradilan tingkat pertama dan tingkat banding. Peradilan Agama, Militer dan Tata Usaha Negara merupakan pengadilan khusus, karena mengadili perkara-perkara tertentu atau mengenai golongan rakyat tertentu, sedangkan*

Peradilan Umum adalah peradilan bagi rakyat pada umumnya mengenai baik perkara perdata, maupun perkara pidana. Perbedaan dalam empat lingkungan peradilan ini, tidak menutup kemungkinan adanya pengkhususan (differensiasi/spesialisasi) dalam masing-masing lingkungan, misalnya dalam Peradilan Umum dapat diadakan pengkhususan berupa Pengadilan lalu lintas, Pengadilan Anak-anak, Pengadilan Ekonomi, dan sebagainya dengan Undang-undang.”

MK dalam pertimbangan di atas menggunakan penafsiran sistematis yang merupakan metode yang harus ada dalam setiap metode penemuan hukum karena dalam penafsiran sistematis, hukum dimaknai sebagai sistem yang saling berkelindan satu-sama lain, yang berarti hukum positif selalu berkaitan dan berkorelasi satu sama lain, tidak ada satupun hukum positif yang berdiri sendiri atau lepas merdeka dari sistem yang meliputinya. Dalam menganalisa keberadaan Peradilan Tipikor yang terumus dalam Pasal 53 di atas, MK melacak keberadaannya tidak hanya berkaca kepada konstitusi semata (UUD 1945) untuk mencari harmonisasi vertikal, namun juga menggunakan undang-undang organik lain yang kedudukannya setingkat dengan undang-undang yang diuji, hal ini digunakan untuk mencari harmonisasi horizontal dalam sistem perundang-undangan²¹⁴. Karena menafsirkan hukum positif harus dilakukan secara *holistic* (menyeluruh) bukan secara *partial* (terpisah) dan tidak boleh menyimpang (*misleading*) atau keluar dari sistem perundang-undangan (*out of legal system*)²¹⁵.

MK dalam pertimbangannya berpendapat bahwa frasa yang berbunyi “*diatur dengan undang-undang*” yang tersebut dalam Pasal 24A ayat (5) UUD 1945 juga berarti bahwa susunan,

²¹⁴ Inilah yang dikenal dengan prinsip harmonisasi vertikal dan horizontal, dalam harmonisasi vertikal; suatu undang-undang organik harus memiliki kesepahaman materi (isi) dengan konstitusi (*fundamental law*). Sedangkan dalam harmonisasi horizontal; undang-undang dengan undang-undang yang lain memiliki materi (isi) yang tidak saling bertentangan (kontradiktif) satu sama lain. Harmonisasi penting untuk didapatkan guna menunjang tertib hukum dan memastikan hukum dapat dijalankan dengan baik dan sistematis.

²¹⁵ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, *Loc.cit*, hlm. 17

kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya itu tidak boleh diatur dengan bentuk peraturan perundang-undangan lain selain undang-undang.

MK dalam putusan ini memakai logika hukum yang dipopulerkan oleh Hans Kelsen. Logika ini menyatakan bahwa hukum berurusan dengan bentuk (*formal*), bukan isi (*material*). Dalam putusan ini undang-undang diidentikkan dengan hukum (*law as stated on book*)²¹⁶, sehingga hukum juga dimaknai sebagai produk logika semata dari pemerintah yang harus dijalankan sesuai prosedur yang bersifat formal, hal ini yang kemudian menimbulkan keadilan prosedural, yang hanya dilihat dari sudah terpenuhi atau belum prosedur formalnya.

Dalam pertimbangan MK, Pengadilan Tipikor sebagaimana dimaksud oleh Pasal 53 UU KPK tersebut, menurut Pasal 54 Ayat (1) UU KPK, berada di lingkungan Peradilan Umum. Dari sudut pandang maksud pembentuk undang-undang untuk membentuk Pengadilan Tipikor dan menempatkannya dalam lingkungan peradilan umum tidaklah bertentangan dengan UUD 1945. Namun, yang menjadi permasalahan adalah:

1. apakah Pasal 53 UU KPK yang melahirkan dua sistem peradilan yang menangani tindak pidana korupsi bertentangan dengan UUD 1945;
2. apakah pembentukan pengadilan demikian (*in casu* Pengadilan Tipikor) secara bersama-sama dalam satu undang-undang yang mengatur tentang pembentukan sebuah lembaga yang bukan lembaga peradilan (*in casu* KPK), sebagaimana diatur dalam Pasal 53 UU KPK, bertentangan dengan UUD 1945;

MK memberikan pertimbangan hukum bahwa Pengadilan Tipikor menurut Penjelasan Umum UU KPK menyebutkan, “.... *Di samping itu, untuk meningkatkan efisiensi dan efektivitas*

²¹⁶ Hans Kelsen, *What is Justice?*, University of California, Berkeley and Los Angeles, 1957, *Loc.cit*, hlm. 1

penegakan hukum terhadap tindak pidana korupsi, maka dalam Undang-Undang ini diatur mengenai pembentukan pengadilan tindak pidana korupsi di lingkungan peradilan umum, yang untuk pertama kali dibentuk di lingkungan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Pengadilan tindak pidana korupsi tersebut bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus perkara tindak pidana korupsi yang dilakukan oleh majelis hakim terdiri atas 2 (dua) orang hakim Pengadilan Negeri dan 3 (tiga) orang hakim ad hoc...". Dengan demikian MK berpendapat, Pengadilan Tipikor oleh pembentuk undang-undang dimaksudkan sebagai pengadilan khusus, meskipun tidak secara eksplisit disebutkan dalam UU KPK. Namun, jika demikian halnya penggolongan Pengadilan Tipikor sebagai pengadilan khusus hanya atas dasar kriteria bahwa Pengadilan Tipikor tersebut secara khusus menangani perkara tindak pidana korupsi yang penuntutannya dilakukan oleh KPK, ditambah dengan beberapa ciri lain yaitu susunan majelis hakim terdiri atas dua orang hakim peradilan umum dan tiga orang hakim *ad hoc*, yang harus menyelesaikan perkara tindak pidana korupsi tersebut dalam jangka waktu 90 (sembilan puluh) hari kerja terhitung sejak perkara dilimpahkan (Pasal 58 Ayat (1) UU KPK).

MK berpendapat bahwa dengan kriteria kekhususan demikian, maka terdapat dua pengadilan yang berbeda dalam lingkungan peradilan yang sama, tetapi dengan hukum acara yang berbeda dan susunan majelis hakim serta kewajiban memutus dalam jangka waktu tertentu secara berbeda, padahal menyangkut perbuatan orang yang sama-sama didakwa melakukan tindak pidana korupsi, yang diancam pidana oleh undang-undang yang sama, yang dapat menghasilkan putusan akhir yang sangat berbeda. Kenyataan yang terjadi dalam praktik di pengadilan umum dan Pengadilan Tipikor selama ini, menunjukkan bukti adanya standar ganda/diskriminasi dalam upaya pemberantasan korupsi melalui kedua mekanisme peradilan yang berbeda dan hal ini "diharamkan" terjadi dalam suatu negara hukum yang menghormati

asas *similia similibus* (non-diskriminasi)²¹⁷ dalam sistem peradilannya. Dilihat dari aspek yang dipertimbangkan di atas, Pasal 53 UU KPK yang melahirkan dua lembaga jelas bertentangan dengan UUD 1945 terutama Pasal 28D ayat (1) yang menyatakan; “*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum*”

Selain itu MK juga mempertimbangkan aspek kepastian hukum dalam ranah struktur kekuasaan kehakiman. Peradilan Tipikor dianggap sebagai “anak haram” dalam sistem kekuasaan kehakiman, karena proses kelahirannya tidak dibidani oleh undang-undang kekuasaan kehakiman atau yang berkorelasi dengan sistem peradilan, namun dibentuk dalam UU KPK. Hal ini dianggap telah mencederai aspek kepastian hukum dalam sistem kekuasaan kehakiman di Indonesia, karena kepastian hukum selalu dimaknai sebagai suatu keadaan dimana telah pastinya hukum karena telah adanya kekuatan yang pasti bagi hukum yang bersangkutan. Ini merupakan sebuah perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu²¹⁸.

Lord Lloyd²¹⁹, memberikan penjelasannya sebagai berikut:

“ Law seems to require a certain minimum degree of regularity and certainty, for without that it would be impossible to assert that what was operating in a given territory amounted to a legal system ”.

Hukum dalam paradigma positivistik mengharuskan adanya “keteraturan” (*regularity*) dan “kepastian” (*certainty*) guna menyokong bekerjanya sistem hukum dengan baik dan lancar. Sehingga tujuan kepastian hukum mutlak untuk dicapai agar dapat melindungi kepentingan

²¹⁷ Mukthie Fadjar, *Tipe Negara Hukum*, Bayumedia Publishing, Malang, 2004, *Loc.cit*, hlm. 43

²¹⁸ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab...*, *Loc.cit*, hlm. 2

²¹⁹ Lord Lloyd dan M.D.A. Freeman, *Loc.cit*, hlm. 60

umum (yang mencakup juga kepentingan pribadi) yang akan berfungsi sebagai motor utama penegakan ketertiban masyarakat (*order*), menegakkan kepercayaan warga negara kepada penguasa (pemerintah), dan menegakkan wibawa penguasa (pemerintah) di hadapan pandangan warga negara²²⁰.

Dalam rumusan Pasal 24A ayat (5) UUD 1945 berbunyi, "*Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang.*" Dari segi teknik perundang-undangan, frasa "diatur dengan undang-undang" berarti harus diatur dengan undang-undang tersendiri. Di samping itu, frasa "diatur dengan undang-undang" juga berarti bahwa hal dimaksud harus diatur dengan peraturan perundang-undangan dalam bentuk undang-undang, bukan dalam bentuk peraturan perundang-undangan lainnya;

Keharusan menuangkan peraturan tentang Peradilan Tipikor dalam wujud undang-undang, merupakan salah satu ciri positivisme hukum. Tanpa adanya undang-undang yang melegitimasi secara formal keberadaan peradilan Tipikor maka peradilan tersebut tidak memiliki kuda-kuda normatif yang kuat dan tidak bisa disebut sebagai "hukum" tetapi hanya bisa disebut sebagai "tuntutan moral" semata. Hukum juga harus bersifat sistemik dan hierarkhis, dimana keberadaan peradilan Tipikor harus jelas dan pasti keberadaannya, yang pasti untuk menjaga tertibnya struktur kekuasaan kehakiman. Peradilan Tipikor harus diletakkan sebagai salah satu peradilan khusus di bawah kewenangan Mahkamah Agung, ini berarti peraturan Pasal 53 UU KPK harus ditransformasikan menjadi UU baru tentang Peradilan Tipikor.

MK mendasarkan putusannya pada sebuah adagium klasik tentang hukum bahwa; semua sistem hukum tersusun secara hierarkhis, kaidah-kaidah yang lebih rendah adalah konkretisasi

²²⁰ A. Ridwan Halim, *Evaluasi Kuliah Filsafat Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, *Log. cit.*, hlm. 166

dari kaidah-kaidah yang lebih tinggi²²¹. Teori ini melihat hukum sebagai suatu sistem yang terdiri dari susunan norma berbentuk piramida yang menyatakan bahwa sistem hukum pada hakikatnya merupakan sistem hierarkhis dari peringkat terendah hingga ke peringkat tertinggi. Semakin tinggi peringkat kedudukannya, semakin abstrak dan umum sifat norma yang dikandungnya, dan semakin rendah peringkatnya semakin konkrit operasional sifat kandungan normanya²²².

MK dalam putusan ini juga menggunakan optik “keadilan hukum” (*legal justice*) yang dipopuler oleh Hans Kelsen. “Keadilan hukum” bertolak dari premis bahwa hukum harus dipisahkan dengan soal-soal etik (moral) dan keadilan, hal ini dikarenakan bila hakim semata-mata menggunakan pertimbangan keadilan dan moral maka penerapan hukum menjadi subyektif dan akan menimbulkan ketidakpastian hukum. Immanuel Kant²²³, memberikan pernyataan senada tentang moralitas dan hukum, sebagai berikut:

“The thought of Kant by regarding laws as prescribing external conduct whereas morals prescribe internal conduct, that is, morals alone are concerned with subjective factors”

Bagir Manan²²⁴, menambahkan bahwa suatu hal yang bertentangan dengan tugas universal, kalau hakim dituntut mengenyampingkan hukum atas nama keadilan. Hakim dimanapun harus memutus menurut hukum. Sehingga keadilan yang harus ditemukan oleh hakim adalah keadilan menurut hukum (*justice according to laws*).

Selain berisi pembatalan Pasal 53 UU KPK yang merupakan pasal “jantung” dalam UU KPK. Oleh sebagian kalangan putusan MK ini dianggap “unik”, dikarenakan terdapatnya norma pengaturan dengan diberinya waktu 3 (tiga) tahun kepada pemerintah dan DPR untuk merevisi

²²¹ Mukthie Fadjar, *Loc.cit*, hlm. 43

²²² Jimly Asshidiqie, *Teori...*, *Loc.cit*, hlm. 9

²²³ Immanuel Kant dalam Hari Chand, *Loc.cit*, hlm. 63

²²⁴ Bagir Manan, *Sistem....*, *Loc.cit*, hlm. 74

ulang UU KPK (terutama mengenai eksistensi Peradilan Tipikor). MK berpendapat bahwa perlu dibuat pengaturan semacam itu untuk menghindari dampak sistemik dalam bidang hukum dan kematian dalam penindakan korupsi oleh KPK. Karena itu Peradilan Tipikor selama 3 (tiga) tahun kedepan masih memiliki fondasi hukum (*limited binding*). MK mempertimbangkan hal-hal berikut :

1. Akibat hukum atas kekuatan mengikat Pasal 53 UU KPK tersebut harus cukup mempertimbangkan agar proses peradilan Tipikor atas pemeriksaan perkara yang sedang ditangani tidak terganggu atau tidak macet, apa lagi menimbulkan kekacauan hukum;
2. Putusan yang diambil oleh Mahkamah jangan sampai menyebabkan timbulnya ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) yang dapat mengakibatkan kekacauan dalam penanganan atau pemberantasan tindak pidana korupsi;
3. Putusan Mahkamah tersebut jangan sampai pula menimbulkan implikasi melemahnya semangat (*disinsentive*) pemberantasan korupsi yang telah menjadi musuh bersama bangsa dan masyarakat Indonesia;
4. Untuk melakukan penyempurnaan UU KPK dan penataan kelembagaan pengadilan khusus yang diperlukan untuk itu, tidak dapat diselesaikan seketika sehingga dibutuhkan waktu yang cukup;²²⁵

Apabila Pasal 53 UU KPK yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 pada saat yang sama juga dinyatakan tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat, maka pemeriksaan tindak pidana korupsi oleh KPK dan Pengadilan Tipikor yang sedang berjalan menjadi terganggu atau terhambat karena kehilangan dasar hukum. Hal demikian dapat menyebabkan proses pemberantasan tindak pidana korupsi mengalami kekacauan dan

²²⁵ Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan No. 012-016-019/PUU-IV/2006 Tentang Pembatalan UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK)

menimbulkan ketidakpastian hukum yang tidak dikehendaki oleh UUD 1945. Oleh karena itu, MK mempertimbangkan perlunya menyediakan waktu bagi proses peralihan yang mulus (*smooth transition*) untuk terbentuknya aturan yang baru.

MK menimbang bahwa untuk menghadapi keadaan demikian, maka sikap kenegarawanan dan kearifan semua pihak, terutama para hakim (*judicial wisdom and craftsmanship*), sangat dibutuhkan. Untuk itu, pembatasan akibat hukum yang demikian dapat dilakukan dengan menanggukkan tidak mengikatnya Pasal 53 UU KPK yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 sedemikian rupa dengan memberi waktu yang cukup bagi pembuat undang-undang untuk melakukan perbaikan agar sesuai dengan UUD 1945. Hal demikian juga sekaligus dimaksudkan agar pembuat undang-undang secara keseluruhan memperkuat dasar-dasar konstitusional yang diperlukan bagi keberadaan KPK dan upaya pemberantasan tindak pidana korupsi.

Frase “ 3 (*tiga*) tahun” merupakan perwujudan penemuan hukum oleh para hakim MK, karena hal ini merupakan wujud kebijakan (*policy*) untuk menghindari efek negatif dari putusan tersebut. Putusan ini memang memakai asas kepastian hukum sebagai logika utamanya, namun tetap memperhatikan aspek keadilan dan kemanfaatan bagi pihak-pihak yang terkait dengan putusan MK ini. MK memproyeksi putusan ini untuk kemanfaatan dimasa depan (*futuristic orientation*)²²⁶, dengan mempertimbangkan pengaruh dari perspektif eksternal dan melakukan langkah antisipatif guna menyelamatkan eksistensi Peradilan Tipikor. MK menggunakan penafsiran futuristik yang *scope* penafsirannya berada dalam ranah penjelasan terhadap hukum positif (*ius constitutum*) dengan berpedoman pada hukum yang belum mempunyai kekuatan hukum (*ius contituendum*).

²²⁶ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan,*, *Loc.cit*, hlm. 76

MK terbukti “cerdas” membaca atau memproyeksi akibat atau dampak dari putusan yang dibuatnya. Karena selayaknya sebuah putusan yang mengikat publik maka putusan hakim memiliki dampak sosial yang luar biasa (*extraordinary effect*). Sehingga terkadang hakim dihadapkan pada suatu dilema dimana pada suatu perkara, hakim sudah menjalankan prosedur hukum dengan benar, namun putusan tersebut dianggap “cacat sosial” oleh masyarakat. Pada konteks inilah hakim harus mengedepankan asas kemanfaatan dan asas keadilan sebagai “ruh” putusannya. Menanggapi putusan tersebut, Denny Indrayana²²⁷, menilai bahwa putusan ini masih menjaga semangat pemberantasan korupsi.

Progresifitas putusan MK di atas juga menuai kritik dari banyak kalangan, terutama mengenai frase “ 3 (*tiga*) tahun” disampaikan oleh Gayus Lumbuan²²⁸ yang berpendapat MK bertindak terlalu jauh dan berlebihan. MK dinilai tidak memiliki kompetensi terhadap berlakunya undang-undang seperti pada putusannya yang meminta pemerintah dan DPR merevisi UU KPK dalam waktu 3 (*tiga*) tahun. Senada dengan pendapat di atas, Palmer Situmorang²²⁹ menilai putusan MK semakin menimbulkan ketidakpastian hukum, karena setelah tiga tahun jika pemerintah dan DPR tidak mampu menyelesaikan UU Peradilan Tipikor maka pemberantasan korupsi akan berhenti. Adnan Buyung Nasution²³⁰ juga memberikan kritik terhadap putusan ini.

²²⁷ Pendapat Denny Indrayana dalam <http://www.apakabar.ws/forums/viewtopic.php?f=1&t=38077> diakses pada tanggal 9 November 2009

Denny menyatakan; “ada semangat pemberantasan korupsi yang patut diaspesiasi dalam putusan MK, MK melihat kalau mereka membatalkan seketika, dampaknya akan buruk”

²²⁸ Pendapat Gayus Lumbuan dalam <http://www.apakabar.ws/forums/viewtopic.php?f=1&t=38077> diakses pada tanggal 9 November 2009

Gayus Lumbuan menyatakan; “ Kompetensi MK hanya memeriksa atau menguji undang-undang terhadap UUD 1945”

²²⁹ Pendapat Palmer Situmorang dalam <http://www.apakabar.ws/forums/viewtopic.php?f=1&t=38077> diakses pada tanggal 9 November 2009

Palmer Situmorang menyatakan; “MK terlihat tidak mempunyai sikap dengan putusan ini”

²³⁰ Pendapat Adnan Buyung Nasution dalam http://www.unisosdem.org/article_detail.php?aid=7228&coid=3&caid=57&gid=2 diakses pada tanggal 9 November 2009

Putusan ini dianggap kontradiktif, bahkan sudah keluar dari logika hukum, karena dengan putusan tersebut berarti di satu pihak MK mengakui secara eksplisit bahwa keberadaan Peradilan Tipikor bertentangan dengan UUD 1945 atau inkonstitusional. Namun dengan putusan yang sama, MK dengan sadar dan sengaja mengizinkan suatu pelanggaran konstitusi dengan membolehkan Peradilan Tipikor berjalan terus selama tiga tahun ke depan sampai dibentuknya UU Peradilan Tipikor tersendiri.

Selain permasalahan di atas, MK dianggap telah mengintervensi kewenangan legislatif (DPR) dalam membuat peraturan. Putusan MK dianggap telah *overlapping* karena berisi norma pengaturan yakni dengan memberikan pengaturan tentang validitas Peradilan Tipikor sampai 3 (tiga) tahun. MK dianggap telah keluar terlalu jauh dari kewenangannya sebagai bagian dari kekuasaan kehakiman (yudikatif). Sejatinya MK hanya memutuskan suatu undang-undang bertentangan (inkonstitusional) atau tidak bertentangan (konstitusional) dengan UUD 1945, bukan malah membuat norma baru dalam putusannya.

Dalam perspektif *Trias Politica* klasik, hal ini seharusnya tidak boleh terjadi karena akan mengaburkan fungsi dan kewenangan dari lembaga-lembaga negara, yang sejatinya sudah memiliki kompetensi dibidang masing-masing. Perspektif ini diwakili oleh pemikiran Hans Kelsen²³¹ berikut:

“In my point of view, the function of the judge is to interpret the law and apply the norm but he should not create a norm by himself because that is the function of the legislature”.

Adnan Buyung Nasution menyatakan; “Bagaimana mungkin MK yang diberi tugas menjaga dan menjadi benteng tegaknya konstitusi justru bertindak sebaliknya, yaitu dengan sadar dan dengan penuh kesengajaan membiarkan sekaligus memberikan legitimasi terhadap Pengadilan Tipikor yang secara substantive sudah dinyatakannya sendiri melanggar UUD 1945 ”

²³¹ Hans Kelsen dalam Hari Chand, *Loc.cit*, hlm. 95

Sedangkan dalam perspektif hukum progresif, Satjipto Rahardjo²³² menyatakan bahwa; peradilan juga berfungsi sebagai “pembuat undang-undang lapis kedua”, karena para hakim berfungsi sebagai penafsir undang-undang yang bertugas untuk “meluruskan” arti dan makna substantif dari undang-undang tersebut. Sehingga pembuatan norma (*negative legislator*) oleh MK dianggap bukanlah hal yang tabu, namun harus dimaknai sebagai “lompatan” dalam lingkup penegakan hukum di Indonesia.

Terlepas dari pro dan kontra terhadap putusan di atas. Peneliti menilai bahwa putusan tersebut kaya akan argumentasi hukum yang dibangun dengan dasar logika hukum yang cerdas dan “berwarna”. Disebut “berwarna” karena dalam putusan ini, hakim mendasarkan putusannya pada pemenuhan asas kepastian hukum dengan menggunakan beberapa metode penafsiran yang bersifat internal, silogisme, orisinalisme dan sistematik. Metode penafsiran inilah yang mengantarkan MK pada putusan akhirnya yaitu dengan mencabut Pasal 53 yang merupakan “jantung” UU KPK, namun disisi lain, MK juga memakai metode penafsiran yang bersifat eksternal yakni dengan memakai metode penafsiran futuristik, dimana MK berpikir antisipatif dengan memberikan waktu 3 (tiga) tahun kepada pemerintah dan DPR untuk merevisi UU KPK dan membuat UU Peradilan Tipikor yang baru. Ini merupakan wujud penemuan hukum (*rechtsvinding*) yang sangat progresif walaupun oleh sebagian pihak dianggap dekonstruktif.

b. Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial

Dalam putusan ini MK berpendapat bahwa ada beberapa hal substansial yang harus dipertimbangkan yang menyangkut pengertian-pengertian sebagai berikut:

1. Pengertian Hakim, apakah termasuk Hakim Konstitusi dan Hakim Agung;

²³² Dimodifikasi dari hasil wawancara dengan Prof Satjipto Rahardjo, 14 Agustus 2009

2. Hubungan Antar Lembaga Negara dan Konsep Pengawasan; dan
3. Perilaku Hakim;

Namun sebelum membahas ketiga hal di atas, MK memandang perlu untuk terlebih dahulu menjelaskan pendapatnya tentang kemerdekaan (independensi) hakim sebagai kerangka konseptual (*conceptual framework*) dalam memahami ketiga persoalan tersebut di atas, berikut akan dipaparkan kerangka pemikiran yang menjadi pertimbangan putusan ini.

MK menimbang bahwa independensi peradilan dan independensi hakim merupakan unsur esensial dari negara hukum atau *rechtsstaat* (*rule of law*) tersebut. Oleh karena pentingnya prinsip ini, maka konsepsi pemisahan kekuasaan di antara kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif, serta konsepsi independensi peradilan, telah dipandang sebagai konsepsi yang fundamental sehingga diangkat sebagai salah satu unsur utama dari konstitusi, dan merupakan jiwa dari konstitusi itu sendiri. Dalam konteks UUD 1945 tercermin dalam Pasal 24 dan Penjelasan Pasal 24 tersebut. Sekarang setelah UUD 1945 diubah dari perubahan pertama hingga keempat, di mana cabang-cabang kekuasaan negara dipisahkan berdasarkan prinsip *checks and balances*, terutama dalam hubungan antara legislatif dengan eksekutif, maka pemisahan kekuasaan yudikatif dari pengaruh cabang-cabang kekuasaan lainnya semakin dipertegas sehingga independensi kekuasaan kehakiman di samping bersifat fungsional juga bersifat struktural yaitu dengan diadopsinya kebijakan satu atap sebagaimana diatur dalam Pasal 13 ayat (1) UU KK, yang menyatakan, “*Organisasi, administrasi, dan finansial Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya berada dibawah kekuasaan Mahkamah Agung*”.

Menimbang dengan uraian di atas maka, menurut UUD 1945, independensi peradilan itu sendiri merupakan benteng (*safeguard*) dari *rule of law*. Prinsip tersebut juga dianut secara universal sebagaimana tercermin dalam *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*

yang diadopsi oleh *the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, di Milan dari 26 Agustus sampai dengan 6 September 1985, dan disahkan dengan Resolusi Majelis Umum PBB Nomor 40/32 tanggal 29 November 1985 dan Nomor 40/146 tanggal 13 Desember 1985, yang antara lain dalam butir 1, 4, 7, 14, dan 15 berbunyi sebagai berikut:

1. *The independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution or the law of the country. It is the duty of all governmental and other institutions to respect and observe the independence of the judiciary;*
4. *There shall not be any inappropriate or unwarranted interference with the judicial process, nor shall judicial decisions by the courts be subject to revision. This principle is without prejudice to judicial review or to mitigation or commutation by competent authorities of sentences imposed by the judiciary, in accordance with the law;*
7. *It is the duty of each Member State to provide adequate resources to enable the judiciary to properly perform its functions;*
14. *The assignment of cases to judges within the court to which they belong is an internal matter of judicial administration.*
15. *The judiciary shall be bound by professional secrecy with regard to their deliberations and to confidential information acquired in the course of their duties other than in public proceedings, and shall not be compelled to testify on such matters.*²³³

Oleh karena itu, independensi peradilan harus dijaga dari segala tekanan, pengaruh, dan campur tangan dari siapa pun. Independensi peradilan merupakan prasyarat yang pokok bagi terwujudnya cita negara hukum dan merupakan jaminan bagi tegaknya hukum dan keadilan. Prinsip ini melekat sangat dalam dan harus tercermin dalam proses pemeriksaan dan pengambilan keputusan atas setiap perkara dan terkait erat dengan independensi pengadilan sebagai institusi peradilan yang berwibawa, bermartabat, dan terpercaya. Independensi hakim dan pengadilan terwujud dalam kemerdekaan hakim, baik sendiri-sendiri maupun sebagai institusi.

²³³ Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan No. 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial.

Sejatinya kemerdekaan hakim bukan merupakan *privilege* atau hak istimewa hakim, melainkan merupakan hak yang melekat (*indispensable right* atau *inherent right*) pada hakim dalam rangka menjamin pemenuhan hak asasi dari warga negara untuk memperoleh peradilan yang bebas dan tidak berpihak (*fair trial*). Dengan demikian, secara timbal balik, adalah kewajiban hakim untuk bersikap independen dan imparisial guna memenuhi tuntutan hak asasi pencari keadilan (*justitiabellen, justice seekers*). Hal itu dengan sendirinya mengandung pula hak pada hakim untuk diperlakukan bebas dari tekanan, pengaruh, dan ancaman. UUD 1945 memberi jaminan tersebut, yang kemudian dijabarkan dalam UU KK. Kemerdekaan harus dimaknai tetap dalam batas-batas yang ditentukan oleh hukum dan dalam rangka menerapkan hukum secara adil (*fair*).

Kerangka logika MK diatas patut diapresiasi sebagai konsep ideal tentang negara hukum (*state governed by law*) yang salah satu pilar terpenting dan utama adalah independensi peradilan dan independensi hakim dalam memutus suatu perkara. Pada awal pembahasan, MK memberikan argumentasi hukum yang berasal dari konvensi internasional terkait kekuasaan kehakiman seperti *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* yang diadopsi oleh *the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*. Konvensi internasional ini telah mendapat persetujuan dari PBB sebagai *guideline* bagi negara-negara di dunia. Namun peneliti menilai bahwa prinsip-prinsip dalam konvensi internasional hanyalah sebagai idealitas semata yang belum tentu dapat dilaksanakan dalam konteks negara-negara yang bersangkutan karena setiap negara pastinya memiliki problematika hukum masing-masing. Hal ini sejalan dengan teori Roscoe Pound²³⁴ yang menyatakan bahwa setiap negara atau

²³⁴ Roscoe Pound dalam Soetikno, *Filsafat Hukum*, Bagian 1, Pradnya Paramita, Jakarta, 2008. *Loc.cit*, hlm. 75-78

bangsa pasti memiliki “kebijakan” hukumnya sendiri yang lahir dan berkembang dari kondisi sosiologis, problematika dan kepentingan-kepentingan masyarakat dalam negara atau bangsa tersebut.

Sebagai negara yang masih menjalani masa transisi setelah sekian lama terkubur dalam jeratan otoritarian Orde Baru membuat sistem kekuasaan kehakiman Indonesia telah “mati suri” dan terjangkiti penyakit mafia peradilan (*judicial corruption*). Sehingga institusi peradilan yang sejatinya berfungsi sebagai alat penyelesaian sengketa (*dispute settlement*) malah menjadi penyebab utama kebobrokan sistem hukum di Indonesia. Hakim dan para pihak yang terkait dalam sistem peradilan disinyalir terjebak dalam paradigma yang kolusif baik dalam proses rekrutmen calon hakim dan penegak hukum maupun dalam proses pengadilan²³⁵.

Sehingga memberi independensi terhadap hakim dan peradilan (*There shall not be any inappropriate or unwarranted interference with the judicial process*) dalam sistem yang korup bukannya malah memperkuat supremasi hukum, namun cenderung malah memancing juristokrasi di Indonesia. Independensi peradilan dan hakim hanya dapat diaplikasikan dalam sistem hukum yang sudah bersih dan sehat dari *judicial corruption*, sebagaimana yang sudah diaplikasikan oleh negara-negara yang sistem hukumnya sudah *well-establish* semisal Amerika Serikat, Inggris dan negara-negara Eropa Barat. Dalam konteks Indonesia, hakim dan para penegak hukum haruslah dikawal dengan sistem pengawasan eksternal yang kritis terhadap perilaku dan kinerja mereka. Ini yang menjadi dasar filosofis dari pembentukan KY yang di-*setting* sebagai institusi pengawasan eksternal perilaku hakim. Bukankan sebelum membersihkan

Pound menjelaskan tugas hukum adalah dengan mengadakan rumusan-rumusan dan penggolongan-penggolongan tentang kepentingan-kepentingan masyarakat yang tentunya berbeda antara negara yang satu dengan yang lain. Dalam konteks ini hukum bersifat relatif.

²³⁵ Mirza Satria Buana, *Law as Guardian of Democracy, State Stability and Economic Development*, Makalah yang dipresentasikan pada Seminar Internasional di UGM dengan tema *Re-Considering Indonesia: Striving for Democracy, Sustainability and Economic Development*, tanggal 1-2 Desember 2009, hlm. 14

“rumah yang kotor” kita harus terlebih dulu membersihkan “sapu”nya. Hal ini sejalan idiom politik yang menyatakan “ *Those to be reformed can not reform themselves, the reformers should come from the outsiders*”²³⁶.

Lebih lanjut, MK memberikan pertimbangannya dalam hal pengertian hakim yang diuraikan, sebagai berikut:

Pengertian Hakim

MK menimbang bahwa mengenai silang pendapat apakah pengertian hakim dalam frasa “... mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim”, yang tercantum dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945, termasuk Hakim Konstitusi dan Hakim Agung atau tidak, MK berpendapat sebagai berikut:

1.a. Hakim Konstitusi

MK menilai dengan menggunakan metode penafsiran internal yakni melakukan penafsiran dengan mengacu pada teks²³⁷ dan kemudian ditinjau secara sistematis²³⁸ dan dari penafsiran berdasarkan “*original intent*”²³⁹ terhadap ketentuan UUD 1945. Dinyatakan bahwa ketentuan mengenai KY dalam Pasal 24B UUD 1945 memang tidak berkaitan dengan ketentuan mengenai MK yang diatur dalam Pasal 24C UUD 1945. Dari sistematika penempatan ketentuan mengenai KY sesudah pasal yang mengatur tentang MA yaitu Pasal 24A dan sebelum pasal yang mengatur tentang MK yaitu Pasal 24C, sudah dapat dipahami bahwa ketentuan mengenai KY

²³⁶ Denny Indrayana, *Negara Antara Ada dan Tiada*, Kompas, 2008, Jakarta, hlm. 110

²³⁷ Ainul Fitriaciada Azhari, *Loc.cit*, hlm.182

²³⁸ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab....., Loc.cit*, hlm. 17

Menafsirkan hukum positif harus dilakukan secara *holistic* (menyeluruh) bukan secara *partial* (terpisah) dan tidak bukan menyimpang (*misleading*) atau keluar dari sistem perundang-undangan (*out of context*)

²³⁹ Radin dalam Lord Llyod, *Loc.cit*, hlm. 1145

Maksud asli (*original intention*), hukum positif ditafsirkan berdasarkan maksud para perumus hukum pada saat ditetapkan;

pada Pasal 24B UUD 1945 itu memang tidak dimaksudkan untuk mencakup pula objek perilaku hakim konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 24C UUD 1945.

Tafsiran sistematis MK di atas sedikit membingungkan, dalam penafsiran sistematis yang menjadi substansi adalah; apakah ada korelasi "isi" antara pasal yang satu dengan yang lain, sehingga substansi penafsiran lebih ditekankan pada "makna" pasal tersebut bukan dalam urutan teknis pasal-pasal tersebut. Apakah ada teori yang menyatakan bahwa pasal yang lebih dulu dicantumkan (misalnya Pasal 24A tentang MA) dianggap masuk ruang lingkup pasal selanjutnya, yakni Pasal 24B tentang KY. Sedangkan MK berpendapat, Pasal 24C tentang MK karena urutannya setelah Pasal 24B tentang KY maka tidak termasuk cakupan pasal yang terdahulu. MK lalu menyimpulkan bahwa hakim konstitusi bukan termasuk objek pengawasan dari KY. Peneliti menanggapi bahwa pertimbangan MK di atas terkait urutan atau penempatan pasal dalam UUD 1945 tidak dapat dijadikan dasar yang kuat untuk menyatakan bahwa, hakim konstitusi bukan objek pengawasan KY.

Argumentasi MK di atas ditambah lagi dengan "*original intent*"²⁴⁰ yang dipastikan dengan bukti risalah-risalah rapat-rapat Panitia *Ad Hoc* I Badan Pekerja MPR maupun dari keterangan para mantan anggota Panitia *Ad Hoc* tersebut dalam persidangan bahwa perumusan ketentuan mengenai KY dalam Pasal 24B UUD 1945 memang tidak pernah dimaksudkan untuk mencakup pengertian hakim konstitusi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24C UUD 1945.

Tidak tercakupnya pengertian perilaku hakim konstitusi dalam apa yang dimaksud dengan perilaku hakim menurut Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 tersebut juga terdapat dalam

²⁴⁰ Radin dalam Lord Llyod, *Loc.cit*, hlm. 1145

Tentang *original intent*, kembali diingatkan pendapat Radin yang tidak mempercayai metode penafsiran ini. Radin beranggapan bahwa mustahil pembentuk undang-undang (*legislators*) memiliki pendapat atau tujuan yang sama dalam pembentukan undang-undang. Tujuan dari pembentukan undang-undang pastinya diwarnai oleh kepentingan-kepentingan politik yang beragam. Sehingga tidak mungkin dapat ditemukan "*original intent*" yang bersifat mutlak dan pasti.

ketentuan UU MK dan UU KK yang dibentuk sebelum pembentukan UU KY. Dalam UU MK, untuk fungsi pengawasan terhadap perilaku hakim konstitusi ditentukan adanya lembaga Majelis Kehormatan yang diatur secara tersendiri dalam Pasal 23 UU MK. Demikian pula Pasal 34 ayat (3) UU KK sama sekali tidak menentukan bahwa hakim konstitusi menjadi objek pengawasan oleh KY. Selain itu, berbeda halnya dengan hakim biasa, hakim konstitusi pada dasarnya bukanlah hakim sebagai profesi tetap, melainkan hakim karena jabatannya. Hakim konstitusi hanya diangkat untuk jangka waktu 5 (lima) tahun dan setelah tidak lagi menduduki jabatan hakim konstitusi, yang bersangkutan masing-masing kembali lagi kepada status profesinya yang semula. Dalam keseluruhan mekanisme pemilihan dan pengangkatan para hakim konstitusi yang diatur dalam UUD 1945 juga tidak terdapat keterlibatan peran KY sama sekali.

Di samping itu, MK mempertimbangkan pula alasan substantif yang lebih serius dan mendasar untuk menolak segala upaya yang menempatkan perilaku hakim konstitusi sebagai objek pengawasan oleh lembaga negara lain. Dengan menjadikan perilaku hakim konstitusi sebagai objek pengawasan oleh KY, maka kewenangan MK sebagai lembaga pemutus sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara menjadi terganggu dan terjebak ke dalam anggapan sebagai pihak yang tidak dapat bersikap imparisial, khususnya apabila dalam praktik timbul persengketaan kewenangan antara KY dengan lembaga lain, seperti halnya dalam kasus persengketaan antara MA dan KY yang terkait dengan perkara *a quo*.

Dengan demikian, ketentuan yang memperluas pengertian perilaku hakim dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 mencakup perilaku hakim konstitusi dapat mengebiri kewenangan dan menghalang-halangi pemenuhan tanggungjawab MK dalam menjaga konstitusionalitas mekanisme hubungan antarlembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945. Padahal, dibentuknya MK berdasarkan UUD 1945 adalah dalam rangka menjamin agar UUD

1945 dilaksanakan dengan sebaik-baiknya, termasuk dalam konteks hubungan-hubungan konstitusional antarlembaga negara. Oleh karena itu, salah satu kewenangan yang diberikan kepada MK sebagaimana dimaksud oleh Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, adalah untuk memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945.

Dalam pertimbangannya tentang hakim konstitusi, MK paling sering menggunakan penafsiran sistematik²⁴¹, dimana hukum dianggap sebagai satu kesatuan sistem yang saling berkelindan satu sama lain. Dalam pembahasan mengenai hakim konstitusi, MK melakukan analisa kritis terhadap norma-norma dalam tubuh UUD 1945 sendiri, dengan membandingkan rumusan Pasal 24B tentang KY, dengan Pasal 24A tentang MA, dan Pasal 24C tentang MK, sehingga disimpulkan bahwa hakim konstitusi tidak termasuk dalam objek pengawasan KY. Guna menemukan sinkronisasi perundang-undangan, MK menggunakan UU MK dan UU KK untuk membandingkannya dengan rumusan Pasal 24B tentang KY. Hal ini dilakukan untuk mencari apakah hakim konstitusi termasuk bagian dari objek pengawasan KY. Dari hasil penafsiran sistematik tersebut MK atas dasar pertimbangan-pertimbangannya diatas, sejauh mengenai ketentuan Pasal 1 angka 5 dan pasal-pasal lainnya dalam UU KY sepanjang mengenai frase "hakim konstitusi", cukup beralasan untuk dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.

Terkait lepasnya hakim konstitusi dalam pengawasan KY yang berdasarkan atas putusan MK sendiri, Adnan Buyung Nasution²⁴² mengkritik putusan ini sebagai putusan yang kental dengan *conflict of interest* karena MK memeriksa, mengadili, dan memutus sendiri perkara yang

²⁴¹ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab....., Loc,cit*, hlm. 17

Inilah yang dikenal dengan prinsip harmonisasi vertikal dan horizontal, dalam harmonisasi vertikal; suatu undang-undang organik harus memiliki kesepahaman materi (isi) dengan konstitusi (*fundamental law*). Sedangkan dalam harmonisasi horizontal; undang-undang dengan undang-undang yang lain memiliki materi (isi) yang tidak saling bertentangan (kontradiktif) satu sama lain. Harmonisasi penting untuk didapatkan guna menunjang tertib hukum dan memastikan hukum dapat dijalankan dengan baik dan sistematik.

²⁴² Pendapat Adnan Buyung Nasution dalam http://www.unisosdem.org/article_detail.php?aid=7228&coid=3&caid=57&gid=2 diakses pada tanggal 9 November 2009

menyangkut kepentingannya sendiri. Hal yang senada dilontarkan oleh PuKAT (Pusat Kajian Anti Korupsi) FH UGM yang diwakili oleh Denny Indrayana yang menyatakan putusan ini telah bertentangan dengan asas *nemo iudex in propria causa* karena MK terjebak pada benturan kepentingan sehingga menghasilkan keputusan yang bertentangan dengan semangat imparialitas, terutama menyangkut perilaku hakim konstitusi bukan obyek kajian pengawasan KY²⁴³.

Dari segi penafsiran hukum, pertimbangan MK terkait apakah hakim konstitusi merupakan objek pengawasan KY dipandang dari sistematika urutan pasal-pasal UUD 1945 tidak dapat diterima sebagai alasan yang *reasonable*. Penafsiran ini cenderung hanya memahami keterkaitan pasal sebatas ukuran subyektif MK dan cenderung bersifat teknis dan tidak substantif. Sedangkan dalam pertimbangannya terkait posisi hakim konstitusi yang menjadi "hakim" dalam sengketa antar lembaga negara, dimana KY termasuk salah satu diantara lembaga tersebut secara sistemik dapat diterima. MK dalam pertimbangannya lebih mengacu pada asas kepastian hukum. Walaupun penafsiran dilakukan secara internal lewat "bunyi undang-undang" yang dimaknai secara dangkal, tanpa mencoba untuk mencandra "semangat" pemberantasan *judicial corruption* dalam UUD 1945 dan bertujuan mulai untuk menjaga "syahwat juristokrasi" hakim sebagai manusia biasa.

1.b. Hakim Agung

Apakah hakim agung masuk dalam pengertian hakim, sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 angka 5 UUKY, sesungguhnya bukanlah sekadar persoalan semantik. Siapa yang menjadi hakim, kalau dilihat secara berdiri sendiri sebagaimana maksud UU KY adalah persoalan *legal policy*, yang tidak selalu dipersoalkan dari segi konstitusionalitas. Akan tetapi

²⁴³ Pendapat PuKat dalam <http://www.detiknews.pukatugm.yt.co> diakses tanggal 8 Nopember 2009

jika dilihat dari Pasal 24B ayat (1) UUD 1945, dan tidak melihatnya dalam arti yang umum, menjadi penting untuk melihat perbedaan tersebut. Adanya dua kewenangan yang diberikan kepada KY dalam pasal 24B ayat (1) UUD 1945 yang dipisahkan oleh kata “dan”, yaitu kewenangan untuk merekrut hakim agung dan wewenang lain. Dilihat dari peletakan urutan maupun keterangan saksi mantan anggota PAH I BP MPR, maka kewenangan lain “*dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim*” tidak dapat dikatakan setara, sebab pemberian wewenang lain tersebut dilakukan karena dipandang tidak cukup alasan membentuk organ konstitusi hanya dengan tugas terbatas merekrut hakim agung. Oleh karenanya, meskipun keberadaan kewenangan lain dihubungkan oleh kata “dan” yang dapat diartikan setara, akan tetapi tidaklah logis untuk memandang tugas lain itu diartikan setara, melainkan hanya tugas tambahan.

Dalam pertimbangannya, MK menggunakan penafsiran gramatikal²⁴⁴ dimana metode ini bertujuan untuk mengetahui makna ketentuan undang-undang menggunakan bahasa dan susunan kata untuk mengurainya. Penafsiran ini merupakan penafsiran yang sangat sederhana karena hanya bersifat tekstual belaka, dimana teks hanya dimaknai sebagai teks tanpa ada penelusuran makna substantif yang dalam. MK dalam pertimbangan diatas, hanya memaknai kata “dan” sebagai sebuah kata yang miskin dengan makna filosofis. Secara gramatikal, apakah “dan” menghubungkan dua kalimat yang setara (*equal*) atau tidak (*unequal*) masih *debatable*. Karena biasanya kata “dan” digunakan sebagai alat penghubung (*conjunction*) dalam suatu kalimat yang setara maknanya (*equal meaning*). Peneliti dalam pertimbangan ini memiliki pendapat yang berbeda dengan MK, susunan kalimat dalam Pasal 24B diatas memiliki makna yang tunggal (*unity*) dan setara (*equal*).

²⁴⁴ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab....., Loc.cit*, hlm. 14

Lebih lanjut dalam pertimbangannya, terkait dengan pertanyaan; apakah hakim agung termasuk objek pengawasan KY, Pemohon menunjuk Prof Dr. Philippus M. Hadjon SH untuk memberikan pendapatnya (*legal opinion*), sebagai berikut:

Makna sebuah kata ditentukan oleh konteksnya. Dilihat secara demikian, makna hakim dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 digunakan dalam konteks “... *dan mempunyai wewenang lain dalam menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim*”, sehingga istilah hakim digunakan untuk wewenang KY yang lain, selain untuk mengusulkan hakim agung. Sedang dilihat dari kelas yang sama (*of the same class*) dari asas *ejusdem generis*, maka pertanyaan yang terkait dengan itu adalah; apakah konteks Pasal 24B ayat (1) UUD 1945, hakim agung termasuk dalam kelompok hakim yang terkait dengan wewenang KY yang kedua, maka jawabannya andaikata dalam wewenang lain itu termasuk hakim agung dalam konteks Pasal 24B ayat (1) UUD 1945, hal itu harus secara tegas dinyatakan. Atas dasar alasan demikian, Pasal 1 angka 5 UUKY dan Pasal 34 ayat (3) UU KK, menurut Ahli, bertentangan dengan Pasal 24B ayat (1) UU D 1945;

Peneliti, memiliki pendapat berbeda dengan pendapat ahli di atas, frase dalam Pasal 24B harus dimaknai sebagai penggabungan dua kalimat yang memiliki makna utuh (*complex sentence*). Kalimat “*hakim agung*” dan “*mempunyai wewenang lain dalam menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim*”, adalah satu kesatuan, sehingga kalimat kedua terutama “*perilaku hakim*” sebenarnya merujuk pada (*referred to*) “*hakim agung*”.

Di pihak lain, keterangan Ahli Prof. Dr. Mahfud M.D., S.H. dan Ahli Denny Indrayana, S.H., LL.M., Ph.D., telah menyatakan bahwa hakim agung, baik dari segi *legal policy* pembuat UU maupun dari segi *constitutional morality*, termasuk pengertian hakim yang menjadi objek

pengawasan KY. Sementara itu, beberapa orang mantan Anggota PAH I BP MPR yang telah didengar keterangannya dalam persidangan, ternyata memberikan keterangan yang berbeda-beda, sehingga tidak dapat disimpulkan sebagai cermin yang utuh dari *original intent* Pasal 24B ayat (1) UUD 1945²⁴⁵.

Dalam konteks pertimbangan ini, penafsiran orisinalisme yang selalu bercermin dari *original intent* pembuat undang-undang mengalami hambatan, hal ini seakan menjadi justifikasi dari pendapat Radin²⁴⁶ yang tidak mempercayai *original intent* sebagai salah satu alasan penafsiran hukum dia menyatakan bahwa “maksud para perumus undang-undang/konstitusi (*legislator intention*) .“ *A legislator certainly has no intention whatever in connection with words which some two or three drafted, which a considerable number rejected and in regard to which the majority might have had, and often demonstrably did have different ideas and belief*”

Lebih lanjut MK menimbang, jika dimaksudkan karena MA sebagai pengawas tertinggi peradilan maupun tingkah laku dan perbuatan hakim, serta ketentuan yang mengaturnya berbeda, demikian pula hakim agung tidak selalu berasal dari hakim, maka penafsiran apakah hal itu bertentangan dengan Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 bukanlah hanya dari teks maupun konteksnya secara gramatikal melainkan juga dari konteks sosial yang lebih luas, pengertian umum, dan terutama prinsip konstitusi itu sendiri. Jika kewenangan KY untuk mengusulkan hakim agung yang berkualitas dengan integritas yang tinggi dan perilaku tidak tercela, akan menghasilkan hakim agung yang juga mempunyai martabat dan perilaku yang tidak tercela sehingga secara moral memiliki legitimasi untuk tidak diawasi lagi dan bahkan menjadi pengawas hakim di bawahnya, tidak dapat dijadikan alasan untuk tidak menjadikan hakim agung

²⁴⁵ Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan No. 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial

²⁴⁶ Radin dalam Lord Llyod, *Loc.cit*, hlm. 1145

termasuk ke dalam objek pengawasan. Prinsip persamaan di depan hukum (*equality before the law*) dan non-diskriminasi tidak mendukung pendirian tersebut. Tambahan pula, seseorang yang pada saat diangkat sebagai Hakim Agung memiliki integritas yang tinggi, dalam perjalanan karier selanjutnya bisa saja berubah. Akan menjadi ganjil untuk menafsirkan bahwa hakim agung tidak masuk dalam kategori hakim dan karena posisinya yang berada di puncak hierarki peradilan lalu menjadi tidak tunduk pada pengawasan. Bagaimanapun tafsiran secara tekstual, kontekstual, teleologis, dan kategoris dilakukan, Hakim agung adalah hakim. Di samping itu, faktanya Hakim Agung sendiri merupakan anggota Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI) dan bahwa hakim agung adalah hakim, tidak pernah dipersoalkan. Dari segi kewenangan pengawasan apakah hakim agung itu diawasi, sesuai dengan prinsip akuntabilitas, tidak cukup beralasan untuk mengecualikan hakim agung. Secara universal hal demikian telah menjadi norma. Independensi harus berjalan seiring dengan akuntabilitas. Oleh karena itu, adalah sesuatu yang ideal jika hakim agung memiliki integritas dan kualitas yang sedemikian rupa sesuai dengan Pasal 24A ayat (2) UUD 1945, tetapi bukan berarti hakim agung terbebas dari pengawasan dalam rangka mendukung terciptanya peradilan yang bersih dan berwibawa bagi terwujudnya *rule of law*. Oleh karena itu, sepanjang menyangkut hakim agung, menurut MK, ketentuan Pasal 1 angka 5 UUKY dilihat dari perspektif *spirit of the constitution*, tidak cukup beralasan untuk menyatakannya bertentangan dengan UUD 1945.

MK dalam pertimbangannya mengenai pengertian hakim, terlihat menggunakan standar ganda. Dalam pertimbangannya mengenai hakim konstitusi, MK menyatakan bahwa hakim konstitusi bukan merupakan objek pengawasan KY, dikarenakan hakim konstitusi bukan "hakim biasa", karena hakim konstitusi memiliki kewenangan untuk memutus sengketa kewenangan antar lembaga negara, sehingga hakim konstitusi dituntut untuk lebih *independent* dan *impartial*

dalam menyelesaikan sengketa dimaksud. Sedangkan dalam pertimbangannya mengenai hakim agung, MK menyatakan bahwa hakim agung merupakan objek pengawasan KY. Dari pertimbangan ini terlihat MK memberi dikotomi antara hakim konstitusi dengan hakim agung, hal ini menurut peneliti merupakan sebuah preseden buruk bagi supremasi hukum. Hakim konstitusi dan hakim agung sejatinya berasal dari *genus* yang sama yaitu hakim, kata "konstitusi" dan "agung" dibelakang kata hakim merupakan *species* dari *genus* yang sama. Kesamaan *genus* diatas sejatinya juga membawa konsekuensi penafsiran yang sama, dimana hakim sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di Indonesia dapat diawasi perilakunya oleh KY.

2) Hubungan Antar Lembaga Negara dan Konsep Pengawasan

2.a. Hubungan antar lembaga negara

Menurut MK, UUD 1945 dengan jelas membedakan cabang-cabang kekuasaan negara dalam bidang legislatif, eksekutif, dan yudikatif yang tercermin dalam fungsi-fungsi MPR, DPR dan DPD, Presiden dan Wakil Presiden, serta MA, BPK, dan MK sebagai lembaga-lembaga negara yang utama (*main state organs, principal state organs*). Lembaga-lembaga negara dimaksud itulah yang secara instrumental mencerminkan pelebagaan fungsi-fungsi kekuasaan negara yang utama (*main state functions, principal state functions*), sehingga oleh karenanya lembaga-lembaga negara itu pula yang dapat disebut sebagai lembaga negara utama (*main state organs, principal state organs, atau main state institutions*) yang hubungannya satu dengan yang lain diikat oleh prinsip "*checks and balances*". Dengan demikian, prinsip "*checks and balances*" itu terkait erat dengan prinsip pemisahan kekuasaan negara (*separation of powers*), dan tidak dapat dikaitkan dengan persoalan pola hubungan antar semua jenis lembaga negara, seperti misalnya dalam konteks hubungan antara MA dan KY. Oleh karena itu, memahami hubungan antara lembaga negara dalam perspektif "*checks and balances*" di luar konteks pemisahan

fungsi-fungsi kekuasaan negara (*separation of powers*), seperti dalam hubungan antara MA dan KY, adalah tidak tepat. Walaupun benar bahwa KY dapat diberi peran pengawasan, maka pengawasan itu bukanlah dalam rangka *checks and balances* dan juga bukan pengawasan terhadap fungsi kekuasaan peradilan, melainkan hanya pengawasan terhadap perilaku individu-individu hakim²⁴⁷.

Menimbang bahwa prinsip "*checks and balances*" itu sendiri dalam praktik memang sering dipahami secara tidak tepat. Sebagaimana ternyata dari keterangan dalam persidangan bahwa salah satu perspektif yang digunakan dalam merumuskan ketentuan Pasal 24B dalam hubungannya dengan Pasal 24A UUD 1945 adalah prinsip "*checks and balances*", yaitu dalam rangka mengimbangi dan mengendalikan kekuasaan kehakiman yang dilakukan oleh MA. Kenyataan ini menggambarkan bahwa "*original intent*" perumusan suatu norma dalam UUD pun dapat didasarkan atas pengertian yang keliru tentang sesuatu pengertian tertentu²⁴⁸. Hal senada disampaikan oleh Bagir Manan²⁴⁹, yang menyatakan bahwa kesalahan terbesar dari para perumus perubahan UUD 1945 adalah dengan menempatkan KY didalam Bab Kekuasaan Kehakiman. Karena sesungguhnya KY bukan merupakan *main state organ*, namun hanya *auxiliary state organ*.

Keberadaan KY sebagai "*auxiliary state organs*" atau "*auxiliary agencies*" yang menurut istilah yang dipakai oleh Soetjipno sebagai salah seorang mantan anggota PAH I BP MPR dalam persidangan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 10 Mei 2006, KY merupakan "*supporting element*" dalam sistem kekuasaan kehakiman. Namun, oleh karena persoalan pengangkatan hakim agung dan persoalan kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim itu dianggap

²⁴⁷ Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan No. 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial

²⁴⁸ Lihat pendapat Radin dalam Lord Llyod, *Loc.cit*, hlm. 1145

²⁴⁹ Dimodifikasi dari hasil wawancara dengan Prof. Bagir Manan, 11 Agustus 2009

sangat penting, maka ketentuan mengenai hal tersebut dicantumkan dengan tegas dalam UUD 1945. Kedudukan KY ditentukan pula dalam UUD 1945 sebagai komisi negara yang bersifat mandiri, yang susunan, kedudukan, dan keanggotaannya diatur dengan undang-undang tersendiri, sehingga dengan demikian komisi negara ini tidak berada di bawah pengaruh MA ataupun dikendalikan oleh cabang-cabang kekuasaan lainnya. Dengan kemandirian dimaksud tidaklah berarti tidak diperlukan adanya koordinasi dan kerja sama antara KY dan MA. Dalam konteks ini, hubungan antara KY dan MA dapat dikatakan bersifat mandiri tetapi saling berkait (*independent but inter-related*)²⁵⁰.

Kekeliruan serupa terulang kembali dalam Penjelasan Umum UU KY yang berbunyi, "Pasal 24B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memberikan landasan hukum yang kuat bagi reformasi bidang hukum yakni dengan memberikan kewenangan kepada Komisi Yudisial untuk mewujudkan *checks and balances*. Walaupun Komisi Yudisial bukan pelaku kekuasaan kehakiman namun fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman". Oleh karena itu, MK sebagai lembaga penafsir undang-undang dasar (*the sole judicial interpreter of the constitution*), tidak boleh hanya semata-mata terpaku kepada metode penafsiran "*originalisme*" dengan mendasarkan diri hanya kepada "*original intent*" perumusan pasal UUD 1945, terutama apabila penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan-ketentuan UUD 1945 sebagai suatu sistem dan/atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi undang-undang dasar itu sendiri secara keseluruhan berkait dengan tujuan yang hendak diwujudkan.

Menimbang, di samping itu, MK juga berpendapat bahwa hal diatur atau tidaknya suatu lembaga negara dalam undang-undang dasar juga tidak boleh ditafsirkan sebagai satu-satunya

²⁵⁰ Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan No. 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial

faktor yang menentukan derajat konstitusional lembaga negara yang bersangkutan. Sebagai contoh, diaturnya lembaga kepolisian negara dan kewenangan konstitusionalnya dalam Pasal 30 UUD 1945 dibandingkan dengan tidak diaturnya sama sekali ketentuan mengenai Kejaksaan Agung dalam UUD 1945, tidak dapat diartikan bahwa UUD 1945 memandang Kepolisian Negara itu lebih penting ataupun lebih tinggi kedudukan konstitusionalnya daripada Kejaksaan Agung. Demikian pula halnya dengan komisi-komisi negara seperti KY yang diatur secara rinci, KPU yang diatur secara umum dalam UUD 1945, KOMNASHAM, dan KPPU, dan lain-lain yang dibentuk berdasarkan undang-undang belaka. MK berpendapat untuk menentukan status hukum kelembagaannya maupun para anggota dan pimpinannya di bidang protokoler dan lain-lain sebagainya, tergantung kepada pembentuk undang-undang untuk mengaturnya dalam undang-undang.

Dalam pertimbangannya di atas MK, menggunakan analogi sebagai *legal reasoning*, MK menganalogikan KY dengan lembaga-lembaga lain yang secara eksplisit tertuang dalam UUD 1945. Dalam penggunaan analogi, hakim menggunakan penafsiran ekstensif yang dilakukan dengan menyamakan suatu peristiwa tertentu yang tidak diatur dalam undang-undang, tetapi mirip atau serupa dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang²⁵¹.

Menimbang pula bahwa KY merupakan organ yang pengaturannya ditempatkan dalam Bab IX Kekuasaan Kehakiman, dengan mana terlihat bahwa MA diatur dalam Pasal 24A, KY diatur dalam Pasal 24A ayat (3) dan Pasal 24B, dan MK diatur dalam Pasal 24C. Pengaturan yang demikian sekaligus menunjukkan bahwa menurut UUD 1945 KY berada dalam ruang lingkup kekuasaan kehakiman, meskipun bukan pelaku kekuasaan kehakiman. Pasal 24A ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan, "*Calon hakim agung diusulkan Komisi Yudisial kepada Dewan*

²⁵¹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan,*, *Op.cit*, hlm. 67

Perwakilan Rakyat untuk mendapatkan persetujuan dan selanjutnya ditetapkan sebagai hakim agung oleh Presiden". Pengaturan yang demikian menunjukkan keberadaan KY dalam sistem ketatanegaraan adalah terkait dengan MA. Akan tetapi, Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 telah menegaskan bahwa KY bukan merupakan pelaksana kekuasaan kehakiman, melainkan sebagai *supporting element* atau *state auxiliary organ* seperti yang ditegaskan oleh seorang mantan anggota PAH I BP MPR yang telah diuraikan di atas yang tidak dibantah oleh para mantan anggota PAH I BP MPR lainnya. Oleh karena itu, sesuai dengan jiwa (*spirit*) konstitusi dimaksud, prinsip *checks and balances* tidak benar jika diterapkan dalam pola hubungan internal kekuasaan kehakiman. Karena, hubungan *checks and balances* tidak dapat berlangsung antara MA sebagai *principal organ* dengan KY sebagai *auxiliary organ*. KY bukanlah pelaksana kekuasaan kehakiman, melainkan sebagai *supporting element* dalam rangka mendukung kekuasaan kehakiman yang merdeka, bersih, dan berwibawa, meskipun untuk melaksanakan tugasnya tersebut, KY sendiri pun bersifat mandiri. Oleh karena itu, dalam perspektif yang demikian, hubungan antara KY sebagai *supporting organ* dan MA sebagai *main organ* dalam bidang pengawasan perilaku hakim seharusnya lebih tepat dipahami sebagai hubungan kemitraan (*partnership*) tanpa mengganggu kemandirian masing-masing lembaga²⁵².

Dari pertimbangan MK di atas, disadari banyak "cacat normatif" dalam UUD 1945 dalam hal kedudukan KY dalam sistem hukum nasional. KY walaupun kelahirannya diamanahkan dalam konstitusi, namun eksistensinya terganjal rumusan Pasal 24 ayat (2) yang secara eksplisit tidak menyebut KY sebagai pelaku kekuasaan kehakiman, sehingga ditafsirkan oleh MK, KY hanya sebagai "anak haram" di keluarga besar kekuasaan kehakiman. Dalam konteks *Trias Politica* klasik yang mendasari pertimbangan MK terkait relasi yang tidak berimbang antara MK,

²⁵² Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan No. 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial

MA dengan KY, dimana KY dianggap hanya sebagai "pelengkap" (*auxiliary body*) sehingga tidak layak untuk melakukan *check and balance* terhadap MK dan MA. Peneliti beranggapan argumentasi tersebut masih *debatable*, dalam teori tata negara kontemporer, ajaran klasik *Trias Politica* sudah mulai mengalami modifikasi guna menjemput zaman, konteks sosial dan permasalahan negara yang kian kompleks. Bruce Ackerman²⁵³, menyatakan bahwa pemisahan kekuasaan dan prinsip *check and balance* tidak hanya dapat dilakukan oleh 3 (tiga) organ negara semisal eksekutif, legislatif dan yudikatif, namun juga dapat dilakukan oleh badan-badan (*auxiliary bodies*) yang diberikan wewenang langsung (*direct appointed*) oleh konstitusi.

2.b. Pengawasan

Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 menentukan bahwa KY bersifat mandiri, mempunyai kewenangan pokok mengusulkan pengangkatan hakim agung, juga memiliki wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Dengan frasa "*dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim*", menurut MK, kewenangan KY sebagaimana dimaksud oleh ketentuan tersebut, walaupun dalam batas-batas tertentu dapat diartikan sebagai pengawasan, bukanlah kewenangan untuk melakukan pengawasan terhadap lembaga peradilan melainkan terhadap individu fungsionaris hakim.

Peneliti menggaris bawahi pertimbangan MK di atas, atas dasar logika apa sehingga MK berkesimpulan bahwa KY tidak berwenang melakukan pengawasan secara institusional, namun hanya terhadap individual fungsionaris hakim? Padahal frase dalam Pasal 24B ayat (1) bersifat umum (*general*) dan dituangkan secara implisit bahwa "hakim agung" merupakan hakim dalam konteks kelembangaan (*institusional*) bukan perseorangan (*personal*). Sehingga menegakkan

²⁵³ Bruce Ackerman dalam Denny Indrayana, *Op.cit*, hlm. 283

kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim tidak dimaksudkan dalam arti hakim secara *person*, namun merupakan "tujuan mulia" UUD 1945 untuk menegakkan kehormatan, keluhuran martabat dan perilaku institusi kekuasaan kehakiman.

Lebih lanjut MK menambahkan bahwa sebagai pelaku kekuasaan kehakiman, baik MA dan peradilan di bawahnya serta MK merupakan kekuasaan yang merdeka (Pasal 24 UUD 1945) sehingga dalam melaksanakan kewenangan justisialnya lembaga peradilan tidak dapat diawasi oleh lembaga negara yang lain. Sebagaimana halnya dengan kebebasan hakim, kebebasan peradilan adalah pilar dari negara hukum yang juga merupakan salah satu unsur bagi perlindungan hak asasi manusia yaitu adanya peradilan yang bebas (*independence of the judiciary*).

MK berpendapat bahwa dengan digunakan frasa "*dalam rangka menjaga dan menegakkan*" dan bukan "*untuk menjaga dan menegakkan*", maka sifat kewenangan yang dimiliki oleh KY adalah komplementer. Artinya, tugas menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim bukan merupakan kewenangan eksklusif yang hanya dimiliki oleh KY saja. MA sebagai pengadilan negara tertinggi dari empat lingkungan peradilan di bawahnya juga mempunyai fungsi pengawasan yang meliputi pengawasan terhadap teknis justisial, pengawasan administratif, maupun pengawasan terhadap perilaku hakim, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 yang lebih lanjut diatur dalam Pasal 11 ayat (4) UU KK dan Pasal 32 UU MA, yang masing-masing berbunyi:

Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 : "*Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi*";

Pasal 11 ayat (4) UU KK : *”Mahkamah Agung melakukan pengawasan tertinggi atas perbuatan pengadilan dalam lingkungan peradilan yang berada di bawahnya berdasarkan ketentuan undang-undang”*;

Pasal 32 Ayat (1) UU MA : *“Mahkamah Agung melakukan pengawasan tertinggi terhadap penyelenggaraan peradilan di semua lingkungan peradilan dalam menjalankan kekuasaan kehakiman”*.

MK menimbang bahwa berdasarkan frasa *“badan peradilan yang berada di bawahnya”* dalam Pasal 24 ayat (2) UUD 1945, yang kemudian dijabarkan dalam Pasal 11 ayat (4) UU KK dan Pasal 32 UU MA, telah ternyata bahwa MA adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang membawahi badan peradilan dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, dan lingkungan peradilan tata usaha negara. Oleh karena itu, frasa dimaksud mengandung pengertian bahwa secara melekat (*inherent*) MA mempunyai fungsi sebagai pengawas tertinggi dari seluruh badan peradilan di semua lingkungan peradilan yang berada di bawahnya.

Dalam pertimbangannya diatas, MK kembali menggunakan penafsiran gramatikal²⁵⁴ dan sistematik²⁵⁵. Hal menjadi pokok masalah adalah frasa *”dalam rangka menjaga dan menegakkan”* yang ditafsirkan MK secara gramatikal sebagai sifat kewenangan KY yang bersifat komplementer. MK secara sadar telah mereduksi tujuan KY sebagai lembaga pengawas eksternal, dengan menafsirkan bahwa pengawasan dapat juga dilakukan oleh MA dengan memdasarkan pada penafsiran sistematik dengan menggunakan Pasal 24 ayat (2) dalam UUD 1945 yang berarti MK mencari harmonisasi horizontal antara pasal-pasal dalam konstitusi, yang kemudian diperkuat dengan rumusan Pasal UU 32 ayat (1) MA dan Pasal 11 ayat (4) UU KK.

²⁵⁴ Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab, ..., Loc.cit*, hlm. 14

²⁵⁵ Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab, ..., Loc.cit*, hlm. 17

Dengan uraian dan alasan di atas, maka Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 tersebut sepanjang mengenai "*kewenangan lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim*", di satu pihak tidak tepat diartikan hanya sebagai pengawasan etik eksternal saja, dan di pihak lain juga tidak tepat diartikan terpisah dari konteks Pasal 24A ayat (3) untuk mewujudkan hakim agung – dan hakim-hakim pada peradilan di bawah MA yang memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, profesional, dan berpengalaman di bidang hukum. Dengan kata lain, yang dimaksud "*kewenangan lain*" dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 terkait erat dengan kewenangan utama KY untuk mengusulkan pengangkatan hakim agung.

Apabila ketentuan Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 diuraikan secara terperinci untuk kemudian diperbandingkan dengan pasal-pasal yang terkait dengan pengawasan dalam UU KY maka akan tampak hal-hal sebagai berikut:

Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 menyatakan sebagaimana telah dikutip di atas, dapat diuraikan menjadi:

- (i) "wewenang lain dalam rangka" menjaga kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim;
- (ii) "wewenang lain dalam rangka" menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim.

Dengan demikian, maksud dari Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 di atas adalah seluruhnya merujuk pada pelaksanaan kode etik dan kode perilaku hakim. Bedanya adalah kata "menjaga" bersifat preventif, sedangkan kata "menegakkan" bersifat korektif dalam bentuk kewenangan untuk mengajukan rekomendasi kepada MA . Kewenangan korektif demikian dapat bermuara pada dilakukannya tindakan represif yaitu apabila rekomendasi yang diajukan oleh KY kepada

MA ditindaklanjuti oleh MA dengan penjatuhan sanksi dalam hal MA menilai rekomendasi tersebut beralasan;

Pasal 20 UU KY jo 24B ayat (1) UUD 1945 menyatakan, "*Dalam melaksanakan wewenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 huruf b Komisi Yudisial mempunyai tugas melakukan pengawasan terhadap perilaku hakim dalam rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim*" dapat diuraikan menjadi:

- (i) Pengawasan terhadap perilaku hakim dalam rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat;
- (ii) Pengawasan terhadap perilaku hakim dalam rangka menjaga perilaku hakim.

Sementara itu, Pasal 13 huruf b yang dirujuk oleh Pasal 20 UU KY di atas, berbunyi, "*Komisi Yudisial mempunyai wewenang: a. ..., dan b. menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim*". Dengan demikian, dari ketentuan Pasal 20 dan Pasal 13 huruf b UU KY di atas, tampak bahwa:

- (i) Rumusan Pasal 20 UUKY sangat jelas berbeda dengan rumusan Pasal 24B ayat (1) UUD 1945. Pasal 20 UUKY menentukan, "*.... dalam rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim*". Sedangkan Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 menentukan, "*.... dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim*". Dengan demikian lingkup wewenang lain dalam rumusan Pasal 20 UUKY berbeda dari rumusan Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 yang menimbulkan implikasi ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) dalam penerapannya. Karena, Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 telah diartikan oleh Pasal 20 UUKY hanya semata-mata sebagai pengawasan terhadap perilaku, padahal Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 menentukan bahwa "*wewenang lain*" KY adalah "*dalam rangka menjaga dan*

menegakkan” yang dapat diartikan bukan hanya tindakan preventif atau korektif, tetapi juga meningkatkan pemahaman, kesadaran, kualitas, dan komitmen profesional yang bermuara pada tingkat kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim yang diharapkan. Hal tersebut bukan hanya timbul dari pengawasan, tetapi terutama juga dari pembinaan dan pendidikan etik profesional bagi para hakim, termasuk pendidikan tentang etika hakim kepada masyarakat. Dalam konteks yang demikian itulah hubungan kemitraan (*partnership*) antara KY dan MA mutlak diperlukan tanpa mempengaruhi kemandirian masing-masing;

- (ii) Di lain pihak, penjabaran konsep pengawasan itu sendiri dalam UU KY menimbulkan ketidakpastian karena yang seharusnya menjadi objek dari ”wewenang lain” KY menurut Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 adalah pelaksanaan kode etik dan kode perilaku hakim dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim. Oleh karena itu, harus ada kejelasan terlebih dahulu norma yang mengatur tentang pengertian dan ruang lingkup perilaku hakim, terutama yang menyangkut kaidah-kaidah materilnya, termasuk kepastian siapa yang membuat kode etik dan perilaku dimaksud. Hal-hal tersebut tidak diatur sama sekali dalam UU KY. Yang diatur secara rinci dalam UU KY justru hanya menyangkut pengawasan. Ketidakjelasan demikian mengakibatkan ketidakpastian karena sementara pengawasan diatur sedemikian rinci, sedangkan perilaku hakim sebagai objek yang hendak diawasi justru tidak jelas. Ketidakjelasan dimaksud mengakibatkan tafsiran yang tidak tepat bahkan bertentangan dengan UUD 1945.

Senada dengan pendapat peneliti sebelumnya, dalam pertimbangan di atas, MK masih menggunakan penafsiran gramatikal²⁵⁶ dan sistematik²⁵⁷. Dalam frasa ”*kewenangan lain*” dalam

²⁵⁶ Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab, ..., Loc.cit*, hlm. 14

Pasal 24B ayat (1) UUD 1945, MK menafsirkan bahwa ini terkait erat dengan kewenangan utama KY untuk mengusulkan pengangkatan hakim agung. Menurut peneliti, frasa "*kewenangan lain*" itu diikuti oleh kalimat "*dalam rangka menjaga.....*" yang saling berkolerasi. Karena itu merupakan kalimat yang bersambung, sedangkan dalam "*mengusulkan pengangkatan hakim agung*", merupakan frasa yang merupakan kalimat awal dalam Pasal 24B dan kemudian kedua kalimat tersebut "dipisahkan" oleh kata penghubung "*dan*". Sehingga peneliti memahaminya sebagai 2 (dua) kewenangan yang eksplisit dimiliki oleh KY. Masih dalam Pasal 24B ayat (1), MK menafsirkan kata "*menjaga*" bersifat preventif, sedangkan kata "*menegakkan*" bersifat korektif. Tafsir ini digunakan untuk perbandingan dengan rumusan Pasal 20 dan Pasal 13 huruf b UU KY. MK menyatakan bahwa lingkup wewenang lain dalam rumusan Pasal 20 UU KY berbeda dari rumusan Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 yang menimbulkan implikasi ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) dalam penerapannya. Pertimbangan ini terkesan "sepele" karena hanya berdasarkan pada perbedaan letak kata "*menjaga*" dan "*menegakkan*" dalam suatu kalimat pada Pasal 20 UU KY dengan Pasal 24B ayat (1) UUD. Dalam melakukan perbandingan ini MK menggunakan penafsiran internal yang berorientasi pada kepastian hukum, yakni penafsiran sistematik yang didasarkan pada penggunaan penafsiran gramatikal. Namun MK dalam pertimbangannya gagal dalam mencandra makna filosofis dari pasal yang diujikan, karena MK hanya sekedar "membaca" secara literal pasal diatas.

Berdasarkan uraian di atas, telah ternyata bahwa frasa "*dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim*", yang seharusnya hanya memberikan sebagian kewenangan pengawasan etik kepada KY, secara sadar ataupun tidak, telah ditafsirkan dan dipraktikkan sebagai pengawasan teknis justisial dengan cara memeriksa

²⁵⁷ Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab, ..., Loc.cit*, hlm. 17

putusan. Norma pengawasan yang berlaku universal di semua sistem hukum yang dikenal di dunia terhadap putusan pengadilan adalah bahwa putusan pengadilan tidak boleh dinilai oleh lembaga lain kecuali melalui proses upaya hukum (*rechtsmiddelen*) sesuai dengan hukum acara. Penilaian terhadap putusan hakim yang dimaksudkan sebagai pengawasan di luar mekanisme hukum acara yang tersedia adalah bertentangan dengan prinsip *res judicata pro veritate habetur* yang berarti apa yang telah diputus oleh hakim harus dianggap sebagai benar (*de inhoud van het vonnis geld als waard*). Sehingga, apabila suatu putusan hakim dianggap mengandung sesuatu kekeliruan maka pengawasan yang dilakukan dengan cara penilaian atau pun koreksi terhadap hal itu harus melalui upaya hukum (*rechtsmiddelen*) menurut ketentuan hukum acara yang berlaku.

Pertimbangan MK di atas beralaskan teori positivisme yang menempatkan hukum formal sebagai acuan dasar bernegara yang bertujuan untuk menegakkan supremasi hukum²⁵⁸. Undang-undang atau putusan hakim dianggap sebagai karya "manusia setengah dewa" yang tidak boleh diganggu gugat oleh siapa pun. Hukum dimaknai sebagai produk logika semata dari pemerintah yang harus dijalankan sesuai prosedur yang bersifat formal, hal ini yang kemudian menimbulkan keadilan prosedural yang hanya dilihat dari sudah terpenuhi atau belum prosedur formalnya. Pertimbangan MK di atas bersifat anti-kritik terhadap eksaminasi putusan yang dilakukan oleh KY, hal ini sangat disayangkan karena sebenarnya KY melakukan eksaminasi berdasarkan takaran akademis yang obyektif. Eksaminasi putusan hakim perlu dilakukan guna mereduksi "arogansi" hakim dalam membuat putusan, guna menghindari terjadinya juristokrasi.

Menimbang bahwa MK selanjutnya akan mempertimbangkan pengertian "mandiri" dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi, "*Komisi Yudisial bersifat mandiri yang*

²⁵⁸ Hans Kelsen, *Teori Umum, ...*, *Loc.cit*, hlm. 321

berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim”. Pertanyaan yang harus dijawab dalam hubungan ini, adalah bagaimana tafsiran yang harus diberikan terhadap syarat bahwa KY bersifat mandiri yang kemudian oleh UU KY diartikan sebagai keadaan bahwa KY dalam pelaksanaan wewenangnya bebas dari campur tangan atau pengaruh kekuasaan lain (Pasal 2 UUKY). MK berpendapat, pengertian bahwa “KY dalam pelaksanaan wewenangnya bebas dari campur tangan atau pengaruh kekuasaan lain” harus dimaknai sebagai kemandirian kelembagaan dalam mengambil keputusan, bukan kemandirian yang bersifat perorangan anggota KY. Artinya, kemandirian KY harus dimaknai sebagai kebebasan dari campur tangan dan pengaruh kekuasaan lain dalam pengambilan keputusan dalam pelaksanaan wewenang pengusulan calon hakim agung maupun dalam rangka pelaksanaan wewenang lain menurut UUD 1945. Oleh karena itu, KY tidak dapat dikatakan tidak mandiri. Dalam pertimbangan diatas, MK melakukan penafsiran gramatikal²⁵⁹ terhadap kata ”mandiri” yang ditafsirkan secara meluas (*extensive interpretation*), MK menilai bahwa ”mandiri” diartikan sebagai kemandirian institusional, bukan kemandirian personal.

Menimbang bahwa pelaksanaan fungsi pengawasan yang lahir dari ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) sebagai akibat tidak adanya norma yang jelas tentang ruang lingkup pengertian perilaku hakim dan pengawasan teknis justisial terkait dengan batas-batas akuntabilitas dari perspektif perilaku hakim dengan kemandirian hakim dalam melaksanakan tugas justisialnya, secara kasat mata merupakan intervensi terhadap kekuasaan kehakiman berupa *pressure* atau tekanan yang bersifat langsung atau tidak langsung, karena KY memosisikan tafsiran KY sendiri sebagai tafsiran hukum yang benar dan tepat sebagaimana

²⁵⁹ Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab....., Loc.cit*, hlm. 14

ditunjukkan dalam bukti yang diajukan Pemohon. Seandainya pun benar telah terjadi kekeliruan atau kesalahan pada hakim dalam pelaksanaan tugas justisialnya, bukanlah menjadi fungsi KY melakukan pengawasan terhadap hal itu, sehingga hal yang demikian membuat terang dan jelas bahwa pelaksanaan fungsi menjaga martabat dan kehormatan serta penegakan perilaku hakim, sebagaimana dimaksud oleh UUD 1945, telah bergeser (*functie verschuiving*) menjadi pengawasan teknis justisial yang justru bukan merupakan maksud UUD 1945. Dengan kata lain, tidak tepat, tidak jelas, dan tidak rincinya ketentuan undang-undang mengenai teknis pengawasan atas perilaku hakim, telah ternyata memberi peluang kepada lembaga pelaksana undang-undang, dalam hal ini KY dan MA, untuk secara sendiri-sendiri mengatur dan mengembangkan penafsiran yang bersifat egosentris yang pada gilirannya menimbulkan saling pertentangan yang menyebabkan ketidakpastian hukum dalam pelaksanaannya.

Berdasarkan fakta tersebut, tampak bahwa tiadanya satu batasan dalam penormaan di dalam UU KY tentang apa yang diartikan sebagai "pengawasan" dan apa yang diartikan sebagai "perilaku hakim" yang menjadi ruang lingkup tugas KY sebagai pelaksanaan "kewenangan lain" telah menimbulkan ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*). Hal itu telah ternyata dari perumusan dalam Pasal 20, 21, 22, 23, sepanjang mengenai pengawasan, Pasal 24 ayat (1) sepanjang yang menyangkut hakim konstitusi, dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) UUKY;

Selanjutnya tentang Pasal 34 ayat (3) UU KK yang berbunyi, "*Dalam rangka menjaga kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim agung dan hakim, pengawasan dilakukan oleh Komisi Yudisial yang diatur dalam undang-undang*", MK berpendapat bahwa pasal tersebut tidak sesuai dengan rumusan Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 berbunyi, "*Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku*

hakim". Dengan perumusan Pasal 34 ayat (3) UU KK di atas, kewenangan lain KY dalam rangka menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim menjadi tidak ada. Padahal, sesuai dengan pertimbangan MK pada butir 2.b. di atas, KY juga memiliki kewenangan demikian. Sehingga, peniadaan atau pengurangan kewenangan KY dalam rumusan Pasal 34 ayat (3) UUKK harus dinyatakan inkonstitusional.

Pertimbangan MK di atas kembali menggunakan penafsiran gramatikal²⁶⁰ dan sistematis²⁶¹, MK membandingkan rumusan Pasal 34 ayat (3) UU KK dengan Pasal 24B UUD 1945, dimana menurut MK ada kontradiksi redaksional maupun substansial dari kedua pasal tersebut. Peneliti mempunyai penilaian berbeda dengan MK. Pasal 34 ayat (3) merupakan bagian dari undang-undang organik yang berisikan norma hukum yang lebih konkrit dari pada konstitusi yang berisi asas yang abstrak. Frasa "*pengawasan dilakukan oleh Komisi Yudisial yang diatur dalam undang-undang*" dalam Pasal 34 ayat (3) UU KK merupakan wujud norma hukum yang konkrit terhadap amanah Pasal 24B UUD 1945 yang menyatakan "*dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim*". Sehingga dalam kedua pasal diatas sejatinya sudah tercipta harmonisasi vertikal, dimana ada "semangat" yang sama diantara keduanya.

Berdasarkan uraian sebagaimana tersebut dalam pertimbangan di atas, jelas bahwa ketentuan-ketentuan mengenai pengawasan dan perilaku hakim sebagaimana diuraikan di atas merupakan pasal-pasal "inti" (*core provisions*) yang mempengaruhi ketentuan-ketentuan lain yang berkait dengan kedua hal itu. Sehingga, ketidakpastian mengenai kedua hal itu mengakibatkan ketidakpastian terhadap pasal-pasal lainnya yang berkaitan dengan ketentuan tentang pengawasan dan perilaku hakim tersebut. Oleh karena itu, Pasal 20, 21, 22, 23, sepanjang

²⁶⁰ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab,*, *Loc.cit*, hlm. 14

²⁶¹ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab,*, *Loc.cit*, hlm. 17

mengenai pengawasan, Pasal 24 ayat (1) sepanjang yang menyangkut hakim konstitusi, dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) UUKY serta Pasal 34 ayat (3) UU KK bertentangan dengan Pasal 24, Pasal 24A, dan Pasal 24B UUD 1945.

MK mendasarkan pertimbangan ini dengan alasan sistematika²⁶² perundang-undang dimana undang-undang dianggap sebagai suatu sistem yang saling berkorelasi atau berkelindan satu sama lain, sehingga apabila pasal jantung dicabut oleh MK, maka konsekuensinya beberapa pasal yang memiliki keterikatan substansi dengan pasal tersebut juga harus dinyatakan bertentangan dengan konstitusi.

3) Tentang Perilaku Hakim

MK memulai pertimbangannya dengan memberi pertanyaan mendasar tentang perbedaan antara kode etik dan kode perilaku. Secara umum, dikatakan bahwa suatu *code of conduct* menetapkan tingkah laku atau perilaku hakim yang bagaimana yang tidak dapat diterima dan mana yang dapat diterima. *Code of conduct* akan mengingatkan hakim mengenai perilaku apa yang dilarang dan bahwa tiap pelanggaran *code of conduct* mungkin akan menimbulkan sanksi. *Code of conduct* merupakan satu standar. Setiap hakim harus mengetahui bahwa ia tidak dapat berperilaku di bawah standar yang ditetapkan. Etik berbeda dari perilaku yang dilarang. Etik berkenaan dengan harapan atau cita-cita. Etik adalah tujuan ideal yang dicoba untuk dicapai yaitu untuk sedapat mungkin menjadi hakim yang terbaik. Tetapi ada pertimbangan-pertimbangan etik yang mendorong tercapainya cita-cita atau harapan tersebut. Dengan suatu *code of conduct*, akan dimungkinkan bagi hakim maupun masyarakat untuk dapat mengatakan bahwa mereka mengetahui apa yang boleh dan yang tidak boleh dilakukan hakim. Langkah berikutnya adalah mengembangkan suatu kode etik yang akan memberi motivasi bagi hakim

²⁶² Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab, ...*, *Loc.cit*, hlm. 17

meningkat ke jenjang yang lebih tinggi, lebih baik, lebih efektif dalam melayani masyarakat, maupun menegakkan *rule of law*. Jadi setelah dibentuk suatu *code of conduct*, maka untuk mencapai tingkat yang lebih tinggi, mungkin diinginkan untuk membentuk satu kode etik. Meskipun benar bahwa *code of conduct* berbeda dari *code of ethics*, akan tetapi menurut MK, *code of ethics* merupakan sumber nilai dan moralitas yang akan membimbing hakim menjadi hakim yang baik, sebagaimana kemudian dijabarkan ke dalam *code of conduct*. Dari kode etik kemudian dirumuskan apa yang boleh dan apa yang tidak boleh atau tidak layak dilakukan oleh hakim di dalam maupun di luar dinas²⁶³.

Hakim Indonesia telah mempunyai pengalaman memiliki kode etik, yang pertama dengan nama *Panca Dharma Hakim Indonesia* Tahun 1966, yang kedua Kode Etik Hakim Indonesia (IKAHI) tahun 2002, dan yang terakhir Pedoman Perilaku Hakim yang disahkan oleh Ketua Mahkamah Agung pada tanggal 30 Mei 2006. Sementara itu, MK mempunyai Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi tersendiri yang terutama didasarkan pada *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* 2002 dan ditambah dengan nilai-nilai budaya Bangsa Indonesia. Kode etik dan perilaku hakim konstitusi tersebut telah dideklarasikan dengan nama *Sapta Karsa Utama* pada tanggal 17 Oktober 2005 yang kemudian dituangkan ke dalam Peraturan MK Nomor 07/PMK/2005, yang merupakan penyempurnaan dari Kode Etik hakim konstitusi sebagaimana tertuang dalam Peraturan MK Nomor 02/PMK/2003. Pedoman perilaku hakim tersebut dimaksudkan untuk mengatur perilaku hakim yang diperkenankan, yang dilarang, yang diharuskan, maupun yang dianjurkan atau yang tidak dianjurkan, baik di dalam maupun di luar kedinasan, untuk membentuk hakim sebagai pejabat kekuasaan kehakiman (*ambtsdrager van rechtelijkemacht*) yang memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela dan adil untuk

²⁶³ Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan No. 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial

dapat menjadi benteng terakhir dalam upaya penegakan hukum dan keadilan. Pedoman perilaku tersebut merupakan penjabaran aturan-aturan kode etik yang secara universal berlaku umum dan diterima sebagai nilai-nilai dan norma-norma moral yang dianut orang atau kelompok orang dalam mengatur tingkah lakunya, dengan tujuan untuk mengenali apa yang baik dan yang buruk dalam tingkah laku di antara sesama dalam kelompoknya. Kode etik profesi, sebagaimana dilihat dalam Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi maupun Pedoman Perilaku Hakim Indonesia yang berlaku di lingkungan MA, memuat serangkaian prinsip-prinsip dasar sebagai nilai-nilai moralitas yang wajib dijunjung tinggi oleh hakim, baik di dalam maupun di luar kedinasannya. Prinsip dan nilai tersebut kemudian dirinci dalam bentuk bagaimana perilaku hakim yang dipandang sesuai dengan prinsip atau nilai tersebut²⁶⁴.

Menimbang bahwa Kode Etik Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI) dalam pasal 2 memuat maksud dan tujuan Kode etik tersebut, yaitu:

- (i) sebagai alat:
 - a) pembinaan dan pembentukan karakter hakim,
 - b) pengawasan tingkah laku hakim, dan juga
- (ii) sebagai sarana:
 - a) kontrol sosial,
 - b) pencegahan campur tangan ekstra judicial dan
 - c) pencegahan timbulnya kesalahpahaman antar sesama anggota dengan masyarakat,
- (iii) memberikan jaminan peningkatan moralitas hakim dan kemandirian fungsional hakim, dan
- (iv) menumbuhkan kepercayaan masyarakat pada lembaga peradilan;

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 menentukan adanya “wewenang lain” dari KY dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim, sehingga oleh karenanya KY harus berpedoman pada kode etik dan pedoman perilaku yang kongkret demikian, sebagaimana yang telah ditetapkan,

²⁶⁴ Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan No. 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial

untuk dijadikan sebagai tolok ukur dalam melaksanakan tugasnya. Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 tersebut telah dijabarkan dalam UU KY sebagai pengawasan (*control*), yang oleh para mantan Anggota PAH I BP MPR Tahun 1999-2004 ditafsirkan sebagai pengawasan eksternal untuk melengkapi pengawasan internal yang dilakukan oleh MA sendiri. Tetapi pengawasan eksternal yang disebut dalam Pasal 24B ayat (1) tersebut adalah dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Kalau kalimat ini ditafsirkan sebagai pengawasan dan dijabarkan dalam Pasal 13 huruf b *juncto* Pasal 20, Pasal 21, Pasal 22, dan Pasal 23 UU KY, sebagai pengawasan dalam rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim, KY seharusnya konsisten mempunyai tugas melakukan pengawasan terhadap perilaku hakim, dalam rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim. Dari Pasal 20 UU KY, tegas dapat diketahui bahwa objek pengawasan yang dilakukan oleh KY adalah perilaku hakim. Pengawasan dan penegakan perilaku hakim tersebut sudah tentu dilihat dari ukuran *Code of Conduct* dan *Code of Ethics* yang sudah ada yang dijadikan sebagai ukuran, dengan contoh prinsip dan penerapan yang telah diuraikan di atas, sehingga akan terhindar dari tumpang tindih dengan pengawasan lain yang berada di luar wilayah etik atau perilaku.

Benar bahwa acapkali suatu perbuatan diatur bukan hanya oleh satu macam norma, tetapi oleh beberapa macam norma secara bersamaan, di mana suatu perbuatan tercela dilarang baik oleh norma hukum, norma etik, dan norma agama. Berlakunya norma secara bersamaan demikian, menambah urgensi tentang perlunya pengaturan mengenai etik dan tingkah laku (*ethics and conduct*) hakim dan tata cara penjagaan dan penegakannya dalam suatu Kode Etik dan Tingkah Laku Hakim sebagai tolok ukur pengawasan. Kode etik itu dalam lingkungan

profesi dibuat dan disahkan oleh organisasi profesi itu sendiri, bukan oleh lembaga lain, *in casu* oleh organisasi profesi hakim baik oleh MA ataupun oleh IKAHI, bukan oleh KY;

Penindakan atau pemberian sanksi atas pelanggaran Kode Etik dan Perilaku juga dilakukan oleh organisasi profesi. Sementara itu, pengawasan atas pelaksanaan Kode Etik dan Perilaku selain dapat dilakukan oleh organisasi profesi, juga dapat dilakukan oleh pihak di luar profesi. Hal ini dimaksudkan dalam rangka memenuhi tanggung jawab sosial (*social responsibility*), yang merupakan salah satu unsur dari profesionalisme, melalui transparansi dan akuntabilitas. Pengawasan dapat dirinci dalam beberapa kegiatan, misalnya pemanggilan, pemeriksaan, penilaian, yang berakhir dengan saran (rekomendasi) kepada organisasi profesi, dalam hal ini MA²⁶⁵.

Pertimbangan MK ini merupakan pertimbangan pemungkas, dimana dinyatakan bahwa wewenang pengawasan KY dianggap tumpang tindih dengan Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi dan Hakim Agung yang sudah diatur secara internal organisasi masing-masing. Dalam artian KY tidak memiliki kewenangan untuk melakukan pengawasan terhadap MK dan MA. Pertimbangan ini dibangun dalam logika pemikiran *Trias Politica* klasik dan prinsip *check and balances* yang sudah diterangkan diatas.

c. Putusan Nomor 56/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Calon Presiden Independen

Putusan ini dipandang menarik oleh peneliti karena ini merupakan putusan yang dikeluarkan dalam masa kepemimpinan Mahfud MD sebagai ketua hakim konstitusi. Sebelum menjadi ketua hakim konstitusi, Mahfud MD sering mengeluarkan pendapat yang kontra dengan putusan-putusan MK sebelumnya. Mahfud MD menyatakan bahwa putusan MK haruslah berorientasi pada “sukma hukum” yakni keadilan (*substantial justice*), bukan semata pada

²⁶⁵ Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan No. 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial

pemenuhan kepastian hukum guna menemukan keadilan prosedural atau keadilan menurut hukum (*justice according to laws*). Perspektif keadilan yang menjadi *trademark* Mahfud MD seolah tenggelam dalam putusan ini, karena didalam putusan ini MK menggunakan pendekatan penafsiran internal yang membaca hukum dalam kacamata tekstual atau hanya “mendengar” dari bunyi undang-undang dan menggunakan *original intent* pembuat undang-undang sebagai logika utamanya.

MK dalam putusan ini mempertimbangkan mengenai inkonstitusionalitas Pasal 1 angka 4, Pasal 8, Pasal 9, dan Pasal 13 ayat (1) UU 42/2008, yang menurut para Pemohon tidak mengakomodasi Calon Presiden dan Wakil Presiden perseorangan atau independen, selain calon yang diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik. MK memberikan penilaian hukum sebagai berikut:

- a. Apakah perseorangan untuk menjadi Calon Presiden dan Wakil Presiden selain usulan dari partai politik atau gabungan partai politik dimungkinkan oleh UUD 1945?
- b. Apakah pasal-pasal dalam UU 42/2008 yang tidak memuat calon perseorangan untuk menjadi Calon Presiden dan Wakil Presiden bertentangan dengan UUD 1945?

Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan pasal-pasal yang dimohonkan untuk diuji sebagaimana diuraikan dalam pertimbangan di atas, maka MK terlebih dahulu akan mengemukakan pandangan hukum sebagai berikut:

Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 berbunyi, “*Pasangan Calon Presiden dan Wakil Presiden diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik peserta pemilihan umum sebelum pelaksanaan pemilihan umum*”. Pasal 6A ayat (5) UUD 1945 berbunyi, “*Tata cara pelaksanaan pemilihan Presiden dan Wakil Presiden lebih lanjut diatur dalam undang-undang*”;

Dalil Pemohon terhadap Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 di atas adalah tidak adanya kata “hanya” atau “harus” diajukan oleh partai politik atau gabungan partai politik, sehingga calon perseorangan dapat diajukan tanpa melalui partai politik dan atau gabungan partai politik. Menurut MK, meskipun tidak ada kata “hanya” atau “harus”, namun keharusan tersebut dengan sendirinya menjadi niscaya sesuai dengan kehendak awal (*original intent*) pembentuk UUD 1945. Jika alasan tidak adanya kata “hanya” atau “harus” kemudian diartikan Pasangan Calon Presiden/Wakil Presiden boleh diajukan tanpa melalui partai politik atau gabungan partai politik, maka Pasal 4 ayat (2) yang menyatakan “...*Presiden dibantu oleh satu orang Wakil Presiden*”, tanpa ada kata “hanya” atau “harus” dapat diartikan juga bahwa Presiden dapat dibantu oleh beberapa orang Wakil Presiden. Padahal, dari sudut apa pun penafsiran yang demikian tidaklah dapat diterima.

Dalam pertimbangan diatas, MK menggunakan penafsiran gramatikal²⁶⁶ dalam memahami rumusan Pasal 6A ayat (2) dan (5) UUD 1945. MK memberikan pembatasan terhadap pasal tersebut sehingga arti pasal tersebut menjadi sempit (restriktif) dengan hanya bertitik tolak pada artinya menurut bahasa. Kata “*diusulkan oleh*” ditafsirkan baku dan tidak boleh ditafsirkan dengan logika berpikir terbalik sebagaimana yang ditafsirkan oleh Pemohon. Untuk melengkapi pertimbangannya MK menggunakan analogi²⁶⁷, dimana dengan analogi peristiwa yang sama, sejenis atau mirip dengan yang diatur dalam undang-undang diperlakukan sama. MK menganalogikan rumusan Pasal 6A ayat (2) dan (5) UUD 1945 dengan Pasal 4 ayat (2) UUD 1945. Peneliti menganggap bahwa analogi MK tidaklah tepat, karena kedua pasal tersebut berbeda substansi norma hukum sehingga tidak dapat dianalogikan sebagai dua hal yang sama. Pasal 6A ayat (2) dan (5) UUD 1945 membahas tentang prosedural pemilihan presiden,

²⁶⁶ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit*, hlm. 63

²⁶⁷ Sudikno Mertokusumo, *Loc.cit*, hlm. 67

sedangkan Pasal 4 ayat (2) UUD 1945 membahas tentang kedudukan Presiden dengan Wakil Presiden.

Lebih lanjut mengenai *original intent*, MK memberikan pertimbangan sebagai berikut: Bahwa frasa “*partai politik atau gabungan partai politik*”, dalam Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 secara tegas bermakna bahwa hanya partai politik atau gabungan partai politiklah yang dapat mengusulkan Pasangan Calon Presiden dan Wakil Presiden dalam pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden. Dengan demikian, frasa dimaksud tidak memberi peluang adanya interpretasi lain, seperti menafsirkannya dengan kata-kata diusulkan oleh perseorangan (*independen*) apalagi pada saat pembicaraannya di MPR telah muncul wacana adanya Calon Presiden secara independen atau calon yang tidak diusulkan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik, tetapi tidak disetujui oleh MPR. Kehendak awal (*original intent*) dalam Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 jelas menggambarkan bahwa hanya partai politik atau gabungan partai politik sajalah yang dapat mengusulkan Pasangan Calon Presiden dan Wakil Presiden dalam pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden.

Dalam pertimbangannya di atas perihal *original intent*, MK bersikeras bahwa satu-satunya celah yang sah untuk mencalonkan Presiden dan Wakil Presiden adalah partai politik atau gabungan partai politik. Hal ini didapat dari penelusuran kehendak awal (*original intent*) pembuat undang-undang (*legislators*). Penafsiran originalisme²⁶⁸ yang digunakan MK tidaklah salah, tapi sejatinya MK tidak hanya menggunakan penafsiran berdasarkan kehendak pembuat undang-undang tersebut. Karena menurut Radin²⁶⁹, para *legislators* atau pembuat undang-undang/konstitusi, pada saat pembuatan undang-undang/konstitusi tersebut juga memiliki “kepentingan” dan “kehendak” yang beragam. Sehingga sebenarnya tidak ada kehendak yang

²⁶⁸ Ainul Fitriadi Azhari, *Loc.cit*, hlm. 25 dan 28

²⁶⁹ Radin dalam Lord Llyord, *Loc.cit*, hlm. 1145

tunggal dari suatu undang-undang. (*A legislator certainly has no intention whatever in connection with words which some two or three drafted, which a considerable number rejected and in regard to which the majority might have had, and often demonstrably did have different ideas and belief*). Sehingga menurut peneliti akan sangat “dangkal” bila hakim hanya memutuskan suatu kasus berdasarkan logika di atas. “Jiwa” dari suatu undang-undang tidaklah terdapat pada benak atau kehendak dari para *legislators*, namun merupakan sebuah pancaran keinginan dari rakyat (*people willing*) dan dalam konteks Calon Presiden dan Wakil Presiden, rakyat mendambakan adanya kompetisi yang lebih berwarna dan demokratis. Pentingnya memahami “jiwa” undang-undang disampaikan oleh Driedger²⁷⁰ dengan menyatakan; “*the first it was the spirit and not the letter*”.

Lebih lanjut bahwa atas dasar Pasal 6A ayat (5) UUD 1945 pembentuk undang-undang sesuai dengan kewenangannya dalam Pasal 20 UUD 1945 kemudian membentuk UU 42/2008, yang memuat pasal-pasal di antaranya yang dimohonkan pengujian oleh para Pemohon yaitu Pasal 1 angka 4, Pasal 8, Pasal 9, dan Pasal 13 ayat (1). Pasal-pasal tersebut menggunakan frasa “*partai politik atau gabungan partai politik*” untuk mengusulkan Pasangan Calon Presiden dan Wakil Presiden sebagai turunan langsung dari bunyi UUD 1945.

Logika hukum di atas merupakan logika hukum klasik yang dipopulerkan oleh Hans Kelsen yang mengembangkan teori jenjang (*stufentheorie*) dimana dalam teori ini hukum sebagai suatu sistem yang terdiri dari susunan norma berbentuk piramida yang menyatakan bahwa sistem hukum pada hakikatnya merupakan sistem hierarkhis dari peringkat terendah hingga ke peringkat tertinggi. Semakin tinggi peringkat kedudukannya, semakin abstrak dan umum sifat norma yang dikandungnya, dan semakin rendah peringkatnya semakin konkrit

²⁷⁰ Driedger dalam Lord Llyord, *Op.cit*, hlm. 1144

operasional sifat kandungan normanya²⁷¹. Lewat teori di atas, MK berpendapat bahwa Pasal-pasal terkait dalam UU Pilpres merupakan konkritisasi dari amanah UUD 1945.

MK mempertimbangkan bahwa para Pemohon dalam kesimpulannya mengutip pendapat Herman Heller yang menyatakan bahwa “Konstitusi itu adalah seperti apa yang dimaknai oleh masyarakat” (*Die Politische Verfassungs als Gessellschaftlich wirklichkeit*). Dengan membaca rumusan dalam Pasal 6A ayat (2) UUD 1945, justru para pembentuk undang-undang dan masyarakat memahami bahwa frasa “Pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik...” diartikan bahwa hanya partai politik dan gabungan partai politiklah yang dapat mengusulkan Calon Presiden dan Wakil Presiden. Hasil temuan Lembaga Survey Indonesia tahun 2007 dan tahun 2008 yang menyimpulkan bahwa sebagian besar rakyat Indonesia menginginkan dibukanya peluang Calon Presiden independen, menurut MK tidak dapat menjadi alasan untuk menafsirkan ketentuan dalam Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 untuk memberi peluang adanya Calon Presiden dan Wakil Presiden perseorangan. Sebab, hasil survey yang tidak atau belum menjadi isi konstitusi tidak dapat dijadikan pedoman.

Penolakan MK terhadap temuan Lembaga Survey Indonesia terkait aspirasi masyarakat yang menghendaki adanya calon Independen dalam Pilpres bersandar pada logika hukum yang tertutup (*closed logical system*). Hukum tidak berurusan dengan aspirasi atau tuntutan masyarakat yang belum di-formilkan atas nama hukum. Hukum identik dengan perundang-undangan formil yang dikeluarkan dan dilegitimasi oleh penguasa²⁷². Tuntutan masyarakat hanya dianggap sebagai “pesan moral” yang tidak *legitimate* di mata MK.

Rumusan Pasal 1 angka 4, Pasal 8, Pasal 9, dan Pasal 13 ayat (1) UU 42/2008 intinya menentukan bahwa Pasangan Calon Presiden dan Wakil Presiden diusulkan dan didaftarkan oleh

²⁷¹ Jimly Asshidiqie, *Loc.cit*, 41

²⁷² Jazim Hamidi, *Loc.cit*, hlm. 69

partai politik atau gabungan partai politik peserta pemilihan umum (yang memenuhi persyaratan) sebelum pelaksanaan pemilihan umum. Rumusan demikian menurut MK tidak diskriminatif karena siapa saja yang memenuhi syarat demikian dapat diusulkan dan didaftarkan oleh partai politik atau gabungan partai politik untuk menjadi Presiden dan/atau Wakil Presiden tanpa harus menjadi Pengurus atau Anggota Partai Politik.

Dalam pertimbangan di atas, MK melupakan tentang budaya hukum (*legal culture*) dari partai politik kontemporer yang masih terjerat dengan penyakit *political corruption*²⁷³, mungkin rumusan undang-undang tidaklah bermaksud diskriminatif, namun ketika dibawa dalam konteks empiris, “permainan” politik masih kerap terjadi dan hal ini bersifat destruktif terhadap tumbuh kembangnya demokrasi di Indonesia. Dalam konteks Indonesia, Partai politik belumlah memenuhi kriteria sebagai partai modern, karena partai yang modern adalah partai yang mampu mengembangkan kemampuannya sesuai dengan tuntutan demokrasi, artinya partai politik harus dalam menjalankan peran perantara dalam hubungan negara dan rakyat. Kegagalan partai politik pasca reformasi dapat dilihat dengan semakin tingginya rasa ketidakpercayaan rakyat (*distrust*) terhadap partai politik, maupun terhadap calon presiden yang diusung partai politik²⁷⁴.

MK memberikan sanggahan perihal keterangan ahli Pemohon, yang menyatakan bahwa kita perlu membangun Konstitusi sebagai “*the living constitution*” atas UUD 1945, menurut MK tidak berarti bahwa apabila pasal yang diuji tidak mengakomodasi calon perseorangan

²⁷³ Denny Indrayana, *Op.cit*, hlm. 45

Pembusukan politik (*political decay*) terjadi di Indonesia. Rumusnya sederhana; pembusukan politik (*political decay*) terjadi karena hancurnya sistem politik oleh korupsi politik (*political corruption*), yang berasal dari kekuasaan monopolistik (*autonomy + monopoly*), tanpa ada transparansi publik (- *transparency*)

²⁷⁴ Karena itu peneliti memposisikan diri sebagai orang yang sepakat untuk mendorong proses reformasi partai, dengan cara (1) merekonstruksi sistem rekrutmen calon anggota partai politik, (2) Merekonstruksi pola komunikasi politik yang efektif dalam melakukan penyerapan aspirasi rakyat, dan (3) Memberangus budaya Korupsi, Kolusi dan Nepotisme (KKN) dalam tubuh partai itu sendiri.

menjadikan UUD 1945 bukan “*the living Constitution*”. *The living Constitution* terwujud justru apabila konstitusi itu diterima dan dijalankan dengan sebaik-baiknya.

Pada pertimbangan di atas, MK mengusung semangat menegakkan konstitusi “secara murni dan konsekuen (memakai frase yang dulu biasa digunakan oleh pemerintah Orde Baru), dan peneliti memiliki pendapat berbeda perihal *the living constitution*. Konstitusi sebagai kontrak kesepakatan antara yang dipimpin (*people*) dengan yang memimpin (*leader*) merupakan sebuah dokumen yang “hidup” di masyarakat. Satjipto Rahardjo²⁷⁵ menyatakan bahwa; hukum adalah untuk manusia, dan bukan sebaliknya, sehingga perlu diciptakan sebuah hukum atau konstitusi yang responsif terhadap aspirasi dan tuntutan masyarakat. Konstitusi yang buta terhadap tuntutan dan aspirasi masyarakat ibarat kata-kata kusam tanpa makna. Konstitusi akan menjadi hidup (*the living constitution*) bila bunyi kata-katanya selaras dan sejalan dengan aspirasi dan tuntutan masyarakat. Di sinilah sifat sosiologis dan politis dari konstitusi.

Lebih jauh tentang teori konstitusi, peneliti mengingatkan bahwa tujuan utama (*the main aim*) dari konstitusi adalah sebagai “penjaga kekuasaan politik penguasa” yang berperan untuk membatasi kesewenangan tindakan pemerintah serta membebaskan kekuasaan dari kontrol mutlak para penguasa, serta menempatkan bagi para penguasa tersebut batas-batas kekuasaan mereka dengan melakukan pengawasan terhadap kekuasaan politik²⁷⁶. Sehingga adalah tepat bila UUD 1945 mengayomi Calon Presiden Independen. Karena hal ini akan mereduksi monopoli kekuasaan politik yang selama ini digenggam erat oleh partai-partai politik yang oportunistis. Selain itu akan menumbuhkan kompetisi yang sehat dan demokratis sehingga rakyat tidak merasa “terpaksa” memilih ketika disodorkan calon-calon yang sudah ditetapkan oleh partai politik.

²⁷⁵ Dimodifikasi dari hasil wawancara dengan Prof. Satjipto Rahardjo, 14 Nopember 2009

²⁷⁶ Jimly Asshidiqie, *Gagasan dasar, ..., Log.cit*, hlm. 195

Dalam putusan ini MK menggunakan metode penafsiran internal yang bersandar pada penelusuran makna tekstual (*original intent*) dari konstitusi. Setidaknya ada 2 (dua) alasan mengapa MK lebih condong menggunakan penafsiran internal ketimbang menggunakan penafsiran eksternal yang progresif. (1) Penafsiran eksternal cenderung akan menjadikan MK sebagai lembaga kehakiman otoriter, dengan kebebasan penafsiran maka MK dapat menafsirkan konstitusi sesuai dengan keyakinannya meskipun bertolak belakang dengan yang tertulis dalam konstitusi (*backdoor constitutional constitution*). (2) Penafsiran eksternal yang lentur (*flexible*) mengisyaratkan kedudukan MK lebih tinggi daripada konstitusi. Tidak ada perbedaan kedudukan antara MK dengan konstitusi karena keduanya telah menjelma menjadi satu kesatuan, MK tidak lagi berperan sebagai pengawal konstitusi karena yang mengawal dan yang dikawal telah melebur jadi satu²⁷⁷.

2. Analisis Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Keadilan (*Substantial Justice*)

a. Putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Mekanisme Suara terbanyak dalam penentuan calon anggota legislatif

MK berpendapat, dengan diberlakukannya ketentuan Pasal 55 ayat (2) UU 10/2008, yakni setiap tiga orang bakal calon terdapat sekurang-kurangnya satu orang calon perempuan adalah dalam rangka memenuhi *affirmative action* (tindakan sementara) bagi perempuan di bidang politik sebagaimana yang telah dilakukan oleh berbagai negara dengan menerapkan adanya kewajiban bagi partai politik untuk menyertakan calon anggota legislatif bagi perempuan. Hal ini sebagai tindak lanjut dari Konvensi Perempuan se-Dunia Tahun 1995 di Beijing dan

²⁷⁷ Dimodifikasi dari Munafrizal Manan, *Mahkamah Konstitusi dan Penafsiran Tekstual*, Koran Kompas, Kamis, 26 Februari 2009, hlm. A10

berbagai konvensi internasional yang telah diratifikasi (Undang-Undang Nomor 68 Tahun 1958, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1985 tentang Hak Sipil dan Politik, Hasil Sidang Umum *Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Woman* (CEDAW).

Affirmative action juga disebut sebagai *reverse discrimination*, yang memberi kesempatan kepada perempuan demi terbentuknya kesetaraan gender dalam lapangan peran yang sama (*level playing-field*) antara perempuan dan laki-laki, sekalipun dalam dinamika perkembangan sejarah terdapat perbedaan, karena alasan kultural.

Sistem *kuota* bagi perempuan dipandang mengurangi hak konstitusional calon legislatif laki-laki sebagai pembatasan, hal itu tidak berarti bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Pembatasan tersebut dibenarkan oleh konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, yang berbunyi:

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

Bahkan di dalam Pasal 28H ayat (2) UUD 1945, perlakuan khusus tersebut diperbolehkan. Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 berbunyi, *“Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.”* Dewasa ini, komitmen Indonesia terhadap instrumen-instrumen hak asasi manusia (HAM) yang berhubungan dengan penghapusan segala bentuk

diskriminasi perempuan serta komitmen untuk memajukan perempuan di bidang politik telah diwujudkan melalui berbagai ratifikasi dan berbagai kebijakan pemerintah.

Pemberian kuota 30% (tiga puluh per seratus) dan keharusan satu calon perempuan dari setiap tiga calon merupakan **diskriminasi positif** dalam rangka menyeimbangkan antara keterwakilan perempuan dan laki-laki untuk menjadi legislator di DPR, DPD, dan DPRD Provinsi/Kabupaten/Kota. Pemberian kuota 30% (tiga puluh per seratus) bagi calon perempuan ditegaskan oleh Pasal 55 ayat (2) UU 10/2008 agar jaminan yang memberi peluang keterpilihan perempuan lebih besar dalam pemilihan umum.

Pandangan MK ini, sejalan dengan pandangan Pemerintah dan DPR yang menyatakan bahwa kebijakan mengenai cita-cita 30% (tiga puluh perseratus) kuota perempuan dan keharusan satu perempuan dari setiap tiga calon anggota legislatif merupakan satu kebijakan *affirmative action* yang sifatnya sementara untuk mendorong keikutsertaan perempuan dalam pengambilan kebijakan nasional melalui partisipasi dalam pembentukan undang-undang.

Berdasarkan pandangan dan penilaian hukum di atas, MK berpendapat ketentuan Pasal 55 ayat (2) UU 10/2008 tidak bertentangan dengan konstitusi, karena perlakuan hak-hak konstitusional gender untuk tidak dikualifikasi diskriminatif tersebut, dimaknai untuk meletakkan secara adil hal yang selama ini ternyata tidak memperlakukan kaum perempuan secara tidak adil.

Terhadap pertimbangan di atas, MK menggunakan penafsiran menurut sejarah hukum (*rechtshistorich*) yang mencoba untuk memahami undang-undang/konstitusi dalam konteks seluruh sejarah hukum²⁷⁸. Dalam metode ini, untuk mengetahui makna suatu undang-undang

²⁷⁸ Scholten dalam Achamd Ali, *Loc.cit*, hlm. 185

atau rumusan pasal dalam undang-undang, hakim tidak hanya harus mengetahui sejarah pembentukan atau maksud pembuat undang-undang saja, namun harus memahami sejarah yang melatar belakangi terbentuknya undang-undang atau pasal tersebut. Inilah yang membedakan antara penafsiran *original intent* dengan penafsiran sejarah hukum.

Sebagai catatan kritis terhadap Hasil Sidang Umum *Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Woman* (CEDAW) yang menjadi “sejarah hukum” Pasal 55 ayat (2) UU No.10/2008. Peneliti menilai bahwa prinsip-prinsip dalam konvensi internasional hanyalah sebagai idealitas semata yang belum tentu dapat dilaksanakan dalam konteks negara-negara yang bersangkutan karena setiap negara pastinya memiliki problematika hukum masing-masing. Hal ini sejalan dengan teori Roscoe Pound²⁷⁹ yang menyatakan bahwa setiap negara atau bangsa pasti memiliki “kebijakan” hukumnya sendiri yang lahir dan berkembang dari kondisi sosiologis, problematika dan kepentingan-kepentingan masyarakat dalam negara atau bangsa tersebut. Sehingga peneliti beranggapan kebijaksanaan *Affirmative Action* belum tentu dapat diaplikasikan dengan baik di Indonesia.

Lebih lanjut dalam pokok perkara, didalilkan bahwa Pasal 205 ayat (4), ayat (5), ayat (6) dan ayat (7) UU 10/2008 tidak adil dan bersifat diskriminatif karena apabila perolehan suara atau sisa suara di Daerah Pemilihan tersebut kurang dari 50% (lima puluh perseratus) dari BPP, maka suaranya akan dibawa ke provinsi dan Pemohon II tidak mendapat jaminan akan mendapatkan kursi di DPR. Begitu juga Pemohon II dalam kedudukannya sebagai calon dan sebagai pemilih juga dirugikan hak konstitusionalnya oleh karena suara yang diperoleh oleh calon anggota DPR

Peneliti menyamakan penafsiran sejarah undang-undang (Penafsiran Historis dalam arti sempit) dengan penafsiran *original intent*, sedangkan penafsiran sejarah hukum berbeda dengan *original intent* karena aspek yang dikaji lebih luas dari pada hanya memahami “maksud pembuat undang-undang”

²⁷⁹ Roscoe Pound dalam Soetiksno, *Loc.cit*, hlm. 75-78

Pound menjelaskan tugas hukum adalah dengan mengadakan rumusan-rumusan dan penggolongan-penggolongan tentang kepentingan-kepentingan masyarakat yang tentunya berbeda antara negara yang satu dengan yang lain. Dalam konteks ini hukum bersifat relatif.

yang dipilihnya pada satu daerah pemilihan, perolehan suara atau sisa suara kurang dari 50% (lima puluh perseratus) dari BPP dapat dialihkan ke calon anggota DPR lain di Daerah Pemilihan yang lain. Pemohon II juga mendalilkan bahwa pemenang Pemilu harus didasarkan pada suara terbanyak, mendapat perlakuan yang adil dan tidak ada diskriminasi.

Terhadap dalil Pemohon II tersebut di atas, menurut MK, ketentuan Pasal 205 ayat (4), ayat (5), ayat (6), dan ayat (7) UU 10/2008 adalah berkaitan dengan perolehan kursi partai politik dan tidak berhubungan dengan terpilihnya calon. Sejauh menyangkut sisa suara yang dikumpulkan dari setiap daerah pemilihan (Dapil) ke tingkat provinsi hanyalah untuk menentukan Bilangan Pembagi Pemilih (BPP) baru yang juga berhubungan dengan perolehan kursi partai politik. Dengan demikian, dalil tersebut tidak berkenaan dengan konstitusionalitas karena tidak bertentangan dengan Pasal 22E ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Dalam pertimbangan hukum di atas, MK kembali mempergunakan penafsiran gramatikal²⁸⁰ untuk memahami rumusan pasal-pasal yang diuji. Penelusuran makna dari frasa “jumlah sisa kursi” dalam Pasal 205 ayat (4), ayat (5), ayat (6), dan ayat (7) UU 10/2008, disimpulkan bahwa rumusan pasal tersebut terkait dengan perolehan kursi partai politik dan tidak berhubungan dengan terpilihnya calon. Tidak dapat dinafikan bahwa teks harfiah hukum merupakan salah satu titik taut paling penting dalam proses penafsiran hukum.

MK berpendapat bahwa untuk menentukan partai politik yang memperoleh kursi berdasarkan BPP baru sebagaimana diatur dalam Pasal 205 ayat (7) UU 10/2008 dan penentuan calon terpilih berdasarkan BPP baru tersebut, harus didasarkan atas suara terbanyak sesuai dengan keterangan KPU di persidangan sebagaimana telah termuat dalam Duduk Perkara *a quo*;

²⁸⁰ J.A. Pontier, *Loc.cit*, hlm. 38

Pemohon I mendalilkan bahwa Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU 10/2008 telah menghilangkan makna pengakuan, jaminan perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama bagi setiap warga negara di hadapan hukum sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 karena telah menghalangi dan membatasi hak Pemohon untuk terpilih sebagai calon legislatif.

Pemohon II mendalilkan bahwa Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU 10/2008 bertentangan dengan norma-norma konstitusi yang terkandung dalam Pasal 6A ayat (4), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28E ayat (2) UUD 1945 karena pada dasarnya pemenang pemilihan umum haruslah didasarkan pada suara terbanyak, serta mendapat perlakuan yang adil dan tidak ada diskriminasi.

Terhadap dalil Pemohon I dan Pemohon II sepanjang berkaitan dengan konstitusionalitas Pasal 214 huruf a, b, c, d dan e UU 10/2008, MK memberikan satu penilaian dan pendapat hukum, sebagai berikut:

Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 menyatakan bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut UUD. Hal ini menunjukkan bahwa kedaulatan tertinggi berada di tangan rakyat, sehingga dalam berbagai kegiatan pemilihan umum, rakyat langsung memilih siapa yang dikehendakinya. Besarnya suara pilihan rakyat menunjukkan tingginya legitimasi politik yang diperoleh oleh para calon legislatif maupun eksekutif, sebaliknya rendahnya perolehan suara juga menunjukkan rendahnya legitimasi politik calon yang bersangkutan.

Bahwa prinsip kedaulatan rakyat merupakan prinsip konstitusi yang sangat mendasar yang bukan saja memberi warna dan semangat pada konstitusi yang menentukan bentuk pemerintahan, akan tetapi juga dapat dipandang sebagai moralitas konstitusi yang memberi warna dan sifat pada keseluruhan undang-undang di bidang politik. Meskipun harus diakui

perlunya dipelihara satu sistem rekrutmen pimpinan politik yang terutama diperankan oleh partai politik yang sehat, maka sebagai satu metode dan prosedur rekrutmen dalam sistem politik dan perwakilan yang dianut, harus diberi batas yang jelas bahwa partai politik tersebut tidak boleh sampai melanggar prinsip kedaulatan rakyat, yang dapat dipandang sebagai prinsip konstitusi yang sangat mendasar dan tidak dapat dikesampingkan, karena bukan hanya merupakan *basic norm* melainkan lebih dari itu merupakan moralitas konstitusi bagi semua kehidupan negara dan bangsa baik di bidang politik, sosial, ekonomi, dan hukum. Prinsip tersebut harus berdampingan, tidak boleh menafikan tetapi justru harus menjunjung tinggi hak asasi manusia yang membentuk dan menjadi dasar harkat dan martabat manusia (*the dignity of man*)²⁸¹.

Tujuan utama peletakan kedaulatan rakyat sebagai prinsip dasar konstitusi adalah menempatkannya sedemikian rupa sehingga penghargaan dan penilaian hak suara pemilih yang membentuk wujud kedaulatan rakyat, tidak merupakan masalah yang tunduk pada perubahan-perubahan yang timbul dari kontroversi politik di parlemen, *in casu* dengan jalan menempatkan kekuasaan partai politik untuk mengubah pilihan rakyat menjadi pilihan pengurus partai melalui nomor urut. Peran partai dalam proses rekrutmen telah selesai dengan dipilihnya calon-calon yang cakap untuk kepentingan rakyat, karena rakyat tidak mungkin secara keseluruhan mengartikulasikan syarat-syarat calon pemimpin yang dipandang sesuai dengan keinginan rakyat kecuali melalui organisasi politik yang memperjuangkan hak-hak dan kepentingan politik dari kelompok-kelompok dalam masyarakat.

Pasal 22E ayat (1) UUD 1945 mengamanatkan agar penyelenggaraan Pemilu lebih berkualitas dengan partisipasi rakyat seluas-luasnya atas prinsip demokrasi, langsung, umum,

²⁸¹ Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan No. 56/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Calon Presiden Independen

bebas, rahasia, jujur, dan adil, harus menjadi landasan utama dalam penyelenggaraan Pemilu, untuk dikembangkan dan diimplementasikan oleh undang-undang mengenai Pemilu secara singkat dan sederhana, yang dipergunakan untuk memberi landasan bagi seluruh tahapan penyelenggaraan Pemilu agar dapat dipertanggungjawabkan. Dengan demikian, rakyat sebagai subjek utama dalam prinsip kedaulatan rakyat, tidak hanya ditempatkan sebagai objek oleh peserta Pemilu dalam mencapai kemenangan semata.

Pemilu untuk memilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota dilaksanakan dengan sistem proporsional terbuka, dengan demikian adanya keinginan rakyat memilih wakil-wakilnya yang diajukan oleh partai politik dalam Pemilu, sesuai dengan kehendak dan keinginannya dapat terwujud, harapan agar wakil yang terpilih tersebut juga tidak hanya mementingkan kepentingan partai politik, tetapi mampu membawa aspirasi rakyat pemilih. Dengan sistem proporsional terbuka, rakyat secara bebas memilih dan menentukan calon anggota legislatif yang dipilih, maka akan lebih sederhana dan mudah ditentukan siapa yang berhak terpilih, yaitu calon yang memperoleh suara atau dukungan rakyat paling banyak.

Dengan diberikan hak kepada rakyat secara langsung untuk memilih dan menentukan pilihannya terhadap calon anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota dengan suara terbanyak, di samping memberikan kemudahan kepada pemilih dalam menentukan pilihannya, juga lebih adil tidak hanya bagi calon anggota DPR/DPRD, tetapi juga untuk masyarakat dalam menggunakan hak pilihnya, baik masyarakat yang bergabung sebagai anggota partai politik maupun masyarakat yang tidak bergabung sebagai anggota partai politik peserta Pemilu, karena kemenangan seseorang calon untuk terpilih tidak lagi digantungkan kepada partai politik peserta Pemilu, tetapi sampai sejauh mana besarnya dukungan suara rakyat yang diberikan kepada calon tersebut. Dengan demikian, konflik internal partai politik peserta Pemilu

yang dapat berimbang kepada masyarakat dapat dikurangi, yang semuanya sesuai dengan prinsip-prinsip Pemilu yang adil, jujur, dan bertanggung jawab.

Menurut MK, ketentuan Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU 10/2008 yang menentukan bahwa calon terpilih adalah calon yang mendapat di atas 30% (tiga puluh per seratus) dari BPP, atau menempati nomor urut lebih kecil, jika tidak ada yang memperoleh 30% (tiga puluh per seratus) dari BPP, atau yang menempati nomor urut lebih kecil jika yang memperoleh 30% (tiga puluh per seratus) dari BPP lebih dari jumlah kursi proporsional yang diperoleh suatu partai politik peserta Pemilu adalah inkonstitusional. Inkonstitusional karena bertentangan dengan makna substantif kedaulatan rakyat sebagaimana telah diuraikan di atas dan dikualifisir bertentangan dengan prinsip keadilan sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Hal tersebut merupakan pelanggaran atas kedaulatan rakyat jika kehendak rakyat yang tergambar dari pilihan mereka tidak diindahkan dalam penetapan anggota legislatif akan benar-benar melanggar kedaulatan rakyat dan keadilan.

Pertimbangan diatas merupakan pertimbangan inti (*the core consideration*) dari putusan ini, MK menggunakan Asas Keadilan sebagai alasan utama dari pertimbangan ini. MK keluar dari belunggu bunyi undang-undang yang sesungguhnya sudah *rigid* mengatur tentang mekanisme nomor urut, namun dengan menggunakan penafsiran eksternal untuk mencandra rasa keadilan MK melakukan sebuah dekonstruksi pemikiran yang melahirkan “kritisme tekstual” (*textual criticism*). Kritik eksternal ini berasal dari teks sosial yang diartikulasikan sesuai dengan nilai-nilai publik²⁸². Dalam penafsiran eksternal, terjadi pluralisme makna disebabkan oleh unsur subyektifitas dalam memproduksi makna-makna baru dalam rumusan undang-undang. hal tersebut terjadi karena pengaruh eksternal dari teks hukum. Pengaruh eksternal yang paling

²⁸² Aidul Fitriadi Azhari, *Loc.cit*, hlm. 183

determinan adalah aspek sosiologis yang mengedepankan kontekstualitas suatu undang-undang untuk mencapai sistem hukum yang responsif dan berkeadilan. Salmond²⁸³, menyatakan bahwa aspek sosiologis mutlak ada dalam ranah penemuan hukum, dengan menyatakan bahwa; “hukum mencakup aturan-aturan dengan nama keadilan, yang ditegakan oleh lembaga-lembaga pengadilan negara dan hukum terdiri dari prinsip-prinsip yang ditegakkan oleh negara melalui pejabat-pejabat peradilan dengan menggunakan kekuatan fisik untuk mencapai keadilan”.

Holmes²⁸⁴, sebagai praktisi hukum progresif di Amerika juga memdalilkan betapa perlunya hakim melakukan “lompatan” dengan berpedoman pada “kepentingan sosial dan kemasyarakatan”. Pendapat diatas diikuti oleh Satjipto Rahardjo yang berpendapat bahwa; masyarakat merupakan rujukan yang utama (*the primacy*). Hakim harus jeli melihat konteks masyarakat dan konstelasi politik sebelum memutus suatu kasus yang populer atau akan mempengaruhi aspek kehidupan masyarakat dan politik secara luas. “Lompatan” dimaksud sebagai penemuan hukum yang bebas dan merdeka dari jeratan kekakuan undang-undang. Hakim ketika melakukan penemuan hukum menggunakan peraturan (*sollen*) dan kenyataan (*sein*) untuk menemukan hukum. Keduanya saling memasuki (*onderlinge interactie*). Peraturan melihat pada kenyataan, sedangkan kenyataan melihat kepada peraturan. Sehingga penemuan hukum tidak saja berarti membaca hukum secara harfiah, namun juga membaca kenyataan (konstektualisasi) dalam masyarakat. Kedua metode ini disatukan, maka akan muncul kreatifitas, inovasi dan progresivitas dari seorang hakim²⁸⁵.

Selain itu dalam tugasnya untuk menegakkan keadilan, hakim dituntut untuk lebih cerdas membaca teks hukum dengan mengedepankan metode *equity* yang berguna untuk

²⁸³ Salmond dalam Achmad Ali, *Loc.cit*, hlm, 184

²⁸⁴ Oliver Wendell Holmes dalam Satjipto Rahardjo, *Loc.cit*, hlm. 80

²⁸⁵ Rahardjo, *Hukum... Loc.cit*, hlm. 171

“menghaluskan” teks hukum yang “cacat” disebabkan oleh sifat keumumannya. *Equity* mengharuskan hakim untuk memberlakukan suatu kasus sebagai kasus yang unik dan dia memberikan keputusan seperti apabila ia berada pada kursi pembuat hukum²⁸⁶. Dalam konteks putusan ini, MK telah berhasil melakukan “penghalusan” hukum terhadap teks-teks undang-undang.

Lebih lanjut MK berpendapat bahwa dilihat dari dimensi keadilan dalam pembangunan politik, pada saat ini Indonesia telah menganut sistem pemilihan langsung untuk Presiden dan Wakil Presiden, Dewan Perwakilan Daerah, dan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah sehingga menjadi adil pula jika pemilihan anggota DPR atau DPRD juga bersifat langsung memilih orang tanpa mengurangi hak-hak politik partai politik, sehingga setiap calon anggota legislatif dapat menjadi anggota legislatif pada semua tingkatan sesuai dengan perjuangan dan perolehan dukungan suara masing-masing. Hal tersebut akan menusuk rasa keadilan dan melanggar kedaulatan rakyat dalam artinya yang substantif, karena tidak ada rasa dan logika yang dapat membenarkan bahwa keadilan dan kehendak rakyat sebagai pemegang kedaulatan rakyat dapat dilanggar dengan cara seperti itu.

Dasar filosofi dari setiap pemilihan atas orang untuk menentukan pemenang adalah berdasarkan suara terbanyak, maka penentuan calon terpilih harus pula didasarkan pada siapapun calon anggota legislatif yang mendapat suara terbanyak secara berurutan, dan bukan atas dasar nomor urut terkecil yang telah ditetapkan. Dengan kata lain, setiap pemilihan **tidak lagi menggunakan standar ganda, yaitu menggunakan nomor urut dan perolehan suara masing-masing Caleg**. Memberlakukan ketentuan yang memberikan hak kepada calon terpilih berdasarkan nomor urut berarti memasung hak suara rakyat untuk memilih sesuai dengan

²⁸⁶ Aristoteles dalam Edgar Bodenheimer, *Loc.cit*, hlm. 11

“Equity is a rectification of law where law is defective because of its generality”

pilihannya dan mengabaikan tingkat legitimasi politik calon terpilih berdasarkan jumlah suara terbanyak.

Keadilan sering dipertentangkan dengan ketidakadilan atau kesewenang-wenangan (*arbitrariness*) dalam kebijakan politik suatu negara, keadilan merupakan sebuah kebijakan atau peraturan politik suatu negara (*justice is a political virtue, by the rules of it the state is regulated and these rules the criterion what is right*)²⁸⁷. Karena itu negara harus berperan sebagai instrumen untuk menegakkan keadilan bagi masyarakat. Semua kebijakan dan peraturan politik negara haruslah tunduk pada pemenuhan rasa keadilan bagi masyarakat dan pemerintah harus mampu menempatkan “sesuatu ditempat yang seharusnya” (*proper policy*). Rawls²⁸⁸, menyatakan bahwa keadilan merupakan sebuah konsep moral yang diaplikasikan dalam ranah yang spesifik, terutama dalam bidang sosial politik dan institusi ekonomi. Keadilan sejatinya harus dipakai sebagai “struktur dasar” dari bangunan demokrasi konstitusional.

Adanya pengakuan terhadap kesamaan kedudukan hukum dan kesempatan yang sama dalam pemerintahan (*equality and opportunity before the law*) sebagaimana diadopsi dalam Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28 D ayat (3) UUD 1945, artinya setiap calon anggota legislatif mempunyai kedudukan dan kesempatan yang sama di hadapan hukum, memberlakukan suatu ketentuan hukum yang tidak sama atas dua keadaan yang sama adalah **sama tidak adilnya** dengan memberlakukan suatu ketentuan hukum yang sama atas dua keadaan yang tidak sama. Menurut MK, ketentuan Pasal 214 UU 10/2008 mengandung standar ganda sehingga dapat dinilai memberlakukan hukum yang berbeda terhadap keadaan yang sama sehingga dinilai tidak adil.

²⁸⁷ Aristoteles dalam Achmad Ali, *Loc.cit.*, hlm. 85

²⁸⁸ John Rawls dalam Brian Brix, *Loc.cit.*, hlm. 100

Pertimbangan diatas senada dengan semangat penegakan keadilan yang disebut John Rawls²⁸⁹ sebagai *equal principle* (prinsip kesamaan) yang menyatakan; “*Each person is to have an equal right to the most extensive system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all*”. Prinsip ini menegaskan pentingnya kesamaan, dimana tiap-tiap pribadi mempunyai hak akan suatu sistem kebebasan total yang mendasarsebesar mungkin, sejauh sistem kebebasan itu dapat disesuaikan dengan sistem kebebasan yang sama besar bagi orang lain. Kebebasan dasar yang dimaksud adalah; kebebasan berpolitik (*political liberty*), kebebasan berekspresi dan berkumpul (*freedom of speech and assembly*), dan hak untuk mendapatkan perlakuan yang layak didepan hukum (*the right to fair treatment under the law*).

Dalam pertimbangan hukumnya MK menyebutkan bahwa; Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU 10/2008 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, namun hal tersebut tidak akan menimbulkan kekosongan hukum (*rechtsvacuum*), walaupun tanpa revisi undang-undang maupun pembentukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Putusan MK bersifat *self executing*. Komisi Pemilihan Umum (KPU) beserta seluruh jajarannya, berdasarkan kewenangan Pasal 213 UU 10/2008, dapat menetapkan calon terpilih berdasarkan putusan MK tersebut, dengan bahasa yang kritis dipahami bahwa putusan MK bersifat “mengatur” selayaknya sebuah undang-undang. Hal ini terkesan kontradiktif dengan statement Mahfud MD sebelum menjadi Hakim MK dengan memberikan batasan-batasan terhadap hak uji materiil yang menjadi kewenangan MK, yang salah satunya adalah dengan menyatakan bahwa; putusan MK tidak boleh memuat isi yang mengatur, sebab urusan mengatur adalah hak legislatif bukan yudikatif²⁹⁰.

²⁸⁹ John Rawls dalam Brian Bix, *Ibid*, hlm. 100

²⁹⁰ Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara*, LP3ES, Jakarta, 2007, hlm. 98-99

Dalam pertimbangan ini tergambar dengan jelas bagaimana MK memposisikan dirinya dalam sistem hukum Indonesia. Peneliti menilai hal tersebut sebagai sebuah “pergeseran” paradigma hukum yang sangat berani melawan arus (*mainstream*). Sistem hukum Indonesia sudah sedari dulu terpengaruh dengan tradisi hukum eropa kontinental (*civil law*) yang sistem hukumnya bertumpu pada legalitas undang-undang sebagai sumber hukum utama (legalisme-positivistik), dan menafikan putusan-putusan pengadilan. Pengaruh *common law* terasa ketika MK menganggap putusannya *self-executing* artinya tidak memerlukan Perpu atau UU sebagai alat legalitasnya. Hal ini berarti menempatkan putusan pengadilan sejajar kedudukannya dengan undang-undang. Oleh kalangan yang beraliran positivistik, pertimbangan MK diatas jelas telah “mencederai” sistem hukum Indonesia yang dianggap sudah *well-establish* sedari dulu. Peneliti menilai hal ini sebagai bukti konkrit adanya “pergeseran” dan “tarik-menarik” yang kuat antara kedua paradigma tersebut. Tidak bisa dinafikan bahwa kedua paradigma tersebut saling memasuki (*onderlinge interactie*) dan mempengaruhi sistem hukum kita.

b. Putusan Nomor 9/PUU-VII/2009 Tentang Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survei untuk melakukan mekanisme *quick count* dalam Pemilihan Umum

Salah satu latar belakang lahirnya gerakan reformasi yang kemudian mengantar pada reformasi konstitusi dan tatanan politik adalah karena pada masa lalu telah terjadi pelanggaran HAM dalam bentuk kekerasan-kekerasan politik yang antara lain, berupa pelanggaran atas kebebasan bereskrpsi. Pada saat itu kebebasan pers dipasung, kebebasan berorganisasi

Kewenangan MK perlu dibatasi oleh 3 (tiga) hal sebagai berikut; (1) Dalam membuat putusan MK tidak boleh memuat isi yang bersifat mengatur, (2) MK tidak boleh memutus batal atau tidak batal sebuah UU atau sebagain isi UU yang bersifat terbuka yakni yang oleh UUD didistribusikan kepada UU, (3) MK tidak boleh memutus hal-hal yang tidak diminta (*ultra petita*)

dikekang, bahkan kebebasan akademik-ilmiah juga dipagari dengan restriksi yang sangat merugikan upaya pembangunan Ilmu Pengetahuan dan Teknologi (Iptek).

Reformasi konstitusi dan politik telah menegaskan jaminan perlindungan atas hak-hak tersebut, bahkan pada tataran Undang-Undang telah dilakukan berbagai perubahan ke arah yang lebih ramah terhadap perlindungan HAM seperti perubahan berbagai Undang-Undang bidang Politik yang menjadi lebih demokratis, perubahan Undang-Undang Pers yang meniadakan segala bentuk pemasungan seperti peniadaan keharusan memiliki Surat Izin Terbit (SIT) atau Surat Izin Usaha Penerbitan Pers (SIUPP), serta penegasan berlakunya prinsip kebebasan akademik dan kebebasan mimbar akademik di perguruan tinggi. Oleh sebab itu, segala bentuk pengekan terhadap kebebasan berekspresi, lebih-lebih terhadap kegiatan yang berbasis metodologis-ilmiah, seperti yang diatur didalam Pasal 245 ayat (2) dan ayat (3) UU 10/2008 adalah tidak sejalan dengan semangat reformasi dan jiwa UUD 1945.

Dalam pertimbangan di atas, MK melakukan penelusuran atau penafsiran historis terhadap Pasal 245 ayat (2) dan (3) pada UU 10/2008. Disimpulkan bahwa rumusan pasal tersebut bertentangan atau tidak sejalan dengan sejarah hukum (*rechtshistorich*) dari reformasi hukum di Indonesia. MK dalam pertimbangannya melihat dan memahami undang-undang dan konstitusi dalam konteks seluruh sejarah hukum yang menjadi alasan utama pembentukannya²⁹¹.

Menimbang bahwa sebagai tambahan dasar pendapat MK dapatlah dikemukakan bahwa di dalam peraturan perundang-undangan tentang perguruan tinggi telah ditegaskan berlakunya prinsip kebebasan akademik dan kebebasan mimbar akademik. Kebebasan akademik adalah kebebasan untuk melakukan penelitian atau kegiatan ilmiah sesuai dengan prinsip-prinsip dan metode ilmiah, sedangkan kebebasan mimbar akademik adalah kebebasan untuk mengolah dan

²⁹¹ Achmad Ali, *Loc.cit*, hlm. 178

mengumumkan temuan atau informasi ilmiah untuk mencerdaskan kehidupan bangsa tanpa boleh dihalangi oleh siapa pun, kecuali dengan tujuan yang jelas-jelas melanggar hukum.

Meskipun tidak dilakukan oleh akademisi atau civitas akademika perguruan tinggi, kegiatan survei atau perhitungan cepat (*quick count*) tentang hasil Pemilu merupakan kegiatan berbasis ilmiah yang juga harus dilindungi dengan jiwa dan prinsip kebebasan akademik-ilmiah dan kebebasan mimbar akademik-ilmiah karena hal tersebut dijamin bukan saja oleh Pasal 31 ayat (1), ayat (3), dan ayat (5) UUD 1945 tetapi juga oleh ketentuan Pasal 28F UUD 1945 yang memuat jaminan kebebasan untuk menggali, mengolah, dan mengumumkan informasi, termasuk informasi ilmiah. Oleh sebab itu, MK berpendapat ketentuan restriktif yang diatur di dalam Pasal 245 ayat (2) dan ayat (3) UU 10/2008 tidak sejalan dengan jiwa Pasal 31 dan Pasal 28F UUD 1945.

Pertimbangan MK ini melihat adanya *misleading* dalam Pasal 245 ayat (2) dan (3) UU No. 10/2008 yang secara jelas bertentangan dengan rumusan konstitusi terutama Pasal 31 ayat (1), ayat (3) dan ayat (5) dan juga Pasal 28 UUD 1945. Dengan adanya *misleading* tersebut berarti telah terjadi dis-harmonisasasi vertikal dalam sistem hukum, sehingga MK berkewajiban meluruskan *misleading* tersebut guna menciptakan harmonisasi vertikal dalam sistem hukum Indonesia. Tidak hanya melakukan harmonisasi vertikal, MK juga membandingkan rumusan Pasal 245 ayat (2) dan (3) UU No.10/2008 dengan undang-undang terkait semisal undang-undang tentang perguruan tinggi dan undang-undang Pers untuk menciptakan harmonisasi horizontal dalam level perundang-undangan²⁹². MK dalam hal penafsiran teks konstitusi

²⁹² Inilah yang dikenal dengan prinsip harmonisasi vertikal dan horizontal, dalam harmonisasi vertikal; suatu undang-undang organik harus memiliki kesepahaman materi (isi) dengan konstitusi (*fundamental law*). Sedangkan dalam harmonisasi horizontal; undang-undang dengan undang-undang yang lain memiliki materi (isi) yang tidak saling bertentangan (kontradiktif) satu sama lain. Harmonisasi penting untuk didapatkan guna menunjang tertib hukum dan memastikan hukum dapat dijalankan dengan baik dan sistematis.

mengedepankan pada pemenuhan nilai moral (*the moral reading of contextual*) dan keadilan yang dibangun dari penafsiran kejadian yang berlangsung terus menerus dari waktu ke waktu dalam perjalanan panjang tradisi masyarakat, sehingga terjadi perluasan makna terhadap teks hukum (ekstensif)²⁹³. Sebagaimana tergambar dalam pertimbangan dibawah ini.

Tahapan perkembangan demokratisasi menuju konsolidasi yang sedang berlangsung di Indonesia, didukung sepenuhnya oleh kebebasan untuk mengeluarkan pendapat, kebebasan untuk menyimpan dan menyebarkan informasi, serta kebebasan untuk memperoleh informasi. Baik secara akademis maupun non-akademis, yang disiarkan media pers maupun dengan media lain, maka kebebasan demikian di ranah publik menjadi salah satu kontrol sosial dan penyeimbang (*checks and balances*). Dalam UU 10/2008, hal demikian diakui pula sebagai partisipasi masyarakat yang diperlukan dalam proses demokrasi, sebagai pengawasan dan penyeimbang, sehingga ketentuan tersebut diharapkan akan turut menyumbang pada keberhasilan pelaksanaan pemilu sebagai bagian dari demokrasi prosedural.

Jajak pendapat atau survei maupun penghitungan cepat (*quick count*) hasil pemungutan suara dengan menggunakan metode ilmiah adalah suatu bentuk pendidikan, pengawasan, dan penyeimbang dalam proses penyelenggaraan negara termasuk pemilu. Sumbangan yang diharapkan akan diberikan demikian, hanya mungkin jikalau hasil-hasilnya sebagai suatu bentuk informasi dapat disebarkan dan diperoleh masyarakat serta penyelenggara negara, sehingga keputusan-keputusan yang diambil, baik oleh pemilih maupun penyelenggara negara dan pemilu tercerahkan oleh kenyataan yang hidup dalam masyarakat, dan tidak dapat dimanipulasi untuk kepentingan pihak tertentu.

²⁹³ Roland Dworkin, *Loc.cit*, hlm. 76, Lihat juga Hari Chand, *Loc.cit*, hlm. 157

I say that to interpret a law is to get to its point or purpose, but people may have different opinions as to the point or purpose of the law in question. I think that interpretation should result into making the best of something. ... What Dworkin advocates is that "best" here means "morally best"

MK dalam pertimbangan di atas, memaknai hukum dalam perspektif sosiologis, dimana hukum harus berkesesuaian dengan kenyataan yang hidup di masyarakat. Masyarakat menjadi optik utama dalam pertimbangan ini, dimana hukum semata-mata bertugas untuk merumuskan dan menggolongkan tentang kepentingan-kepentingan kemasyarakatan. Pertimbangan ini merujuk pada teori Roscoe Pound²⁹⁴ yang mensyaratkan adanya keseimbangan antara kepentingan-kepentingan tersebut guna menghasilkan kemajuan hukum. Dalam teori mengenai kepentingan-kepentingan masyarakat ini, diharapkan hukum akan berperan responsif yang kemudian akan berdampak signifikan pada pemenuhan rasa keadilan bagi masyarakat. Philip Nonet²⁹⁵ menyatakan; dengan adanya pertimbangan sosiologis kemasyarakatan dalam putusan hakim, maka ada suatu penghargaan tinggi terhadap semua aspek yang mempengaruhi hukum dan yang menjadi persyaratan dari efektifitasnya. Dari titik ini dimulailah langkah-langkah ke arah yang lebih luas mengenai partisipasi hukum dan peranan hukum dalam masyarakat.

MK tidak sependapat dengan pandangan pembentuk Undang-Undang yang diwakili oleh Pemerintah dan DPR bahwa hasil survei dan penghitungan cepat (*quick count*) dapat menimbulkan kekisruhan dan mempengaruhi masyarakat pada masa tenang menjelang Pemilu atau sebelum lampaunya satu hari setelah pemungutan suara karena menurut MK pandangan pembentuk Undang-Undang tersebut sama sekali tidak faktual dan agak mundur sekurang-kurangnya karena dua alasan. *Pertama*, sejauh dilakukan sesuai dengan prinsip metodologis-

²⁹⁴Roscoe Pound dalam Soetikno, *Loc.cit*, hlm. 75-78

Kepentingan kemasyarakatan (*social interests*). Pound menyebutkan ada enam kepentingan-kepentingan sosial utama; (a) kepentingan mengenai perlindungan keadaan damai dan ketertiban, perlindungan kesehatan dan keselamatan, perlindungan mengenai adanya keamanan tentang perjanjian dan pendapatan; (b) keamanan mengenai lembaga-lembaga sosial yang mencakup perlindungan hubungan-hubungan di rumah tangga dan perlindungan mengenai lembaga-lembaga politik ekonomi yang telah lama diakui dalam peraturan-peraturan hukum untuk menjamin lembaga-lembaga perkawinan atau yang melindungi keluarga sebagai satu lembaga sosial; (c) kepentingan masyarakat tentang kesusilaan umum menaruh perhatian terhadap perlindungan tata susila masyarakat; (d) kepentingan kemasyarakatan mengenai pemeliharaan sumber-sumber kemasyarakatan; (e) kepentingan kemasyarakatan mengenai kemajuan umum; (f) kepentingan kemasyarakatan mengenai kehidupan perorangan.

²⁹⁵ Philippe Nonet & Philip Selznick. *Loc.cit*, hlm. 83-84

ilmiah dan tidak bertendensi memengaruhi pemilih pada masa tenang maka pengumuman hasil survei tidak dapat dilarang. Meskipun begitu apabila pengumuman hasil survei tersebut bertendensi menguntungkan atau merugikan salah satu kontestan peserta Pemilu maka *surveyor* atau lembaga penyelenggaranya dapat dikenakan berlakunya Pasal Undang-Undang *a quo* dan sanksi yang menyertainya dalam Undang-Undang *a quo*. Kedua, sejauh menyangkut hasil penghitungan cepat (*quick count*) menurut MK tidak ada data yang akurat untuk menunjukkan bahwa pengumuman cepat hasil *quick count* itu telah mengganggu ketertiban umum atau menimbulkan keresahan di dalam masyarakat. Dari sejumlah *quick count* selama ini tidak satu pun yang menimbulkan keresahan atau mengganggu ketertiban masyarakat, sebab sejak awal hasil *quick count* tersebut memang tidak dapat disikapi sebagai hasil resmi.

Pertimbangan di atas menolak dengan tegas *original intent* dari pembuat undang-undang (*legislators*). Dimana hal ini selaras dengan pendapat Radin²⁹⁶ yang menyatakan bahwa; para *legislators* atau pembuat undang-undang/konstitusi, pada saat pembuatan undang-undang/konstitusi tersebut juga memiliki “kepentingan” dan “kehendak” yang beragam. Sehingga sebenarnya tidak ada kehendak yang tunggal dari suatu undang-undang dengan kata lain maksud para perumus undang-undang/konstitusi hanyalah sebuah fiksi belaka. (*A legislator certainly has no intention whatever in connection with words which some two or three drafted, which a considerable number rejected and in regard to which the majority might have had, and often demonstrably did have different ideas and belief*). MK sebagai penafsir tunggal konstitusi (*the sole interpreter of constitution*) sejatinya harus berkaca pada aspek-aspek diluar (eksternal) dan mencoba untuk melakukan proses konstektualisasi terhadap semua pengajuan *judicial*

²⁹⁶ Radin dalam Lord Llyord, *Loc.cit*, hlm. 1145

review. Dalam konteks putusan ini MK telah benar bersikap dengan menolak *original intent* pembuat undang-undang.

Haruslah diingat bahwa sejak awal sudah diketahui oleh umum (*notoir feiten*) bahwa *quick count* bukanlah hasil resmi sehingga tidak dapat disikapi sebagai hasil resmi, namun masyarakat berhak mengetahui. Bahkan banyak warga masyarakat yang menunggu hasil *quick count* tersebut begitu pemungutan suara selesai dilakukan dengan kesadaran penuh bahwa hasil yang resmi dan berlaku adalah hasil yang akan diumumkan kemudian oleh KPU sesuai dengan jadwal resmi yang ditentukan. Oleh sebab itu, baik pengumuman hasil survei pada masa tenang menjelang Pemilu maupun pengumuman hasil *quick count* begitu selesai pemungutan suara adalah sesuai dengan hak konstitusional bahkan sejalan dengan ketentuan Pasal 28F UUD 1945.

Menimbang bahwa jikalau kepentingan atau keuntungan yang hendak dicapai atau dilindungi dengan larangan pengumuman hasil survei dalam masa tenang adalah ketertiban umum yang menjadi kepentingan umum, ataupun keadilan bagi peserta Pemilu yang menghendaki jajak pendapat tidak mencerminkan realitas posisinya di mata pemilih sebelum pemungutan suara, serta keamanan dan ketenangan yang jauh dari konflik di antara peserta Pemilu dan para pendukungnya, kesemua tujuan hukum dan kepentingan yang hendak dilindungi tersebut dapat dicapai dengan penegakan Undang-Undang atau bidang hukum yang relevan dengan hal tersebut. Seandainya pun kepentingan sebagian peserta Pemilu tidak menghendaki citranya di mata pemilih diumumkan sebelum pemungutan suara, tetaplah harus dikesampingkan oleh kepentingan masyarakat yang mengkehendaki informasi yang lebih cepat mengenai berbagai hal terkait dengan Pemilu secara lebih cepat berdasarkan survey.

Pertimbangan MK ini kembali menggunakan pendekatan sosiologis untuk mencandra problematika yang terjadi. Kepentingan masyarakat digunakan sebagai rujukan utama (*the*

primacy) yang menjadi pengaruh utama dalam putusan hakim²⁹⁷. Roscoe Pound kembali mengingatkan tentang pentingnya kepentingan sosial kemasyarakatan sebagai optik utama hukum modern. “*In the process of interpretation, a lawyer has to make adjustment in the law suit the need of society. The purpose of social engineering is to enable the lawyers to think in terms of changing and moulding the law*”²⁹⁸.

Hak masyarakat untuk tahu (*rights to know*) merupakan bagian dari hak asasi manusia (HAM), yaitu kebebasan untuk mendapatkan informasi dan secara *a contrario* juga kebebasan untuk memberikan atau menyampaikan informasi (*freedom of information*). Pasal 28F UUD 1945 secara tegas menyatakan, “*Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia*”;

Prinsip proporsionalitas merupakan prinsip dan moralitas konstitusi, yang setiap saat harus diajukan sebagai tolok ukur untuk dapat menjustifikasi dikesampingkannya hak-hak asasi manusia yang telah menjadi *constitutional rights* yaitu perlindungan, pemajuan, penegakkan, dan pemenuhannya menjadi kewajiban dan tanggung jawab negara, terutama Pemerintah (*obligation to protect, to promote, to enforce and to fulfil*) yang juga ditetapkan dalam Pasal 28I ayat (4) UUD 1945. Oleh karena adanya kewajiban konstitusional dan tanggung jawab negara dan Pemerintah dalam Pasal 28I ayat (4) demikian, penerapan Pasal 28J ayat (2) sebagai alasan mengesampingkan hak-hak asasi manusia yang menjadi hak-hak konstitusional, untuk dapat dikatakan sah harus dilakukan secara hati-hati, cermat, dan teliti, serta dengan menentukan ukuran-ukuran operasional bagaimana menerapkan ketentuan yang menyebut “*pembatasan yang*

²⁹⁷ Satjipto Rahardjo, *Loc. cit.*, hlm. 181

²⁹⁸ Roscoe Pound dalam Hari Chand, *Loc. cit.*, hlm. 198

ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.

Dalam pertimbangan, MK memberikan argumentasi tentang Hak Asasi Manusia yang merupakan nilai-nilai esensial dalam UUD 1945. Nilai tersebut berorientasi pada pemenuhan keadilan bagi masyarakat. John Rawls²⁹⁹ mengelaborasi tentang prinsip-prinsip keadilan dalam bernegara dengan memberikan 2 (dua) prinsip dasar bagi pembentukan masyarakat yang adil, namun dalam konteks pertimbangan ini hanya menggunakan prinsip yang pertama yaitu prinsip kesamaan (*equal principle*) sebagai berikut:

First Principle: “ Each person is to have an equal right to the most extensive system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all”

Dalam konteks pertimbangan diatas, prinsip pertama memuat tentang pentingnya negara melindungi hak dan kebebasan warga negara untuk berpartisipasi secara total dalam pemerintahan (*political liberty*), kebebasan berekspresi dan berkumpul (*freedom to speech and assembly*) dan termasuk juga hak masyarakat untuk mendapatkan informasi (*the right to know*) sebagaimana yang dijamin dalam Pasal 28I ayat (1) dan (4).

Dengan berdasarkan pada pertimbangan hukum di atas, MK memberikan konklusi terhadap Pokok Permohonan, MK berpendapat sebagai berikut:

²⁹⁹ John Rawls dalam Brian Bix, *Loc.cit*, hlm. 100

Sebenarnya prinsip kesamaan (*equal principle*) harus diikuti dengan prinsip kedua yaitu prinsip perbedaan (*different principle*). John Rawls menyatakan bahwa prinsip kebebasan dan keseimbangan (*equal principle*) juga harus diimbangi dengan “pembatasan-pembatasan” yang disebut John Rawls²⁹⁹ sebagai *different principle*, dalam artian apabila terjadi terjadi ketidaksetaraan atau ketidakadilan dalam bidang politik, sosial dan ekonomi, maka harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah (*least advantaged*)...... *Second Principle: (“ The Difference Principle”)* “ *social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) to the greatest benefit of least advantaged, (b) attached to office and positions open to all condition of fair equality and opportunity”*

1. Bahwa terhadap Pasal 245 ayat (2) UU 10/2008 yang berbunyi, "*Pengumuman hasil survei atau jajak pendapat tidak boleh dilakukan pada masa tenang*", MK menilai bahwa hak-hak dasar yang diatur dalam Pasal 28F UUD 1945 tidak dapat dikesampingkan oleh ketentuan *a quo*, dan oleh karena itu dalil Pemohon beralasan. Artinya, pengumuman hasil survei tersebut tidak inkonstitusional sepanjang tidak berkaitan dengan rekam jejak atau bentuk lain yang dapat menguntungkan atau merugikan salah satu peserta Pemilu yang sudah diatur dalam Pasal 89 ayat (5) UU 10/2008.
2. Bahwa terhadap dalil Pemohon mengenai Pasal 245 ayat (3) UU 10/2008 yang berbunyi, "*Pengumuman hasil penghitungan cepat hanya boleh dilakukan paling cepat pada hari berikutnya dari hari/tanggal pemungutan suara*", MK sependapat dengan dalil Pemohon bahwa ketentuan *a quo* tidak sesuai dengan hakikat suatu penghitungan cepat (*quick count*) dan menghambat hasrat serta hak seseorang untuk tahu (*rights to know*), sehingga bertentangan dengan Pasal 28F UUD 1945. Selain itu, hasil penghitungan cepat sudah tidak akan memengaruhi kebebasan pemilih untuk menjatuhkan pilihannya. Sebab, pemungutan suara sudah selesai dan suatu penghitungan cepat tidak mungkin dilakukan sebelum selesainya pemungutan suara.
3. Bahwa mengenai Pasal 245 ayat (5) UU 10/2008 yang berbunyi, "*Pelanggaran terhadap ketentuan ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) merupakan tindak pidana Pemilu*", menurut MK tidak lagi relevan terhadap ketentuan ayat (2) dan ayat (3) karena dalil Pemohon untuk ayat (2) dan ayat (3) oleh MK sudah dinilai beralasan. Sehingga, ketentuan ayat (5) UU 10/2008 hanya relevan untuk Pasal 245 ayat (4) UU 10/2008 yang *nota bene* tidak dimohonkan pengujian atau Pemohon menganggap ketentuan tersebut konstitusional.
4. Bahwa mengenai ketentuan Pasal 282 UU 10/2008 yang berbunyi, "*Setiap orang yang mengumumkan hasil survei atau jajak pendapat dalam masa tenang, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) bulan dan paling lama 12 (dua belas) bulan dan denda paling sedikit Rp 3.000.000,00 (tiga juta rupiah) dan paling banyak Rp 12.000.000,00 (dua belas juta rupiah)*", menurut MK karena dalil Pemohon atas Pasal 245 ayat (2) UU 10/2008 sudah dinyatakan beralasan maka sanksi pidana yang tercantum dalam Pasal 282 UU 10/2008 tidak lagi relevan keberadaannya dan harus dinyatakan inkonstitusional.
5. Bahwa mengenai ketentuan Pasal 307 UU 10/2008 yang berbunyi, "*Setiap orang atau lembaga yang melakukan penghitungan cepat dan mengumumkan hasil penghitungan cepat pada hari/tanggal pemungutan suara, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 18 (delapan belas) bulan dan denda paling sedikit Rp. 6.000.000,00 (enam juta rupiah) dan paling banyak Rp. 18.000.000,00 (delapan belas juta rupiah)*", mengingat bahwa pasal *a quo* merupakan sanksi pidana atas Pasal 245 ayat (3) UU 10/2008 yang oleh MK telah dinyatakan bahwa dalil Pemohon atas Pasal 245 ayat (3) beralasan, maka keberadaan Pasal 307 UU 10/2008 tidak lagi relevan, sehingga juga harus dinyatakan inkonstitusional.

c. Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan Membatalan Persyaratan

"Pernah dijatuhi hukuman pidana penjara" untuk Pencalonan Kepala Daerah

Menimbang bahwa sebelum memberikan pendapatnya atas pokok permohonan berdasarkan dalil-dalil Pemohon beserta alat bukti surat dan keterangan ahli yang diajukan, keterangan Pemerintah, dan Pihak Terkait, MK terlebih dahulu mengemukakan hal-hal sebagai berikut:

Tentang putusan-putusan MK terdahulu yang terkait dengan substansi permohonan, pada dasarnya sama dengan norma hukum yang dimohonkan pengujian, yaitu mengenai persyaratan “*tidak pernah dijatuhi hukuman pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*”, tetapi secara formal Undang-Undang yang dimohonkan pengujian berbeda, sebab baik Pemohon, ahli Pemohon, maupun Pemerintah selalu menyinggung hal itu.

Dalam Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 tanggal 11 Desember 2007, MK dalam amar putusannya telah menolak permohonan pengujian Pasal 58 huruf f UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (UU 32/2004), Pasal 6 huruf t UU Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (UU 23/2003), Pasal 16 ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 ayat (2) huruf d UU Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang MA, dan Pasal 13 huruf g UU Nomor 16 Tahun 2006 tentang BPK yang kesemuanya memuat norma hukum mengenai syarat “*tidak pernah dijatuhi pidana dengan pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*”, meskipun formulasinya tidak persis sama.

Dalam memberikan pertimbangan hukum terhadap kasus ini, MK berkaca pada putusan-putusan terdahulu yang juga membahas norma hukum yang sama (*binding with precedent*), hal

ini dilakukan untuk menjaga *fairness* dimana kasus yang sama diperlakukan dengan sama pula (walaupun sangat jarang ditemukan kasus yang sama mutlak). MK secara jelas telah terpengaruh oleh sistem *common law* dengan mempertimbangkan putusan-putusan terdahulu (yurisprudensi). Corak atau karakter khas dari para hakim *common law* adalah otonom, karena hakim dianggap juga sebagai “pembuat undang-undang lapis kedua”³⁰⁰. Sehingga hakim terbebas dari belenggu bunyi undang-undang dan dapat memutus sesuai dengan keyakinannya sendiri. Namun aspek heteronom juga terdapat dalam hakim *common law*, yakni dengan adanya doktrin preseden (*precedent*) yang menurut Blackstone³⁰¹, bertujuan untuk: “*to keep the scale of justice and steady and not liable to waver with every new judges opinion*”. Hari Chand³⁰², menjelaskan bahwa; “*precedent have to be established as guides to future conduct, and this applies not merely to legal system but to all rule or norm-creating body*”. Corak mekanisme *precedent* kontemporer dalam tradisi *common law*, dirangkum sebagai berikut:

*The special features of the present day common law system of precedent may, perhaps be summarized as (i) a particular emphasis on judicial decisions as the core of legal system, (ii) a very subordinate role conceded to juristic writing, as against decisions of the courts, in the exposition of the law; (iii) the treatment of certain judicial decisions as binding on other judges; and (iv) the form of judicial judgements and the mode of reporting these*³⁰³.

Dalam putusan ini, MK menggunakan metode *reasoning based on precedent (analogical legal reasoning)*³⁰⁴, karena hakim MK sepenuhnya berkaca pada putusan-putusan MK yang terdahulu. Walaupun dalam kasus ini MK harus memilih putusan mana yang akan diambil sebagai acuan utama. Dalam metode ini hal-hal yang harus diperhatikan oleh hakim, adalah:

³⁰⁰ Dimodifikasi dari hasil wawancara dengan Prof. Satjipto Rahardjo, 14 Agustus 2009

³⁰¹ Blackstone dalam Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab,*, *Loc.cit*, hlm. 39

³⁰² Lloyd of Hamstead, *Loc.cit*, hlm. 1101

³⁰³ Lloyd of Hamstead, *Loc.cit*, hlm. 1103

³⁰⁴ Riduan Khairandy, *Bahan Ajar: Legal Reasoning, Program Doktor FH UII*

- Mengidentifikasi landasan yang tepat (*precedent*)
- Identifikasi kesamaan dan perbedaan berdasarkan precedent dan kasus yang dihadapi
- Fakta (kasus) dianalisis (diperbandingkan-dipertentangkan) dengan *precedent*
- Memutuskan *precedent* apa yang akan diikuti dan mana yang ditolak

Lebih lanjut, harus diperhatikan adalah pertimbangan hukum MK dalam putusan 14-17/PUU-V/2007, adalah:

- a. Norma hukum yang terkandung dalam pasal-pasal berbagai Undang-Undang yang dimohonkan pengujian dinyatakan sebagai konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), yakni dikecualikan untuk tindak pidana yang bersifat kealpaan ringan (*culpa levis*) dan tindak pidana karena alasan perbedaan pandangan politik (*vide* Putusan Nomor 14-17/PUU-V/ 2007);
- b. Mengingat kekhususan-kekhususan karakter jabatan-jabatan publik tertentu menyebabkan tidak semua jabatan publik dapat demikian saja ditentukan persyaratan dengan menggunakan rumusan norma yang bersifat umum, sehingga perlu pembedaan persyaratan antara: (1) jabatan publik yang dipilih (*elected officials*) dan jabatan publik yang diangkat (*appointed officials*); (2) jabatan publik di bidang eksekutif yang lebih bersifat melayani dan jabatan publik di bidang legislatif yang bersifat menyalurkan aspirasi rakyat; dan (3) jabatan publik yang karena tugasnya membutuhkan tingkat kepercayaan yang sangat tinggi, seperti hakim dan aparat penegak hukum lainnya, dan pejabat yang mengelola keuangan negara. Selain itu dalam merumuskan persyaratan bagi jabatan publik yang sama karakternya juga harus dengan persyaratan yang sama agar jangan sampai menimbulkan ketidakpastian hukum.

Norma hukum tidak dapat dilepaskan dari moralitas yang mendasarinya, yaitu keadilan, karena “kehadiran moral dalam hukum dilambangkan oleh keadilan” (Satjipto Rahardjo, Hukum Di Indonesia, 2003 : 55). Oleh karena itu, sebagaimana dikemukakan oleh Fuller (*vide* Zafer, M.R., *Jurisprudence, An Outline*, 1994: 44-45), “*A Rule becomes law only if it has fulfilled some moral criterion, and not merely because it complies with formal requirement. For instance, unjust laws are not laws, though they fulfill the formal requirements. Morality consists of features without which a system cannot be properly called a legal system*”, sehingga norma hukum mengenai persyaratan bagi seseorang untuk dapat menduduki atau mencalonkan diri dalam suatu jabatan publik yang mengabaikan keadilan sebagai lambang kehadiran moralitas

dalam hukum, meskipun telah dibuat melalui prosedur yang semestinya oleh pembentuk Undang-Undang, dalam pandangan *Fuller* bukanlah hukum. Berdasarkan perspektif ini, perlu dipertimbangkan oleh MK apakah cukup adil dari segi moralitas hukum, apabila norma hukum mengenai persyaratan *a quo* dibandingkan dengan pemberian amnesti terhadap mereka yang terlibat dalam Pemerintah Revolusioner Republik Indonesia/ Perjuangan Rakyat Semesta (PRRI/Permesta) dan Gerakan Aceh Merdeka (GAM) serta ditiadakannya persyaratan tidak terlibat secara langsung atau tidak langsung dengan pemberontakan G.30.S/PKI untuk menjadi calon anggota DPR, DPD, dan DPRD (Pasal 60 huruf g Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD) berdasarkan Putusan MK Nomor 011-017/PUU-I/2003 tanggal 24 Februari 2004;

Dalam pertimbangan ini, MK membandingkan kasus ini dengan kasus yang sudah diputus sebelumnya yang kebetulan memiliki substansi masalah yang hampir mirip (*precedent*)³⁰⁵, yakni Putusan MK 011-017/PUU-I/2003 yang dalam amar putusannya mengabulkan permohonan pemohon untuk mencabut pasal-pasal yang diskriminatif terhadap mantan pemberontak atau korban politik Rezim Orde Baru. MK dalam hal ini mempertimbangkan aspek moralitas yang dipandang sebagai substansi utama dari hukum. Hukum dianggap sebagai konkretisasi dari moral dan etis, karena keadilan hanya dapat dirasakan dengan sentuhan moral dan etis. Hakim MK dalam putusan ini menggunakan pemikiran aliran etis yang menempatkan moral dan etis sebagai sukma hukum untuk memperoleh keadilan substansial. Lebih jauh tentang relasi antara hukum, moralitas dan keadilan dijelaskan oleh John Rawls³⁰⁶ sebagai berikut:

³⁰⁵ Lloyd of Hamstead, *Loc.cit*, hlm. 1103

³⁰⁶ John Rawls, *Loc.cit*, hlm. 49

“ Justice as a fairness is intended as a political conception of justice while a political of justice is of course a moral conception, it is a moral conception worked out for a specific kind of subject, namely, for political, social, and economic institution.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, untuk selanjutnya MK akan mempertimbangkan dalil-dalil permohonan Pemohon sebagai berikut:

- a. Dari segi norma konstitusi yang menjadi batu uji permohonan *a quo*, norma hukum mengenai persyaratan untuk menjadi calon anggota DPR, DPD, dan DPRD, serta kepala daerah dan wakil kepala daerah, yaitu *“tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih”* yang tercantum dalam Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU 10/2008 serta Pasal 58 huruf f UU 12/2008 menyebabkan Pemohon sebagai seorang warga negara Indonesia seumur hidup tidak memungkinkan dirinya menjadi calon anggota DPR, DPD, dan DPRD, serta kepala daerah dan wakil kepala daerah, sehingga secara *expressis verbis* telah melanggar prinsip *“persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan”* [Pasal 27 ayat (1) UUD 1945], hak seseorang untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya [Pasal 28C ayat (2) UUD 1945], hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum [Pasal 28D ayat (1) UUD 1945], dan hak setiap warga negara untuk memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan [Pasal 28D ayat (3) UUD 1945]. Oleh karenanya, cukup jelas (*expressis verbis*) hak konstitusional Pemohon dirugikan oleh keberlakuan pasal-pasal Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;

- b. Dari perspektif moralitas hukum, yaitu keadilan, rumusan norma yang demikian meskipun telah memenuhi persyaratan prosedural, tidak serta merta dapat dikategorikan sebagai *legal policy* yang tidak dapat diuji konstitusionalitasnya sebagaimana keterangan Pemerintah, karena norma hukum *a quo* jelas tidak memenuhi rasa keadilan. Terlebih lagi jika dibandingkan dengan kebijakan hukum berupa amnesti terhadap para anggota PRRI/Permesta dan GAM yang pada waktu itu juga telah melakukan tindak pidana yang cukup berat ancaman hukumannya menurut hukum positif Indonesia. Demikian pula jika dibandingkan dengan tindak pidana yang dilakukan oleh mereka yang terlibat pemberontakan G.30.S/PKI yang persyaratan tidak terlibat secara langsung atau tidak langsung agar dapat menjadi calon anggota DPR, DPD, dan DPRD telah dinyatakan tidak konstitusional oleh MK melalui Putusan Nomor 11-17/PUU-I/2003 tanggal 24 Februari 2004.
- c. Namun demikian, MK juga perlu mempertimbangkan Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 tentang peniadaan norma hukum yang memuat persyaratan *a quo* tidak dapat digeneralisasi untuk semua jabatan publik, melainkan hanya untuk jabatan publik yang dipilih (*elected officials*), karena terkait dengan pemilihan umum (Pemilu) dalam hal mana secara universal dianut prinsip bahwa peniadaan hak pilih itu hanya karena pertimbangan ketidakcakapan misalnya karena faktor usia (masih di bawah usia yang dibolehkan oleh Undang-Undang Pemilu) dan keadaan sakit jiwa, serta ketidakmungkinan (*impossibility*) misalnya karena telah dicabut hak pilihnya oleh putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap (*vide* Putusan Nomor 11-17/PUU-I/2003 tanggal 24 Februari 2004). Dalam hal ini, Pemohon tidak pernah mendapatkan pidana tambahan berupa pencabutan hak pilihnya baik hak pilih aktif maupun hak pilih pasif (hak untuk dipilih);

- d. Untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (*elected officials*), MK dalam Pertimbangan Hukum Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 menyatakan, “*hal tersebut tidaklah sepenuhnya diserahkan kepada rakyat tanpa persyaratan sama sekali dan semata-mata atas dasar alasan bahwa rakyatlah yang akan memikul segala resiko pilihannya*”. Oleh karena itu, agar rakyat dapat secara kritis menilai calon yang akan dipilihnya, perlu ada ketentuan bahwa bagi calon yang pernah menjadi terpidana karena tindak pidana dengan ancaman pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih harus menjelaskan secara terbuka kepada publik tentang jati dirinya yang demikian dan tidak menutup-nutupi atau menyembunyikan latar belakang dirinya. Selain itu, agar tidak mengurangi kepercayaan rakyat sebagaimana dimaksud dalam Putusan MK Nomor 14-17/PUU-V/2007 juga perlu dipersyaratkan bahwa yang bersangkutan bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang dan telah melalui proses adaptasi kembali ke masyarakat sekurang-kurangnya selama 5 (lima) tahun setelah yang bersangkutan menjalani pidana penjara yang dijatuhkan oleh pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Dipilihnya jangka waktu 5 (lima) tahun untuk adaptasi bersesuaian dengan mekanisme lima tahunan dalam Pemilihan Umum (Pemilu) di Indonesia, baik Pemilu Anggota Legislatif, Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, dan Pemilu Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah. Selain itu juga bersesuaian dengan bunyi frasa “*diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*”;
- e. Oleh karena itu, berdasarkan uraian sebagaimana dimaksud butir a sampai dengan butir e di atas, MK berpendapat bahwa norma hukum yang berbunyi “*tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*” yang tercantum dalam Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU 10/2008 serta Pasal

58 huruf f UU 12/2008 merupakan norma hukum yang inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Norma hukum tersebut adalah inkonstitusional apabila tidak dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

1. Berlaku bukan untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (*elected officials*) sepanjang tidak dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak pilih oleh putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
2. Berlaku terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun setelah mantan terpidana selesai menjalani pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
3. Kejujuran atau keterbukaan mengenai latar belakang jati dirinya sebagai mantan terpidana;
4. Bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang;

Dalam rumusan pasal yang dimohonkan menyatakan; “*tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau lebih*”. Dipandang oleh MK sebagai norma hukum yang masih bersifat “umum” dan cenderung bersifat keras (*stringent*) yang dapat mendatangkan ketidakadilan. Oleh karena itu rumusan pasal di atas harus “dilunakkan” sehingga dapat memberi keadilan bagi masyarakat dan individu. Dalam hal ini MK menggunakan metode *equity*, yang merupakan sebuah penghalusan hukum ketika hukum tersebut “cacat” disebabkan oleh sifat-sifat keumumannya. Aristoteles³⁰⁷, menyatakan *equity* sebagai; “*a rectification of law where law is defective because of its generality*”. *Equity* diperlukan karena hukum atau undang-undang sering berbicara dalam bahasa yang umum (*general*), namun tidak semua perkara dapat dimasukkan pada kriterium yang bersifat umum, sehingga hakim harus memperhatikan hal-hal yang khusus.

³⁰⁷ Aristoteles dalam Edger Bodenheimer, *Loc.cit*, hlm. 11

Equity mengharuskan hakim untuk memberlakukan suatu kasus sebagai kasus yang unik dan dia memberikan keputusan seperti apabila ia berada pada kursi pembuat hukum.

MK dalam putusan ini, mengalami dilema dalam memutus perkara ini dikarenakan norma yang sama walaupun dalam Undang-Undang yang berbeda pernah dimintakan *judicial review* sebelumnya yakni dalam Putusan No. 14-17/PUU-V-2007 yang dalam amar putusannya menolak permohonan termohon (*conditionally constitutional*). Namun MK juga mempertimbangkan putusan lain yang hampir mirip substansi permohonan yakni dalam Putusan 011-017-I/2003 yang dalam pertimbangan hukumnya lebih mengedepankan moralitas hukum yakni keadilan dan amar putusannya mengabulkan permohonan pemohon. MK dalam hal ini sangat memperhatikan putusan-putusan terdahulu (*precedent*) guna mendapatkan *sense of justice* disetiap putusannya. Selain itu dalam putusan ini yang lebih berperan adalah aspek pengalaman hakim (*judges experiences*) dan tidak semata-mata bermain dengan logika (*reason*). Menurut Holmes³⁰⁸, pengalaman hakim bukan suatu hal yang matematis melainkan penuh dengan pilihan-pilihan kebijaksanaan yang tidak selalu ada dalam undang-undang, sebagaimana dijelaskan berikut ini:

“ ...to represent a general view of the Common Law, to accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. **The life of law has not been logic; it is been experience**”.

Pada akhirnya MK, memutuskan untuk memakai paradigma moralitas hukum sebagai alasan utama untuk mengabulkan permohonan pemohon, yang berarti menyatakan rumusan Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*), dengan syarat-syarat sebagai berikut: (i) tidak berlaku untuk jabatan publik yang dipilih (*elected officials*); (ii) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya; (iii) dikecualikan bagi

³⁰⁸ Oliver Wendell Holmes dalam Satjipto Rahardjo, *Lapisan-Lapisan...Loc.cit*, Bayumedia, Malang, 2009, hlm. 80.

mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana; (iv) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang. Putusan ini berbeda dengan putusan 14-17/PUU-V/2007 yang seharusnya menjadi *precedent* bagi MK, namun dengan pertimbangan moralitas hukum demi mendapatkan keadilan, MK lebih memilih "semangat keadilan" dalam putusan terdahulu yakni Putusan 011-017/PUU-I/2003. Sehingga tepat bila dikatakan bahwa MK masih menghormati dan menggunakan doktrin *precedent* dengan baik dan benar dan menjunjung tinggi moralitas hukum dan keadilan sebagai "mahkota" putusannya.

BAB IV

HUBUNGAN TARIK-MENARIK ANTARA ASAS KEPASTIAN HUKUM (*LEGAL CERTAINTY*) DENGAN ASAS KEADILAN (*SUBSTANTIAL JUSTICE*) DALAM PUTUSAN-PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

A. PENGANTAR

Guna menjawab permasalahan penelitian mengenai; apakah ada hubungan tarik-menarik antara kedua paradigma hukum yakni asas kepastian hukum (*legal certainty*) *vis-à-vis* asas keadilan (*substantial justice*). Peneliti merasa perlu untuk mendeskripsikan dan menganalisa secara kritis beberapa *dissenting opinion* hakim-hakim MK. Peneliti beranggapan bahwa *dissenting opinion* dalam masing-masing putusan MK tersebut merupakan sebuah bukti nyata adanya “tarik-menarik” atau “pertarungan paradigmatis” antara asas kepastian hukum (*legal certainty*) dan asas keadilan (*substantial justice*).

Dalam 6 (enam) putusan MK, yang dibagi peneliti menjadi 2 (dua) bagian, yakni 3 (tiga) putusan yang berorientasi pada pemenuhan asas kepastian hukum (Putusan No.012-016-019/PUU-IV/2006, Putusan No. 005/PUU-IV/2006, dan Putusan No. 56/PUU-VI/2008), dan 3 (tiga) putusan yang berorientasi pada pemenuhan asas keadilan (Putusan No. 22-24/PUU-VI/2008, Putusan No. 41/PHPU.D-VI/2008, dan Putusan No. 4/PUU-VII/2009). Didapati bahwa tidak semua putusan-putusan tersebut memiliki *dissenting opinion*, dari 6 (enam) putusan yang dianalisa hanya ada (4) empat putusan yang berisikan *dissenting opinion*.

Setelah menganalisa *dissenting opinion*, peneliti akan menjawab pertanyaan penelitian selanjutnya mengenai alasan filosofis terjadinya pergeseran paradigma hakim MK dari asas kepastian hukum (*legal certainty*) menuju asas keadilan (*substantial justice*).

B. ANALISA *DISSENTING OPINION* PUTUSAN-PUTUSAN MK

1. *Dissenting Opinion* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Kepastian Hukum (*Legal Certainty*)

a. *Dissenting Opinion* dalam Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 Tentang Pembatalan UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK)

Terhadap putusan MK yang mengabulkan permohonan para Pemohon dalam putusan ini. Hakim Konstitusi mempunyai pendapat berbeda (*dissenting opinion*), yaitu Hakim Konstitusi H.M. Laica Marzuki, yang mendalilkan pertimbangan hakim yang berbeda dengan hakim konstitusi lain namun memiliki putusan yang sama (*concord*)³⁰⁹.

Pasal 53 UU KPK berbunyi, “*Dengan Undang-Undang ini dibentuk Pengadilan Tindak Pidana Korupsi yang bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus tindak pidana korupsi yang penuntutannya diajukan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi*”. Pasal 53 UU KPK dimaksud menunjukkan bahwa pembentukan Pengadilan Tipikor tidak diatur dengan undang-undang tersendiri, sebagaimana dimaksud pada Pasal 24 Ayat (2) UUD 1945.

Oleh karena pembentukan Pengadilan Tipikor dicantelkan belaka pada UU KPK, tidak diatur dengan undang-undang tersendiri, sebagaimana lazimnya dengan undang-undang pembentukan badan pengadilan, *incasu* pengadilan khusus, maka pembentukan Pengadilan Tipikor hanya *diatur dalam undang-undang (in de wet geregeld)*, tidak **diatur dengan undang-undang (bij de wet geregeld)**. *Het is niet geregeld bij de wet.*

³⁰⁹ Dalam ranah *dissenting opinion*, dikenal 2 (dua) macam karakter dari *dissenting opinion*, sebagai berikut: (1) *Concord*, apabila hakim memiliki perbedaan pertimbangan namun setuju dengan putusan (*differ in consideration but agree in verdict*), dan (2) *Dissent*, apabila hakim memiliki perbedaan dalam hal pertimbangan dan putusan (*differ neither in consideration nor in verdict*). Dalam konteks putusan diatas, *dissenting opinion* yang diajukan bersifat *concord*.

Prof. Harun Alrasid berpendapat, istilah “*diatur dalam undang-undang (geregeld in de wet)*” tidak identik dengan “*diatur dengan undang-undang (geregeld bij de wet)*” sebagaimana lazim berlaku. Dikatakan, “*diatur dalam undang-undang (geregeld in de wet)*” menjawab soal mengenai *the where*, yaitu bahwasanya kaidah (norma) lebih lanjut daripadanya harus termaktub dalam undang-undang, tidak dalam peraturan perundang-undangan lainnya. Manakala pendapat Prof. Harun Alrasid dimaksud dicermati, maka Pasal 24 Ayat (3) UUD 1945 yang berbunyi, “*Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang*”, seperti halnya dengan fungsi kepolisian atau kejaksaan yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman, tidaklah perlu kiranya *legislators (de Wetgever)* membuatkan undang-undang tersendiri, yang secara khusus mengatur fungsi-fungsi yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman tersebut, sepanjang pengaturannya termaktub dalam undang-undang (*in de wet*), bukan dalam peraturan perundang-undangan lainnya.

Dalam pada itu, tatkala sesuatu “*diatur dengan undang-undang (bij de wet geregeld)*”, maka sifatnya *imperatif*, merupakan perintah konstitusi bahwasanya hal sesuatu tersebut hanya dapat secara khusus diatur dengan undang-undang tersendiri. Menurut Ahli Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H. di persidangan, kalau dilihat dari segi bahasa hukum, dikatakan oleh para pakar Bahasa Indonesia bahwa kalau dikatakan “dengan undang-undang” maka artinya dibuatkan undang-undang tersendiri atau harus dengan suatu undang-undang yang tersendiri. Istilah-istilah “*de wet regeld*”, “*bij de wet geregeld*”, yang termaktub pada *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, 1815, laatste wijzingen: Staatsblad 2002 nr 144*, pada *Hoofdstuk 6*, di bawah judul *Rechtspraak*, dipahami dalam makna “*regulated by act of parliament*”. Manakala hal sesuatu tersebut tidak ternyata diatur dengan undang-undang (*niet geregeld bij de wet*) maka *dinyatakan inkonstitusional*.

Pasal 8 UU Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan berbunyi, "*Materi muatan yang harus diatur dengan undang-undang berisi hal-hal yang:*

- a. *mengatur lebih lanjut ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang meliputi :*
 1. *hak-hak asasi manusia;*
 2. *hak dan kewajiban warga negara;*
 3. *pelaksanaan dan penegakan kedaulatan negara serta pembagian kekuasaan negara;*
 4. *wilayah negara dan pembagian daerah;*
 5. *kewarganegaraan dan kependudukan;*
 6. *keuangan negara,*
- b. *diperintahkan oleh suatu Undang-Undang untuk diatur dengan Undang-Undang."*

UUD 1945 mensyaratkan bahwa pembentukan semua badan peradilan, *incasu* pengadilan khusus, harus diatur dengan undang-undang (*bij de wet geregeld*). Pasal 24A Ayat (5) UUD 1945 berbunyi, "*Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan dibawahnya diatur dengan undang-undang*". Hal dimaksud bermakna bahwasanya hal susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara badan-badan peradilan dalam lingkungan peradilan umum, *incasu* pengadilan khusus, harus diatur pula dengan undang-undang (*bij de wet geregeld*). Pasal 3 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman berbunyi, "*Semua peradilan di seluruh wilayah negara Republik Indonesia adalah peradilan negara dan ditetapkan dengan undang-undang*". Pasal 8 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum berbunyi, "*Di lingkungan Peradilan Umum dapat diadakan pengkhususan yang diatur dengan Undang-undang*". Berdasarkan pertimbangan di atas, maka hal pembentukan Pengadilan Tipikor selaku pengadilan khusus dalam lingkungan Peradilan Umum, sebagaimana dimaksud pada Pasal 53 UU KPK adalah inkonstitusional, bertentangan dengan Pasal 24A Ayat (5) UUD 1945.

Dissenting opinion diatas, memiliki perbedaan pertimbangan dengan para hakim MK lainnya, namun metode atau cara yang digunakan masih tetap sama yakni menggunakan penafsiran gramatikal³¹⁰ dan penafsiran sistematik³¹¹. Peneliti mengingatkan bahwa kedua penafsiran tersebut memang tidak dapat dipisahkan namun harus diaplikasikan secara bersama guna mendapatkan penafsiran yang benar menurut bahasa dan benar menurut sistem perundang-undangan.

Di atas dijelaskan tentang makna arti "*diatur dalam undang-undang*" dengan "*diatur dengan undang-undang*" yang mana kedua nya berbeda makna dan tafsir. Hakim harus jeli membaca perbedaan kata-kata atau susunan kata-kata dalam suatu pasal karena hal tersebut berpengaruh terhadap makna atau substansi dari pasal tersebut. Setelah mendapatkan makna pasal yang tepat menurut bahasa (gramatikal), maka tahap selanjutnya adalah melakukan penelusuran sistemik terhadap undang-undang atau rumusan UUD 1945 yang berkorelasi langsung dengan pasal yang diuji. Dalam konteks pertimbangan di atas, Pasal 53 UU KPK yang berisi norma tentang pembentukan Peradilan Tipikor "dalam" UU KPK disinkronisasikan dengan Pasal 8 UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dan rumusan Pasal 24A Ayat (5) UUD 1945. Penafsiran sistematik berfungsi untuk mendapatkan harmonisasi horizontal yakni kesamaan substansi atau tidak ada kontradiksi antara undang-undang yang kedudukannya sejajar, dan juga harmonisasi vertikal yakni kesamaan substansi atau tidak ada kontradiksi antara undang-undang yang kedudukannya lebih rendah dengan hukum yang lebih tinggi (konstitusi).

b. *Dissenting Opinion* dalam Putusan Nomor 56/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Calon Presiden Independen

³¹⁰ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab ... , Loc.cit*, hlm. 14

³¹¹ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab ... , Loc.cit*, hlm. 17

Pada akhirnya, putusan MK perihal Calon Presiden Independen memutuskan untuk menolak keseluruhan permohonan para Pemohon, namun putusan tersebut tidaklah diambil dengan suara bulat tetapi “diwarnai” dengan 3 (tiga) pendapat berbeda (*dissenting opinion*) yang diberikan oleh, Hakim Konstitusi Abdul Muktie Fadjar, Hakim Konstitusi Muarar Siahaan dan Hakim Konstitusi M. Akil Mochtar. Mereka mendalilkan pertimbangan hakim yang berbeda dengan hakim konstitusi lain namun memiliki putusan yang sama (*concord*)³¹². Berikut akan dipaparkan *dissenting opinion* dari ketiga hakim tersebut:

***Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi Abdul Mukthie Fadjar**

Isu utama dalam perkara *a quo* adalah apakah Pasal 1 angka 4, Pasal 8, Pasal 9, dan Pasal 13 ayat (1) UU 42/2008 yang tidak memberi ruang bagi perseorangan untuk menjadi calon Presiden dan Wakil Presiden selain melalui pengusulan oleh partai politik atau gabungan partai politik bertentangan dengan UUD 1945?

Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945 telah dengan tegas menentukan prinsip bahwa setiap warga negara mempunyai kedudukan, hak, dan kesempatan yang sama dalam pemerintahan, yang berarti bahwa tidak boleh ada ketentuan yang menghalang-halangi akses bagi seseorang yang memenuhi syarat yang ditentukan oleh undang-undang untuk menduduki jabatan-jabatan publik, *in casu* jabatan Presiden dan Wakil Presiden. Apabila ada ketentuan yang demikian, berarti mendiskriminasi warga negara atau seseorang [Pasal 28I ayat (2) UUD 1945] dan melanggar prinsip kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan.

³¹² Dalam ranah *dissenting opinion*, dikenal 2 (dua) macam karakter dari *dissenting opinion*, sebagai berikut: (1) *Concord*, apabila hakim memiliki perbedaan pertimbangan namun setuju dengan putusan (*differ in consideration but agree in verdict*), dan (2) *Dissent*, apabila hakim memiliki perbedaan dalam hal pertimbangan dan putusan (*differ neither in consideration nor in verdict*). Dalam konteks putusan diatas, *dissenting opinion* yang diajukan bersifat *dissent*.

Sementara itu, untuk menduduki jabatan Presiden dan Wakil Presiden, Pasal 6 ayat (1)

UUD 1945 telah menentukan persyaratan utamanya, yaitu:

1. Harus seorang warga negara Indonesia sejak kelahirannya;
2. Tidak pernah menerima kewarganegaraan lain karena kehendaknya sendiri;
3. Tidak pernah mengkhianati negara; serta
4. Mampu secara rohani dan jasmani untuk melaksanakan tugas dan kewajiban sebagai Presiden dan Wakil Presiden.

Lebih lanjut, persyaratan untuk menjadi Presiden dan Wakil Presiden atas perintah Pasal 6 ayat (2) diatur dengan undang-undang, *in casu* UU 42/2008 Pasal 5. Dengan demikian, Pasal 6 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 *juncto* Pasal 5 UU 42/2008 mengatur tentang persyaratan calon Presiden dan Wakil Presiden yang di dalamnya tidak ada ketentuan harus dari partai politik. Oleh karena itu, siapa pun warga negara Indonesia yang memenuhi ketentuan Pasal 6 ayat (1) UUD 1945 *juncto* Pasal 5 UU No. 42 Tahun 2008 harus mendapat akses yang sama untuk dapat menjadi calon Presiden dan Wakil Presiden. Pasal 5 UU No. 42 Tahun 2008 menyatakan:

Persyaratan menjadi calon Presiden dan calon Wakil Presiden, adalah:

- a. Bertakwa kepada Tuhan Yang Maha Esa;
- b. Warga Negara Indonesia sejak kelahirannya dan tidak pernah menerima kewarganegaraan lain karena kehendaknya sendiri;
- c. Tidak pernah mengkhianati negara, serta tidak pernah
- d. Melakukan tindak pidana korupsi dan tindak pidana berat
- e. Mampu secara rohani dan jasmani untuk melaksanakan tugas dan kewajiban sebagai Presiden dan Wakil Presiden.
- f. Bertempat tinggal di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- g. Telah melaporkan kekayaannya kepada instansi yang berwenang memeriksa laporan kekayaan penyelenggara negara.
- h. Tidak sedang memiliki tanggungan utang secara perseorangan dan/atau secara badan hukum yang menjadi tanggung jawabnya yang merugikan keuangan negara;
- i. Tidak sedang dinyatakan pailit berdasarkan putusan pengadilan;
- j. Tidak pernah melakukan perbuatan tercela;
- k. Terdaftar sebagai Pemilih;
- l. Memiliki Nomor Pokok Wajib Pajak (NPWP) dan telah melaksanakan kewajiban membayar pajak selama 5 (lima) tahun terakhir yang dibuktikan dengan Surat Pemberitahuan Tahunan Pajak Penghasilan Wajib Pajak Orang Pribadi.

- m. Belum pernah menjabat sebagai Presiden atau Wakil Presiden selama 2 (dua) kali masa jabatan dalam jabatan yang sama.
- n. Setia kepada Pancasila sebagai dasar negara, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan cita-cita Proklamasi 17 Agustus 1945;
- o. Tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih;
- p. Berusia sekurang-kurangnya 35 (tiga puluh lima) tahun;
- q. Berpendidikan paling rendah tamat Sekolah Menengah Atas (SMA), Madrasah Aliyah (MA), Sekolah Menengah Kejuruan (SMK), Madrasah Aliyah Kejuruan (MAK), atau bentuk lain yang sederajat;
- r. Bukan bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia, termasuk organisasi massanya, atau bukan orang yang terlibat langsung dalam G.30.S/PKI; dan
- s. Memiliki visi, misi, dan program dalam melaksanakan pemerintahan negara Republik Indonesia.

Sedangkan Pasal 6A UUD 1945 bukanlah ketentuan yang mengatur mengenai persyaratan (*requirement*), melainkan mengenai cara atau prosedur pencalonan yang seharusnya tidak menafikan siapa pun yang memenuhi persyaratan untuk menjadi calon Presiden dan Wakil Presiden, baik yang bersangkutan mencalonkan diri sendiri maupun dicalonkan/diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik. Ibaratnya seseorang bermaksud masuk universitas, yang penting dipenuhi persyaratannya, bukan karena ia membiayai diri sendiri atau dibiayai orang tua atau orang lain. Oleh karena itu, prosedur semestinya tidak mengalahkan persyaratan. Partai politik atau gabungan partai politik hanyalah “kendaraan” atau “tempat pemberangkatan” (embarkasi) bagi calon yang seharusnya tidak mutlak harus dipakai atau dilalui.

Pertimbangan di atas, menggunakan metode penafsiran sistematik³¹³ yang mengkaji permasalahan dengan memperhatikan keseluruhan sistem hukum dalam UUD 1945. Konstitusi harus dimaknai sebagai kesatuan hukum tertinggi yang bersifat sistemik artinya MK selaku penafsir tunggal konstitusi harus memaknai pasal-pasal dalam konstitusi saling memiliki

³¹³ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab*, *Loc.cit*, hlm. 17

keterkaitan secara substansial satu dengan yang lain. Peneliti setuju dengan argumentasi di atas, namun yang menjadi masalah apakah relevan menggunakan rumusan Pasal 6 UUD 1945 sebagai “penguji” pasal-pasal UU Pilpres, sedangkan dalam Pokok Perkara, Pemohon tidak mencantumkan Pasal 6 UUD 1945 sebagai salah satu “penguji” pasal-pasal yang dimohonkan untuk dibatalkan.

Lebih lanjut ditambahkan pula, kalau terjadi perselisihan hasil Pemilu (PHPU) Presiden dan Wakil Presiden, yang menjadi “*subjectum litis*” bukanlah partai politik atau gabungan partai politik yang mengusungnya, melainkan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden yang bersangkutan, jadi bersifat individual, bukan kolektif parpol pengusungnya. Simak ketentuan Pasal 74 ayat (1) huruf b UU MK, bahwa pemohon dalam PHPU Presiden dan Wakil Presiden adalah pasangan calon, bukan partai politik pengusungnya. Demikian pula Pasal 201 UU 42/2008 menyatakan, “*Terhadap penetapan hasil Pemilu Presiden dan Wakil Presiden dapat diajukan keberatan hanya oleh Pasangan Calon kepada Mahkamah Konstitusi ...*”

Pertimbangan di atas kembali menggunakan penafsiran sistematik³¹⁴, dengan bertujuan untuk mendapatkan harmonisasi horizontal antara undang-undang yang satu dengan yang lain. Pasal 74 ayat (1) huruf b UU MK dijadikan “pemanding” terhadap rumusan Pasal 8, 9, 13 ayat (1) UU Pilpres. Undang-undang terkait harus konsisten satu sama lain, sehingga akan terjadi keadaan *gapless* dalam sistem hukum, sebagaimana yang diidealkan oleh aliran hukum *Begriffsjurisprudenz*, berikut:

³¹⁴ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab....., Loc.cit*, hlm. 17

*That, consequently, the positive law constitutes a “gapless” system of rules, which are at least latently contained in it or that the law is at least to be treated for purpose of legal practice as if were such a gapless system.*³¹⁵

Dengan demikian, seharusnya perseorangan diberi ruang untuk mencalonkan diri sebagai Presiden dan Wakil Presiden, selain yang diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik. Aspirasi yang demikian juga pernah diusulkan oleh Komisi Konstitusi bentukan MPR dalam rekomendasinya tentang Perubahan UUD 1945 sbb.:

“Komisi Konstitusi juga mengajukan usul revisi substansial terhadap Pasal 6A ayat (2) dengan menambah calon independen bagi calon Presiden, sehingga tidak dibatasi pada aspirasi partai politik (termasuk gabungan partai politik) melainkan juga calon-calon di luar partai politik. Dengan merumuskan pasal ini diharap perjuangan demokrasi partisipatorik dapat lebih terwujud dalam kehidupan ketatanegaraan Indonesia”.

Peneliti telah menjelaskan tentang *original intent* dari suatu undang-undang/konstitusi yang dapat menjadi salah satu metode untuk melakukan penafsiran terhadap undang-undang/konstitusi. Terlepas dari “cacat bawaan” dari penafsiran tersebut, sebagaimana yang dijelaskan oleh Radin³¹⁶. Namun penafsiran tersebut juga tidak dapat dinafikan kegunaannya untuk memperkuat argumentasi hukum seorang hakim. Rekomendasi Komisi Konstitusi diatas jelas merupakan sebuah *original intent* namun bersifat tidak formal karena Komisi Konstitusi bukanlah termasuk panitia perubahan UUD 1945. Namun patut diapresiasi sebagai sebuah rekomendasi ilmiah yang sangat progresif dan demokratis. Sejatinya MK tidak hanya melihat *original intent* dari panitia perubahan UUD 1945 saja, namun juga harus melihat aspirasi-aspirasi diluar jalur formal perubahan UUD 1945.

³¹⁵ N.E. Algra, *Loc.cit*, hlm. 371

³¹⁶ Radin dalam Lord Llyord, *Loc.cit*, hlm. 1145

Meskipun calon perseorangan perlu mendapatkan ruang dalam Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, namun secara realistis tidak mungkin untuk Pemilu 2009 yang sudah sangat dekat waktunya. Barangkali pada Pemilu tahun 2014 atau 2019 dapat diwujudkan, sehingga menurut pendapat saya Pasal-pasal UU 42/2008 yang dimohonkan pengujian bersifat “*conditionally constitutional*” atau “*conditionally unconstitutional*”, dalam arti konstitusional atau tidak konstitusionalnya bersyarat, yaitu “konstitusional apabila memberi ruang bagi calon perseorangan” atau “tidak konstitusional apabila tidak memberi ruang bagi calon perseorangan”.

Penafsiran terakhir yang digunakan dalam *dissenting opinion* diatas adalah penafsiran futuristik³¹⁷, dimana hakim melakukan langkah antisipatif terhadap efek pembatalan atau pemberlakuan suatu undang-undang pada masa yang akan datang. Hakim dituntut untuk jeli memperkirakan efek atau pengaruh apabila suatu undang-undang dibatalkan (inkonstitusional) atau tetap dipertahankan (konstitusional) terutama terkait kesiapan teknis atau opini masyarakat luas.

***Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi Maruarar Siahaan**

Pengujian Pasal 1 angka 4, Pasal 8, Pasal 9 dan Pasal 13 ayat (1) UU 42/2008, pada hakikatnya adalah menyangkut konstitusionalitas norma-norma *a quo* yang tidak memungkinkan calon perseorangan atau calon independen tanpa melalui mekanisme partai politik. Uji konstitusionalitas dilakukan dengan merujuk pada Pasal 6A ayat (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28D ayat (3), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945.

Pasal 6A ayat (2) diadopsi sebagai bagian dari UUD 1945 dalam perubahan ketiga UUD 1945 pada tahun 2001, yang menurut Pemerintah, sebagai mana termuat dalam kesimpulannya, adalah mengatur hak konstitusional partai untuk mengusulkan Pasangan Calon Presiden dan

³¹⁷ Sudikno Mertokusumo, *Loc.cit*, hlm. 76

Wakil Presiden, dan bukan mengatur hak perseorangan. Sementara itu gagasan calon perseorangan atau independen, menurut Pemerintah, dalam keterangan tertulis yang diberikan kepada MK adalah paham individualisme, padahal Indonesia menganut paham kolektivisme. Dilain pihak, konstitusionalisasi secara komprehensif hak-hak asasi manusia yang semula diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, yang kemudian dimuat dalam Bab XA UUD 1945, dilakukan melalui perubahan kedua pada tahun 2000, berbicara mengenai “hak dan kebebasan setiap orang”.

Perbedaan masa perubahan UUD 1945 dalam dua topik konstitusi demikian, dapat dipastikan membawa implikasi tersendiri dalam pemaknaannya, agar serasi dan harmonis satu dengan yang lain serta dengan keseluruhan UUD 1945 sebagai sesuatu yang utuh (*the unity of the constitution*). Sebagaimana telah kami kemukakan sebelumnya dalam perkara lain, tidak satupun pasal UUD 1945 dapat ditarik secara individual dari UUD 1945 yang utuh, dan memberi makna terhadapnya secara tersendiri, lepas dari pasal-pasal lain maupun lepas dari jiwa, semangat, *rechtsidee* dan *staatsidee* yang dikandung secara utuh dalam UUD 1945 tersebut. Paradigma keutuhan konstitusi itulah juga yang turut membimbing MK memberi makna terhadap rumusan pasal UUD 1945.

Pasal 6A ayat (2) berbunyi: “*Pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik peserta pemilihan umum sebelum pemilihan umum*”. Memang jika ditafsirkan secara berdiri sendiri, teks pasal tersebut tidak membuka peluang untuk diartikan lain, karena memang dilihat dari normanya yang sesungguhnya sangat konkret, teks demikian bukanlah merupakan materi muatan konstitusi, yang seharusnya hanya rumusan umum yang abstrak dalam bahasa prinsip atau asas-asas. Materi muatan konstitusi selayaknya hanya menyangkut tiga kategori, yaitu, *pertama* perlindungan terhadap hak asasi

manusia, *kedua*, susunan ketatanegaraan yang mendasar, dan *ketiga*, pembagian dan pembatasan tugas-tugas ketatanegaraan yang juga bersifat mendasar.

Muatan materi yang diatur Pasal 6A ayat (1) UUD 1945 bersama-sama dengan ayat (2) kemudian dalam ketentuan UU 42/2008 sebagaimana ditemukan dalam Pasal 8, sesungguhnya sama sebangun, meskipun dengan variasi kecil, sehingga berbunyi: "*Calon Presiden dan calon Presiden diusulkan dalam 1(satu) pasangan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik*". Oleh karenanya sepintas lalu dengan penafsiran tekstual individual terhadap Pasal 6A ayat (1) UUD 1945, maka secara mudah dapat dikatakan tidak ada pertentangan Pasal 8 UU 42/2008 dan pasal-pasal lain yang berkaitan, berkenaan dengan frasa "*diusulkan oleh Partai Politik atau gabungan Partai Politik*" dengan mengatakan bahwa Pasal 8 dan pasal-pasal lain yang berkaitan hanya menyalin bunyi Pasal 6A ayat (2) tersebut. Akan tetapi penafsiran demikian tampak jelas telah mengabaikan doktrin "*the unity of constitution*", yang harus membaca Pasal 6A ayat (2) tersebut dalam hubungan dengan keseluruhan batang tubuh dan pembukaan UUD 1945 tersebut, untuk dapat menemukan makna sesungguhnya dari pasal *a quo*. Jika tidak demikian maka tafsir semacam itu, pasti akan membawa kesesatan yang mendasar, yang seolah-olah perubahan UUD yang bertahap dan parsial terlepas satu dari yang lain, dan tidak menjadi masalah yang membawa konsekuensi terhadap keutuhan UUD 1945 sebagai satu *staatsidee* dan *rechtsidee* dan dilihat hanya secara pragmatis belaka dengan tafsir tekstual yang berdiri sendiri lepas dari pasal-pasal lainnya tidak dalam satu sistem.

Dalam *dissenting opinion* di atas, terlihat bagaimana pentingnya penafsiran gramatikal harus diikuti dengan penafsiran sistematis³¹⁸. Tidak dapat dipungkiri bahwa penafsiran dimulai dari teks, namun yang sering menjadi kesalahan adalah dengan membaca teks sebatas teks, tanpa

³¹⁸ J.A.Pontier, *Loc.cit*, hlm. 38

mencoba untuk mencari korelasi makna antara pasal yang satu dengan yang lain. Hukum sebagai sistem haruslah memiliki sifat yang menyeluruh (*holistic*), memiliki transformasi nilai (*value transformed*), keterhubungan (*inter-related*), keterbukaan (*openness*) dan terpenting adalah memiliki mekanisme kontrol (*control mechanism*) yang menyatukan sistem tersebut³¹⁹.

Pasal 6A ayat (2) yang berbunyi, "*Pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik peserta pemilihan umum sebelum pelaksanaan pemilihan umum*", yang diadopsi dalam perubahan ketiga UUD 1945 pada tahun 2001, harus dibaca dalam satu sistem dengan Pasal 1 ayat (2) yang berbunyi, "*Kedaulatan rakyat berada ditangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar*", dan pasal-pasal dalam Bab XA tentang hak-hak dasar yang diadopsi pada perubahan kedua pada tahun 2000, yang dapat menjadi jaminan bagi kedaulatan yang dimiliki rakyat melalui hak dasar yang disebutkan antara lain hak memilih dan dipilih dalam rangka keikutsertaan dalam pemerintahan untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif dalam membangun masyarakat, bangsa dan negara dalam perlakuan yang sama atau *non-diskriminatif (similia similibus)*. Negara demokrasi yang konstitusional menjamin kesempatan yang sama bagi **setiap orang** warga negara dalam partisipasi untuk turut menentukan arah kebijakan pemerintahan demi mewujudkan tujuan bernegara yang digariskan, dengan hak memilih dan dipilih untuk jabatan publik seperti Presiden/Wakil Presiden.

Dilihat dalam paradigma sistem dalam konstitusi yang utuh dimana hak perorangan dijamin dan dilindungi oleh konstitusi yang sama, maka hak konstitusional Partai Politik yang disebut Pemerintah dikandung oleh Pasal 6A ayat (2) tidaklah bermaksud untuk meniadakan hak-hak dasar yang disebut dalam Bab XA disebutkan dimiliki dan dijamin terhadap setiap orang

³¹⁹ Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Sebuah Sistem*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 158

untuk turut serta dalam pemerintahan, dan diperlakukan secara sama, baik mereka yang berpartai politik dan diusulkan oleh Partai Politik maupun yang tidak berpartai politik [Pasal 28D ayat (3) dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945]. Kalaupun benar Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 merupakan hak konstitusional partai politik, maka hak yang demikian hanyalah merupakan derivasi dari hak-hak dasar warga negara untuk turut serta dalam pemerintahan, yang diorganisir melalui partai politik, yang merupakan perwujudan hak untuk berserikat dan berkumpul serta mengeluarkan pendapat dan memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya. [Pasal 28, 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (3) dan Pasal 28I ayat (2)].

Rumusan HAM dalam konstitusi merupakan sebuah keniscayaan yang tidak dapat dinafikan, karena itu merupakan salah satu tujuan utama dari konstitusi yakni untuk melindungi masyarakat dari tindakan sewenang-wenang penguasa. Albert Venn Dicey³²⁰, menyebutkan sebagai *The constitution based on human right; the rule of law, lastly may be used as a formula for expressing the fact that with us the law constitution, the rules which in foreign countries naturally from part of a constitutional code, are not the source but consequence of the right of individual, the right of personal liberty and public meeting, as defined enforced by the court.* Selain itu, HAM sebagai sebuah instrument hukum juga berperan sebagai penyeimbang (stabilisator) *bargaining position* antara masyarakat dengan penguasa. Relasi ideal yang berimbang antara keduanya inilah yang menjadi dasar dari pembentukan negara madani (*civil society*)

Lebih jauh, putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007, yang membuka calon perseorangan dalam pemilihan umum kepala daerah (Pemilukada), merupakan rujukan yang sangat relevan

³²⁰ Albert Venn Dicey, *Loc.cit*, hlm. 202-203

bagi tafsir Pasal 6A ayat (2) tersebut, meskipun oleh Pemerintah dan DPR serta para ahli disangkal sebagai berbeda, dengan alasan bab Pemilukada berada dalam rezim Pemerintahan Daerah, sedang Pemilihan Presiden/Wakil Presiden berada dalam rezim Pemilihan Umum. Kami tidak sependapat dengan argumen demikian, karena dilihat dari kategori pimpinan eksekutif negara, kedua-duanya dalam kategori yang sama. Apalagi Pasal 22E UUD 1945 adalah hasil perubahan ketiga pada bulan Juni, sedangkan Pasal 18 ayat (4) merupakan hasil perubahan kedua pada tahun 2000 yang masih dipengaruhi Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah yang mulai berlaku tahun 2001. Tidak terdapat alasan mendasar untuk membedakan sifat keterpilihan (*electability*) Presiden sebagai pimpinan eksekutif nasional, dengan kepala daerah sebagai pimpinan eksekutif lokal. Sehingga oleh karenanya, perkembangan pemikiran dan kesadaran konstitusi yang diserap dalam putusan tersebut merupakan variabel yang sangat relevan sebagai rujukan dalam menafsirkan Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 tersebut.

Dalam pertimbangan di atas, dapat dilihat bagaimana seharusnya sistem hukum dibangun. Hukum dalam konteks putusan hakim (yurisprudensi) merupakan sebuah sistem tertata rapi dan konsisten. Bagi hakim dalam *rechtsvinding*, yurisprudensi mempunyai arti yang penting disamping undang-undang, karena dalam yurisprudensi terdapat makna yang lebih penting dan konkrit yang tidak terdapat dalam undang-undang³²¹. Yurisprudensi juga bertujuan untuk menjaga rasa keadilan bagi pencari keadilan (*justice seeker*) di pengadilan. Blackstone³²², menyatakan *precedent* bertujuan untuk: *to keep the scale of justice and steady and not liable to*

³²¹ Heru Susanto, *Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum (rechtsvinding) dan penciptaan hukum (rechtsschepping) pada Era Reformasi dan Transformasi*, Masalah-Masalah Hukum, Jurnal Hukum UNDIP, Volume. 36 No. 2 April – Juni 2007, hlm. 97

³²² Blackstone dalam Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab....., Loc.cit*, hlm. 39

waver with every new judges opinion". Hari Chand³²³, menjelaskan bahwa; "*precedent have to be established as guides to future conduct, and this applies not merely to legal system but to all rule or norm-creating body*". Sedangkan corak mekanisme *precedent* kontemporer dalam tradisi *common law*, dirangkum sebagai berikut:

*The special features of the present day common law system of precedent may, perhaps be summarized as (i) a particular emphasis on judicial decisions as the core of legal system, (ii) a very subordinate role conceded to juristic writing, as against decisions of the courts, in the exposition of the law; (iii) the treatment of certain judicial decisions as binding on other judges; and (iv) the form of judicial judgements and the mode of reporting these*³²⁴.

Sehingga dalam memutuskan suatu perkara hakim "wajib" membandingkan atau berkaca pada putusan-putusannya yang terdahulu. Sehingga rasa keadilan pencari keadilan akan terus terjaga.

Lebih lanjut, kami secara konsisten berpendapat bahwa perkembangan pandangan dan kesadaran yang tumbuh di dalam masyarakat tentang pencalonan Presiden dan Wakil Presiden, sebagaimana digambarkan oleh survei yang dilakukan oleh ahli Pemohon yang turut menjadi bagian bukti perkara ini, telah semakin menegaskan bahwa dimungkinkannya calon perseorangan atau independen yang tidak hanya melalui jalur partai politik, dipandang sebagai pandangan yang hidup dan menjadi aspirasi rakyat, dimana mayoritas warga masyarakat menganggap setiap warga mempunyai hak untuk mencalonkan diri sebagai Presiden, dan pencalonan hanya melalui partai politik dianggap mengurangi dan membatasi hak politik warga negara. Perkembangan kesadaran baru demikian yang justru tumbuh di dalam masyarakat dan diantara warga negara sebagai pemegang kedaulatan, tidak dapat dikesampingkan demikian saja

³²³ Lloyd of Hamstead, *Loc.cit*, hlm. 1101

³²⁴ Lloyd of Hamstead, *Loc.cit*, hlm. 1103

oleh penafsir konstitusi sebagai konteks riil di mana UUD 1945, memperoleh tempat berpijak dan bersumber.

Pertimbangan *dissenting opinion* di atas memakai logika sosiologis yang tidak dipakai pertimbangan utama dalam putusan ini. Hakim sejatinya harus memperhatikan dan mengikuti konteks aspirasi masyarakat sebagai rujukan utama (*the primacy*) dalam memutus suatu perkara, bukan konsep, doktrin atau sistem rasional dalam hukum³²⁵. Hukum selalu terbuka (inklusif) dan dapat diuji oleh masyarakat dalam hal kemanfaatannya. Hukum hendaknya mampu menjemput perubahan zaman (*beweging*) sehingga perlu dikedepankan kesadaran bahwa posisi hukum dikualifikasikan sebagai “hukum dalam perubahan” (*recht in beweging*). Roscou Pound³²⁶, mengingatkan posisi strategis hakim dan pengadilan sebagai *agent of change*, sebagai berikut:

“.....*the primary creative function of the judges in common law systems, while it increases the importance of a constructive judicial development of law in the auxiliary function of interpretation of statutes and judicial restraints on administrative action*”.

Roscue Pound³²⁷ juga memberikan pernyataan betapa penting dan perlunya penyesuaian antara keputusan hakim dengan keperluan atau tuntutan masyarakat sehingga hukum akan berperan dinamis dalam proses perubahan masyarakat yang lebih madani dan melahirkan hukum yang lebih humanis.

“*In the process of interpretation, a lawyer has to make adjustment in the law suit the need of society. The purpose of social engineering is to enable the lawyers to think in terms of changing and moulding the law*”.

³²⁵ Satjipto Rahardjo, *Loc.cit.* hlm. 81

³²⁶ Roscou Pound dalam Hari Chand, *Loc.cit.* hlm. 198

³²⁷ Roscou Pound dalam Hari Chand, *Loc.cit.* hlm. 198

Lebih lanjut, berdasarkan penafsiran atas Pasal 6A ayat (2) sebagai norma konstitusi yang menjadi sumber legitimasi pengaturan Pasal 8 dan pasal-pasal lain berkenaan dengan pengusulan Pasangan Calon Presiden dan Wakil Presiden yang tidak hanya oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik sebagaimana diutarakan di atas, maka Pasal 1 angka 4, Pasal 8, Pasal 9 dan Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden, seyogianya oleh MK dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, jika ditafsirkan menutup jalur pengusulan secara perseorangan atau independen, di luar jalur pengusulan partai politik atau gabungan partai politik (*conditionally unconstitutional*). Pengesampingan hak-hak dasar warga negara untuk berpartisipasi dalam pemerintahan dengan menjadi Calon Presiden dan Wakil Presiden secara perseorangan atau independen, dengan pembatasan yang menjadi substansi Pasal 8 dan pasal-pasal terkait dalam UU 42/2008, tidak dapat dibenarkan karena tidak memenuhi asas proporsionalitas, yang menuntut keseimbangan tujuan dengan bobot hak dasar yang dilindungi dan dijamin dalam UUD 1945.

Akan tetapi seperti halnya pembukaan jalur perseorangan bagi calon kepala daerah dan wakil kepala daerah dalam Putusan Nomor 05/PUU-V/2007, maka seandainya pun Putusan MK dalam perkara *a quo* mengabulkan permohonan Pemohon, putusan demikian membutuhkan implementasi berupa revisi UU 42/2008 tersebut, sehingga dapat dilakukan pengaturan yang layak bagi prosedur calon perseorangan atau independen yang seimbang dan setara dengan syarat bagi calon yang diusulkan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik sehingga tercapai keadilan secara rasional. Karena alasan yang demikian, seandainya pun pendapat berbeda ini menjadi putusan MK, maka tidak rasional pula untuk memperlakukannya dalam Pemilu 2009, melainkan harus memberi waktu penyesuaian sampai pemilihan umum berikut pada tahun 2014.

Pertimbangan terakhir ini sama seperti *dissenting opinion* sebelumnya yang menggunakan penafsiran futuristik³²⁸ yang bersifat antisipatif terhadap efek pembatalan suatu undang-undang. Hakim dituntut untuk jeli memperkirakan efek atau pengaruh apabila suatu undang-undang dibatalkan (inkonstitusional) atau tetap dipertahankan (konstitusional) terutama terkait kesiapan teknis atau opini masyarakat luas.

***Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi M. Akil Mochtar**

Bahwa Pasal yang diuji adalah Pasal 1 angka 4, Pasal 8, Pasal 9, dan Pasal 13 ayat (1) UU 42/2008 terhadap Pasal 6A ayat (2), Pasal 27 ayat (1) Pasal 28D ayat (3), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 yang menurut Pemohon pasal *a quo* telah menutup ruang bagi seseorang warga negara untuk menjadi calon perseorangan Presiden dan Wakil Presiden.

Bahwa terjadinya perubahan pasal-pasal UUD 1945 dilakukan dalam tenggang waktu yang berbeda, dan dalam konteks persoalan yang berbeda pula, sehingga perubahan demikian telah mengakibatkan pemaknaan pasal di dalam UUD 1945 antara pasal satu sama lain menjadi berbeda, misalnya dalam pemilihan Presiden diatur Pasal 6A UUD 1945, dan pemilihan Gubernur, dan Bupati/Walikota diatur Pasal 18 ayat (4) 1945, padahal kedua pasal tersebut mengatur tentang cara dan prosedur dalam rekrutmen jabatan publik walaupun dalam level yang berbeda, namun keduanya juga melakukan proses elektabilitas dimana dalam pemilihan kepala daerah yang sebelumnya hanya dilakukan atas usul partai politik kemudian dimungkinkan juga adanya calon perseorangan. Dalam posisi yang demikianlah menurut saya peran MK sebagai penafsir konstitusi justru menjadi penting agar *spirit*, jiwa dan moralitas konstitusi tetap terjaga dalam menata bangunan konstitusi yang tidak hanya memaknai konstitusi dari makna tekstualnya saja tetapi juga harus dibaca dalam konteks kekinian.

³²⁸ Sudikno Mertokusumo. *Loc.cit*, hlm. 76

Pertimbangan di atas memakai penafsiran sosiologis³²⁹ sebagai logika utamanya. Konstitusi harus diletakkan dalam bingkai tujuan masyarakat. Hakim konstitusi harus memiliki kepekaan sosial terhadap tuntunan dan perubahan masyarakat, sehingga hukum positif/konstitusi haruslah menjalani proses kontekstualisasi atau disesuaikan dengan hubungan atau situasi sosial yang baru sehingga lebih aktual, dinamis dan berkeadilan.

Dalam UUD 1945 sebelum perubahan bahwa kewenangan memilih Presiden dan Wakil Presiden diserahkan sepenuhnya kepada MPR [Pasal 6 ayat (2)]. Pemilihan Presiden/Wakil Presiden demikian, telah 5 kali dipraktikkan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, sehingga menurut hemat saya pemilihan Presiden/Wakil Presiden yang dilakukan melalui MPR sesungguhnya para Calon Presiden/Wakil Presiden tersebut merupakan calon "perseorangan". Setelah perubahan ketiga UUD 1945 (Pasal 6A) pemilihan Presiden dan Wakil dilakukan secara langsung, sehingga perubahan tersebut telah mengganti sistem pemilihan Presiden/Wakil Presiden sebagaimana tersebut di atas menjadi pemilihan Presiden/Wakil Presiden secara langsung, dimana dalam mekanisme pengusulan Pasangan Calon memberikan hak monopoli kepada partai politik dan gabungan partai politik.

Dalam perumusan UUD 1945 yang diamandemen oleh PAH I MPR mengenai calon perseorangan telah menjadi perdebatan yang intens dengan calon melalui Parpol atau gabungan Parpol, yaitu *"Selama pembahasan ketentuan Pilpres ini MPR menghadapi pilihan, untuk cara pemilihan terdapat gagasan pemilihan langsung oleh rakyat dan pemilihan oleh MPR. Untuk pencalonan terdapat gagasan pencalonan oleh Parpol/gabungan Parpol dan gagasan pencalonan calon indenpenden"*

³²⁹ Scholten dalam Achmad Ali, *Loc.cit*, hlm. 185

Merujuk pada keterangan di atas, maka menurut saya bahwa *"Konstitusi harus ditafsirkan secara luas karena konstitusi itu dimaksudkan untuk diterapkan terhadap kondisi-kondisi dan keadaan-keadaan yang tidak dapat diduga atau diperkirakan pada saat konstitusi dirumuskan dan karena makna konstitusi itu tetap dari waktu ke waktu.* (Penafsiran Eksternal)

Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan, *"Pasangan Calon Presiden dan Wakil Presiden diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik peserta pemilihan umum sebelum pelaksanaan pemilihan umum"*. Jika ditafsirkan teks pasal tersebut sudah bersifat eksplisit, kategorikal dan imperatif yang menutup ruang untuk diartikan lain, sehingga teks yang demikian jika dilihat normanya merupakan materi muatan suatu Undang-Undang. Padahal di dalam merumuskan materi muatan konstitusi terdapat beberapa hal yang perlu mendapat perhatian, yaitu: *"Hanya memasukkan prinsip-prinsip esensial saja, karena dengan demikian dapat dihindari terbentuknya ketentuan-ketentuan yang bersifat permanen dan tidak dapat diubah-ubah yang mungkin akan sulit mengakomodasikan dirinya dengan perkembangan masa dan kejadian dalam masyarakat; dan menggunakan bahasa yang sederhana dan akurat"*.

Perihal materi muatan konstitusi dan undang-undang, peneliti memiliki pendapat yang sama bahwa konstitusi sebagai sebuah bangunan hukum dasar haruslah memuat aturan-aturan yang mendasar (*fundamental rule of game*) atau lebih tepat disebut sebagai asas, dimana asas lebih bersifat mendasar dan abstrak. KC. Wheare³³⁰, merumuskannya menjadi: (a) *a sort of manifesto*, (b) *a confession of faith*, (c) *a statement of ideas*, dan (d) *a charter of land*. Sedangkan undang-undang merupakan penjabaran konkrit dari materi konstitusi, sehingga materinya pun lebih konkrit dan teknis daripada konstitusi, dalam kata lain undang-undang berisikan norma-norma hukum yang sudah lebih rinci dan terarah pada satu subyek bahasan.

³³⁰ KC. Wheare dalam Rosjidi Ranggawadjaja, *Pengantar Ilmu Per-Undang-Undang di Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 1998, hlm. 54

Demikian juga Pasal 6A UUD 1945 adalah pasal yang mengatur mengenai cara dan prosedur untuk menjadi Presiden dan Wakil Presiden yang tidak dapat mendiskriminasikan seseorang warga negara untuk menjadi Calon Presiden dan Wakil Presiden, oleh karena prinsip tersebut telah melanggar hak setiap warga negara yang mempunyai kedudukan, hak, dan kesempatan yang sama di dalam pemerintahan sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (3), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945. Dengan demikian setiap warga negara yang memenuhi Pasal 6 ayat (1) UUD 1945 harus mendapat kesempatan yang sama untuk menjadi Presiden dan Wakil Presiden, baik melalui partai politik maupun calon perseorangan.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, saya berpendapat bahwa Pasal 1 angka 4, Pasal 8, Pasal 9, dan Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden yang dimohonkan pengujian adalah *conditionally constitutional* atau konstitusional bersyarat yaitu dengan mempertimbangkan agenda nasional pelaksanaan Pilpres tahun 2009 yang sudah sangat dekat, maka pemberian ruang bagi Calon Presiden perseorangan harus diakomodir dalam UU 42/2008 dan dilaksanakan pada Pilpres tahun 2014.

Pertimbangan terakhir ini sama seperti *dissenting opinion* sebelumnya yang menggunakan penafsiran futuristik³³¹ yang bersifat antisipatif terhadap efek pembatalan suatu undang-undang. Hakim dituntut untuk jeli memperkirakan efek atau pengaruh apabila suatu undang-undang dibatalkan (inkonstitusional) atau tetap dipertahankan (konstitusional) terutama terkait kesiapan teknis atau opini masyarakat luas.

2. *Dissenting Opinion* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi yang berorientasi pada Asas Keadilan (*Substantial Justice*)

³³¹ Sudikno Mertokusumo, *Loc.cit.*, hlm. 76

a. *Dissenting Opinion* dalam Putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Mekanisme Suara Terbanyak dalam Penentuan Calon Anggota Legislatif

Putusan MK dalam perkara ini tidak diambil dengan suara bulat, namun “diwarnai” dengan 1(satu) *dissenting opinion* yang diberikan oleh Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati. *Dissenting opinion* yang diberikan bersifat *dissent*, dalam artian berbeda baik dari pertimbangan sampai pada putusan yang diberikan.

***Dissenting Opinion* Maria Farida Indrati**

Masalah yang berkaitan dengan kuota perempuan merupakan hal yang harus diperjuangkan sebagai suatu hak konstitusional dalam mencapai suatu kesetaraan dalam pembangunan bangsa Indonesia secara menyeluruh. Hal tersebut merupakan suatu kewajiban bagi Pemerintah dan para pembentuk undang-undang untuk mengatur dan melaksanakannya.

Mengapa diperlukan kuota perempuan? Pemenuhan kuota perempuan dilandasi pada argumen (Hanna Pitkin, *The Concept of Representation*, 1967) sebagai berikut:

1. Perempuan mewakili setengah dari populasi dan punya hak untuk setengah dari kursi (“*justice argument*”);
2. Perempuan mempunyai pengalaman yang berbeda dari laki-laki (biologis maupun sosial) yang diwakili (“*experience argument*”). Sejalan dengan argumen ini perempuan dapat memasuki posisi kekuasaan karena mereka akan terikat dalam politik yang berbeda;
3. Perempuan dan laki-laki mempunyai pertentangan kepentingan sehingga laki-laki tidak dapat mewakili perempuan (“*interest group argument*”);
4. Politisi perempuan mewakili model peran penting mendorong perempuan lain untuk mengikuti. Inti ide di belakang kuota gender pemilihan adalah merekrut perempuan ke dalam institusi politik dan memastikan bahwa perempuan tidak terisolasi dalam kehidupan politik³³².

Dalam konklusi Putusan MK terhadap pengujian undang-undang *a quo* telah menetapkan bahwa “*Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang 10/2008 meskipun dipandang sebagai suatu yang bersifat diskriminatif secara terbalik atau reverse discrimination, akan tetapi tidak melanggar*

³³² *Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi Maria Farida dalam Putusan No. Putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Mekanisme Suara Terbanyak dalam Penentuan Calon Anggota Legislatif

konstitusi karena ketentuan a quo adalah untuk meletakkan dasar-dasar yang adil secara sama bagi laki-laki dan perempuan, karenanya permohonan Pemohon tidak beralasan". Konklusi ini menurut saya **tidak sejalan** dengan pertimbangan yang menyatakan bahwa Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU 10/2008 bertentangan dengan UUD 1945. Pendapat ini dilandasi dengan alasan sebagaimana diuraikan di bawah ini;

Dengan telah diundangkannya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984 tentang Ratifikasi Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita (*Convention on the Elimination of All Forms Discrimination against Women –CEDAW*), maka Negara Republik Indonesia mempunyai kewajiban sebagai negara pihak (*state parties*) untuk mengintegrasikan seluruh prinsip-prinsip yang tercantum dalam konvensi tersebut ke dalam hukum nasional.

Untuk menjamin terpenuhinya pelaksanaan pengaturan dari Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita (*CEDAW*) tersebut maka Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD telah menetapkan dalam Pasal 53, Pasal 55 ayat (2) dan Pasal 214 yang mengatur mengenai kuota perempuan, dengan rumusan sebagai berikut:

Pasal 53: “*Daftar bakal calon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 52 memuat paling sedikit 30% (tiga puluh per seratus) keterwakilan perempuan.*”

Pasal 55:

Ayat (1): “*Nama-nama calon dalam daftar bakal calon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 disusun berdasarkan nomor urut.*”

Ayat (2): “*Di dalam daftar bakal calon sebagaimana dimaksud pada ayat (1), setiap 3 (tiga) orang bakal calon terdapat sekurang-kurangnya 1 (satu) orang perempuan bakal calon.*”

Ayat (3) “*Daftar bakal calon sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disertai dengan Pas foto terbaru.*”

Pasal 214: “*Penetapan calon terpilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota dan Partai Politik Peserta Pemilu didasarkan pada perolehan kursi Partai Politik Peserta Pemilu di suatu daerah pemilihan, dengan ketentuan:*

- a. calon terpilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota ditetapkan berdasarkan calon yang memperoleh suara sekurang-kurangnya 30% (tiga puluh perseratus) dari BPP;
- b. dalam hal calon yang memenuhi ketentuan huruf a jumlahnya lebih banyak daripada jumlah kursi yang diperoleh partai politik peserta pemilu, maka kursi diberikan kepada calon yang memiliki nomor urut lebih kecil di antara calon yang memenuhi ketentuan sekurang-kurangnya 30% (tiga puluh perseratus) dari BPP;
- c. dalam hal terdapat dua calon atau lebih yang memenuhi ketentuan huruf a dengan perolehan suara yang sama, maka penentuan calon terpilih diberikan kepada calon yang memiliki nomor urut lebih kecil di antara calon yang memenuhi ketentuan sekurang-kurangnya 30% (tiga puluh perseratus) dari BPP, kecuali bagi calon yang memperoleh suara 100% (seratus perseratus) dari BPP;
- d. dalam hal calon yang memenuhi ketentuan huruf a jumlahnya kurang dari jumlah kursi yang diperoleh partai politik peserta pemilu, maka kursi yang belum terbagi diberikan kepada calon berdasarkan nomor urut;
- e. dalam hal tidak ada calon yang memperoleh suara sekurang-kurangnya 30% (tiga puluh perseratus) dari BPP, maka calon terpilih ditetapkan berdasarkan nomor urut.”

Perumusan ketentuan dalam ketiga pasal tersebut merupakan tindakan afirmatif bagi keterwakilan perempuan yang merupakan desain “dari hulu ke hilir”, dalam arti mengkombinasikan antara proteksi dalam mekanisme internal partai (pencalonan dan penempatan dalam daftar calon), dan mekanisme eksternal partai berupa dukungan konstituen yang diraih calon anggota dewan (DPR dan DPRD) melalui perjuangan di daerah pemilihan yang bersangkutan;

Perumusan ketentuan dalam Pasal 55 ayat (2) undang-undang *a quo* sebenarnya merupakan implementasi dari ketentuan dalam Pasal 53, yang diharapkan dapat mendukung perolehan suara bagi keterwakilan perempuan. Selain itu, penetapan calon terpilih seperti diatur dalam Pasal 214 undang-undang *a quo* merupakan juga tindakan afirmatif dalam rangka memberikan peluang keterpilihan lebih besar bagi calon perempuan. Oleh karena itu, penetapan penggantian dengan “suara terbanyak” akan menimbulkan inkonsistensi terhadap tindakan afirmatif tersebut. Tujuan tindakan afirmatif yang merupakan tindakan sementara ini adalah mendorong jumlah perempuan lebih banyak di DPR, DPRD provinsi, dan DPRD

kabupaten/kota, sehingga menggantinya dengan **“suara terbanyak”** adalah identik dengan menafikan tindakan afirmatif tersebut. Tindakan afirmatif tersebut dirumuskan sebagai upaya agar penerapan kuota 30% perempuan sebagai calon di DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota, tidak hanya merupakan retorika saja, tetapi merupakan suatu tindakan nyata yang didukung dengan sistem yang baik dalam setiap partai politik.

Apabila tindakan afirmatif yang ditetapkan dalam undang-undang digantikan dengan **“suara terbanyak”** maka hal tersebut merupakan tindakan yang tidak konsisten dengan mekanisme yang dibangun dalam penyelenggaraan pemilihan umum dalam undang-undang *a quo*, oleh karena penggantian tersebut dilaksanakan setelah adanya penetapan Daftar Calon Anggota DPR, DPRD Provinsi, DPRD Kabupaten/Kota, sehingga mekanisme desain **“dari hulu ke hilir”** yang dilakukan untuk menunjang tindakan afirmatif tidak dapat terlaksana. Penggunaan suara terbanyak seharusnya dikemas sejak awal penyelenggaraan Pemilihan Umum (Penetapan Calon Anggota DPR, DPRD Provinsi, DPRD Kabupaten/Kota) melalui mekanisme internal partai yang demokratis dalam pelaksanaan rekrutmen dan penempatan daerah pemilihan (Dapil). Tidak adanya mekanisme internal di partai politik yang transparan, terukur, dan demokratis akan menyebabkan penggunaan suara terbanyak hanya akan menguntungkan segelintir orang dan tidak memenuhi asas keadilan bagi semua calon anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota yang bersaing.

Walaupun sebenarnya, penggunaan mekanisme **“suara terbanyak”** dalam pemilihan umum adalah merupakan cara terbaik dan memenuhi asas demokrasi untuk mendapatkan hasil yang sesuai dengan kehendak masyarakat pemilih, akan tetapi apabila mekanisme tersebut tidak diatur secara menyeluruh dan terpadu dalam suatu peraturan (dalam hal ini undang-undang) hal tersebut justru akan menimbulkan dampak yang negatif. Tanpa adanya peraturan yang

menyeluruh dan terpadu maka mekanisme “suara terbanyak” hanya akan digunakan sebagai alat untuk melegalkan strategi internal partai politik untuk meraih suara pemilih sebanyak mungkin dengan mengabaikan kompetensi calon dan reformasi internal partai politik yang komprehensif, serta mengabaikan tindakan afirmatif yang sudah disepakati bersama.

Perumusan dalam Pasal 53, Pasal 55, dan Pasal 214 UU 10/2008 sebenarnya merupakan tindakan afirmatif yang dilandasi ketentuan dalam Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 dan beberapa pasal dalam CEDAW yang, antara lain, berbunyi sebagai berikut:

Pasal 28H ayat (2) UUD 1945: *“Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan”;*

Pasal 4 ayat (1) CEDAW: *“Pembentukan peraturan-peraturan dan melakukan tindakan khusus sementara oleh negara-negara pihak yang ditujukan untuk mempercepat kesetaraan “de facto” antara laki-laki dan perempuan, tidak dianggap sebagai diskriminasi seperti ditegaskan dalam konvensi ini, dan sama sekali tidak harus membawa konsekuensi pemeliharaan standar-standar yang tidak sama atau terpisah, maka peraturan-peraturan dan tindakan tersebut wajib dihentikan jika tujuan persamaan kesempatan dan perlakuan telah tercapai”;*

Pasal 7 CEDAW: *“Negara-negara pihak wajib mengambil langkah-langkah yang sesuai untuk menghapus diskriminasi terhadap perempuan dalam kehidupan politik dan kehidupan bermasyarakat di negaranya, khususnya menjamin bagi perempuan atas dasar persamaan dengan laki-laki, hak:(a) untuk memilih dalam semua pemilihan dan agenda publik dan berkemampuan untuk dipilih dalam lembaga-lembaga yang dipilih masyarakat; (b) untuk berpartisipasi dalam perumusan kebijakan pemerintah dan implementasinya, serta memegang jabatan dalam pemerintahan dan melaksanakan segala fungsi pemerintahan di semua tingkatan; (c) untuk berpartisipasi dalam organisasi-organisasi dan perkumpulan-perkumpulan non pemerintah yang berhubungan dengan kehidupan masyarakat dan politik negara.*

Rekomendasi Umum Nomor 23 tentang Kehidupan Politik dan Publik Pasal 7 dan Pasal 8 CEDAW, Sesi ke-16 Tahun 1997 menegaskan:

“... di bawah Pasal 4, konvensi mendorong digunakannya tindakan khusus sementara guna memberi efek penuh pada Pasal 7 dan 8, di mana negara-negara telah mengembangkan strategi sementara yang efektif dalam upayanya mencapai kesetaraan partisipasi, berbagai jenis tindakan telah diimplementasikan, termasuk merekrut, membantu secara finansial dan melatih

kandidat perempuan, mengubah prosedur pemilihan, merancang kampanye yang ditujukan pada partisipasi yang setara, menetapkan target angka dan kuota dan menargetkan perempuan untuk ditunjuk pada jabatan publik seperti hakim atau kelompok.”

Perihal *affirmative action* yang merupakan perwujudan dari diskriminasi positif. Peneliti membandingkannya dengan prinsip perbedaan (*different principle*) yang dikemukakan oleh John Rawls. Dia menyatakan bahwa namun prinsip kebebasan dan keseimbangan (*equal principle*) juga harus diimbangi dengan “pembatasan-pembatasan” yang disebut John Rawls³³³ sebagai *different principle*, dalam artian apabila terjadi ketidaksamaan atau ketidakadilan dalam bidang politik, sosial dan ekonomi, maka harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah (*least advantaged*). Dalam konteks *dissenting opinion* ini teori di atas relevan untuk dipergunakan sebagai bahan pertimbangan hakim untuk menolak permohonan termohon, karena wanita/perempuan masih dianggap sebagai golongan masyarakat yang masih lemah kesempatan politiknya.

Berdasarkan alasan hukum dan fakta yang diuraikan di atas, saya berkesimpulan bahwa Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD tidak bertentangan dengan UUD 1945.

Dalam *dissenting opinion* di atas, penafsiran yang digunakan adalah penafsiran sistematik³³⁴ dan sejarah hukum (*rechtshistorich*)³³⁵. Dalam bangunan hukum yang tersistematis secara benar, teks hukum saling keterkaitan (*inter-relevance*) dan berkelindang dengan teks

³³³ John Rawls dalam Brian Bix, *Loc.cit*, hlm. 100

Second Principle: (“ The Difference Principle”) “ social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) to the greatest benefit of least advantaged, (b) attached to office and positions open to all condition of fair equality and opportunity”

³³⁴ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab... ..*, *Loc.cit*, hlm. 141

Menafsirkan hukum positif harus dilakukan secara *holistic* (menyeluruh) bukan secara *partial* (terpisah) dan tidak boleh menyimpang (*misleading*) atau keluar dari sistem perundang-undangan (*out of context*)

³³⁵ Scholten dalam Achmad Ali, *Loc.cit*, hlm. 185

hukum yang lain. Dalam memahami makna implisit dari Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU No 10 Tahun 2008, harus diperbandingkan dengan substansi dari Pasal 55 ayat (2) dan Pasal 53. Ketiga pasal tersebut memiliki keterkaitan yang tidak dapat dipisahkan satu sama lain karena memiliki “aliran darah” yang sama. Dalam artian ketiganya merupakan satu kesatuan hukum yang saling menyokong dan mendukung. Jadi apabila ada salah satu pasal yang dinyatakan inkonstitusional maka secara otomatis akan berdampak pula pada pasal-pasal yang lain.

Dalam *dissenting opinion* ini, ketiga rumusan pasal tersebut berisi norma hukum dan semangat hukum yang sama yakni perihal kebijakan *affirmative action*. Sehingga dengan dinyatakannya Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU No 10 Tahun 2008 inkonstitusional, maka berdampak pada kekacauan sistem perundang-undangan. Pasal 55 ayat (2) yang dinyatakan konstitusional menjadi “macan kertas” karena kehilangan kekuatan yuridis dengan dicabutkan “jiwa hukum” dalam pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU No 10 Tahun 2008.

Selain melakukan harmonisasi horizontal dalam lingkup internal (dalam UU yang sama), harmonisasi horizontal juga dilakukan dengan melakukan perbandingan terhadap rumusan UU yang berkaitan secara langsung dengan UU No.10/2008, UU yang dijadikan alat perbandingan adalah UU No. 7 Tahun 1984 tentang Ratifikasi Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita (*Convention on the Elimination of All Forms Discrimination against Women –CEDAW*). Dalam prinsip Hukum Internasional kontemporer, Indonesia sebagai negara peserta yang telah meratifikasi Konvensi Internasional tersebut wajib mentransformasikan produk internasional tersebut menjadi produk hukum nasional (UU) dan wajib mematuhi.

Pasal 55 ayat (2) yang dijiwai oleh Pasal 53 yang kemudian diaplikasikan secara konkrit oleh rumusan Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU No 10 Tahun 2008. Merupakan “amanah” dari UU No. 7 Tahun 1984. Rumusan UU ini merupakan “sejarah hukum” dari kebijakan *affirmative action* di Indonesia. Harmonisasi horizontal sebenarnya sudah tercipta diantara kedua UU tersebut (UU No.10/2008 dan UU No. 7/1984), sampai MK “menyatakan” Pasal 214 inkonstitusional³³⁶.

Penafsiran progresif sosiologis yang menjadi paradigma hukum dari putusan suara terbanyak oleh banyak kalangan dianggap “menabrak” sistem hukum yang sudah mapan mengenai kebijakan *affirmative action* dan proses pemilihan. Ramlan Surbakti³³⁷ mengkritik keras putusan ini dengan menyatakan bahwa putusan MK tentang suara terbanyak mangacaukan sistem yang sudah dibuat secara sistematis oleh DPR, sehingga sistem pemilu menjadi “amburadul”. Beliau menyatakan bahwa sistem pemilu dalam UU No. 10/2008 mengandung 4 (empat) tahapan yakni; besaran daerah pemilihan, pola pencalonan tertutup atau terbuka, sistem zigzag calon perempuan, model pemberian suara kepada parpol atau caleg dan berdasarkan suara terbanyak.

Terkait pertentangan antara penafsiran sosiologis yang progresif mencari rasa keadilan masyarakat dengan penafsiran sistematik yang mengharuskan hukum tertata dengan sistemik dan rapi. Scholten³³⁸, memberikan rekomendasi sebagai berikut;

“Yang ikut menentukan penafsiran tidak hanya ketentuan-ketentuan dalam undang-undang, melainkan juga hubungan-hubungan kemasyarakatan sendiri, tempat dimana

³³⁶ Dalam harmonisasi horizontal, suatu undang-undang dengan undang-undang yang lain harus memiliki materi (isi) tidak saling bertentangan (kontradiktif) satu sama lain. Harmonisasi penting guna menunjang tertib hukum dan memastikan hukum dapat dijalankan dengan benar dan sistematis.

³³⁷ Pendapat Ramlan Surbakti dalam <http://kompas.com> Diakses pada tanggal 13 Nopember 2009

4 (empat) tahapan tersebut merupakan satu kesatuan sistem dalam tahapan pemilu yang saling menunjang satu sama lain. “Putusan MK hanya mengambil ekornya saja, sehingga membuat sistem pemilu tidak lagi sistematis, antara “kepala” dan “ekor” tidak lagi cocok”

³³⁸ Scholten dalam Achamd Ali, *Loc.cit*, hlm. 185

ketentuan itu diterapkan (penafsiran sosiologis)..... Undang-undang menetapkan hubungan ini, dalam arti mensyaratkan apa yang seharusnya ada dalam suatu hubungan tertentu (penafsiran sistematik), akan tetapi sekaligus undang-undang mengalami pengaruh dari perubahan dalam hubungannya.

Dari pernyataan Scholten di atas, terlihat korelasi positif antara penafsiran sosiologis dengan penafsiran sistematik. Harus dipahami bahwa suatu produk hukum (UU) harus bertumpu pada suatu penilaian tentang kepentingan kemasyarakatan, namun tetap harus mematuhi sistem yang sudah dibangun oleh para pembentuk undang-undang. Dalam artian penafsiran sosiologis juga harus dilakukan dengan pertimbangan sistematis, hukum harus bergerak secara dinamis namun tetap dalam statika (sistem) yang sudah ada³³⁹.

b. *Dissenting Opinion* dalam Putusan Nomor 9/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survei untuk melakukan mekanisme *quick count* dalam Pemilihan Umum

Terhadap putusan MK tentang permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survey untuk melakukan mekanisme *quick count* dalam Pemilu. 3 (tiga) orang Hakim Konstitusi, yaitu Achmad Sodiki, M. Akil Mochtar, dan M. Arsyad Sanusi mempunyai pendapat berbeda (*dissenting opinions*) sebagai berikut:

***Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi Achmad Sodiki dan M. Akil Mochtar**

I. BAHASAN

1. Ada tiga hal yang penting tentang kebebasan mengeluarkan pendapat, “

The first view is that freedom of expression is essential to a person's autonomy and self-fulfilment. The second is the marketplace of ideas, that minimal government regulation will

³³⁹ Hans Kelsen dalam Lord Lloyd dan M.D.A. Freeman, *Loc.cit*, hlm. 329

Hukum menerima dinamika sosial sebagai salah satu unsur penemuan hukum (*rechtfinding*), namun proses penemuan hukum tersebut harus masih “berkaca” pada aturan-aturan hukum normatif (statika hukum). Dalam konstelasi hukum akan selalu ada “statika dalam dinamika, dan “dinamika dalam statika”. Hans Kelsen menjelaskannya dalam *Legal Dynamics*.

allow robust debate between citizens that is most likely to lead to the truth. The third justification is that freedom of expression is a necessary component of democratic government” (Jacob Rowbottom, “Media Freedom and Political Debate in the Digital Era”, *Media Law Review*, Vol. 69 Juli No. 4, 2006).

Kapitalisme global yang menyuguhkan berita (*news*) menjadi benda-benda konsumtif, menjadikan iklan melalui pers dengan media elektronik sumber pendapatan yang menggiurkan. Tak pelak banyak calon legislator masa kini membeli komoditas ini dalam rangka mendapatkan perolehan suara dalam Pemilu.

News atau berita dalam segala bentuknya telah menjadi komoditas dalam pasar bebas artinya siapa saja mampu atau dapat membeli dan mendapatkan keuntungan dari pemberitaan. Survei yang dicitrakan semata-mata kepentingan ilmiah seperti di Perguruan Tinggi, kini sudah menjadi industri survei, yang mengabdikan pada kepentingan perseorangan atau golongan dan telah memasuki ranah publik. Keseimbangan antara perlindungan kepentingan perseorangan dengan kepentingan umum diperlukan dalam proses demokrasi. Betapa dahsyatnya efek berita yang mampu membuahkan keuntungan bagi kepentingan perseorangan di bidang politik. Bisa terjadi seorang calon legislatif atau calon presiden yang tadinya tidak begitu dikenal, berkat pencitraan pers ia menjadi orang yang sangat dibutuhkan oleh masyarakat. Oleh sebab itu apa yang dikemukakan oleh Descartes, “*Cogito ergo sum*”, “*saya berfikir karena itu saya ada*”, dalam pasar bebas pers sekarang ini sudah bergeser menjadi ‘saya mampu membeli berita’ karena itu ‘saya ada’. Berita adalah citra. Seseorang bisa dicitrakan sebagai orang yang berhasil menohok koruptor, membela *wong cilik*, jujur, dan dapat dipercaya, serta dekat kepada rakyat. Sebaliknya semakin orang atau partai tidak mampu membeli citra semakin ia tidak diperhitungkan, seperti pepatah Arab, “*wujuduhu kaadamih*” artinya adanya seperti tidak ada saja, maka cukuplah bagi partai yang dananya tipis berkampanye seperti kerja bakti di sekitar kuburan, alias sepi

pengunjung itupun jika diberitakan atas belas kasihan pers yang memberitakannya. Partai-partai kecil ini tidak berdana menjadi bagian dari *the least advantage*, yaitu mereka yang paling kurang diuntungkan oleh pasar bebas pers. Bahayanya, "*The mass media, with the high costs of access and control in the hands of an elite, requires some oversight to prevent its important social and democratic functions being skewed in the interests of a small number of speakers or gatekeepers* (JacobRowbotton). Penyajian citra di media masa sering melampaui apa yang merupakan "kenyataan", bahkan seringkali sama sekali kenyataan itu tidak ada. Kemasan informasi telah membentuk sekumpulan masa yang tidak berdaya dan tertutup terhadap informasi yang sebenarnya, sehingga ia menjadi budak-budak terselubung dari peradaban industri modern, karena industri demikian tidak bebas dari manipulasi kebutuhan yang diciptakan oleh elit pemilik modal³⁴⁰.

Atas dasar pemikiran yang demikian, tidak mustahil bahwa sebagian survey dibiayai oleh partai-partai yang dananya besar baik menjelang Pemilu, maupun masa tenang yang hasilnya dapat mengecoh masyarakat. Bagaimanapun juga harus diakui bahwa pers di Indonesia belum seluruhnya menerapkan suatu kualitas pers yang profesional dan bertanggung jawab dalam membuat pemberitaan. Jika pers dibiarkan berjalan tanpa kontrol dan tanggung jawab maka hal tersebut dapat berpotensi menjadi media agitasi dan pembohongan publik yang mempengaruhi psikologis masyarakat yang belum terdidik, yang *nota bene* lebih besar jumlahnya dibanding dengan masyarakat yang terdidik.

Undang-Undang Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers, belum mengakomodasi permasalahan tersebut. Undang-Undang tersebut mengatur sanksi pidana berupa denda jika pers

³⁴⁰ *Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi Achmad Sodiki dan M. Akil Mochtar dalam Putusan Nomor 9/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survei untuk melakukan mekanisme *quick count* dalam Pemilihan Umum

melanggar norma susila dan asas praduga tidak bersalah serta masalah pengiklanan yang dilarang oleh Undang-Undang (*vide* Pasal 18 ayat (2) UU Pers). Selebihnya UU Pers hanya mengatur mengenai hak jawab dan hak koreksi untuk pemberitaan yang dianggap bermasalah. Hal inilah yang sebenarnya dianggap tidak mengandung keseimbangan dalam pers. UU Pers juga tidak tegas mengatur siapa yang harus menjadi penanggung jawab dalam perusahaan pers terhadap berita-berita yang dikeluarkan, pemimpin redaksikah atau wartawan (Frans Hendra Winarta: *Kebebasan Pers dalam Perspektif Pidana Ditinjau dari RUU KUHP*).

Kebebasan pers adalah unsur mutlak dalam negara demokrasi. Untuk mencegah adanya penyalahgunaan pers dan perlindungan pihak yang lemah, maka perlu ada pembatasan. Pada Pemilu tahun 2004 hasil survei yang diumumkan di internet dengan mudah disusupi oleh *hackerbarry* (*hacker*) sehingga muncul partai pisang, partai pepaya, dan sebagainya, yang bagaimanapun akan membingungkan rakyat. Pembatasan itu tidak perlu dengan pemidanaan tetapi cukup dengan hukuman denda. Pembatasan itu bukan dimaksud mengekang kebebasan pers tetapi untuk membuat insan-insan pers Indonesia agar lebih bertanggung jawab, profesional, dan menghormati hak asasi orang lain.

Dalam *dissenting opinion* diatas, prinsip perbedaan (*different principle*) menjadi kata kunci untuk menolak permohonan pemohon. Hak Asasi Manusia (HAM) tidak bisa diterapkan secara membabi buta oleh semua individu, dikarena hal tersebut akan menimbulkan ketidakadilan bagi orang lain atau masyarakat, oleh karena itu diperlukan suatu “pembatasan” terhadap HAM tersebut. John Rawls³⁴¹ memaparkan tentang prinsip perbedaan (*different principle*), sebagai berikut:

³⁴¹ John Rawls dalam Brian Bix, *Loc.cit*, hlm. 100

Second Principle: (“ The Difference Principle”) “ social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) to the greatest benefit of least advantaged, (b) attached to office and positions open to all condition of fair equality and opportunity”

II. KESIMPULAN.

- i. Pasal 245 ayat (2) UU 10/2008, *“Pengumuman hasil survei atau jajak pendapat tidak boleh dilakukan pada masa tenang”*. Ini berlaku untuk semua orang termasuk para peserta Pemilu atau partai. Pasal 89 ayat (5) UU 10/2008, media massa cetak dan lembaga penyiaran sebagaimana dimaksud pada ayat (1) selama masa tenang ‘dilarang’ menyiarkan berita iklan, rekam jejak peserta Pemilu, atau bentuk lainnya yang ‘mengarah’ kepada kepentingan kampanye yang menguntungkan atau merugikan peserta Pemilu. Surveinya sendiri dapat dilakukan di luar masa tenang sebelum Pemilu, tetapi pengumumannya apabila mengandung maksud seperti yang terkandung dalam Pasal 89 ayat (5) UU 10/2008 dilarang. Ini berarti dalam masa tenang ketentuan Pasal 245 ayat (2) UU 10/2008 diberlakukan bagi siapa saja, yang sekalipun merupakan pembatasan tetapi dilakukan secara adil artinya diberlakukan untuk semua orang, sehingga tidak bersifat diskriminatif. Pada masa tenang juga semua atribut tanda gambar partai dalam pemilihan umum dibersihkan. Setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan Undang-Undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, dan keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. Dengan demikian permohonan untuk Pasal ini ditolak.
- ii. Pasal 245 ayat (3) UU 10/2008, *“Pengumuman hasil penghitungan cepat hanya boleh dilakukan paling cepat pada hari berikutnya dari hari/tanggal pemungutan suara”*. Pasal ini tidak perlu karena Pemilunya sendiri sudah berakhir, sehingga pengumuman cepat (*quick count*) tidak mempengaruhi hasil pemilihan umum. Pemohon telah dapat membuktikan bahwa TV Swasta telah menyiarkan *quick count* pada pemilu tahun 2004 dan berbagai hasil perhitungan *quick count* Pemilu pada, sehingga permohonan dikabulkan.
- iii. Pasal 245 ayat (5) UU 10/2008. Terhadap ketentuan ayat (2) dan ayat (3) merupakan tindak pidana Pemilu, sehingga permohonan dikabulkan sepanjang frasa *“ayat (2), ayat (3)”*.
- iv. Pasal 282 UU 10/2008, ditolak sepanjang kata-kata, *“Setiap orang yang mengumumkan hasil survei atau hasil jajak pendapat dalam masa tenang, dipidana dengan pidana denda paling sedikit Rp 3.000.000,00 (tiga juta rupiah) dan paling sedikit paling banyak Rp 12.000.000,00 (dua belas juta rupiah) dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) bulan dan”* dikabulkan sepanjang kata-kata *“...pidana paling lama 12 (dua belas) bulan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) bulan... dan paling lama 12 (duabelas) bulan”*.
- v. Pasal 307 UU 10/2008. Permohonan atas Pasal ini dikabulkan, karena berhubungan dengan dikabulkannya Pasal 245 ayat (3) UU 10/2008.

Dari *dissenting opinion* di atas, peneliti mengambil kesimpulan bahwa dasar perbedaan ditelusuri dengan pendekatan sistematik perundang-undangan. Disebutkan bahwa; UU Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers, belum mengakomodasi permasalahan *trial by press* yang sering terjadi di Indonesia, sehingga pembatasan terhadap kebebasan pers menjadi hal yang wajib dipertahankan dalam sistem hukum di Indonesia. Hal ini terkait dengan harmonisasi horizontal³⁴² antar undang-undang, dimana hukum dimaknai sebagai suatu sistem yang saling berkelindan satu sama lain, maka harus ada keserasian diantara undang-undang tersebut sehingga hukum dapat berjalan secara baik dan saling mendukung satu sama lain. Selain membandingkan dengan undang-undang yang relevan dengan UU No.10/2008, dalam *dissenting opinion* diatas juga mendeskripsikan tentang “kesepahaman” konsep tentang pengumuman hasil survey yang terpatri dalam Pasal 89 ayat (5) UU No. 10/2008 yang memiliki kesamaan konsep dengan rumusan Pasal 245 ayat (2) UU No. 10/2008. Sehingga permohonan pemohon untuk membatalkan pasal tersebut tidaklah beralasan.

***Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi M. Arsyad Sanusi**

Pemilu sebagai sarana kedaulatan rakyat yang dilaksanakan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil harus menjadi cita-cita hukum bagi penyelenggara Pemilu maupun seluruh lapisan masyarakat. Pasal 22E ayat (6) UUD 1945 mengamanatkan Pemilu diatur lebih lanjut dengan Undang-Undang, terakhir adalah Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008. Salah satu hal penting yang diatur dalam undang-undang *a quo* adalah partisipasi masyarakat dalam Pemilu. Partisipasi masyarakat dalam Pemilu sebagaimana diatur dalam Bab XIX Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008, pada hakikatnya bermakna keinginan untuk ikut serta dalam

³⁴² Dalam harmonisasi horizontal; undang-undang dengan undang-undang yang lain haruslah memiliki materi (isi) yang tidak saling bertentangan (kontradiktif) satu sama lain. Harmonisasi penting untuk didapatkan guna menunjang tertib hukum dan memastikan hukum dapat dijalankan dengan baik dan sistematik.

kehidupan politik yang berpotensi mempengaruhi proses politik yang sedang berlangsung, diantaranya melalui survei atau jajak pendapat maupun *quick count* yang bertitik tolak pada paham kebebasan berpendapat. Menurut Puddephat, terdapat tiga aspek kebebasan berpendapat, yaitu: (i) mencari informasi dan ide-ide, (ii) menerima informasi dan ide-ide, dan (iii) menyampaikan informasi dan ide-ide (Andrew Puddephat, *The Essential of Human Rights: Freedom of Expression*, 2005), sebagaimana juga dijamin oleh Pasal 28F UUD 1945. Berkait dengan kebebasan memperoleh dan menyampaikan informasi, dapat dikemukakan hal-hal sebagai berikut:

- A. Kebebasan memperoleh informasi dan menyampaikan informasi adalah hak asasi manusia yang fundamental dan universal, dimana setiap orang, tanpa kecuali, memiliki hak untuk memperoleh dan menyampaikan informasi. Konsekuensinya, negara, dalam hal ini pemerintah, berkewajiban untuk membuka saluran-saluran informasi;
- B. Kebebasan dimaksud terdapat dalam Pasal 19 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*) yang berbunyi, "*Setiap orang berhak mengeluarkan pendapat dan ekspresinya; hak ini mencakup kebebasan untuk memiliki pendapat tanpa adanya campur tangan, dan juga hak untuk mencari, menerima, dan menyebarkan informasi dan ide melalui media apa pun, dan tidak boleh dihalangi*"
- C. Akses informasi merupakan dasar bagi kehidupan demokrasi dan kebebasan informasi merupakan bagian dari hak asasi manusia;
- D. Negara wajib menghormati, melindungi dan memenuhi hak tersebut;
- E. Kebebasan memperoleh dan menyampaikan informasi, demokrasi dan *good governance* merupakan konsep yang saling terkait karena dengan kebebasan *a quo* masyarakat dapat

turut mengontrol setiap langkah kebijakan Pemerintah dalam menata negara dan masyarakat;

Ketentuan Pasal 245 ayat (2) UU 10/2008 tentang larangan mengumumkan hasil survei atau jajak pendapat pada masa tenang mengandung dua nilai hukum, yakni kebebasan memperoleh dan menyampaikan informasi yang harus dijunjung tinggi, di satu sisi, serta potensi terusiknya kenyamanan dan ketertiban, pada sisi yang lain. Begitu juga larangan mengumumkan hasil *quick count* pada hari/tanggal pemungutan suara sebagaimana diatur oleh Pasal 245 ayat (3) undang-undang *a quo*, juga mempunyai dua nilai hukum, yakni kebebasan berbasis ilmiah yang harus dijunjung tinggi dalam negara demokrasi dan potensi terganggunya ketertiban umum karena keresahan dan konflik yang dapat timbul di tengah masyarakat.

Di sinilah MK dihadapkan pada dua kepentingan, dua nilai hukum, yakni kepentingan setiap orang untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi, berhadapan dengan kewajiban negara untuk melindungi rakyat banyak dari hal-hal yang berpotensi mengguncang ketenangan, ketertiban, dan ketentraman masyarakat. Untuk menjawab kedua isu hukum tersebut dapat dikemukakan hal-hal berikut³⁴³:

- a. Kebebasan mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi, maupun kebebasan memajukan ilmu pengetahuan dan teknologi merupakan konsep yang *inheren* dalam konteks hak asasi manusia, yang menghendaki setiap orang dapat menyuarakan pemikiran-pemikirannya, mencari (*seeking*), menerima (*receiving*) serta memberikan/menyampaikan (*imparting*) informasi atau ide-ide, apa pun media yang digunakan;

³⁴³ *Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi M. Arsyad Sanusi dalam Putusan No. 9/PUU-VII/2009 Tentang permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survey untuk melakukan mekanisme *Quick count* dalam Pemilu

- b. Kebebasan untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi, maupun kebebasan memajukan ilmu pengetahuan dan teknologi *in casu* aktivitas peneliti dalam memberikan informasi tentang Pemilu, bukanlah kebebasan absolut, melainkan harus tunduk pada hukum, karena survei atau jajak pendapat maupun *quick count*, sekalipun dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip ilmiah namun tidak ada yang dapat menjamin bahwa kegiatan tersebut bersih dari tendensi untuk mempengaruhi pilihan yang menguntungkan salah satu kontestan Pemilu. Di sinilah peran negara diperlukan untuk menjaga kualitas demokrasi dan memelihara ketertiban umum, sehingga informasi tersebut "disimpan" untuk waktu tertentu dan baru disampaikan kepada khalayak setelah melewati waktu tertentu pula;
- c. Pasal 89 ayat (5) Undang-Undang Pemilu mengatur larangan menyiarkan berita, iklan serta rekam jejak Peserta Pemilu, disertai sanksi hukum. Namun, mengenai frasa "atau bentuk lainnya" dalam pasal tersebut tidak dijelaskan batasannya, sehingga terbuka celah bagi hasil survei atau jajak pendapat untuk disponsori oleh salah satu kontestan Pemilu untuk menguntungkan atau merugikan salah satu kontestan Pemilu;
- d. Pembatasan hak atas informasi mendapat pengakuan hukum yang merujuk pada Konvensi Eropa tentang HAM yang menegaskan, sebagai berikut:

"Karena berkaitan dengan masalah tugas dan kewajiban, maka pelaksanaan kebebasan dimaksud tunduk pada formalitas, kondisi, pembatasan maupun sanksi-sanksi sebagaimana ditentukan oleh hukum yang berlaku dan dibutuhkan oleh masyarakat yang demokratis untuk kepentingan keamanan nasional, integritas wilayah atau keamanan masyarakat, untuk mencegah terjadinya ketidaktertiban dan kejahatan, untuk melindungi kesehatan dan moral masyarakat, untuk melindungi nama baik orang lain, untuk mencegah pengungkapan informasi rahasia, atau untuk menjaga otoritas dan ketidakberpihakan pengadilan."

- e. Terkait dengan masalah pembatasan hak informasi, kiranya tepat rumusan pendapat hukum Prof. Soetandyo Wignjosoebroto, MPA bahwa di tengah euforia pengakuan akan sakralnya hak-hak sipil warga mengenai kebebasannya dan hak-hak mereka untuk secara bebas pula berpartisipasi dalam setiap proses politik, kewenangan para pejabat negara dalam pengawasan ketertiban kehidupan dikonstitusikan dalam jumlahnya yang minimum, sedangkan hak kebebasan bangsa dijaga pada tarafnya yang maksimum. Dikemukakan pula oleh Soetandyo bahwa dalam perkembangannya yang kemudian, tatkala hak-hak warga untuk kebebasan dan berpolitik ternyata tidak menjamin terwujudnya hak-hak di bidang ekonomi, sosial dan budaya, kewenangan negara untuk lebih bertindak proaktif menjadi dapat diterima. Kalaupun tetap harus *hands-off* dalam persoalan menjaga hak kebebasan dan hak berpolitik para warga negara, negara kini bisa bekerja dengan kewenangan yang dapat dibenarkan untuk bertindak proaktif guna menciptakan situasi yang lebih kondusif bagi setiap manusia di bumi ini untuk merealisasikan hak-haknya guna mengoptimalkan kesejahteraannya di bidang ekonomi, sosial dan budaya. (Soetandyo Wignjosoebroto, *Hubungan Negara dan Masyarakat dalam Konteks HAM: Sebuah Tinjauan Historis dari Perspektif Relativisme Budaya Politik*).
- f. Lebih lanjut dikemukakan oleh Soetandyo, bahwa dalam konteks relativisme budaya dan politik, dalam keadaan-keadaan dan kenyataan tertentu usaha merealisasikan prinsip-prinsip HAM yang universal itu boleh ditangguhkan atau direservasi. Apabila berdasarkan pertimbangan-pertimbangan khusus yang bersifat sementara dan tak terelakkan suatu usaha penegakan hak-hak asasi manusia atas dasar klaim

universalitasnya— itu akan menimbulkan akibat yang lebih berkualifikasi mudarat daripada manfaat, maka tidaklah bijak untuk memaksakan terteruskannya usaha itu.

g. Selanjutnya, berkait dengan prinsip Pasal 19 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*) dan Konvensi Eropa tentang HAM tersebut di atas, Toby Mendel (*Freedom of Information: A Comparative Legal Survey. UNESCO: 2004*) mengemukakan tiga parameter sebagai rujukan untuk menentukan apakah suatu informasi itu perlu dibatasi, yakni:

- Informasi yang bersangkutan harus terkait dengan salah satu sasaran yang tercantum dalam Undang-Undang;
- Pengungkapannya berpotensi menimbulkan kerugian yang besar yang bisa jadi tidak sejalan dengan tujuan Undang-Undang;
- Kerugian pada tujuan itu harus lebih besar daripada kepentingan masyarakat untuk memperoleh informasi tersebut.

h. Kepentingan bersama untuk mencegah terganggunya rasa aman masyarakat serta kepentingan integrasi bangsa dan keutuhan negara ini menjadi lebih utama ketimbang pemenuhan hak-hak atas segolongan orang atau kelompok orang, karenanya hak-hak sebagaimana didalilkan Pemohon dapat ditunda keberlakuannya sepanjang kepentingan masyarakat luas menghendaki demikian. Hal ini sejalan dengan prinsip *maximum disclosure and limited exception (MALE)*, yang maknanya adalah sekalipun informasi publik bersifat terbuka namun ada sebagian kecil yang dapat dikecualikan. Pengecualian *a quo* dilakukan secara ketat dan terbatas, yaitu hanya dapat dibenarkan apabila terdapat kepentingan yang sah (*legitimate*) yang harus dilindungi. Maka, sekalipun akses terhadap informasi publik harus maksimal, namun diperkenankan adanya pengecualian sejauh

terdapat kepentingan yang sah dan terbatas (*limited*) untuk batas waktu yang jelas, misalnya, selama masa tenang atau saat Pemilu sedang berlangsung.

- i. Ketentuan Pasal 245 ayat (2) Undang-Undang *a quo* merupakan aturan kebijakan hukum (*legal policy*) dari pembentuk Undang-Undang untuk mengatur pelaksanaan Pemilu. Sepanjang keterangan Ahli Pemohon, Muhammad Qodari, yang menerangkan bahwa pengumuman hasil survei atau jajak pendapat tidak mempengaruhi ketenteraman dan kenyamanan sosial adalah tidak tepat untuk dijadikan dasar pembenaran, mengingat tidak ada jaminan hukum bahwa tatkala hasil survei atau jajak pendapat diumumkan pada masa tenang dan pada saat pemungutan suara tidak akan memicu konflik ataupun kerawanan sosial yang bermuara terguncangnya kenyamanan dan ketertiban masyarakat, sebagaimana pernah terjadi pada saat Pemilukada di Sulawesi Selatan, Jawa Timur dan di beberapa daerah lain. Di sinilah pentingnya pengaturan (*regulation*) dari negara agar pelaksanaan hak-hak konstitusional juga mempertimbangkan kepentingan nasional yang lebih besar dan kerelaan sebagian orang yang mengaku memiliki hak-hak konstitusional tersebut untuk menunda pelaksanaan hak-hak tersebut demi kepentingan masyarakat luas.
- j. Norma yang dikandung dalam Pasal 245 ayat (2) Undang-Undang *a quo*, sama sekali tidak menafikan hak-hak konstitusional warga negara yang melakukan survei atau jajak pendapat atau lembaga sosial yang melakukan penghitungan cepat (*quick count*), melainkan norma yang menganut prinsip menyeimbangkan (*proportionate*) antara pemenuhan hak konstitusional seseorang dengan kewajiban negara untuk memberikan jaminan rasa aman bagi masyarakat. Terlebih lagi, karakteristik *quick count*, survei atau jajak pendapat bukanlah partisipasi masyarakat yang sepenuhnya akurat, *correct* atau

perfect, namun tetap mengandung potensi *error*. Maka, ketentuan *a quo* tidak tepat jika dipertentangkan dengan norma-norma konstitusi.

- k. Sepanjang norma yang dikandung dalam Pasal 245 ayat (3), juga berbanding lurus dengan cita hukum yang hendak dicapai oleh Pasal 245 ayat (2) Undang-Undang *a quo*.
- l. Hasil *quick count* yang diumumkan pada hari pemungutan suara juga berpotensi mengusik kerawanan sosial tatkala yang diumumkan ternyata berbeda dengan hasil resmi perolehan suara kontestan Pemilu. Terlebih tatkala selisih suara yang diperoleh kontestan-kontestan sangat tipis, yaitu lebih kecil atau sama dengan *margin of error* dari penyelenggara-penyelenggara survei, jajak pendapat atau *quick count*. Dalam kasus-kasus seperti ini potensi konflik dan terganggunya ketertiban masyarakat menjadi sangat besar. Lagi-lagi, negara dihadapkan bagaimana memberikan jaminan ketentraman dan ketertiban dalam tata hubungan kemasyarakatan. Ketertiban dan ketentraman masyarakat bukanlah milik orang perorang, atau golongan tertentu tetapi dambaan dan milik seluruh masyarakat yang beradab;
- m. Sebagai pilihan kebijakan hukum (*legal policy*) maka ketentuan Undang-Undang *a quo* yang berkonotasi sanksi pidana atas pelanggaran Pemilu adalah seperti hukum alam, dimana setiap penyebab selalu mengundang akibat, reaksi selalu muncul terhadap setiap aksi. Demikian pula, larangan pidana harus selalu diikuti oleh sanksi pidana, maka ketentuan dalam Pasal 282 dan Pasal 307 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 adalah valid adanya dan tidak melawan nilai-nilai konstitusi yang dijunjung tinggi dalam masyarakat yang demokratis.
- n. Bahwa sepanjang Pasal 282 dan Pasal 307 UU No. 10 tahun 2008 yang mengatur tentang sanksi pidana terhadap Pasal 245 ayat (2) dan Pasal 245 ayat (3), karena pelanggaran

hukum atas ketentuan *a quo* sebagaimana ditentukan dalam Pasal 245 ayat (5) sekalipun tidak dimohonkan pengujian, namun ketentuan *a quo* mengkualifikasi pelanggaran hukum Pasal 245 ayat (1), ayat (2), ayat (3) dan ayat (4) sebagai tindak pidana pemilu, dipandang valid dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai konstitusi yang dijunjung tinggi oleh masyarakat yang demokratis. Berpijak pada pemikiran dan penilaian hukum di atas, seharusnya permohonan Pemohon ditolak untuk seluruhnya.

Secara umum, peneliti menilai *dissenting opinion* dari segi substansi sangat berbeda dengan putusan (*dissent*). Karena *dissenting opinion* ini memakai logika yang terbalik tentang kebebasan dan Hak Asasi Manusia. Apabila dalam putusannya MK mengedepankan pentingnya kebebasan dan Hak Asasi Manusia terutama terkait hak untuk mendapat informasi (*right to know*) yang mendapatkan legitimasi teoritis dari prinsip kesamaan (*equal principle*) yang dipopulerkan oleh John Rawls³⁴⁴, maka dalam *dissenting opinion* ini, dipaparkan tentang pembatasan-pembatasan terhadap Hak Asasi Manusia yang dikenal dengan sebutan prinsip perbedaan (*different principle*). Prinsip ini bertujuan untuk menciptakan keseimbangan apabila terjadi ketidaksamaan atau ketidakadilan dalam bidang politik, sosial dan ekonomi, maka harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah (*least advantaged*).

Second Principle: ("The Difference Principle") "social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) to the greatest benefit of least advantaged, (b) attached to office and positions open to all condition of fair equality and opportunity"

Dalam prinsip perbedaan (*different principle*) pembatasan-pembatasan terhadap Hak Asasi Manusia di perbolehkan apabila terjadi keadaan ketidakseimbangan antara kepentingan

³⁴⁴ John Rawls dalam Brian Bix, *Loc.cit*, hlm. 100

menjaga hak-hak sipil dengan ketertiban umum. John Rawls³⁴⁵ menyatakan bahwa kedua prinsip ini sejatinya berjalan beriringan dan saling melengkapi satu sama lain, dan tidak boleh diaplikasikan secara terpisah (*partial implementation*). Dengan implementasi yang sinergis antara prinsip kesamaan (*equal principle*) dan prinsip perbedaan (*different principle*) diharapkan akan tercipta keadilan dan persamaan dalam masyarakat yang egaliter.

C. ALASAN FILOSOFIS DARI PERGESERAN PARADIGMA HUKUM DALAM PUTUSAN-PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Dalam ranah filsafat, pertentangan dan keberpihakan terhadap suatu aliran pemikiran tertentu merupakan sebuah keniscayaan yang tidak dapat dihindari. Ilmu berkembang karena rasa keingintahuan (*curiosity*) yang pada akhirnya memunculkan sikap kritis dan apatis terhadap wujud kemapanan tertentu. Dengan adanya semangat untuk mengembangkan pemikiran inilah maka roda ilmu pengetahuan berkembang dengan laju menjemput jaman perubahan.

Filsafat merupakan akar semua ilmu (*the mother of knowledges*) karena filsafat bersifat mendasar (*fundamental*) yang merangsang pemikiran manusia untuk tidak mudah mempercayai suatu persepsi atau konsep yang sudah mapan sekalipun. Dalam khasanah filsafat, dikenal sebuah alur dialektika, yang merupakan deskripsi tentang gerak laju (*moving forward*) dari ilmu pengetahuan. Hegel³⁴⁶, mendeskripsikan bahwa dialektika pasti terjadi dalam ranah ilmu pengetahuan. Digambarkan bahwa suatu teori yang mapan (*well-establish theory*) akan mendapatkan tantangan dari teori-teori lain (*anti-tesis*), pertarungan dari teori *vis-à-vis* anti-teori

³⁴⁵ John Rawls, *Loc.cit*, hlm. 53

Ini memberikan pemahaman dasar dan kesepakatan politik antara masyarakat tentang konsep kebebasan dan kesejajaran dalam masyarakat (*I can serve as a basic of informed and willing political agreement between citizens viewed as free and equal persons*)

³⁴⁶ Zubaedi, *Filsafat Barat: Dari Logika Baru Rene Descartes hingga Revolusi Sains Thomas Kuhn*, Ar-Ruzz Media, Yogyakarta, 2007, hlm. 90

inilah yang akan melahirkan sintesis yang merupakan penggabungan dari unsur-unsur terbaik dari kedua teori tersebut.



Bagan 3: Alur dialektika keilmuan

Dalam konteks pergeseran paradigma hukum dalam putusan-putusan MK, peneliti merasa perlu untuk menarik akar filosofis dari pokok masalah (*subject matter*) yang dipertentangkan. Asas-asas hukum yang paling sering dipertentangkan adalah asas kepastian hukum (*legal certainty*) dengan asas keadilan (*substantial justice*) yang sejatinya sama-sama penting dalam teori maupun praktek hukum. Kedua-duanya memiliki akal filsafat yang berbeda satu sama lain. Asas kepastian hukum berakar pada aliran rasionalisme yang lebih bersifat analitik-deduktif, sedangkan asas keadilan berakar pada aliran empirisme yang lebih bersifat empiris-induktif.

Dalam perspektif historis, aliran empirisme yang menjiwai asas keadilan lebih dulu hadir dalam wacana keilmuan yang diwakili oleh Francis Bacon (1210-1292), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) dan David Hume (1711-1776). Empirisme merupakan aliran pemikiran yang menjadikan pengalaman (*experiences*) sebagai sumber pengetahuan. Aliran ini beranggapan bahwa pengetahuan diperoleh melalui pengalaman dengan cara observasi/pengindraan. Pengalaman merupakan faktor fundamental dalam pengetahuan, karena ia merupakan sumber dari pengetahuan manusia. Empirisme sendiri berasal dari kata Yunani, yang berarti pengalaman indrawi. Karena itu, empirisme dinisbatkan kepada faham yang memilih pengalaman sebagai sumber utama pengenalan, baik pengalaman lahiriah yang menyangkut dunia maupun pengalaman bathiniah yang menyangkut pribadi manusia. Empirisme

menyatakan dengan tegas bahwa pengetahuan berasal dari pengalaman sehingga pengenalan indrawi merupakan pengenalan yang paling jelas dan sempurna. Pengetahuan di dapat melalui penampungan yang secara pasif menerima hasil-hasil pengindraan tersebut. Ini berarti bahwa semua pengetahuan betapa pun rumitnya dapat dilacak kembali dan apa yang tidak dapat dilacak bukanlah ilmu pengetahuan³⁴⁷. Dalam ranah hukum, empirisme berperan besar menumbuhkan kembangkan aliran etis yang berorientasi pada pemenuhan keadilan sosial kemasyarakatan, hukum harus melihat “keluar” (*out of box*) dan berempati pada keinginan masyarakat serta nilai etis dalam masyarakat itu sendiri. Disinilah terlihat relevansi asas keadilan dengan empirisme.

Namun demikian, aliran empirisme juga banyak memiliki kelemahan karena; (1) indra sifatnya terbatas, (2) indra sering menipu, (3) obyek juga menipu, seperti ilusi/fatamorgana, dan (4) indra dan sekaligus obyeknya. Jadi kelemahan empirisme ini disebabkan karena keterbatasan indra manusia sehingga muncullah aliran rasionalisme, sebagai anti-tesa dari empirisme³⁴⁸.

Berbeda dengan empirisme, aliran rasionalisme yang merupakan anti-tesa dari empirisme lebih mengedepankan rasio atau ide-ide yang masuk akal sebagai instrument utama untuk mendapatkan kebenaran dalam ilmu pengetahuan, dan menolak pengalaman sebagai suatu bentuk pengenalan yang kabur. Tokoh pemikir aliran rasionalisme yang paling termasyur adalah Rene Descartes (1596-1650) yang terkenal dengan adagium terkenalnya “*Cogito Ergo Sum*” (aku ada karena aku berpikir). Aliran rasionalisme selalu beranggapan bahwa akal merupakan faktor fundamental dalam suatu pengetahuan, dan menurut rasionalisme pengalaman tidak mungkin dapat menguji kebenaran hukum “sebab-akibat”, karena peristiwa yang tidak terhingga dalam kejadian alam ini tidak mungkin dapat diobservasi.

³⁴⁷ Otje Salman, *Teori Hukum*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 32

³⁴⁸ Ali Maksum, *Pengantar Filsafat: Dari Masa Klasik hingga Postmodernisme*, Ar-Ruzz Media, Yogyakarta, 2008, hlm. 143

Namun bukan berarti rasionalisme menafikan penggunaan indra dalam memperoleh pengetahuan. Pengalaman indra digunakan untuk merangsang akal dan memberikan bahan-bahan yang menyebabkan akal dapat bekerja. Akan tetapi menurut aliran rasionalisme akal juga dapat menghasilkan pengetahuan yang tidak didasarkan indra sama sekali. Jadi akal dapat juga menghasilkan pengetahuan tentang obyek yang betul-betul abstrak. Dengan adanya pemikiran yang bertumpu pada akal (rasio) maka subyek keilmuan akan menjadi pasti (*certain*), pengaruh rasionalisme terlihat jelas dalam ranah hukum dengan munculnya aliran positivisme hukum yang bersifat dogmatis-analitik yang lebih berorientasi pada pemenuhan kepastian hukum.

Secara garis besar, rasionalisme mempunyai kritik terhadap empirisme, bahwa:

- a. Metode empiris tidak memberikan kepastian, tetapi hanya sampai pada probabilitas yang tinggi.
- b. Metode empiris baik dalam sains maupun dalam kehidupan sehari-hari, biasanya sifatnya terpotong-potong³⁴⁹.

Selayaknya proses dialektika yang peneliti uraikan diawal, sistesis pasti akan terjadi dalam alur dialektika dan yang menjadi “penengah” antara rasionalisme dan empirisme adalah filsafat kritisme yang dipopulerkan oleh Immanuel Kant (1724-1804)³⁵⁰. Aliran filsafat ini bertujuan untuk menjembatani pertentangan paradigmatis antara kaum rasionalisme dengan kaum empirisme. Bagi Kant, baik rasionalisme maupun empirisme belum berhasil membimbing kita untuk memperoleh pengetahuan yang azasi, pasti, berlaku umum dan terbukti dengan jelas.

³⁴⁹ Ali Maksum, *Ibid*, hlm. 143

³⁵⁰ Joko Siswanto, *Sistem-Sistem Metafisika Barat: Dari Aristoteles sampai Derrida*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1999, hlm. 57

Perkembangan pemikiran Immanuel Kant terbagi dalam 4 (empat) periode, yakni: *Pertama*, periode rasionalistik ketika berada dibawah bayang-bayang pemikiran Leibniz-Wolff, *Kedua*, periode empirisme karena pemikirannya banyak dipengaruhi oleh David Hume, *Ketiga* adalah periode kritisme dimana Kant mulai mengelaborasi kelemahan dan kelebihan masing-masing aliran dan melakukan sistesis antara keduanya, dan *Keempat*, adalah periode transendental dimana Kant mulai tertarik persoalan agama dan sosial.

(*anomaly*) yang pada akhirnya akan menimbulkan krisis kepercayaan terhadap paradigma lama, hingga pada akhirnya paradigma lama mendapatkan tantangan dari paradigma lain yang pada akhirnya menggantikan tempat paradigma lama, sehingga terciptalah paradigma baru.

Menurut peneliti, teori revolusi keilmuan dari Thomas Kuhn tidaklah relevan menjelaskan fenomena yang terjadi dalam ranah sosial dan hukum dan hanya relevan untuk menjelaskan revolusi keilmuan dalam ranah eksak/ilmu alam³⁵⁶. Hal ini dapat dilihat dalam “pertarungan” antara asas kepastian hukum yang didukung oleh aliran positivisme-rasionalisme dengan asas keadilan yang didukung oleh aliran etis-empirisme. Karena asas kepastian hukum yang dianggap sebagai paradigma lama tidaklah tenggelam oleh pengaruh atau kritik dari asas keadilan, rasionalisme tidaklah tenggelam oleh empirisme dan begitu pula dengan kaum positivism yang masih berbagi tempat dalam ranah hukum dengan kaum etis dan progresif.

³⁵⁶ Thomas Kuhn dalam Lord Lyoyd of Hampstead, *Op.cit*, hlm. 42

Thomas Kuhn mengambil contoh revolusi keilmuan hanya dalam ranah ilmu eksak, sebagaimana yang terlihat dalam argumentasinya berikut ini; *The most obvious examples of scientific revolutions are those episodes in scientific development that have often been labeled revolutions before the major turning points in scientific development associated with the names of Copernicus, Newton, Lavoisier, and Einstein.*

BAB V

PENUTUP

A. KESIMPULAN

1. Dalam Putusan MK Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 Tentang Pembatalan UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK). MK menggunakan logika peraturan perundang-undangan yang cenderung mengedepankan asas kepastian hukum (*legal certainty*) dimana Pasal 53 dianggap inkonstitusional dikarenakan bertentangan dengan substansi UUD 1945 yakni bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan (2), Pasal 24A ayat (5), serta Pasal 28D ayat (1). Dalam pertimbangan hukumnya, MK memakai pendekatan gramatikal (*plain interpretation*), penafsiran orisinalisme yang mengacu pada makna asli yang terkandung dalam maksud para perumus konstitusi (*the framer intent*), penafsiran subsumtif (silogisme) yang menarik permasalahan hukum dari umum-khusus (deduksi). dan penafsiran sistemik yang memaknai hukum sebagai sistem yang saling berkelindan satu-sama lain. Garis besar metode penafsiran yang digunakan adalah penafsiran internal yang berarti hakim sebagai pembaca/penafsir berada di dalam teks/sistem hukum dan melakukan penafsiran dengan mengacu ke dalam teks. Selain pendekatan diatas yang cenderung berorientasi pada pemenuhan asas kepastian hukum, MK juga memakai penafsiran futuristik dengan mampu membaca atau memproyeksi akibat atau dampak dari putusan yang dibuatnya dengan memberikan limitasi “3 (tiga) tahun” untuk merevisi UU Tipikor. Yang menarik dari putusan ini adalah *dissenting opinion* (namun bersifat *concord*) yang diberikan oleh M.H Laica Marzuki. Metode penafsiran yang digunakan tetap sama yakni penafsiran gramatikal dan sistemik,

perbedaan hanya pada frasa "*diatur dalam undang-undang*" dengan "*diatur dengan undang-undang*" yang mana keduanya berbeda makna dan tafsir. Dapat disimpulkan bahwa dalam putusan ini **tidak menggambarkan adanya pergeseran paradigma hukum**, sebagian besar hakim-hakim masih berorientasi pada asas kepastian hukum (*legal certainty*). Memang ada sedikit pengaruh asas keadilan dan kemanfaatan dengan digunakannya penafsiran futuristik (dengan adanya frasa yang memberikan toleransi terhadap Pengadilan Tipikor dalam waktu "3 tahun"), namun tidak memberikan pengaruh yang signifikan terhadap putusan tersebut.

2. Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial merupakan putusan yang sangat mewakili dominannya asas kepastian hukum (*legal certainty*) dalam pengambilan keputusan oleh para hakim MK. Semua hakim MK dalam putusan ini memiliki pandangan yang sama, dalam artian tidak ada *dissenting opinion*. Dalam putusan ini MK menilai dengan menggunakan metode penafsiran internal dengan melakukan penafsiran dengan mengacu pada teks (gramatikal) dan kemudian ditinjau secara sistematis yang memaknai hukum sebagai sistem yang saling berkelindan satu-sama lain, penafsiran berdasarkan "*original intent*" yang melacak maksud legislator dalam pembuatan undang-undang tersebut dan menggunakan analogi untuk memperbandingkan kedudukan KY dengan lembaga-lembaga negara lain. Hakim dalam putusan ini dengan suara bulat memutuskan perkara ini dengan menggunakan asas kepastian hukum (*legal certainty*), sehingga disimpulkan **tidak ada pergeseran paradigma hukum** menuju asas keadilan.
3. Dalam Putusan Nomor 56/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Calon Presiden dalam UU Pemilihan Presiden. MK menggunakan pendekatan penafsiran internal yang membaca

hukum dalam kaca mata tekstual atau hanya “mendengar” dari bunyi undang-undang (gramatikal) dan menggunakan *original intent* pembuat undang-undang sebagai logika utamanya. Putusan ini banyak “diwarnai” oleh perbedaan pendapat yang bermuara pada *dissenting opinion*, ada 3 (tiga) orang hakim yang berbeda pendapat dalam hal pertimbangan namun sepakat dengan putusan yang diambil (*concord*) yakni; hakim konstitusi Abdul Mukhtie Fadjar, hakim konstitusi Muarar Siahaan dan hakim konstitusi M. Akil Mochtar. Ketiga hakim memiliki dasar pertimbangan yang berbeda-beda, namun mereka memiliki kesamaan persepsi bahwa calon presiden independen merupakan sebuah *conditionally constitutional* atau konstitusional bersyarat yaitu dengan mempertimbangkan agenda nasional pelaksanaan Pilpres tahun 2009 yang sudah sangat dekat, sehingga hanya bisa direalisasikan pada pemilu yang akan datang (2014). Putusan ini dengan tegas memakai penafsiran tekstual (internal) untuk mencandra makna teks hukum, sehingga tidak ada unsur-unsur eksternal yang mempengaruhi putusan hakim. Oleh karena itu disimpulkan **tidak ada pergeseran paradigma hukum** menuju asas keadilan.

4. Putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008 Tentang Permohonan Mekanisme Suara terbanyak dalam penentuan calon anggota legislatif merupakan salah satu putusan MK yang dinilai sangat kontroversial karena dalam putusan ini MK mendobrak kekakuan undang-undang dengan melakukan penafsiran secara progresif untuk memenuhi tuntutan rasa keadilan oleh masyarakat (*to meet the need of justice*). Dalam putusan ini, MK menggunakan penafsiran menurut sejarah hukum (*rechtshistorich*) yang mencoba untuk memahami undang-undang/konstitusi dalam konteks seluruh sejarah hukum, yang berarti hakim tidak hanya harus mengetahui sejarah pembentukan atau maksud pembuat undang-

undang saja, namun harus memahami sejarah yang melatar belakangi terbentuknya undang-undang atau pasal tersebut. Selain itu MK juga menggunakan prinsip kesamaan (*equal principle*) sebagai alasan utama pengabulkan mekanisme suara terbanyak. Dikarenakan adanya pengaturan *affirmative action* yang dilanggar oleh putusan MK ini, maka salah satu hakim konstitusi Maria Farida Indrati memberikan *dissenting opinion* yang bersifat mutlak (*dissent*). Dalam *dissenting opinion* ini, penafsiran yang digunakan masih penafsiran sistematis dan sejarah hukum (*rechtshistorich*), namun yang berkebalikan dengan logika putusan di atas adalah dalam hal memahami konsep HAM. *Dissenting opinion* ini menggunakan prinsip perbedaan (*different principle*) yang membatasi prinsip kebebasan dan keseimbangan (*equal principle*) dengan “pembatasan-pembatasan” yang disebut John Rawls sebagai *different principle*, dalam artian apabila terjadi terjadi ketidaksamaan atau ketidakadilan dalam bidang politik, sosial dan ekonomi, maka harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah (*least advantaged*). Dalam konteks *dissenting opinion* ini golongan yang paling lemah adalah wanita/perempuan yang masih dianggap sebagai golongan masyarakat yang masih lemah kesempatan politiknya. Secara garis besar, putusan ini berorientasi pada pemenuhan rasa keadilan bagi masyarakat (khususnya kepada para calon-calon anggota legislatif), sehingga menafikan teks hukum yang dianggap “kaku” dan memberikan keputusan yang adil dan bermanfaat bagi masyarakat luas. Putusan ini menggambarkan **adanya pergeseran paradigma hukum** dari asas kepastian hukum menuju asas keadilan substansial.

5. Dalam Putusan MK Nomor 9/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan untuk memberikan kebebasan kepada lembaga survei untuk melakukan mekanisme *quick count* dalam

Pemilihan Umum, MK melakukan penelusuran atau penafsiran historis terhadap Pasal 245 ayat (2) dan (3) pada UU 10/2008. Disimpulkan bahwa rumusan pasal tersebut bertentangan atau tidak sejalan dengan sejarah hukum (*rechtshistorich*) dari reformasi hukum di Indonesia. MK dalam pertimbangannya melihat dan memahami undang-undang dan konstitusi dalam konteks seluruh sejarah hukum yang menjadi alasan utama pembentukannya. Untuk memperkuat putusannya, MK dalam hal penafsiran teks konstitusi mengedepankan pada pemenuhan nilai moral (*the moral reading of contextual*) dan keadilan yang dibangun dari penafsiran kejadian yang berlangsung terus menerus dari waktu ke waktu dalam perjalanan panjang tradisi masyarakat, sehingga terjadi perluasan makna terhadap teks hukum (ekstensif). MK dalam putusan ini melakukan kontekstualisasi terhadap pasal-pasal dalam undang-undang yang dianggap sebagai tuntutan keadaan zaman dan sosiologis masyarakat (penafsiran sosiologis) maka dengan mengikuti pada kontekstualisasi zaman, MK menolak tegas *original-intent* yang diberikan oleh pemerintah dan DPR. Dalam konteks HAM, MK menganggap bahwa negara harus menghormati *right to know* yang merupakan hak fundamental masyarakat dan hal ini berkesesuaian dengan *equal principle* yang mengharuskan adanya perlindungan hak-hak fundamental warga negara. Putusan ini kembali diwarnai oleh *dissenting opinion*, 3 (tiga) orang Hakim Konstitusi, yaitu Achmad Sodiki, M. Akil Mochtar, dan M. Arsyad Sanusi mempunyai pendapat berbeda (*dissenting opinions*). *Dissenting opinion* ini memakai logika yang terbalik tentang kebebasan dan HAM. Apabila dalam putusannya MK mengedepankan pentingnya kebebasan dan HAM terutama terkait hak untuk mendapat informasi (*right to know*) yang mendapatkan legitimasi teoritis dari prinsip kesamaan (*equal principle*) yang dipopulerkan oleh John Rawls, maka dalam *dissenting opinion* ini,

dipaparkan tentang pembatasan-pembatasan terhadap HAM yang dikenal dengan sebutan prinsip perbedaan (*different principle*). Prinsip ini bertujuan untuk menciptakan keseimbangan apabila terjadi ketidaksamaan atau ketidakadilan dalam bidang politik, sosial dan ekonomi, maka harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah (*least advantaged*). Kemampuan hakim-hakim konstitusi membaca “kebutuhan masyarakat” dalam putusan ini dapat dengan jelas menggambarkan **adanya pergeseran paradigma hukum**, dimana hakim-hakim lebih memilih memakai penafsiran kontekstual ketimbang penafsiran tekstual yang dianggap sudah usang dimakan jaman.

6. Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009 Tentang Permohonan Membatalkan Persyaratan “Pernah dijatuhi hukuman pidana penjara” untuk Pencalonan Kepala Daerah merupakan putusan yang norma hukumnya yang berbunyi “*tidak pernah dijatuhi hukuman pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*”. MK berkaca pada putusan-putusan terdahulu yang juga membahas norma hukum yang sama (*binding with precedent*), hal ini dilakukan untuk menjaga *fairness* dimana kasus yang sama diperlakukan dengan sama pula (walaupun sangat jarang ditemukan kasus yang sama mutlak). Namun dari putusan-putusan yang sudah ada MK harus memilih putusan mana yang relevan untuk dijadikan “contoh” bagi putusan ini sehingga metode yang digunakan adalah *reasoning based on precedent (analogical legal reasoning)*. Pada akhirnya, MK memilih memakai paradigma moralitas hukum yang mengedepankan asas keadilan dan menggunakan metode *equity* untuk menghaluskan hukum yang cacat karena sifat keumumannya. Dengan digunakannya ukuran moralitas

hukum tersebut maka dapat disimpulkan bahwa hakim-hakim konstitusi lebih berorientasi kepada asas keadilan ketimbang asas kepastian hukum. Sehingga dengan jelas dapat terlihatnya **adanya pergeseran paradigma hukum** dalam putusan ini.

7. Asas keadilan merupakan motor penggerak pergeseran paradigma hakim-hakim konstitusi dalam putusan-putusannya. Pergeseran paradigma hukum dalam putusan-putusan yang dikeluarkan oleh hakim-hakim konstitusi merupakan sebuah konsekuensi dari perkembangan ilmu pengetahuan. Asas kepastian hukum (*legal certainty*) merupakan sebuah embrio dari rahim rasionalisme yang menekankan metode penalaran rasional, logis dan deduktif, sedangkan asas keadilan (*substantial justice*) merupakan sebuah hasil elaborasi ilmiah dari aliran empirisme yang berorientasi pada metode *out of box* atau berkaca pada pengalaman empiris (*the truth is out there*) dengan memakai metode berpikir induktif.

B. REKOMENDASI

Rekomendasi teoritik peneliti dalam penelitian ini adalah; paradigma hukum bukan merupakan pilihan yang kategoris-mutlak, namun merupakan sebuah “seni” dan proses sinergis antara paradigma-paradigma tersebut. Peneliti dalam hal ini memperkuat konsep prisma hukum yang diberikan oleh Mahfud MD (yang merupakan modifikasi ilmiah dari pemikiran Filsafat Kritisme Immanuel Kant), sedangkan istilah prisma secara literal diambil dari konsep sosial-politik yang dipopulerkan oleh Fred W. Riggs yang juga bermakna sebagai sikap politik yang mencoba mensinergiskan konsep individualism/liberalism dengan sosialisme/komunalisme yang saling ingin menguasai pada saat itu.

Peneliti menganggap bahwa tidak mungkin hakim menjadi “fanatik” dengan salah satu paradigma hukum. Karena masing-masing paradigma tersebut sebenarnya sama-sama penting bagi pembangunan hukum di Indonesia. Hakim hanya harus memilih paradigma apa yang tepat dan sesuai untuk diterapkan dalam suatu kasus. Apabila ada suatu kasus yang norma hukumnya sudah jelas dan *rigid* maka sejatinya kepastian hukum harus ditegakan, namun apabila norma hukum yang diuji “cacat” secara moral maupun sosiologis maka hakim berhak untuk melakukan “loncatan” guna memenuhi rasa keadilan substansial bagi masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

- , *Lima Tahun Menegakkan Konstitusi, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2008*, Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008.
- Algra, N.E, *Mula Hukum*, Binacipta, 1983.
- Ali, Achmad, *Menguak Tabir Hukum*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996.
- Arianto, Satya, *Hak Asasi Manusia Dalam Transisi Politik di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, Jakarta, 2008.
- Asshiddiqie, Jimly, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*, KonPress, Jakarta, 2005.
- Asshiddiqie, Jimly, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, KonPress, Jakarta, 2006.
- Asshiddiqie, Jimly, *Gagasan Dasar tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi dalam Butir-butir Pemikiran Dalam Hukum: memperingati 70 Tahun Prof.Dr.Arief Sidharta, SH*, Refika Aditama, Bandung, 2008.
- Asshiddiqie, Jimly, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, KonPress, Jakarta, 2006.
- Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, 2nd Edition, Sweet&Maxwell, London, 1999.
- Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence; The Philosophy and Method of the law*, Revised Edition, Harvard University Press, Massachusetts, United State Of America, 1974.
- Busroh, Abu Daud, *Ilmu Negara*, Bumi Angkasa, Jakarta, 1990.
- Chand, Hari, *Modern Jurisprudence*, Golden Books Centre, Kuala Lumpur, 1994.
- Darmodiharjo, Darji, *Pokok-Pokok Filsafat : Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995.

- Dicey, Albert Venn, *Introduction to the Study of Law of the Constitution*, Macmillan Press, London, 1915.
- Djokosutono, *Ilmu negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1958.
- Dworkin, Roland, *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 2006.
- Fadjar, A. Mukthie, *Tipe Negara Hukum*, Bayumedia Publishing, Malang, 2004.
- Friedman, W, *Teori dan Filsafat hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993.
- Fuady, Munir, *Teori Negara Hukum Modern*, Refika Aditama, Bandung, 2009.
- Halim, A. Ridwan, *Evaluasi Kuliah Filsafat Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.
- Hamidi, Jazim, *Revolusi Hukum Indonesia*, KonPress, Jakarta, 2006.
- Himawan, Charles, *Hukum Sebagai Panglima*, Kompas, Jakarta, 2006.
- Huda, Ni'matul, *Negara hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, UII Press, Yogyakarta, 2006.
- Huda, Ni'matul, *Politik Ketatanegaraan Indonesia*, FH UII press, Yogyakarta, 2001.
- Huijbers, Theo, *Fisafat Hukum dalam Lintas Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1982.
- Indrati, Maria Farida, *Ilmu Perundang-Undangan*, Kanisius, Yogyakarta, 2007.
- Indrayana, Denny, *Negara Antara Ada dan Tiada*, Kompas, Jakarta, 2008.
- Kelsen, Hans, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Nusamedia, Bandung, 2006.
- Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, Harvard University Press, Massachusetts, United State Of America, 1970.
- Kelsen, Hans, *What is Justice?* , University of California, Berkeley and Los Angeles, 1957.
- Kusnardi, Moh, *Hukum Tata Negara Indonesia*, PD Budi Chaniago, Jakarta, 1988.
- Lloyd, Lord dan M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction of Jurisprudence*, Steven & Son, London, 1985.

- Lubis, Solly, *Hukum Tata Negara*, Mandar Maju, Bandung, 2002.
- Mahfud MD, Moh, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 2003.
- Mahfud MD, Moh, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Press, Jakarta, 2009.
- Mahfud MD, Moh, *Perdebatan Hukum Tata Negara*, LP3ES, Jakarta, 2007.
- Mahfud MD, Moh, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES :Cetakan Ketiga, Jakarta, 2006.
- Maksum, Ali, *Pengantar Filsafat: Dari Masa Klasik hingga Postmodernisme*, Ar-Ruzz Media, Yogyakarta, 2008.
- Manan, Bagir, *Sistem Peradilan Berwibawa*, FH UII Press, Yogyakarta, 2005.
- McWhinney, Edward, *Judicial Review*, University of Toronto Press, Fourth Edition, Canada, 1969.
- Mertokusumo, Sudikno, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993.
- Mertokusumo, Sudikno, *Penemuan Hukum : Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, Ctk Ketiga 2004.
- Mudzakir, *Sistem Hukum Indonesia Menurut H.Moh. Koesno*, Jakarta, 1977.
- Nitibaskara, Ronny Rahman, *Tegakkan Hukum Gunakan Hukum*, Kompas, Jakarta, 2006.
- Nonet, Philippe, dan Philip Selznick. *Hukum Responsif*, penerjemah: Raisul Muttaqien, Nusamedia cet. II, Bandung, 2008.
- Pontier, J.A, *Penemuan Hukum*, Jendela Mas Pustaka, Bandung, 2008.
- Rahardjo, Satjipto, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, CV. Rajawali. Jakarta, 1982.
- Rahardjo, Satjipto, *Lapisan-Lapisan dalam Studi Hukum*, Bayumedia, Malang, 2009.
- Rahardjo, Satjipto, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, 2008.

- Rahardjo, Satjipto, *Negara Hukum yang Membahagiakan Rakyatnya*, GENTA Publishing, Yogyakarta. 2008.
- Raharjo, Satjipto, *Biarkan Hukum Mengalir*, Kompas, 2007.
- Ranggawadjaja, Rosjidi, *Pengantar Ilmu Per-Undang-Undangan di Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 1998.
- Rapar, *Fisafat Politik Agustinus*, Rajawali Press, Jakarta, 1989.
- Rasjidi, Lili dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, PT. Cipta Aditya Bakti, 2004.
- Rasjidi, Lili, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Mandar Maju, Bandung, 2003.
- Rawls, John, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*, dalam *Key Concepts in Critical Theory of Justice*, Humanities Press, New Jersey, 1993.
- Rawls, John, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006.
- Salman, Otje, *Teori Hukum*, Refika Aditama, Bandung, 2008.
- Sidharta, B. Arief, *Struktur Ilmu Hukum Indonesia*, FH UNPAR, Bandung, 2008.
- Siswanto, Joko, *Sistem-Sistem Metafisika Barat: Dari Aristoteles sampai Derrida*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1999.
- Soekanto, Soejono, dkk, *Penelitian Hukum Normatif*, Rajawali Press, Jakarta, 1997.
- Soekanto, Soejono, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1984.
- Soemantri, Sri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara*, Alumni, Bandung, 1992.
- Soetiksno, *Filsafat Hukum*, Bagian 1, Pradnya Paramita, Jakarta, 2008.
- Soetiksno. *Filsafat Hukum*; Bagian 2 cet. X, Pradnya Paramita, Jakarta, 2008.
- Sunggono, Bambang, *Metode Penelitian Hukum*, Rajawali Press, Jakarta, 1997.
- Susetyo, Benny, *Vox Populi Vox Dei*, Averroes Press, Malang, 2004.

- Tanya, Bernard L, dkk, *Ilmu Negara: Beberapa Isu Utama*, Sukardi, Surabaya, 2005.
- Thaib, Dahlan, dkk, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta, 1991.
- Ujan, Andre Ata, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 2009.
- Wheare, K.C, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Pustaka Eureka, Surabaya 2003.
- Winata, Frans H, “*Bantuan Hukum Sebagai Hak Konstitusional Fakir Miskin*” dalam *Butir-butir Pemikiran Dalam Hukum Memperingati 70 Tahun Prof. B. Arief Sidharta*, Refika Aditama, Bandung, 2008.
- Zubaedi, *Filsafat Barat: Dari Logika Baru Rene Descartes hingga Revolusi Sains Thomas Kuhn*, Ar-Ruzz Media, Yogyakarta, 2007.

DISERTASI

- Azhari, Ainul Fitriadi, *Penafsiran Konstitusi dan Implikasinya terhadap Pembentukan Sistem Ketatanegaraan Demokrasi atau Otokrasi*, Disertasi, Universitas Indonesia, Jakarta, 2005.

JURNAL

- Mahfud MD, Moh, *Masalah Paradigmatik dan Politik dalam peran hukum di era reformasi*, Jurnal Magister Hukum UII, Vol.1 No.1 Januari 2005, Yogyakarta.
- Manan, Bagir, *Beberapa Catatan tentang Penafsiran*, Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun XXIV No. 285 Agustus 2009.
- Sanusi, Arsyad, *Legal Reasoning dalam Interpretasi Konstitusi*, Jurnal Konstitusi Volume 5 No. 2, Nopember 2008.
- Sen, Amartya, *Jurnal: Democracy and its global roots: Why democratization is not same as Westernization*, The New Republic, October 6th, 2003.

Sidharta, B. Arief, *Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum*, dalam Jurnal JENTERA:Rule of Law,Edisi III Tahun II, November, Jakarta, 2004.

Susanto, Heru, *Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum (rechtsvinding) dan penciptaan hukum (rechtsschepping) pada Era Reformasi dan Transformasi*, Masalah-Masalah Hukum, Jurnal Hukum UNDIP, Volume. 36 No. 2 April – Juni 2007

Termorshuizen-Artz, Marjanne, *The Concept of Rule of Law*, Jurnal JENTERA:Rule of Law,Edisi III Tahun II, November 2004, Jakarta.

BAHAN AJAR

Arianto, Satya, Bahan Ajar: Program Magister Ilmu Hukum Universitas Indonesia tentang Hukum dan Demokrasi.

Siregar, Mahmud, *Modul Perkuliahan Teori Hukum : Teori-Teori Hukum Positivisme Hukum*. Sekolah Pasca Sarjana Universitas Sumatera Utara. Medan. 2008.

Mahfud MD, Moh, Bahan kuliah Politik Hukum, Program PascaSarjana UII.

Khairandy, Riduan, *Bahan Ajar: Legal Reasoning*, Program Doktor FH UII

MAKALAH

Alkostar, Artidjo, Makalah : *Peran dan Upaya Mahkamah Agung dalam Menjaga dan Menerapkan Hukum yang Berkepastian Hukum, Berkeadilan dan Konsisten melalui putusan Mahkamah Agung*,dipresentasikan dalam Seminar Nasional “Supremasi Hukum Dalam 11 Tahun Reformasi, ditinjau dari perspektif HAM, Konstitusi dan Penegakan Hukum, diselenggarakan oleh Himpunan Mahasiswa Islam Komisariat FH UII, Pusat Studi HAM dan Pusat Studi Hukum Konstitusi FH UII, Yogyakarta 30 Mei 2009.

Saifudin, Makalah; *Menyusun Konstitusi yang Partisipatif Menuju Terwujudnya Cita-Cita Bangsa*, Disampaikan dalam Seminar Nasional oleh HMI Komisariat FH UII, 30 Mei 2009.

Arianto, Satya, Makalah: "*Negara Hukum dalam Perspektif Pancasila*", Disampaikan pada Kongres Pancasila, Kampus Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 29 Mei – 1 Juni 2009.

Mahfud MD, Moh, *Hukum, Moral dan Politik*, Materi Studium Generale untuk Matrikulasi Program Doktor Bidang Ilmu Hukum di Universitas Diponegoro, Semarang, tanggal 23 Agustus 2008.

Buana, Mirza Satria, *Law as Guardian of Democracy, State Stability and Economic Development*, Makalah yang dipresentasikan pada Seminar Internasional di UGM dengan tema *Re-Considering Indonesia: Straving for Democracy, Sustainability and Economic Development*, tanggal 1-2 Desember 2009

WEBSITE

<http://www.apakabar.ws/forums/viewtopic.php?f=1&t=38077>

<http://detiknews.pukatugm.yt/forums.php?d-34709>

http://www.unisosdem.org/article_detail.php?aid=7228&coid=3&caid=57&gid=2

KAMUS

Echols, John M, *Kamus Inggris Indonesia*, Cetakan III, Gramedia, Jakarta.

Garner, Bryan A, *Black's Law Dictionary*, 7th Edition, West group, United State of America.

SURAT KABAR

Manan, Munafrizal, *Mahkamah Konstitusi dan Penafsiran Tekstual*, Koran Kompas, Kamis, 26 Februari 2009.