

BAB IV

KEADILAN SUBSTANTIF PUTUSAN MAHKMAH KONSTITUSI

4.1 Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Perspektif Positivistik

4.1.1 Tinjauan Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi

Sebagaimana diuraikan diatas bahwa salah satu tokoh yang berperan dalam membidani berdirinya Mahkamah Konstitusi adalah Hans Kelsen yang mengusulkan dibentuknya Mahkamah Konstitusi di Austria pada tahun 1920. Sejak saat itu Mahkamah Konstitusi berkembang di Negara-negaa lain dan hingga saat ini Mahkamah Konstitusi telah terbentuk di 78 negara termasuk di Indonesia.

Gagasan Kelsen untuk membentuk Mahkamah Konstitusi dapat dipahami jika kita menengok pikiran-pikirannya tentang hukum. Kelsen menggagas konsep hukum yang disebut dengan *stufen-theory* yang merupakan teori tentang hirarki perundang-undangan. Dalam teori tersebut, peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan terhadap peraturan yang lebih tinggi. Selain sebagai orang yang membidangi kelahiran Mahkma Konstitusi, Kelsen juga dikenal sebagai pemikir yang menganut paham positivisme hukum. Aliran filsafat hukum tersebut juga mengandung makna keadilan. Menurut Hans Kelsen, Keadilan adalah legalitas, suatu peraturan umum adalah adil jika benar-benar diterapkan kepada semua kasus yang menurut isinya peraturan harus diterapkan. Keadilan berarti pemeliharaan tata hukum positif melalui penerapannya yang benar-benar sesuai dengan jiwa dan tata hukum positif tersebut. Keadilan adalah keadilan berdasarkan hukum¹⁷³.

Mahkamah Konstitusi di Indonesia dipandang menganut paham Kelsenian karena kewenangan untuk menguji undang-undang dilaksanakan secara terpusat dalam satu lembaga tersendiri. System ini biasa diterapkan di Negara demokrasi baru yang menganut system hukum Eropa Kontinental seperti Indonesia. Dewasa ini bagi negara-negara penganut system hukum Eropa Kontinental, sumber utama seluruh legalitas dan selanjutnya legitimasi politik adalah Konstitusi sebagai puncak hirarki. Dalam system hukum Eropa Kontinental Konstitusinya biasanya memuat beberapa persoalan pokok yang salah satunya adalah memberikan kekuasaan kepada Pengadilan Konstitusi guna

¹⁷³ Kelsen, Hans [a], *op. cit* hal. 15-16

mempertahankan superioritas normatif hukum tata Negara *vis a vis* seluruh peraturan hukum lainnya¹⁷⁴.

Selain itu, system hukum di Indonesia juga dianut tata urutan (hirarki) Perundang-undangan sebagaimana diatur dalam pasal 7 UU No. 10 tahun 2004. Sebelumnya pengaturan tentang Hirarki Perundang-undangan diatur dalam Tap MPR No. III/MPR/2000 yang merubah Tap MPRS No. XX/MPRS/1966. Penerapan hirarki peraturan perundang-undangan ini dimaksudkan untuk melakukan penertiban system hukum. Dalam system hirarki peraturan perundang-undangan ini menganut prinsip *lex superior derogat lex inferiori*. Sebagai perwujudan asas tersebut Mahkamah Konstitusi menjadi lembaga tempat pencari keadilan atas pengaturan undang-undang yang menimbulkan rasa ketidakadilan secara konstitusional. Kewenangan menguji peraturan perundang-undangan tersebut hanya terbatas pada undang-undang sesuai dengan salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi yang dapat menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar sedangkan terhadap peraturan dibawah undang-undang kewenangan menguji (*judicial review*) menjadi kewenangan Mahkamah Agung. Selain itu, Mahkamah Konstitusi juga menjadi tempat melahirkan sebuah kepastian hukum dalam proses sengketa pemilu dengan putusan yang bersifat final dan mengikat pada tingkat pertama dan terakhir terhadap perselisihan hasil pemilihan umum.

Dalam bab ini penulis mencoba menganalisa putusan-putusan Mahkamah Konstitusi dengan pendekatan yuridis formal yaitu analisis dengan mendasarkan diri pada ketentuan tekstual yang tercantum dalam beberapa undang-undang. pendekatan tekstual ini (*tekstual meaning*) ini seiring dengan gagasan positivisme terutama pikiran dari Hans Kelsen bahwa keadilan adalah legalitas, yaitu berdasarkan pada hukum positif yang sedang berlaku. Pendekatan yuridis yang dilakukan adalah dengan menilai putusan Mahkamah Konstitusi secara formil yaitu berdasarkan ketentuan yang diatur dalam UUD NRI Tahun 1945, UU No. 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan UU No. 10 tahun 2008 tentang Pemilihan Anggota DPR, DPD dan DPRD. Pendekatan formil yang dimaksud adalah mengenai batasan-batasan kewenangan Mahkamah

¹⁷⁴ Ahmad Syahrizal, *op. cit.* hal. 135

Konstitusi dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi pada saat melaksanakan kewenangan pengujian undang-undang dan penyelesaian perselisihan hasil pemilu.

Dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 22-24/PUU.VI/2008 dalam perkara pengujian pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d dan huruf e UU No. 10 tahun 2008 Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pasal tersebut bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 dan menyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Amar putusan tersebut secara tekstual sudah sesuai dengan UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yaitu pasal 56 ayat (2) dan ayat (3) serta pasal 57 ayat (1) dan ayat (2). Secara teoritik Mahkamah Konstitusi diposisikan sebagai *negative legislator* karena putusannya hanya dapat membatalkan suatu ketentuan dalam undang-undang yang dianggap bertentangan dengan undang-undang dasar. Posisi Mahkamah Konstitusi sebagai *negative legislator* ini termuat dalam pasal 56 dan 57 UU No. 24 tahun 2003 tersebut yang hanya menyatakan suatu ketentuan pasal dalam satu undang-undang bertentangan dengan undang-undang dasar dan oleh karena dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Dengan demikian, Mahkamah Konstitusi baik secara teoritik maupun secara yuridis sebagaimana diatur dalam UU No. 24 tahun 2003 tidak diberikan kewenangan untuk membuat norma baru dalam putusannya karena kewenangan membuat norma baru yang mengikat secara hukum kepada masyarakat merupakan kewenangan yang dimiliki oleh lembaga legislatif sebagai *positif legislator*¹⁷⁵.

Namun dalam bagian putusan tersebut, yaitu dalam konklusi [4.5] dinyatakan “Bahwa secara teknis administratif pelaksanaan putusan Mahkamah diyakini tidak akan menimbulkan hambatan yang pelik karena Pihak Terkait Komisi Pemilihan Umum pada Sidang Pleno di Mahkamah Konstitusi tanggal 12 November 2008 menyatakan siap melaksanakan putusan Mahkamah jika memang harus menetapkan anggota legislatif berdasarkan suara terbanyak”. Konklusi ini dapat ditafsirkan bahwa KPU sebagai lembaga pelaksana undang-undang siap melaksanakan norma hukum dalam menetapkan

¹⁷⁵ Tentang Positif dan Negatif Legislator, Jimly Asshidiqie mengutip apa yang disampaikan oleh Hans Kelsen bahwa pada pokoknya Parlemen adalah Positive legislator sedangkan Mahkamah Konstitusi adalah Negative Legislator. Yang pertama membuat dan menetapkan undang-undang, sedangkan yang kedua adalah membatalkannya. Lihat Jimly Asshidiqi, Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi, (Jakarta:PT Bhuana Ilmu Populer, 2007) hal. 609.

anggota legislatif berdasarkan suara terbanyak. Hal ini dapat disimpulkan bahwa akibat hukum dari putusan Mahkamah Konstitusi terdapat norma baru berupa tatacara penetapan calon legislative terpilih berdasarkan suara terbanyak sesuai dengan yang dimohonkan oleh pemohon sebagai pengganti pasal 214 huruf a,b,c,d, dan e UU No. 10 Tahun 2008. Norma baru sebagaimana dimohonkan oleh pemohon dianggap oleh Mahkamah Konstitusi beralasan dan harus dikabulkan sebagaimana dinyatakan dalam konklusi [4.3]. kemunculan norma baru tersebut diperkuat oleh Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangan hukum [3.17] dan [3.19] yang menyatakan dalil pemohon beralasan dan karenanya sepanjang mengenai Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU No. 10 Tahun 2008, maka permohonan Pemohon harus dikabulkan, sehingga pasal tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, namun hal tersebut tidak akan menimbulkan kekosongan hukum, walaupun tanpa revisi undang-undang maupun pembentukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Putusan Mahkamah demikian bersifat *self executing*. Komisi Pemilihan Umum (KPU) beserta seluruh jajarannya, berdasarkan kewenangan Pasal 213 UU No. 10 Tahun 2008, dapat menetapkan calon terpilih berdasarkan Putusan Mahkamah dalam perkara ini.

Pertimbangan hukum inilah yang dianggap oleh penulis sebagai hal yang melampaui kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai negative legislator sebagaimana diatur dalam pasal 56 dan 57 UU No. 24 tahun 2003 yang hanya dapat menyatakan suatu ketentuan pasal bertentangan dengan undang-undang dasar dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Norma lama tentang tatacara penetapan calon terpilih yang diatur dalam pasal 214 digantikan dengan norma baru yaitu menggunakan pendekatan suara terbanyak tidak hanya sekedar melampaui kewenangan yang diatur dalam hukum acara melalui UU No. 24 tahun 2003 namun telah melanggar ketentuan dalam UUD NRI Tahun 1945 yang memberikan kewenangan membentuk undang-undang kepada DPR yang dalam pembahasannya harus mendapatkan persetujuan bersama dengan Presiden¹⁷⁶.

Lahirnya norma baru tersebut dalam pertimbangan Mahkamah Konstitusi didasari oleh landasan filosofis dari setiap pemilihan atas orang untuk menentukan pemenang adalah berdasarkan suara terbanyak, maka penentuan calon terpilih harus

¹⁷⁶ Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2)

pula didasarkan pada siapapun calon anggota legislatif yang mendapat suara terbanyak secara berurutan. Secara materiil, Mahkamah Konstitusi mendasarkan pada ketentuan pasal 27 ayat (1) dan pasal 28 D ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 yang menganut asas kesamaan kedudukan hukum dan kesempatan yang sama dalam pemerintahan (*equality and opportunity before the law*) terhadap sesama warga Negara khususnya calon legislative sehingga jika diterapkan system nomor urut maka terjadi keadaan yang tidak sama atas dua keadaan hukum yang sama adalah tidak adil.

Mahkamah Konstitusi hanya menerapkan pendekatan materiil dalam penafsirannya terhadap UUD NRI Tahun 1945 sebagai alat uji bagi undang-undang yang dimohonkan namun mengabaikan pendekatan formil sebagaimana diatur dalam pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) UUD NRI Tahun 1945. Ketentuan formil ini sejalan dengan pemikiran positivism hukum yang memandang sumber dan validitas norma hukum bersumber pada kewenangan pembuat hukum. Menurut Austin setiap hukum atau peraturan adalah sebuah perintah (*command*)¹⁷⁷. Melanjutkan pemikiran Austin tersebut, Hans Kelsen berpandangan bahwa perintah adalah mengikat bukan karena individu yang memerintah memiliki kekuasaan nyata yang lebih tinggi melainkan karena dia diberi wewenang atau diberi kekuasaan untuk melahirkan perintah-perintah yang bersifat mengikat. Dia diberi wewenang atau diberi kuasa hanya jika suatu tata normative yang dianggap mengikat memberikan kapasitas ini kepadanya yakni memberikan kompetensi untuk menerbitkan perintah yang mengikat. Maka jelas bahwa kekuatan mengikat terdapat dalam perintah tersebut karena perintah tersebut diterbitkan oleh pejabat yang berwenang¹⁷⁸.

Ketentuan mengenai pejabat yang berwenang membentuk norma hukum dalam bentuk undang-undang selain dalam Pasal 20 UUD NRI Tahun 1945 juga diatur dalam UU No. 10 tahun 2004. Dalam ketentuan umum undang-undang tersebut yaitu pada pasal 1 angka 2 disebutkan bahwa Peraturan Perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum. Sedangkan pada angka 3 menyebutkan bahwa Undang-Undang adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat

¹⁷⁷ Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manullang, *op. cit.* hal. 58

¹⁷⁸ Hans Kelsen [a], *op. cit.* hal. 36-38

dengan persetujuan bersama Presiden. Berdasarkan ketentuan pasal 20 UUD NRI Tahun 1945 dan UU No. 10 tahun 2004 dapat disimpulkan bahwa Mahkamah Konstitusi tidak memiliki kewenangan untuk membuat norma hukum sebagai pengganti norma hukum yang diatur dalam undang-undang sebagaimana putusan Mahkamah Konstitusi tersebut diatas. Selain itu dalam UU No. 24 tahun 2003 sangat jelas diatur bahwa Mahkamah Konstitusi hanya memiliki kewenangan untuk menyatakan sebuah ketentuan dalam undang-undang bertentangan dengan undang-undang dasar dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.

Berbeda dengan putusan No. 22-24/PUU.VI/2008 yang melahirkan norma baru namun terletak dalam pertimbangan hukum dan konklusi putusannya, Mahkamah Konstitusi dalam putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2008 justru memunculkan hal baru dalam amar putusannya tidak sebagaimana amar putusan yang diamanatkan oleh UU No. 24 tahun 2003. Dalam amar putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi menetapkan bahwa pasal 205 ayat (4) , pasal 211 ayat (3) dan pasal 212 ayat (3) UU No. 10 tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) sepanjang diterapkan sesuai dengan apa yang dinyatakan dalam amar putusan Mahkamah Konstitusi. Amar putusan tersebut sangat jelas tidak sesuai dengan ketentuan yang tertuang dalam pasal 56 dan pasal 57 UU No. 24 tahun 2003. Dalam ketentuan dalam pasal 56 dan 57 UU No. 24 Tahun 2003, Putusan Mahkamah Konstitusi terdiri dari putusan yang menyatakan:

1. Permohonan tidak dapat diterima (vide pasal 56 ayat (1))
2. Permohonan dikabulkan (vide pasal 56 ayat (2)) dan menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.(vide pasal 56 ayat (3))
3. Permohonan ditolak (vide pasal 56 ayat (4))

Pernyataan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) dalam putusan Mahkamah Konstitusi pada prinsipnya merupakan penafsiran terhadap salah satu ketentuan dalam undang-undang yang dimohonkan pengujian. Hal tersebut jelas diakui oleh Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangan [3.24] yaitu bahwa masalah utama yang harus dipertimbangkan dan diputuskan dalam perkara ini adalah masalah

konstitusionalitas dan penafsiran dari Pasal 205 ayat (4) serta Penjelasan Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3), dan Pasal 212 ayat (3) UU No. 10 tahun 2008 yang menurut para Pemohon rumusan pasal-pasal tersebut bersifat multitafsir karena ketidakjelasan frasa “suara” dalam Pasal 205 ayat (4) dan frasa “sisa suara” dalam Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3), terutama dalam kaitan untuk mengimplementasikan system Pemilu yang dianut oleh Undang-Undang *a quo*, sehingga menimbulkan ketidakadilan dan ketidakpastian hukum.

Mahkamah Konstitusi karena kewenangannya dalam mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dan mengikat untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar berhak melakukan penafsiran terhadap undang-undang dasar (*the final interpretator of constitution*)¹⁷⁹. Penafsiran tersebut menjadi dasar pertimbangan apakah ketentuan sebuah undang-undang bertentangan atau tidak dengan undang-undang dasar. Namun dalam putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi justru melakukan penafsiran terhadap ketentuan dalam UU No. 10 tahun 2008 khususnya menyangkut frasa “suara” dan “sisa suara” dalam pasal-pasal yang dimohonkan pengujian. Menurut logika hukum, lembaga Negara yang berwenang melakukan penafsiran atas ketentuan undang-undang adalah lembaga yang diperintahkan oleh undang-undang tersebut untuk melaksanakan ketentuan-ketentuannya. Penafsiran lembaga Negara tersebut kemudian dituangkan dalam bentuk keputusan baik yang bersifat mengatur maupun yang bersifat menetapkan. Dalam konteks penafsiran terhadap ketentuan dalam UU No. 10 tahun 2008, maka lembaga yang diperintahkan untuk melaksanakan undang-undang tersebut adalah KPU sebagai penyelenggara pemilu. KPU menafsirkan ketentuan Pasal 205 ayat (4) serta Penjelasan Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3), dan Pasal 212 ayat (3) UU No. 10 tahun 2008 dengan menerbitkan Peraturan KPU No. 15 Tahun 2009 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan KPU No. 26 tahun 2009 tentang Pedoman Teknis Penetapan dan Pengumuman Hasil Pemilihan Umum, Tata Cara Penetapan Perolehan Kursi, Penetapan Calon Terpilih, dan Penggantian Calon Terpilih dalam Pemilihan Umum

¹⁷⁹ Menurut Jimly Asshiddiqie Kewenangan Mahkamah Konstitusi dapat dikaitkan dengan enam fungsi Mahkamah Konstitusi yang salah satunya adalah sebagai *The Final Interpreter of The Constitution*. Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, (Jakarta: Kompas, 2010) hal. 50

Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota Tahun 2009.

Jika masyarakat terutama peserta pemilu menganggap bahwa KPU telah salah menafsirkan ketentuan dalam UU No. 10 tahun 2008 dengan menerbitkan Peraturan KPU No. 15 tahun 2009 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan KPU No. 26 tahun 2009, maka dapat mengajukan permohonan pengujian peraturan tersebut kepada Mahkamah Agung. Kewenangan pengujian peraturan dibawah undang-undang terhadap undang-undang dimiliki oleh Mahkamah Agung sebagaimana diatur dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI Tahun 1945. Berdasarkan pemikiran diatas, maka terdapat beberapa orang yang akhirnya mengajukan permohonan uji materiil atas Peraturan KPU No. 15 tahun 2009 terhadap UU No. 10 tahun 2008. Para Pemohon antara lain Zaenal Ma'arif, Yoseph B Badeoda , HM Utomo A Karim T, dan Mirda Rasyid merupakan Calon anggota Legislatif sehingga telah memenuhi legal standing karena dirugikan terhadap penerapan Peraturan KPU No. 15 tahun 2009. Pemohon menganggap ketentuan Pasal 22 Pasal 22 huruf c dan Pasal 23 ayat (1) dan (3) Peraturan KPU No. 15 Tahun 2009 bertentangan dengan Pasai 205 ayat (4) Undang-Undang No. 10 Tahun 2008. Setelah dilakukan pemeriksaan, maka Mahkamah Agung memutuskan untuk menerima permohonan pemohon sehingga menyatakan bahwa Pasal 22 Pasal 22 huruf c dan Pasal 23 ayat (1) dan (3) Peraturan KPU No. 15 Tahun 2009 bertentangan dengan Pasai 205 ayat (4) Undang-Undang No. 10 Tahun 2008 sehingga dinyatakan tidak sah dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat serta batal demi hukum atau setidaknya tidak berlaku.

Secara formil perkara pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Peraturan di Mahkamah Agung memang berbeda yaitu bahwa Mahkamah Konstitusi menguji UU No. 10 tahun 2008 terhadap UUD NRI Tahun 1945 sedangkan Mahkamah Agung menguji Peraturan KPU No. 15 tahun 2009 terhadap UU No. 10 tahun 2008. Namun secara materiil pokok perkara yang dilakukan uji materiil mengenai ketentuan yang sama yaitu penafsiran terhadap pasal 205 ayat (4) UU No. 10 tahun 2008 khususnya mengenai frase “Suara” dan frasa “Sisa Suara”. Dalam Pasal 205 ayat (4) UU No. 10 tahun 2008 disebutkan bahwa “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 sedangkan dalam Peraturan KPU No. 15 tahun 2009 Pasal 22 huruf C disebutkan bahwa “Apabila dalam penghitungan sebagaimana dimaksud pada huruf a, Partai Politik yang bersangkutan masih memiliki *sisa suara*, maka sisa suara tersebut akan diperhitungkan dalam penghitungan kursi tahap berikutnya”. Perbedaan penafsiran tersebut mengakibatkan perbedaan tata cara menetapkan perolehan kursi partai politik pada tahap II.

Putusan Mahkamah Konstitusi didasarkan pada ketentuan dalam Pasal 28D ayat (1) yaitu “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum” serta ketentuan pada pasal 6 huruf I UU No. 10 tahun 2004 yang mengatur asas pembentukan peraturan perundang-undangan yaitu asas ketertiban dan kepastian hukum yang dalam penjelasannya menyebutkan bahwa “Yang dimaksud dengan “asas ketertiban dan kepastian hukum” adalah bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan harus dapat menimbulkan ketertiban dalam masyarakat melalui jaminan adanya kepastian hukum”. Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa telah terjadi multitafsir terhadap ketentuan pasal 205 ayat (4) dan membaginya kedalam tiga kelompok penafsiran. Mahkamah Konstitusi menurut penulis telah mencampuradukkan antara penafsiran akademis dan penafsiran yuridis terhadap ketentuan undang-undang. penafsiran akademis terhadap sebuah norma hukum merupakan keniscayaan dalam masyarakat sebagai sebuah bentuk dinamika masyarakat yang tidak akan menimbulkan ketidakpastian dan ketidaktertiban hukum. Ketidakpastian hukum dan ketidaktertiban hukum akan terjadi dalam penafsiran yuridis, yaitu penafsiran oleh lembaga Negara yang berwenang melaksanakan hukum. Jika lembaga Negara pelaksana hukum melakukan penafsiran yang berbeda-beda terhadap satu norma hukum dalam keputusan-keputusannya baik yang bersifat mengatur atau menetapkan, maka disitulah terjadi ketidakpastian dan ketidaktertiban hukum. Sehingga pendapat mahkamah bahwa telah terjadi penafsiran yang berbeda-beda dalam masyarakat terhadap ketentuan pasal 205 ayat (4) tidak dapat dijadikan dasar bahwa ketentuan tersebut berpotensi bertentangan dengan pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945. Kalaupun pendapat Mahkamah

Konstitusi dapat dianggap benar telah terjadi pelanggaran terhadap asas ketertiban dan kepastian hukum sebagaimana diatur dalam UU No. 10 tahun 2004 maka tidak semestinya Mahkamah Konstitusi membuat penafsiran baru terhadap pasal 205 ayat (4) dengan putusan yang bersifat konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*). Mahkamah Konstitusi semestinya menyatakan bahwa ketentuan pasal 205 ayat (4) bertentangan dengan pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Adapun norma baru pengganti norma yang dibatalkan tersebut dapat dibentuk melalui mekanisme pembentukan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagaimana diatur dalam UU No. 10 tahun 2004 sehingga tidak lagi terdapat ketentuan yang multitafsir.

Selain putusan pengujian undang-undang terdapat putusan yang secara akademik patut diperdebatkan dalam perspektif yuridis yaitu dalam putusan perselisihan hasil pemilu. Dalam penulisan ini, terdapat tiga putusan perselisihan Hasil Pemilu yang menjadi objek penelitian yaitu putusan tentang penghitungan tahap III, Putusan Sela di Kabupaten Nias Selatan dan Papua.

Dalam putusan No. 74-80-94-59-67/PHPU.C-VII/2009 terdapat sesuatu yang janggal dalam perkara Perselisihan hasil pemilu. Kejanggalan putusan tersebut dapat dilihat dari ketidaksinkronan antara jenis perkara yaitu perkara perselisihan hasil pemilu dan putusan yang bersifat norma yang semestinya terdapat dalam perkara pengujian undang-undang. kejanggalan tersebut terjadi karena pendapat Mahkamah Konstitusi bahwa perkara yang diajukan oleh 5 (lima) pemohon pada dasarnya berkenaan dengan penafsiran penerapan pasal 205 ayat (5), ayat (6) dan ayat (7) UU No. 10 tahun 2008 antara pemohon dengan KPU. Oleh karena itu diperlu pendapat Mahkamah Konstitusi terhadap perbedaan tersebut karena dapat mempengaruhi perolehan kursi partai politik peserta pemilu sebagaimana termasuk dalam hal yang diatur dalam pasal 74 ayat (2) UU No. 24 tahun 2003.

Untuk melaksanakan ketentuan pada pasal 205 ayat (5), ayat (6) dan ayat (7) UU No. 10 tahun 2008 sesungguhnya KPU telah menerbitkan peraturan KPU No. 15 tahun 2009 pasal 24 yang pada pokoknya sejalan dengan apa yang menjadi penafsiran dari para pemohon yaitu penghitungan tahap III perolehan kursi DPR RI dengan menentukan terlebih dahulu jumlah sisa suara sah tiap Partai Politik peserta Pemilu

Anggota DPR dari seluruh daerah pemilihan Anggota DPR di provinsi, yaitu dengan cara menjumlahkan sisa suara sah tiap Partai Politik dari seluruh daerah pemilihan Anggota DPR baru kemudian dibagi dengan sisa kursi untuk mendapatkan BPP baru. Partai Politik yang mempunyai sisa suara dari seluruh daerah pemilihan provinsi yang belum diperhitungkan dalam tahap I dan II yang jumlahnya lebih besar atau sama dengan BPP yang baru mempunyai hak untuk mendapatkan sisa kursi yang belum terbagi. Tatacara tersebut sama dengan pendapat Mahkamah Konstitusi [3.19] yang menyatakan bahwa tidak logis jika sisa suara yang dijumlahkan hanya sisa suara di daerah pemilihan yang hanya masih memiliki sisa kursi.

Pokok permasalahan dalam perkara tersebut sebenarnya terletak pada Surat Keputusan KPU No. 259/kpts/KPU/2009 tentang Penetapan Perolehan Kursi Partai Politik Peserta Pemilu DPR Tahun 2009 yang tidak sesuai dengan pasal 205 ayat (5), ayat (6) dan ayat (7) UU No. 10 tahun 2008 serta pasal 24 Peraturan KPU No. 15 tahun 2009 khususnya terhadap penetapan perolehan kursi partai politik tahap III. Dengan penerapan yang berbeda dari aturan pelaksanaannya maka secara otomatis calon anggota DPR RI yang terpilih pun mengalami perbedaan sehingga SK KPU No. 286/kpts/KPU/2009 tentang Penetapan Calon Terpilih Anggota DPR pada Pemilu Tahun 2009 juga dianggap bertentangan dengan pasal 205 ayat (5), ayat (6) dan ayat (7) UU No. 10 tahun 2008 serta pasal 24 Peraturan KPU No. 15 tahun 2009 khususnya terhadap penetapan perolehan kursi partai politik tahap III.

Terdapat batasan yang tipis dalam perkara ini terkait dengan kompetensi absolute antara Peradilan Tata Usaha Negara dan Mahkamah Konstitusi. Jika pemahaman pokok perkara (*fundamental petendi*) terletak pada Surat Keputusan KPU No. 259/kpts/2009 dan Surat Keputusan KPU No. 286/kpts/KPU/2009 yang tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan, maka perkara tersebut menjadi kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara karena objek perkaranya adalah Keputusan Tata Usaha Negara oleh Badan Tata Usaha Negara dalam hal ini Keputusan KPU. Namun demikian, karena Keputusan Tata Usaha Negara tersebut berkaitan dengan perolehan kursi Partai Politik Peserta Pemilu anggota DPR maka masuklah kompetensi absolute dari Mahkamah konstitusi sebagaimana dimaksud dalam pasal 74 UU No. 24 tahun 2003.

UU No. 9 tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara memberikan batasan perkecualian terhadap kompetensi absolute Peradilan Tata Usaha Negara yang salah satunya dalam pasal 2 huruf g yaitu “Keputusan KPU baik di pusat maupun di daerah mengenai hasil pemilihan umum”. Mengenai hasil pemilu tersebut diatur dalam UU No. 10 tahun 2008 dalam bab yang berbeda dengan Penetapan Perolehan Kursi dan Calon Terpilih. Hasil Pemilu menurut Bab XII Pasal 199 ayat (1) adalah perolehan suara partai politik dan perolehan suara calon anggota DPR, DPD, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota. Sedangkan Penetapan Perolehan Kursi dan Calon terpilih diatur secara terpisah dalam Bab XIII maka dapat diartikan bahwa Penetapan Perolehan Kursi dan Calon terpilih bukan merupakan hasil pemilu sehingga tidak memenuhi ketentuan pengecualian dalam Pasal 2 huruf g UU No. 9 tahun 2004. Jika pendapat hukum ini yang yakini maka perkara yang menyangkut penetapan perolehan kursi dan penetapan calon terpilih merupakan kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara.

Namun dalam pasal 4 ayat (2) UU No. 10 tahun 2008 yang mengatur tentang tahapan pemilu, tidak disebutkan bahwa penetapan perolehan kursi dan calon terpilih sebagai tahapan yang tersendiri. Oleh karena itu dapat diartikan bahwa tahapan penetapan perolehan kursi dan calon terpilih termasuk dalam tahapan penetapan hasil pemilu yang memenuhi ketentuan pasal 2 huruf g UU No. 9 tahun 2004. Karena termasuk dalam tahapan penetapan hasil pemilu maka perkara yang menyangkut penetapan perolehan kursi dan penetapan calon terpilih menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagaimana diatur dalam pasal 74 ayat (2) UU No. 24 tahun 2003.

Dengan menetapkan pokok perkara terletak pada perbedaan penafsiran penerapan pasal 205 ayat (5), ayat (6) dan ayat (7) UU No. 10 tahun 2008 Mahkamah Konstitusi mengabaikan kewajiban untuk memutuskan penghitungan suara versi pemohon atau termohon yang dinyatakan benar. Pokok perkara perselisihan hasil pemilu sesungguhnya adalah pada kesalahan penghitungan suara yang didalilkan oleh pemohon sehingga Mahkamah Konstitusi dimohon untuk menetapkan penghitungan suara yang benar menurut pemohon. Jika Mahkamah Konstitusi menolak permohonan pemohon, maka penghitungan suara yang benar adalah penghitungan suara menurut

KPU namun jika permohonan dikabulkan maka Mahkamah Konstitusi menyatakan membatalkan penghitungan suara yang diumumkan oleh KPU dan menetapkan penghitungan suara yang benar¹⁸⁰.

Dalam perkara perselisihan hasil pemilu lainnya yaitu pada putusan sela yang memerintahkan pemungutan suara ulang di Kabupaten Nias Selatan dan Kabupaten Yahukimo Mahkamah Konstitusi mendasarkan pada ketentuan norma hukum secara parsial. Dasar putusan sela yang memerintahkan pemungutan suara ulang adalah pasal 219 ayat (2) UU No. 10 tahun 2008. Mahkamah Konstitusi tidak mempertimbangkan ketentuan lain yang mengatur tentang pemungutan suara ulang yaitu pasal 220 yang mengatur mekanisme dan batas waktu pemungutan suara ulang. Jika memahami pengaturan pemungutan suara ulang secara komprehensif maka pemungutan suara ulang yang dimaksud termasuk dalam tahapan pemilu sebelum penetapan hasil pemilu sehingga belum ada peran Mahkamah konstitusi di dalam proses tersebut. Mahkamah Konstitusi berperan dalam proses pemilu setelah tahapan penetapan hasil pemilu yaitu jika terjadi perselisihan hasil pemilu antara peserta pemilu dan KPU. Putusan sela Mahkamah Konstitusi yang memerintahkan pemungutan suara ulang jelas tidak memenuhi ketentuan pasal 220 yang memberikan kewenangan memutuskan untuk diadakannya pemungutan suara ulang kepada KPU Kabupaten/Kota atas usul dari KPPS yang diteruskan oleh PPK. Selain itu, pemungutan suara ulang atas perintah Mahkamah Konstitusi telah melampaui batas waktu paling lambat tanggal 19 April 2010 yang memenuhi ketentuan batas waktu 10 (sepuluh) hari setelah hari/tanggal pemungutan suara tanggal 9 April 2009.

Putusan sela sendiri tidak diatur dalam UU No. 24 Tahun 2003 namun diatur dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 16 tahun 2009 pasal 9 ayat (5). Dalam peraturan tersebut juga tidak disebutkan tentang materi apa saja yang dapat diperintahkan dalam putusan sela dan hanya mengatur tentang jika dipandang perlu Mahkamah dapat menetapkan putusan sela sebelum putusan akhir. Kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memerintahkan pemungutan suara ulang dan penghitungan

¹⁸⁰ Indonesia, Undang-Undang Tentang Mahkamah Konstitusi, UU No. 24 Tahun 2003, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316 pasal 75 dan Pasal 77

suara ulang dalam putusan sela didasari oleh landasan filosofis yaitu pelaksanaan fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal demokrasi (*the guardian of democracy*) sehingga tidak dapat membiarkan terjadinya pelanggaran-pelanggaran pemilu. Oleh karena itu Mahkamah Konstitusi tidak mau terbelenggu dalam hanya memutus perkara secara kuantitatif dengan merekapitulasi angka-angka perolehan suara yang telah ditetapkan oleh KPU.

Dalam putusan sela tersebut, Mahkamah Konstitusi juga memutuskan untuk memerintahkan penundaan berlakunya keputusan KPU No. 255/kpts/KPU/2009 tentang Penetapan dan Pengumuman Hasil Pemilu Anggota DPR, DPD, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota sepanjang menyangkut hasil penghitungan suara di Kabupaten Nias Selatan, Provinsi Sumatera Utara dan hasil Penghitungan Suara calon anggota DPD di Kabupaten Yahukimo, Provinsi Papua.

Penangguhan pelaksanaan Keputusan KPU atau dapat dianggap sebagai Keputusan Pejabat Tata Usaha Negara tidak dikenal dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi sebagaimana diatur dalam UU No. 24 tahun 2003 dan Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 16 tahun 2009. Putusan Penangguhan Pelaksanaan Keputusan Pejabat Tata Usaha Negara hanya dikenal dalam Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara yaitu pada pasal 67 ayat (2) UU No. 5 tahun 1986 yang berbunyi “Penggugat dapat mengajukan permohonan agar pelaksanaan Keputusan Tata Usaha Negara itu ditunda selama pemeriksaan sengketa Tata Usaha Negara sedang berjalan, sampai ada putusan Pengadilan yang memperoleh kekuatan hukum tetap”. Tetapi dalam ayat (4) terdapat persyaratan dikabulkannya permohonan penundaan pelaksanaan Keputusan Tata Usaha Negara yaitu apabila terdapat keadaan yang sangat mendesak yang mengakibatkan kepentingan penggugat sangat dirugikan jika Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu tetap dilaksanakan. Penundaan Pelaksanaan keputusan Tata Usaha Negara sebenarnya mengesampingkan *asas praesumptio iustae causa* yaitu bahwa keputusan Tata Usaha Negara selalu harus dianggap menurut hukum atau memiliki legalitas untuk dilaksanakan sejauh belum ada putusan Pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat (*inckracht*)¹⁸¹. Asas ini dianut dalam prinsip umum pasal 67 ayat (1) UU No. 5 tahun 1986 yang menyebutkan bahwa gugatan tidak menunda atau menghalangi

¹⁸¹ Riawan Tjandra, *op. cit* hal 83

dilaksanakannya Keputusan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara serta tindakan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang digugat. Namun demikian pengesampingan asas *Praesumptio iustae causa* ini dapat dibenarkan karena ketentuan pada ayat (4) merupakan keadaan khusus yang dapat diterapkan prinsip khusus (*special principle*) yang mengecualikan prinsip umumnya (*general principle*). Hubungan antara kedua ketentuan tersebut merupakan hubungan prinsip umum (*general principle*) dan prinsip khusus (*special principle*)¹⁸².

4.1.2. Pengabaian Keadilan Prosedural dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Dalam uraian subbab diatas tentang analisa yuridis terhadap kelima contoh putusan Mahkamah Konstitusi terkesan mengesampingkan beberapa aturan formil yang diatur dalam UU No. 24 tahun 2003 dan Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Persidangan Perkara Pengujian Undang-Undang dan Perselisihan Hasil Pemilu. Terhadap putusan-putusan semacam ini Mahkamah Konstitusi beralasan dalam rangka menegakkan keadilan substantive dan tidak terbelenggu dengan apa yang diatur dalam undang-undang atau keadilan prosedural.

Keadilan prosedural dalam konteks perkara pengujian undang-undang termuat dalam Hukum Acara yang diatur dalam UU No. 24 tahun 2003 dan Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 06/PMK/2005 Tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Sedangkan dalam perkara Perselisihan Hasil Pemilu Hukum Acara yang digunakan sebagai dasar adalah UU No. 24 tahun 2003, UU No. 10 tahun 2008 dan Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 16/PMK/2009 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD.

Dalam perkara pengujian undang-undang, terhadap 2 (dua) putusan yang dijadikan objek penelitian yaitu putusan No. 22-24/PUU.VI/2008 dan putusan No. 110-111-112-113/PUU.VII/2009 terdapat ketentuan procedural yang dikesampingkan atau setidak-tidaknya belum diatur dalam undang-undang. dalam pasal 56 dan 57 UU No. 24 tahun 2003. Dalam kedua putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi melakukan terobosan hukum dengan melahirkan putusan antara lain:

¹⁸² *ibid*

1. Selain membatalkan ketentuan pasal dalam undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan undang-undang dasar, Mahkamah konstitusi membuat norma baru sebagai pengganti norma hukum tersebut yang dimuat dalam pertimbangan hukum. Hal ini dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusan No. 22-24/PUU.VI/2008 tentang penerapan tatacara penetapan calon terpilih anggota DPR dengan suara terbanyak.
2. Mahkamah Konstitusi bahkan dapat memerintahkan kepada KPU untuk melaksanakan putusan Mahkamah Konstitusi secara langsung (*self executing*) berdasarkan pernyataan kesiapan KPU untuk melaksanakan putusan tersebut sehingga tidak akan menimbulkan permasalahan administrative yang pelik. Putusan tersebut diyakini tidak akan menimbulkan kekosongan hukum walaupun tanpa revisi undang-undang atau penerbitan peraturan pemerintah pengganti undang-undang.
3. Mahkamah Konstitusi melahirkan kewenangan baru yaitu mengadili perbedaan penafsiran undang-undang yang dianggap dapat menghalangi pelaksanaan ketentuan dalam undang-undang dasar dengan menerbitkan putusan yang bersifat konstitusional bersyarat (*conditionally constitutionnal*). Putusan tersebut dimaknai sebagai pelaksanaan salah satu fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai *the final interpreter of the constitution*

Selain dalam perkara pengujian undang-undang, Mahkamah Konstitusi juga telah mengesampingkan ketentuan procedural sebagaimana telah dituangkan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pengabaian hukum positive tersebut terdapat dalam putusan Nomor 74 – 80 – 94 – 59 – 67 /PHPU.C-VII/2009, putusan No. Nomor 28-65-70-82-84-89/PHPU.C-VII/2009 dan putusan Nomor 47-81/PHPU.A-VII/2009. Dalam ketiga putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi melahirkan putusan antara lain:

6. Menetapkan penafsiran yang benar menurut Mahkamah atas sebuah pasal dalam undang-undang dalam kasus yang bersifat perselisihan hasil pemilu.
7. Menetapkan perintah pemungutan suara ulang dan penghitungan suara ulang dalam putusan sela.

Kelima putusan Mahkamah Konstitusi tersebut menunjukkan kepada kita bahwa Mahkamah Konstitusi telah mengabaikan sebagian ketentuan-ketentuan hukum positif terutama ketentuan yang bersifat formal yang mengatur tentang kewenangan Mahkamah Konstitusi dan prosedur atau mekanisme dalam system pemilihan umum. Putusan-putusan tersebut tidak hanya mengabaikan ketentuan yang terdapat dalam undang-undang namun juga dalam konstitusi negara republik Indonesia.

Namun demikian, hakim konstitusi tidak sepenuhnya mengabaikan ketentuan hukum positif. Dalam pertimbangan-pertimbangan hukum putusan tersebut mahkamah juga mendasarkan diri pada sebagian ketentuan dalam konstitusi dan peraturan perundang-undangan lainnya. Dasar-dasar hukum yang digunakan mahkamah sebagian besar bersifat mendasar atau substantive misalnya ketentuan yang terkait dengan prinsip negara hukum yang demokratis, prinsip demokrasi berdasarkan hukum, hak-hak konstitusional warga negara, asas-asas kepastian dan tertib hukum serta asas jujur dan adil dalam pemilu. Selain itu, mahkamah juga mendasarkan pada kondisi sosiologis sehingga mengakomodir sebagian budaya lokal dalam system pemilu yang bersifat nasional.

Dari klasifikasi dasar putusan diatas dapat disimpulkan bahwa Mahkamah Konstitusi lebih mendasarkan pertimbangan hukumnya pada ketentuan-ketentuan yang bersifat principal atau substantive dibandingkan ketentuan-ketentuan yang bersifat prosedural. Oleh karena itu dalam periode tahun 2009 Mahkamah Konstitusi menetapkan prinsip menegakkan demokrasi dan menegakkan keadilan substantif¹⁸³.

4.2 Argumen Keadilan Substantif dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

4.2.1 Menegakkan Keadilan Substantif dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Proses peradilan merupakan salah satu realitas bekerjanya hukum dalam menjalankan fungsi dasarnya yaitu kontrol sosial terhadap masyarakat. Lembaga peradilan memiliki misi suci untuk menegakkan hukum namun tidak semata-mata demi hukum sebagaimana dikemukakan oleh Oliver Wendell Holmes "*the supreme court is not court for justice, it's a court of law*" melainkan untuk menegakkan hukum dan

¹⁸³ Prinsip mengawal demokrasi dan menegakkan keadilan substantive dijadikan judul laporan tahunan Mahkamah Konstitusi tahun 2009

keadilan¹⁸⁴ baik bagi individu maupun bagimasyarakat bangsa dan negara; bahkan keadilan yang dimaksud adalah keadilan demi Tuhan Yang Maha Esa. Untuk menjalankan misi suci tersebut, hakim diberikan kekuasaan yang bebas dan mandiri agar putusan-putusannya tidak mudah diintervensi oleh kekuatan extra yudicial seperti penguasa dan kekuatan lainnya dalam masyarakat.¹⁸⁵

Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di Indonesia tentunya memiliki tujuan yang sama dengan lembaga peradilan lainnya yaitu guna menegakkan hukum dan keadilan¹⁸⁶. Dalam mencapai tujuan menegakkan hukum dan keadilan tersebut, Mahkamah Konstitusi terdiri dari Sembilan hakim yang diharuskan oleh konstitusi untuk memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara. Hakim memiliki tugas pokok untuk mengadili menurut hukum setiap perkara yang diajukan kepadanya seadil-adilnya dengan tidak membedakan orang berdasarkan suku, agama, ras dan golongan, jabatan dan kekayaan. Sesuai dengan tujuan peradilan yang digariskan oleh konstitusi yaitu menegakkan hukum dan keadilan, maka hakim memiliki peran sebagai penegak hukum dan hakim sebagai penegak keadilan.

Pada hakikatnya tugas hakim sebagai penegak hukum adalah menegakkan peraturan perundang-undangan agar dapat dilaksanakan sebagaimana maksud dari dibentuknya peraturan perundang-undangan tersebut. Sedangkan hakim sebagai penegak keadilan adalah tidak semata-mata keadilan menurut bunyi peraturan perundang-undangan saja, melainkan juga menegakkan rasa keadilan yang berkembang dimasyarakat. Tugas hakim dalam menegakkan keadilan yang berkembang dimasyarakat ini berlaku pula bagi hakim konstitusi yang ditegaskan dalam UU No. 4 tahun 2009 pasal 5 ayat (1) yang berbunyi: “ Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”. Dalam menegakkan keadilan, hakim harus mendasarkan diri pada

¹⁸⁴ Faisal, *Menerobos Positivisme Hukum*, (Yogyakarta: Rangkang-education, 2010) hal. 8

¹⁸⁵ Antonius Sudirman, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya*, (Bandung: Citra Aditya, 2007) hal. 1

¹⁸⁶ Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 24 ayat (1)

nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa serta Pancasila yang berarti tidak semata-mata pada hukum positif dalam arti formal.¹⁸⁷

Gustav Radbruch mengemukakan bahwa ada tiga nilai dasar yang harus terdapat dalam hukum yakni keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan¹⁸⁸. Dalam kondisi normal, idealnya setiap hukum termasuk putusan hakim harus dijiwai oleh ketiga nilai tersebut. Namun realitas menunjukkan bahwa sering terjadi pertentangan antara nilai yang satu dengan yang lainnya misalnya antara keadilan dan kepastian hukum atau antara kemanfaatan dan kepastian hukum. Konflik tersebut timbul dapat disebabkan oleh dua hal yaitu pertama, hukum (perundang-undangan) diciptakan untuk melindungi kelompok politik bagi kelompok atau golongan tertentu dan kedua, peraturan perundang-undangan yang ada tidak lagi relevan dengan dinamika yang berkembang dalam masyarakat.

Konflik hukum tersebut juga dihadapi oleh hakim konstitusi dalam perkara konstitusional baik berupa pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar dan perselisihan hasil pemilu sebagaimana menjadi bahan penelitian penulis diatas. Namun demikian hakim konstitusi memiliki kewajiban untuk memutus perkara yang diadilinya dengan seadil-adilnya walaupun terjadi kelemahan-kelemahan dalam peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar hukum dalam perkara tertentu. Dalam kondisi tersebut, hakim memiliki peran lain sebagai pembentuk hukum atau pencipta hukum. John P. Dawson mengungkapkan *“bagi kami tidak terelakkan bahwa hakim mengambil peranan dalam penciptaan hukum, menciptakan sambil menerapkan”*. Pendapat Dawson tersebut seiring dengan pemikiran Logemann yang menyebutkan bahwa *“kekuasaan kehakiman yang mengerti akan tugasnya harus selalu memikirkan bahwa ia adalah factor pengatur kehidupan dalam masyarakat yang berdiri sendiri; maka ia harus secara cermat meneliti kembali dan dengan mawas diri secara konsekuen menjatuhkan putusannya”*¹⁸⁹

¹⁸⁷ Indonesia, Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman, UU No. 4 Tahun 2009 Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 5076 pasal 2 ayat (1) dan ayat (2)

¹⁸⁸ Antonius Sudirman, Op. cit hal. 44

¹⁸⁹ *Ibid* hal. 56

Kekosongan hukum atau ketidak sempurnaan hukum yang menjadi dilemma hakim untuk menjatuhkan putusan menurut Hans Kelsen merupakan celah hukum itu sendiri sehingga ia melahirkan gagasan tentang adanya “*Teori Celah*”. Teori ini dapat berlaku di mana hukum yang absah tidak dapat diterapkan dalam kasus konkret jika tidak ada norma hukum umum yang mengacu pada kasus ini; oleh karena itu pengadilan diwajibkan untuk menutup celah itu dengan menciptakan norma yang sesuai¹⁹⁰.

Kasus yang konkret dalam hal ini adalah perkara pengujian undang-undang dan perselisihan hasil pemilu yang diperiksa dan diadili oleh Mahkamah Konstitusi. Terhadap lima putusan yang menjadi pokok penelitian, dapat dilihat bahwa Mahkamah Konstitusi memiliki paradigma untuk menegakkan keadilan substantive. Putusan-putusan tersebut lebih cenderung mendasarkan diri pada hal-hal yang bersifat substantive dibandingkan procedural formal perundang-undangan. Dalam perkara pengujian undang-undang No. 10 tahun 2008, Mahkamah Konstitusi melahirkan dua putusan yang didasari oleh pertimbangan yang bersifat substantive antara lain:

1. Dalam pengujian pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e Mahkamah Konstitusi menggunakan prinsip-prinsip demokrasi dalam pertimbangan hukum sehingga pasal tersebut dinyatakan bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Ketentuan dalam pasal yang dimohonkan pengujian tersebut menurut Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan Pasal 1 ayat (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), dan Pasal 28E ayat (3) UUD NRI Tahun 1945.

Pasal-pasal yang dalam UUD NRI Tahun 1945 tersebut diatas menyangkut prinsip-prinsip dalam pelaksanaan demokrasi yaitu pada pasal 1 ayat (2) mengatur tentang Kedaulatan rakyat, Pasal 27 ayat (1) mengatur tentang prinsip persamaan setiap warga negara dalam kedudukannya didepan hukum dan kewajiban menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan, pasal 28D ayat (1) mengatur hak setiap orang atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum, Pasal 28D ayat (3) mengatur tentang hak warga negara memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan serta pasal 28E

¹⁹⁰ Hans Kelsen [b], *op.cit* hal. 71

ayat (3) yang mengatur hak warga negara untuk berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat.

Seluruh dasar hukum pertimbangan hakim konstitusi yang terdapat dalam UUD NRI Tahun 1945 tersebut tidak satupun yang mengatur masalah pemilu sebagai prosedur demokrasi yang termuat dalam Bab VII B pasal 22E.

2. Terhadap pengujian pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU 10 Tahun 2008 Mahkamah Konstitusi memutuskan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) yang berarti konstitusional sepanjang diartikan sebagaimana pendapat Mahkamah paragraph [3.33]. terhadap putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi menggunakan dasar pertimbangan pasal 28D ayat (1) yang mengatur tentang mengatur hak setiap orang atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum. Pasal Ini dijadikan dasar hukum karena Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa perkara tersebut terkait dengan masalah konstitusionalitas dan penafsiran terhadap pasal yang dimohonkan sehingga dapat menimbulkan ketidakadilan dan ketidakpastian hukum. Perbedaan penafsiran terletak pada frasa “suara” pada Pasal 205 ayat (4) dan frasa “sisa suara” pada Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) dalam mengimplementasikan system pemilu yang dianut oleh UU No. 10 tahun 2008.

Terhadap permasalahan penafsiran atas undang-undang tersebut, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa dalam menafsirkan frasa “suara” pada penghitungan perolehan kursi tahap kedua haruslah memperhatikan konsep demokrasi yang dikutip dari pendapat Aharon Barak¹⁹¹:

“a delicate balance between majority will, on one hand and fundamental values and human rights on the other. Subjective purpose reflects majority will, objective purpose reflects fundamental values and human rights”

Dengan demikian, kedudukan dan suara minoritas tetap dihargai, sehingga perolehan suara partai-partai tetap diperhitungkan untuk memperoleh kursi pada tahap kedua dengan merujuk pada sistem Pemilu yang dianut. Hal tersebut

¹⁹¹ Mahkamah Konsitutsi, Putusan Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009 paragraf [3.29]

terkandung pada *original intent* keberadaan Pasal 205 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2008 sebagaimana dinyatakan oleh Ketua Panitia Khusus (Pansus) UU No. 10 Tahun 2008, Ferry Mursyidan Baldan, dalam persidangan yang menyatakan bahwa yang dimaksud frase “suara” dalam Pasal 205 ayat (4) UU 10/2008 adalah:

1. Sisa suara yang diperoleh Parpol yang melebihi BPP;
2. Suara yang belum dipergunakan untuk penghitungan kursi

Sedangkan terhadap Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU 10/2008, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa maksud frasa “sisa suara” bukan hanya sisa suara dari perolehan suara partai politik setelah dikonversikan menjadi kursi berdasarkan BPP, tetapi juga mencakup perolehan suara partai politik yang tidak memenuhi BPP dan belum digunakan dalam penghitungan kursi tahap sebelumnya. Pendapat Mahkamah Konstitusi tersebut didasari oleh system proporsional terbuka yang digunakan dalam Pemilu tahun 2009 yang terdapat dalam pasal 5 ayat (1) UU No. 10 tahun 2008. Oleh karena itu maka Mahkamah Konstitusi memutuskan untuk memberikan penafsiran atas pasal-pasal yang dianggap multitafsir agar tercapai keadilan dan kepastian hukum sehingga pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) dinyatakan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) sepanjang ditafsirkan sebagaimana penafsiran Mahkamah Konstitusi. Bahkan penafsiran Mahkamah Konstitusi atas pasal-pasal yang dimohonkan pengujian tersebut dimuat dalam amar putusannya.

Seiring dengan putusan atas perkara pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar, Mahkamah Konstitusi juga berusaha untuk menegakkan keadilan substantive pada perkara perselisihan hasil pemilu khususnya pada putusan nomor 74–80–94–59–67/PHPU.C-VII/2009 tentang Penetapan Kursi Tahap Ketiga, Putusan nomor 28-65-70-82-84-89/PHPU.C-VII/2009 tentang putusan Sela Perselisihan Hasil Pemilu di Kabupaten Nias Selatan, dan Putusan nomor 47-81/PHPU.A-VII/2009 tentang Putusan Sela Perselisihan Hasil Pemilu di Kabupaten Yahukimo.

Upaya penegakan keadilan substantive terhadap putusan tersebut dapat kita lihat dari:

1. Terhadap perkara nomor 74–80–94–59–67/PHPU.C-VII/2009 tentang Penetapan Kursi Tahap Ketiga Mahkamah Konstitusi memutuskan untuk memberikan putusan

yang bersifat penafsiran terhadap ketentuan pasal 205 ayat (5), ayat (6) dan ayat (7) UU No. 10 Tahun 2008 padahal perkara tersebut merupakan perkara perselisihan hasil pemilu. Putusan tersebut didasari oleh sebagian permohonan pemohon yang mempersoalkan penafsiran pasal terkait sehingga merugikan pemohon dalam penetapan perolehan kursi tahap ketiga oleh KPU.

Dalam putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi mendasarkan pada prinsip keadilan dan kepastian hukum sehingga dalam perkara perselisihan hasil pemilu diputusan dengan memberikan penafsiran baru untuk menyelesaikan perbedaan penafsiran atas pasal a quo. Dengan putusan yang bersifat penafsiran atas sebuah ketentuan tersebut, maka putusan tersebut bersifat *erga omnes* yang berlaku tidak hanya bagi pemohon namun bagi seluruh penghitungan tahap ketiga tentang penetapan perolehan kursi pemilu anggota DPR bagi partai politik peserta pemilu tahun 2009 di semua provinsi yang harus melakukan penghitungan tahap ketiga. Penafsiran Mahkamah Konstitusi tersebut berdasarkan pada bunyi kalimat (tafsir gramatikal) maupun latar belakang (*original intent* dan historik) dan filosofi atas pasal terkait. Dengan dasar menerapkan prinsip keadilan dan kepastian hukum Mahkamah Konstitusi membuat terobosan hukum berupa pengambilan putusan yang melahirkan norma dalam perkara perselisihan hasil pemilu karena diakibatkan oleh terungkapnya fakta persidangan bahwa terdapat perbedaan penafsiran atas ketentuan dalam undang-undang.

2. Dalam perkara nomor 28-65-70-82-84-89/PHPU.C-VII/2009 tentang Perselisihan Hasil Pemilu di Kabupaten Nias Selatan, dan Putusan nomor 47-81/PHPU.A-VII/2009 tentang Perselisihan Hasil Pemilu di Kabupaten Yahukimo, Mahkamah Konstitusi melahirkan putusan berupa putusan Sela untuk melakukan penghitungan suara ulang dan pemungutan suara ulang di sebagian wilayah.

Lahirnya putusan sela tersebut didasari oleh pendapat mahkamah bahwa dalam persidangan telah terungkap fakta bahwa pelaksanaan pemilu di Kabupaten Nias Selatan terjadi penyimpangan atau pelanggaran yang dapat mencederai hak konstitusional rakyat (*citizen's constitutional rights*) sekaligus mencederai demokrasi. Hal yang sama terjadi di Kabupaten Yahukimo, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa telah terjadi pelanggaran pemilu yang bersifat terstruktur dan

massif yang dilakukan oleh KPU Kabupaten Yahukimo. Pelanggaran tersebut dinilai telah melanggar prinsip demokrasi yang merupakan asas yang fundamental dalam ketatanegaraan menurut UUD NRI Tahun 1945. Pelanggaran yang terjadi telah melanggar asas pemilu yang langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil sehingga menghambat terpenuhinya hak negara dalam membangun dirinya. Terhadap fakta hukum di persidangan tersebut, Mahkamah Konstitusi tidak dapat membiarkan terjadinya pelanggaran-pelanggaran tersebut dan bertujuan untuk meluruskan tujuan penegakan demokrasi dengan mengambil putusan yang tidak hanya bersifat kuantitatif berupa merekapitulasi kembali angka-angka perolehan suara yang telah ditetapkan secara resmi oleh KPU, melainkan putusan yang bersifat kualitatif berupa perintah pemungutan atau penghitungan suara ulang jika hal tersebut diperlukan.

Salah satu nilai kualitatif dalam putusan Mahkamah Konstitusi terkait dengan perselisihan hasil pemilu di Kabupaten Yahukimo adalah pengakuan Mahkamah terhadap tatacara pemungutan suara yang sesuai adat namun melanggar ketentuan nasional yang diatur dalam undang-undang. Mahkamah Konstitusi mengakui tatacara pemungutan suara melalui system kesepakatan warga atau aklamasi sebagai cara yang khas sesuai dengan budaya masyarakat di Papua dengan tujuan untuk menghindari konflik antar masyarakat di Papua jika tatacara sesuai undang-undang diterapkan secara kaku dengan cara mencontreng pada surat suara

Dengan mengedepankan aspek tujuan social inilah, maka putusan Mahkamah Konstitusi yang juga merupakan salah satu bentuk hukum yang mengedepankan keadilan substantive.

4.2.2 Argumen Keadilan Substantif dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi diatas yang mengedepankan prinsip keadilan substantive dibandingkan keadilan procedural didasari oleh pemikiran bahwa 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 karenanya Mahkamah Konstitusi juga berfungsi sebagai pengawal demokrasi (*the guardian of the democracy*), pelindung hak

konstitusional warga negara (*the protector of the citizen's constitutional rights*) dan pelindung HAM (*the protector of human rights*)¹⁹². Dalam melaksanakan kewenangannya terutama kewenangan pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar dan memutus perselisihan hasil pemilu khususnya Pemilu tahun 2009, Mahkamah Konstitusi menegaskan diri sebagai pengawal demokrasi (*the guardian of the democracy*) dengan mengacu kepada prinsip menegakkan keadilan substantive dan tidak hanya bersandarkan pada legalitas formal undang-undang saja. Mahkamah Konstitusi juga memiliki tanggung jawab mewujudkan tujuan norma hukum itu sendiri, yakni keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Hal ini seiring dengan perubahan UUD NRI Tahun 1945 yang menegaskan bahwa kekuasaan kehakiman bertugas menegakkan hukum dan keadilan sebagaimana tercantum dalam Pasal 24C ayat (1). Selain itu Mahkamah Konstitusi juga bersandar pada asas kepastian hukum sebagaimana juga diatur dalam Pasal 28 D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 yang menegaskan bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan "kepastian hukum yang adil".

Dalam mengadili perkara dengan mandat konstitusi, Mahkamah Konstitusi tidak hanya terpaku kepada bunyi undang-undang yang terkadang justru bertentangan dan mengabaikan kepastian hukum dan keadilan. Mahkamah Konstitusi diharuskan mencari keadilan substantive yang oleh UUD NRI Tahun 1945, undang-undang, prinsip-prinsip umum konstitusi dan peradilan diakui keberadaannya¹⁹³. Mahkamah Konstitusi selain mendapatkan mandate dari konstitusi, juga berpegang pada UU No 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi khususnya pasal 45 ayat (1) yang menegaskan bahwa "Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang UUD NRI Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim." Bukti dan keyakinan hakim tersebutlah yang menjadi dasar putusan untuk menegakkan keadilan substantif.

Jika ditelusuri secara paradigmatik dalam perspektif konfigurasi aliran-aliran filsafat hukum putusan-putusan Mahkamah Konstitusi tersebut tidak semata-mata mendasarkan pertimbangan hukum bahwa keadilan adalah legalitas sebagaimana dianut

¹⁹² Mahkamah Konstitusi, *Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif, Refleksi Kinerja MK 2009 dan Proyeksi 2010*, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2009) hal. 2

¹⁹³ *Ibid* hal. 5

oleh aliran positivisme hukum. Dalam pandangan positivisme hukum suatu peraturan umum adalah adil jika benar-benar diterapkan kepada semua kasus yang menurut isinya peraturan harus diterapkan. Keadilan berarti pemeliharaan tata hukum positif melalui penerapannya yang benar-benar sesuai dengan jiwa dan tata hukum positif tersebut. Keadilan adalah keadilan berdasarkan hukum¹⁹⁴. Pandangan positivism hukum tersebut sesungguhnya menjadi arus besar filsafat hukum di Indonesia yang menganut system hukum civil law (*eropa continental*). Bahkan Anthon F Susanto mengungkapkan bahwa ilmu hukum Indonesia saat ini berada dibawah hegemoni positivisme hukum¹⁹⁵. Pengaruh positivisme hukum terhadap system hukum di Indonesia dapat dilihat dari bunyi pasal 27 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 sebelum perubahan yang menyebutkan bahwa “Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”. Frasa “menjunjung hukum” dapat diartikan bahwa hukum berdiri sendiri sebagai sebuah norma-norma yang sedang berlaku di masyarakat.

Selain itu pengaruh positivime hukum sangat terlihat dalam system hirarki peraturan perundan-undangan sebagaimana diatur dalam UU No. 10 Tahun 2004. System hirarki peraturan perundang-undangan ini dipengaruhi oleh pemikiran Hans Kelsen, salah satu tokoh positivisme hukum yang mengeluarkan gagasan tentang *stuffentheorie* yaitu teori tentang hierarki norma hukum dan rantai validitas yang membentuk piramida¹⁹⁶. Dalam konteks peradilan konstitusi Kelsen pulalah yang memelopori berdirinya peradilan konstitusi yang terpisah dari peradilan umum yang telah ada dan terpusat pada satu lembaga peradilan konstitusi (*constitutional court*) sehingga kini dikenal dengan istilah Mahkamah Konstitusi¹⁹⁷. Secara teoritis, Negara-negara penganut system *eropa continental* sumber utama legalitas dan legitimasi politik adalah konstitusi. Karena itu konstitusi ditempatkan pada puncak piramida. Jika

¹⁹⁴ Hans Kelsen, *op. cit* hal. 15-16

¹⁹⁵ Anthon F Susanto, *Dekonstruksi Hukum Eksplorasi Teks dan Model Pembacaan*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), hal. 29

¹⁹⁶ Jimly Asshiddiqie dan M Ali Safa'at [g], *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, (Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI, 2006) hal. 169-170

¹⁹⁷ Jimly Asshiddiqie [a], *op. cit* hal. 581. Dalam buku ini Jimly membuat klasifikasi bahwa model peradilan konstitusi yang berwenang melakukan pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar yang terpusat pada satu lembaga peradilan konstitusi (*constitutional court*) sebagai model kelsenian.

ditelusuri konstitusi-konstitusi yang terdapat di Negara Eropa Kontinental umumnya memuat beberapa persoalan penting yaitu:

1. Menetapkan kewenangan lembaga-lembaga Negara serta menyerahkan kewenangan kepada lembaga itu untuk membuat dan menerapkan hukum.
2. Menetapkan peraturan procedural yang akan menentukan produksi norma hukum seperti undang-undang dan member batasan-batasan apa saja yang harus dipatuhi dalam pembentukan produk legislasi tersebut.
3. Menentukan tatacara dalam melaksanakan perubahan konstitusi sekaligus membedakan aturan ini dari ketentuan yang mengatur produktifitas norma hukum infrakonstitusional seperti undang-undang dan peraturan perundangan lainnya,
4. Memberi kekuasaan kepada Mahkamah Konstitusi untuk mempertahankan superioritas normative konstitusi vis a vis peraturan perundangan lainnya.¹⁹⁸

Paradigma positivism hukum yang mengedepankan prosedur hukum mulai dilengkapi dengan paradigm keadilan substantive. Hal ini ditandai dengan perubahan UUD NRI Tahun 1945 khususnya yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman. Dalam pasal 24 ayat (1) kekuasaan kehakiman didefinisikan menjadi “Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”. Penambahan frasa tujuan peradilan yaitu “menegakkan hukum dan keadilan” dapat diartikan sebagai pergeseran paradigm hukum yang tidak hanya mendasarkan pada kadilan procedural namun juga keadilan substantive yang pada UUD NRI Tahun 1945 sebelum perubahan tidak disebutkan sama sekali. Bahkan dalam perubahan kedua UUD NRI Tahun 1945 ditambahkan ketentuan pada pasal 28D ayat (1) mengenai hak asasi manusia yang mengatur bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, perlindungan, jaminan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama didepan hukum. Frasa “kepastian hukum yang adil” menunjukkan bahwa hukum harus berorientasi pada keadilan dan tidak semata-mata pada kepastian hukum belaka. Oleh karena itu Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman juga bertanggungjawab tidak hanya menegakkan hukum namun juga menegakkan keadilan dalam putusan-putusannya. Keadilan dalam konteks perkara

¹⁹⁸ Jimly Asshiddiqe dan Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi di Sepuluh Negara*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hal. 294-295

yang terkait pemilu adalah prinsip-prinsip demokrasi sehingga Mahkamah konstitusi juga ikut bertanggungjawab dalam menegakkan demokrasi¹⁹⁹.

Sebelum menjalankan tugasnya, hakim konstitusi diharuskan melakukan sumpah yang berbunyi:

*“Demi Allah saya bersumpah bahwa saya akan memenuhi kewajiban hakim konstitusi dengan sebaik-baiknya dan seadil-adilnya, memegang teguh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan menjalankan segala peraturan perundang-undangan dengan selurus-lurusnya menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, serta berbakti kepada nusa dan bangsa”*²⁰⁰

Dalam sumpah tersebut terdapat Frasa “menjalankan segala peraturan perundang-undangan selurus-lurusnya” yang menunjukkan sesuatu yang lebih dekat kepada *law enforcer* dari pada *law creator*²⁰¹. yang merupakan pengaruh dari aliran filsafat positivisem hukum. namun demikian sumpah tersebut harus ditafsirkan secara keseluruhan sehingga frasa “seadil-adilnya” dan “menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945” patut dimaknai sebagai perwujudan dari tujuan peradilan untuk menegakkan hukum dan keadilan serta seluruh prinsip-prinsip bernegara yang terkandung dalam UUD NRI Tahun 1945. Salah satu prinsip bernegara tersebut adalah prinsip demokrasi (kedaulatan rakyat) di dalam kehidupan politik khususnya yang terkait dengan mekanisme perwujudan kedaulatan rakyat yaitu pemilu.

Pendekatan hukum yang memandang hukum adalah alat untuk mencapai tujuan-tujuan social cenderung seiring dengan pokok-pokok pikiran dari kaum realisme hukum²⁰². Tujuan-tujuan social yang terdapat dalam perkara terkait pemilu salah satunya adalah tegaknya demokrasi sebagaimana dasar pertimbangan beberapa putusan Mahkamah Kosntitusi diatas.

¹⁹⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 28-65-70-82-84-89/PHPU.C-VII/2009 dalam pertimbangan hukum [3.15] hal. 207

²⁰⁰ Indonesia, Undang-Undang Tentang Mahkamah Konstitusi, UU NO. 24 tahun 2003 Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316 pasal 21

²⁰¹ Sidarta, *Filosofi Penalaran Hakim Konstitusi dalam Masa Transisi Konstitusinalitas*, Jurnal Hukum Jentera Edisi 11 tahun III Januari 2006, hal. 8

²⁰² Otje Salman, *op. cit.* hal. 73

Realisme hukum yang berkembang di Amerika Serikat dan Skandinavia pada abad 19 hingga abad 20 sesungguhnya lebih tepat disebut sebagai sebuah gerakan dalam cara berfikir tentang hukum. Realisme hukum berkembang pesat di Amerika ketika paham *laissez faire* menjadi kepercayaan yang dominan, segala kegiatan intelektual dalam bidang apapun termasuk filsafat dan ilmu-ilmu social selalu dipengaruhi oleh pandangan formalisme²⁰³. Kondisi ini relevan dengan perkembangan hukum yang terjadi di Indonesia saat ini dimana politik hukum menempatkan hukum tertulis atas dasar paham hukum yang positivis. Lembaga peradilan pun masih teguh pada pendirian sebagai penegak hukum bukan sebagai penegak keadilan. Sebagai contoh kasus ibu Minah yang diproses hukum sampai dengan pengadilan walau hanya mencuri beberapa butir kakao serta berlangsungnya proses praperadilan Kasus penerbitan SKPP Bibit-Chandra yang akhirnya memenangkan pihak penggugat. Dalam kasus-kasus tersebut kesan formalism hukum masih sangat kental sekali sehingga hukum hanya dimaknai sebagai teks peraturan perundang-undangan semata. Dalam konteks peradilan konstitusi, hukum positif yang berlaku yaitu UU No. 24 tahun 2003 pun masih menganut paham formalism. Hal ini dapat kita lihat misalnya dalam konteks perselisihan hasil pemilu, hakim konstitusi dibatasi hanya persoalan kuantitatif yaitu penetapan penghitungan suara yang benar menurut majelis hakim sedangkan aspek-aspek lain seperti pelanggaran pemilu dan lain-lain belum menjadi aspek pertimbangan hakim dalam memutus perkara. Situasi formalisme inilah yang mesti dibongkar oleh para penegak hukum kita termasuk salah satunya adalah para hakim konstitusi dalam menjalankan kekuasaan kehakiman untuk menegakkan hukum dan keadilan sebagaimana diamanatkan oleh konstitusi.

Salah satu tokoh Realisme hukum, Oliver Wendell Holmes, hakim dalam memutus perkara harus memperhatikan kaidah-kaidah hukum, moral hidup pribadi dan kepentingan social²⁰⁴. Setidaknya dua faktor tersebut yang dapat kita lihat dari putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yaitu faktor kaidah hukum dan kepentingan social. Peradilan konstitusi oleh Mahkamah Konstitusi yang melakukan terobosan hukum dengan melahirkan putusan substantif antara lain konstitusional bersyarat (*conditionally*

²⁰³ Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manullang, *op. cit* hal. 154

²⁰⁴ *ibid* hal. 162

constitutional), inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*), putusan sela dan lainnya dapat dikategorikan sebagai *fact skeptic* yang menurut Jarome Frank lebih tepat dibandingkan *rule skeptic*. Hukum tidaklah sama dengan aturan-aturan hukum yang tetap dan yang statis serta tidak berubah²⁰⁵.

Langkah Mahkamah Konstitusi yang melahirkan norma baru dalam putusannya seperti norma suara terbanyak dalam penetapan calon terpilih anggota DPR dan DPRD Pemilu 2009, tafsir mahkamah atas ketentuan undang-undang seolah melampaui peran peradilan yang hanya mengkonkritkan undang-undang atau menjadi corong undang-undang. Pembangkangan terhadap orde hukum yang berlaku seperti misal Doktrin trias politika kalau perlu dipinggirkan sehingga timbullah sebutan *government by judiciary*. Langkah-langkah Mahkamah Konstitusi tersebut sejalan dengan harapan dari Satjipto Rahardjo dalam beberapa tulisannya agar pengadilan berani keluar dengan filsafat realisme semata-mata berdasarkan alasan untuk membangun Indonesia baru²⁰⁶.

Selain di Amerika, Realisme hukum juga berkembang di Skandinavia dengan pemikir utamanya adalah Alf Ross dengan gagasan bahwa keharusan yuridis merupakan suatu unsure realitas social dalam mana kita hidup. Gagasan Ross ini membantah pemikiran Hans Kelsen bahwa keharusan yuridis adalah suatu kategori yang sama sekali lepas dari realitas social seperti dalam tradisi Kant dikatakan tentang suatu *sollen* yang lepas dari *sein*. Karena pemisahan tersebut maka Kelsen harus mencari suatu norma dasar (*grundnorm*) untuk mendasari berlakunya hukum²⁰⁷. Munir Fuadi menyimpulkan aliran realisme hukum ini dengan menampilkan tiga tesis yaitu²⁰⁸:

1. *Tesis Pertama*, aturan hukum yang ada tidak cukup tersedia untuk dapat menjangkau setiap putusan hakim Karena masing-masing fakta hukum dalam masing-masing kasus yang bersangkutan bersifat unik.
2. *Tesis Kedua*, karena itu dalam memutus perkara, hakim membuat hukum yang baru, dan

²⁰⁵ *Ibid* hal. 164

²⁰⁶ Satjipto Rahardjo [a], *op. cit.* hal. 39

²⁰⁷ Theo Hujibers, *op. cit.* hal. 183

²⁰⁸ Munir Fuadi, *op. cit.* hal. 86-87

3. *Tesis Ketiga*, putusan hakim dalam kasus-kasus yang tidak terbatas tersebut sangat dipengaruhi oleh pertimbangan politik dan moral dari hakim itu sendiri, bukan berdasarkan pertimbangan hukum.

Realisme hukum sangat dekat pemahamannya filosofisnya dengan aliran *sociological jurisprudence* yang mempelajari pengaruh timbal balik antara hukum dan masyarakat. Madzab ini menentang tentang pentingnya *living law*-hukum yang hidup dalam masyarakat dan berpegang pada pentingnya akal dan pengalaman. *Sociological jurisprudence* merupakan sintesa dari madzab positivisme hukum dan madzab sejarah yang menurut Rosco Pound memiliki kebenaran masing-masing. Hanya hukum yang sanggup menghadapi ujian akal dapat hidup terus. Yang menjadi unsur-unsur kekal hukum itu hanyalah pernyataan-pernyataan akal yang berdiri di atas pengalaman dan diuji oleh pengalaman²⁰⁹.

Selain *sociological jurisprudence*, realisme hukum dalam perkembangannya menjadi dasar munculnya gerakan *critical legal studies* di Amerika yang sama-sama menentang formalisme hukum. *Critical legal studies* pada prinsipnya mencoba mengembangkan aspek radikal dari realisme hukum dan menerapkannya kedalam kerangka berfikir marxisme khususnya dalam hal kritikan kaum marxisme terhadap pemikiran hukum liberal. Oleh karena itu *critical legal studies* mewarisi pisau analisa dari realisme hukum yaitu dekonstruksi (*tools of deconstruction*)²¹⁰.

Di Indonesia Pemikiran filsafat hukum yang menentang formalisme sebagaimana dianut dalam *analytical jurisprudence* dan positivisme hukum disampaikan oleh Satjipto Raharjo yang melahirkan gagasan Hukum Progresif. Hukum Progresif dimulai dari asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia yang tidak menerima hukum sebagai institusi yang mutlak serta final melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Hukum progresif menentang tradisi *analytical jurisprudence* atau *rechtdogmatiek* dan berbagi dengan paham atau aliran seperti *legal realism*, *freirechtslehre*, *sociological jurisprudence*, *interresenjuriprudenz* di Jerman, teori hukum alam dan *critical legal studies*²¹¹.

²⁰⁹ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *op. cit* hal. 67

²¹⁰ Munir Fuadi, *op. cit* hal. 85

²¹¹ Satjipto Rahardjo [b], *op. cit* hal. 1

Gagasan tersebut lahir karena keprihatinan terhadap keadaan hukum di Indonesia yang negative menurut para pengamat dan rakyat yang mengalaminya langsung. Peradilan masih terbelenggu kepada hukum dalam artian formal procedural sehingga melupakan aspek keadilan. Keberadaan lembaga Peradilan sangat terkait dengan perilaku para penegak hukum yang masih menggunakan cara-cara konvensional yang oleh Faisal digambarkan dengan tiga criteria yaitu pertama, perilaku penegak hukum dalam memahami dan membaca hukum dilakukan secara linear, deterministic dan mekanistik yang dipengaruhi oleh arus berfikir legal-positivis, Kedua, sulit sekali mengharapkan cara-cara konvensional untuk menghadirkan penegak hukum yang memiliki kreativitas untuk memberanikan diri melakukan interpretasi secara progressif atas dasar bahwa hukum untuk manusia, bukan sebaliknya, dan ketiga penegak hukum konvensional sangat erat dengan tipe cara berhukum yang mempertahankan pola status quo dalam hukum, artinya semata-mata hanya menjalankan kepastian undang-undang saja²¹².

Terhadap situasi lembaga peradilan tersebut, Satjipto Raharjo menyampaikan gagasan tentang pengadilan progressif yaitu proses yang sarat dengan compassion (jawa: greget), yang memuat empati, determinasi, nurani dan sebagainya. Karakteristik pengadilan seperti itu tentu akan bisa diekspresikan dengan baik manakalapa pengadilan sendiri memeriksa kenyataan yang terjadi, tidak hanya menggunakan kredo peraturan dan logika²¹³. Pengadilan progressif mengikuti maksim “hukum adalah untuk rakyat bukan sebaliknya”. Bila rakyat untuk hukum, apapun yang dipikirkan dan dirasakan rakyat akan ditepis karena yang dibaca adalah kata-kata undang-undang²¹⁴.

Gagasan hukum progressif memasukkan unsure perilaku dalam melakukan analisa terhadap system hukum karena dari pengamatan praktik hukum selama ini tampak sekali intervensi oleh perilaku terhadap normativitas (perintah) dari hukum. Orang membaca peraturan dan berpendapat bahwa orang harus bertindak begini atau begitu. Tetapi yang terjadi ternyata berbeda atau tidak persis seperti dimengerti orang. Berdasarkan data empiric, hukum bukan hanya sekedar urusan (*a business of rules*)

²¹² Faisal, *op. cit.* hal 89

²¹³ Satjipto Rahardjo [a], , *op. cit.* hal. 55

²¹⁴ *Ibid* hal. 56

tetapi juga perilaku (*matter of behavior*)²¹⁵. Atas dasar asumsi bahwa hukum bertumpu pada dua sumbu yaitu peraturan dan perilaku, maka Hukum Progressif menawarkan agenda aksi dengan memobilisasi hukum yang mengandalkan keberanian untuk melakukan interpretasi hukum secara progressif daripada tunduk dan membiarkan dibelenggu oleh peraturan-peraturan hukum. Karena hukum Progressif sangat bertumpu pada sumber daya manusia, maka sumbangan pendidikan hukum sangat penting. Agenda selanjutnya adalah mengubah kultur dalam menjalankan hukum menjadi kultur yang kolektif untuk mengaktifkan penegakan hukum agar berpihak kepada satu kepentingan besar yaitu mensejahterakan dan memberikan keadilan kepada rakyat. pengangkatan serta recruitment fungsionaris hukum mengutamakan perdisposisi spiritual daripada ijazah dan hanya bagi mereka yang memiliki komitmen besar terhadap tugas dan pekerjaannya bisa diterima. Oleh karena itu tentunya perlu diciptakan suatu protocol test tersendiri serta perlu dikembangkan prinsip imbalan dan hukuman (*reward and punishment*)²¹⁶.

²¹⁵ *Ibid.* hal. 4

²¹⁶ Satjipto Raharjo, Hukum Progressif, Sintesa Hukum Indonesia, Op. Cit. hal. 24-26