

BAB II

KERANGKA TEORI

Dalam penelitian ini, peneliti mendasarkan diri pada teori-teori hukum yang dijadikan alat untuk melakukan analisa terhadap permasalahan yang dikemukakan dalam bab terdahulu. Teori-teori hukum tersebut diperoleh peneliti dari buku-buku yang menjadi referensi peneliti. Buku-buku yang menjadi referensi utama adalah buku-buku yang membahas tentang Teori Keadilan dari beberapa Aliran Filsafat Hukum terutama aliran Positivisme hukum dan Realisme Hukum. Kedua aliran tersebut menurut peneliti saling bertolak belakang terkait dengan pemaknaan terhadap hukum dan keadilan. Selain itu, penulis ingin menambahkan satu pemikiran filsafat hukum yang dikembangkan oleh pemikir hukum Indonesia yang terkenal dengan gagasan Hukum Progressif sebagai baigan dari perkembangan filsafat hukum yang masuk ke Indonesia¹⁷. Gagasan Hukum Progressif ini sangat kental dengan pandangan sosiologis hukum yang mempertentangkan antara formalisme dan substansi yang menjadi objek penulisan ini. Pertentangan pemikiran tersebutlah yang dijadikan dasar untuk melakukan analisa terhadap beberapa putusan Mahkamah Konstitusi dalam penelitian ini. Karena objek analisa adalah Putusan Mahkamah Konstitusi, maka Teori-teori tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi juga dibahas dalam bab ini.

Penelitian ini dibatasi ruang lingkupnya untuk membahas beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang terkait dengan pelaksanaan Pemilihan Anggota DPR, DPD dan DPRD tahun 2009. Beberapa Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut diduga peneliti menggunakan dasar pertimbangan hukum yang menganut aliran filsafat hukum tertentu yang mengesampingkan hukum positif dalam artian secara tekstual. Aspek kontekstual dan tujuan dari pemilu yaitu menegakkan demokrasi menjadi pertimbangan oleh hakim konstitusi dalam mengambil putusan. Oleh karena itu untuk melengkapi penelitian ini, peneliti juga menguraikan teori-teori tentang pemilu dan

¹⁷ Terdapat beberapa buku yang ditulis oleh Satjipto Raharjo tentang Hukum Progressif antara lain Hukum Progressif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia yang diterbitkan oleh Genta Publishing tahun 2009. Sebelumnya juga pernah diterbitkan kumpulan-kumpulan tulisan Satjipto Raharjo di harian Kompas dari tahun 2002 sampai dengan tahun 2005 dalam karyanya yang diberi judul Membedah Hukum Progressif terbitan Kompas tahun 2007

demokrasi agar tergambar keterkaitan antara putusan Mahkamah Konstitusi dengan sistem pemilu dan demokrasi dalam beberapa perspektif hukum yang menjadi pertimbangan filosofis putusan tersebut.

2.1. Demokrasi

Gagasan demokrasi merupakan konsep yang evolutif dan dinamis yang secara terus menerus mengalami perubahan baik bentuk-bentuk formalnya maupun substansinya sesuai dengan konteks dan dinamika sosio historisnya dimana konsep demokrasi berkembang¹⁸.

Istilah demokrasi menurut asal kata berarti rakyat berkuasa atau *government by the people* (kata Yunani *demos* berarti rakyat, *kratos/kratein* berarti kekuasaan/berkuasa)¹⁹. Istilah demokrasi tersebut seringkali diartikan sebagai pemerintahan rakyat atau yang lebih dikenal sebagai pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat.²⁰ Artinya kekuasaan itu pada prinsipnya diakui berasal dari rakyat dan karena itu rakyatlah yang sebenarnya menentukan dan memberi arah serta sesungguhnya menyelenggarakan kehidupan kenegaraan²¹.

Konsep demokrasi dikenalkan oleh Aristoteles pada masa Yunani Kuno sehingga lahir istilah pemerintahan oleh rakyat dalam sebuah Negara Kota (*polis*). Namun demikian dalam konteks Yunani Kuno, Aristoteles mendefinisikan rakyat sebagai warga Negara (*citizen*) yang merupakan kelompok social minoritas yang memiliki hak-hak istimewa untuk berpartisipasi aktif dalam proses pembuatan kebijakan publik. Sedangkan rakyat mayoritas yaitu budak belian tidak memiliki hak-hak istimewa dalam kehidupan politik. Namun demikian, Aristoteles mengungkapkan bahwa demokrasi adalah bentuk Negara yang buruk (*bad state*). Bentuk Negara terbaik adalah Monarki yaitu system kenegaraan dengan satu orang penguasa dengan tujuan kebaikan bersama²².

¹⁸ Ahmad Suhelmi, *Pemikiran Politik Barat*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 200) hal. 297

¹⁹ Miriam Budiarto, *op.cit.* hal. 105

²⁰ Trubus Rahardiansah P, *Pengantar Ilmu Politik, Paradigma, Konsep Dasar, dan Relevansinya untuk Ilmu Hukum*, (Jakarta: Penerbit Universitas Trisakti, 2008) hal. 119

²¹ Jimly Asshidiqie [b], *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi, Serpihan Pemikiran Hukum dan HAM*, (Jakarta, Konstitusi Pers, 2005) hal. 241

²² Ahmad Suhelmi, *op.cit.* hal. 297

Pericles adalah negarawan Athena yang berjasa mengembangkan demokrasi dengan beberapa prinsip pokok yaitu kesetaraan warga Negara, kemerdekaan, penghormatan terhadap hukum dan keadilan dan kebajikan bersama (*civic virtue*). Di masa Pericles inilah diterapkan demokrasi langsung (*direct democracy*) dengan jumlah penduduk negara kota yang tidak lebih dari 300.000 (tiga ratus ribu) jiwa dengan luas wilayah yang masih terbatas.²³

Gagasan demokrasi juga semakin berkembang pada masa *Renaissance* (abad XVIII) atau lebih dikenal dengan abad Pencerahan. Pada masa ini pemikir-pemikir yang mengembangkan konsep demokrasi antara lain Rousseau, John Locke, Montesquieu dan lain-lain yang kemudian menjadi perintis gagasan demokrasi barat yang dianut dewasa ini. Rousseau dan Locke merumuskan gagasan tentang Teori Kontrak Sosial dengan gagasan dasar pertama yaitu bahwa Negara bukanlah merupakan proses yang *taken for granted* dari Tuhan melainkan produk dari perjanjian sosial antara individu dalam masyarakat yang tidak ada sangkut pautnya dengan pendelegasian kekuasaan dari Tuhan kepada penguasa tertentu. *Kedua*, bahwa dunia dikuasai oleh hukum yang didasarkan pada prinsip keadilan yang universal. *Ketiga*, karena kekuasaan berasal dari rakyat, maka perlu dijamin hak-hak individu dalam masyarakat dan keempat perlunya kontrol kekuasaan agar penguasa tidak melakukan penyalahgunaan kekuasaan. Sedangkan Montesquieu melahirkan gagasan tentang *Trias Politica* yang menghendaki adanya pemisahan kekuasaan Negara (*separation of power*) sehingga tidak akan terpusat pada seorang penguasa.²⁴

Definisi lainnya tentang demokrasi yang terkait dikemukakan oleh Henry B. Mayo dalam bukunya yang berjudul *Introduction to Democratic Theory* yaitu:

“Sistem Politik yang demokratis ialah di mana kebijaksanaan umum ditentukan atas dasar mayoritas oleh wakil-wakil yang diawasi secara efektif oleh rakyat dalam pemilihan-pemilihan berkala yang didasarkan atas prinsip kesamaan politik dan diselenggarakan dalam suasana terjaminnya kebebasan politik (*a democratic political system is one in which public policies are made on a majority basis, by representatives subject to effective popular control at periodic elections which are*

²³ *Ibid* hal. 298

²⁴ *Ibid* hal. 299 - 301

*conducted on the principle of political equality and under conditions of political freedom)*²⁵

Seakan konsisten dengan Definisi tentang Sistem Pemerintahan Demokrasi, Henry B Mayo merinci nilai-nilai demokrasi yang terdiri dari :

1. Menyelesaikan perselisihan dengan damai dan secara melembaga (*institutionalized peaceful settlement of conflict*)
2. Menjamin terselenggaranya perubahan secara damai dalam suatu masyarakat yang sedang berubah (*peaceful change in a changing society*)
3. Menyelenggarakan pergantian pimpinan secara teratur (*orderly succession of rulers*)
4. Membatasi pemakaian kekerasan sampai minimum (*minimum of coercion*)
5. Mengakui serta menganggap wajar adanya keanekaragaman (*diversity*)
6. Menjamin tegaknya keadilan²⁶.

Sesudah Perang Dunia II terlihat gejala bahwa secara formal demokrasi merupakan dasar dari kebanyakan Negara di dunia. Menurut suatu penelitian yang diselenggarakan oleh UNESCO dalam tahun 1949: “Mungkin untuk pertama kali dalam sejarah demokrasi dinyatakan sebagai nama yang paling baik dan wajar untuk semua system organisasi politik dan sosial yang diperjuangkan oleh pendukung-pendukung yang berpengaruh (*probably for the first time in history democracy is claimed as the proper ideal description of all system of politics and social organizations advovated by influential proponents*)”²⁷.

Dalam demokrasi terdapat dua aliran pemikiran yang penting yaitu demokrasi konstitusional dan satu kelompok aliran yang menamakan demokrasi tetapi pada hakikatnya mendasarkan dirinya atas komunisme. Kedua kelompok aliran demokrasi ini mula-mula berasal dari Eropa tetapi sesudah Perang Dunia II nampaknya juga didukung oleh beberapa negara baru di Asia, India, Filipina Pakistan dan Indonesia mencita-citakan demokrasi konstitusional sekalipun terdapat bermacam-macam bentuk

²⁵ Miriam Budiarjo, Op. Cit hal 117

²⁶ *Ibid* hal. 118-119

²⁷ *Ibid* hal. 105

pemerintahan maupun gaya hidup dalam negara tersebut. Di lain pihak ada negara-negara baru di Asia yang mendasarkan diri atas asas-asas komunisme seperti China, Korea Utara dan sebagainya.²⁸

Ciri demokrasi konstitusional ialah gagasan bahwa pemerintah yang demokratis adalah pemerintah yang terbatas kekuasaannya dan tidak dibenarkan bertindak sewenang-wenang terhadap warga negaranya. Pembatasan-pembatasan atas kekuasaan pemerintah tercantum dalam konstitusi, maka dari itu sering disebut pemerintah berdasarkan konstitusi. Pembatasan kekuasaan ini didasari pemikiran dari Lord Acton yaitu kekuasaan cenderung disalahgunakan, tetapi kekuasaan tak terbatas pasti akan disalah gunakan (*power tends corrupt but absolute power corrupts absolutely*)²⁹.

2.1.1. Demokrasi langsung

Pada dasarnya, demokrasi langsung adalah ungkapan yang sempurna untuk kedaulatan rakyat. Rakyat dapat secara langsung menentukan kebijakan politik secara bersama-sama. Namun demikian hal ini hanya dapat dilakukan jika syarat-syarat sebagaimana dikemukakan oleh Roesseau yaitu:

1. Jumlah Warga Negara harus kecil
2. Pemilikan dan kemakmuran harus dibagi secara merata
3. Masyarakat secara kebudayaan harus homogen
4. Mereka melaksanakan undang-undang tidak boleh bertindak sendiri di luar kemauan rakyat yang telah membuat undang-undang pertama kali

²⁸ *Ibid* hal. 105-106. Indonesia menganut paham Demokrasi berdasarkan Pancasila yang terkait dengan aliran pemikiran Demokrasi Konstitusional dilihat dari rumusan yang terdapat dalam UUD NRI Tahun 1945 sebagai konstitusi resmi bangsa Indonesia. Dalam konteks pemahaman demokrasi prinsip kekuasaan ditangan rakyat tercantum jelas dalam UUD NRI Tahun 1945 pasal 1 ayat (2) yang berbunyi “Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang. Konsep kedaulatan rakyat memiliki ciri yaitu kekuasaan tertinggi ada di tangan rakyat, diselenggarakan untuk rakyat dan oleh rakyat, sendiri, serta dengan terus membuka diri dengan melibatkan seluas mungkin peran serta rakyat dalam penyelenggaraan Negara. Sedangkan dalam prinsip konstitusional terlihat jelas dalam rumusan pasal 1 ayat (3) yang berbunyi “Negara Indonesia adalah Negara Hukum”. Rumusan ayat ini merupakan hasil amandemen ketiga UUD NRI Tahun 1945 yang memasukkan kata “Negara Hukum (*Rechstaat*)” yang semula berada di penjelasan kedalam pasal 1 tersebut

²⁹ Ahmad Suhelmi, *op. cit.* hal 302

Konsep demokrasi langsung secara praktik dilaksanakan pada masa Pericle di Athena dengan penduduk tidak lebih dari 300. 000 (tiga ratus ribu) jiwa dengan struktur sosialnya masih sederhana dan warga negaranya terlibat langsung dalam proses kenegaraan walaupun hanya terbatas pada kalangan warga negara. Praktek lainnya dari konsep demokrasi langsung juga terjadi di Swiss dan New England dengan konsep pertemuan kota atau majelis atau sidang eklesia.

Konsep demokrasi langsung secara praktik mengalami kendala-kendala terutama kendala prosedural yang diakibatkan oleh semakin berkembangnya masyarakat baik dalam jumlah penduduknya maupun kompleksitas masalahnya. Imigrasi warga dari wilayah lain yang membawa kebudayaan mereka menjadikan terjadinya keanekaragaman budaya membuat warga New England kehilangan tradisi pertemuan kota akibat semakin bertambahnya warga kota yang mengikuti pertemuan kota tersebut.

2.1.2. Demokrasi Perwakilan

Perkembangan selanjutnya dari demokrasi langsung adalah gagasan tentang demokrasi perwakilan seiring dengan perkembangan masyarakat yang semakin bertambah jumlah penduduk, wilayah yang luas dan kompleksitas masalah dan keanekaragaman budaya akibat interaksi antar individu dalam sebuah kelompok masyarakat. Kondisi tersebut menuntut masyarakat untuk menciptakan lembaga perwakilan rakyat atau biasa disebut parlemen³⁰.

Lembaga perwakilan rakyat atau parlemen disebut dengan berbagai macam istilah sesuai dengan bahasa yang dipakai di setiap Negara. parlemen dipandang sebagai representasi mutlak warga Negara dalam rangka ikut serta menentukan jalannya pemerintahan. Apa yang menjadi keputusan parlemen adalah merupakan keputusan rakyat yang berdaulat sehingga muncullah doktrin supremasi parlemen atau *the principle of supremacy of parliament* sehingga produk parlemen seperti undang-undang tidak dapat diganggu gugat apalagi dinilai oleh hakim.

Menurut Miriam Budiarjo, masalah perwakilan dikategorikan kedalam dua hal yaitu perwakilan politik (*political representation*) dan perwakilan fungsional (*functional representation*) sedangkan Jimly Asshidiqie menambahkan kategori prinsip perwakilan

³⁰ Jimly Ashiddiqie [a], *op.cit.* hal. 153

seingga menjadi tiga hal yaitu perwakilan politik (*political representation*), perwakilan teritorial (*territorial representation*) dan perwakilan fungsional (*functional representation*)³¹. Perwakilan politik adalah perwakilan melalui prosedur partai politik sebagai pilar utama demokrasi modern. Perwakilan teritorial dan perwakilan fungsional merupakan kritikan atas perwakilan politik yang dianggap tidak sempurna tanpa adanya double check sehingga kepentingan dan aspirasi rakyat benar-benar dapat tersalurkan oleh karena itu perlu diadakan perwakilan berdasarkan daerah dan fungsi-fungsi yang ada dalam masyarakat.

Penyerahan kekuasaan rakyat dalam mengambil keputusan kepada lembaga perwakilan dilakukan melalui suatu proses pemilihan. Oleh karena itu, pemilihan umum dianggap sebagai pilar pokok dari demokrasi yang dilakukan secara berkala sebagai bagian dari kontrol rakyat terhadap keberadaan lembaga perwakilan.

2.2. Pemilihan Umum

Dikebanyakan Negara demokrasi, pemilihan umum dianggap lambang sekaligus tolok ukur dan merupakan pilar pokok dari demokrasi. Pemilihan umum merupakan salah satu dari delapan mekanisme pengambilan keputusan dan penyaluran pendapat secara langsung yaitu pemilihan umum, referendum, prakarsa, plebisit, recall, mogok kerja, unjuk rasa dan pernyataan pendapat melalui pers bebas. Sedangkan pengambilan keputusan oleh rakyat secara tidak langsung dilakukan melalui lembaga perwakilan rakyat yang diharapkan dapat mendengar kepentingan rakyat dalam proses penentuan kebijakan Negara. Untuk memilih wakil-wakil rakyat dan memilih pejabat publik tertentu yang akan memegang tugas-tugas pemerintahan eksekutif diadakan pemilihan umum secara berkala.

Pemilihan umum secara berkala sangat penting disebabkan pertama, pendapat atau aspirasi masyarakat tentang berbagai aspek kehidupan berkembang dari waktu ke waktu secara dinamis. Kedua, kondisi kehidupan masyarakat juga mengalami perubahan seiring dengan dinamika internasional maupun domestik. Ketiga, perubahan-

³¹ Pandangan antara Miriam Budiarjo dan Jimly Asshidiqie memiliki kemiripan terhadap prinsip perwakilan namun Jimly menambahkan prinsip perwakilan teritorial dalam prinsip perwakilan yang seakan melengkapi pandangan dari Miriam Budiarjo.

perubahan aspirasi dimungkinkan seiring dengan penambahan jumlah penduduk yang memunculkan pemilih baru (*new voter*) dan keempat, untuk menjamin terjadinya proses pergantian kepemimpinan Negara secara teratur³².

2.2.1. Sistem Pemilihan Umum

Dalam menentukan wakil-wakil rakyat diselenggarakan pemilihan umum dengan mekanisme tertentu yang disepakati bersama atau disebut system pemilihan umum. Dalam teori politik dikenal dua cara atau system pemilihan umum yaitu *a) single member constituency*, satu daerah pemilihan memilih satu wakil atau yang biasa disebut dengan Sistem Distrik dan *b) Multi member constituency*, daerah pemilihan memilih beberapa wakil atau biasa disebut dengan system Proporsional³³.

System distrik merupakan system pemilu yang paling tua dan didasarkan kepada kesatuan geografis, dimana satu kesatuan geografis memiliki system dwi partai seperti di Inggris dan Amerika. Namun demikian, Sistem distrik juga dapat dilaksanakan di negara yang menganut sistem multipartai seperti di Malaysia. Dalam sistem Multi Partai ini sistem distrik mendorong terjadinya koalisi partai-partai. Dalam sistem distrik, satu distrik menjadi bagian dari suatu wilayah, satu distrik hanya berhak atas satu kursi, dan kontestan yang memperoleh suara terbanyak mejadi pemenang tunggal. Hal ini dinamakan *the first past the post* (FPTP). Suara yang tadinya mendukung suara kontestan lain dianggap hilang dan tidak dapat membantu partainya untuk menambah jumlah suara partainya di distrik lain³⁴.

Sistem distrik dalam pelaksanaannya memiliki keuntungan dan kelemahan. Keuntungan system distrik antara lain:

1. Karena kecilnya distrik, maka wakil yang terpilih dapat dikenal oleh penduduk distrik sehingga hubungannya dengan penduduk distrik lebih erat.
2. Sistem ini lebih cenderung kearah koalisi partai-partai karena kursi yang diperebutkan adalah satu daerah/distrik hanya satu sehingga mendorong partai menonjolkan kerjasama daripada perbedaan setidak-tidaknya

³² Jimly Asshiddiqie [a], *op. cit* hal. 752

³³ Trubus Rahardiansah P, *op. cit* hal. 253

³⁴ Miriam Budiarjo, *op. cit.* hal. 463

menjelang pemilu dengan *stembus accord* (penggabungan kartu suara pemilih)

3. Fragmentasi partai atau kecenderungan untuk membentuk partai baru dapat terbendung.
4. Lebih mudah bagi partai untuk menduduki kursi mayoritas dalam parlemen
5. System distrik mudah dan sederhana serta murah untuk dilaksanakan.

Disamping keuntungan dari system distrik ini, terdapat juga beberapa kelemahan yaitu sebagai berikut:

1. Kurang memperhatikan adanya partai-partai kecil dan golongan minoritas
2. Kurang representatif dimana partai yang kalah dalam suatu distrik kehilangan suara yang telah mendukungnya.
3. Wakil yang terpilih lebih mementingkan kepentingan distriknya daripada kepentingan nasional
4. Kurang efektif bagi masyarakat heterogen³⁵.

Dalam sistem Proporsional, satu wilayah dianggap sebagai satu kesatuan dan dalam wilayah itu jumlah kursi dibagi sesuai jumlah suara yang diperoleh oleh para konstestan secara nasional, tanpa menghiraukan distribusi suara itu. Sistem Proporsional sering dikombinasikan dengan beberapa prosedur lain seperti system daftar (*list system*) dimana setiap partai mengajukan daftar calon dan si pemilih memilih satu partai dengan semua calon yang diajukan oleh partai itu untuk bermacam-macam kursi yang sedang diperebutkan³⁶.

Sistem proporsional memiliki beberapa keuntungan, yaitu sebagai berikut:

1. Dianggap lebih demokratis karena asas *one man one vote* dilaksanakan tanpa ada suara yang hilang
2. Dianggap lebih representatif karena jumlah kursi partai di parlemen sesuai dengan jumlah suara yang diperoleh

Di samping segi positif atau keuntungan tersebut, system proporsional juga memiliki beberapa kelemahan yaitu:

³⁵ Trubus Rahardiansah P, *op.cit* hal. 253-254

³⁶ *Ibid* hal. 255

1. Mempermudah fragmentasi partai
2. Memperbesar perbedaan yang ada
3. Memberikan peranan dan kekuasaan yang besar pada pimpinan partai
4. Wakil yang terpilih memiliki kerenggangan hubungan dengan masyarakat yang memilihnya.
5. Sulit untuk satu partai meraih suara mayoritas (50%+1) dalam parlemen

Kedua sistem tersebut yaitu system distrik dan sistem proporsional, menurut Jimly Asshiddiqie yang mengutip pendapat Muhammad Kusnardi dan Harmaily Ibrahim tergolong dalam system pemilu mekanis. Sistem pemilu digolongkan menjadi sistem pemilu mekanis dan organis. Sistem pemilu mekanis mencerminkan pandangan yang bersifat mekanis yang melihat rakyat sebagai individu-individu yang sama. Sedangkan sistem pemilu organis memandang rakyat sebagai sejumlah individu yang hidup bersama dalam berbagai macam persekutuan hidup yang terbentuk berdasarkan geneologis (rumah tangga, keluarga), fungsi tertentu (ekonomi, industry), lapisan sosial (buruh, tani dan cendikiawan) dan lembaga sosial (universitas)³⁷.

2.2.2. Perselisihan Hasil Pemilihan Umum

Hasil Pemilu berupa penetapan final hasil penghitungan suara yang diikuti dengan pembagian kursi yang diperebutkan peserta pemilu yang diumumkan secara resmi oleh lembaga penyelenggara pemilu seringkali tidak memuaskan peserta pemilu yang tidak berhasil tampil sebagai pemenang. Terkadang terjadi perbedaan pendapat dalam hasil penghitungan suara antar peserta pemilu dan penyelenggara pemilu baik karena kesengajaan maupun karena kelalaian. Jika kesalahan tersebut merugikan peserta pemilu maka peserta pemilu yang merasa dirugikan dapat menempuh upaya hukum dengan mengajukan kepada lembaga peradilan yang ditentukan oleh undang-undang.

Lembaga peradilan di Indonesia yang diberikan kewenangan untuk mengadili dan memutus perkara perselisihan hasil pemilu adalah Mahkamah Konstitusi sesuai dengan Pasal 24C UUD NRI Tahun 1945. Di Negara-negara lain tidak semua penyelesaian perkara diselesaikan dalam persidangan Mahkamah Konstitusi namun juga terdapat beberapa Negara yang penyelesaian perkara perselisihan hasil pemilu

³⁷ Jimly Asshiddiqie [a], *op.cit.* hal. 758-759

merupakan kewenangan dari Mahkamah Agung seperti di Amerika Serikat. Tetapi di Brazil, penanganan perkara perselisihan hasil pemilu diselesaikan oleh lembaga tersendiri yang bertugas menangani semua aspek perkara hukum yang terkait dengan pemilu.

Perkara perselisihan hasil pemilu adalah perkara formal yang membutuhkan teknik-teknik pembuktian yang bersifat formal dan dengan jadwal yang pasti. Kepastian hukum sangat diutamakan dalam hal ini. Sikap mengutamakan keadilan bagi satu orang tidak mungkin dibenarkan apabila hal itu justru akan menimbulkan ketidakpastian hukum (*rechtszekerheid*) sebab dalam jenis perkara perselisihan hasil pemilu, tanpa adanya kepastian hukum yang tegas, niscaya dapat timbul ketidakadilan dalam seluruh mekanisme penyelenggaraan Negara dan karena itu dapat menimbulkan ketidakadilan bagi semua warga Negara³⁸.

Dalam peraturan perundang-undangan, mekanisme penyelesaian perkara perselisihan hasil pemilu diatur dalam UU No. 10 tahun 2008 dan UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Persidangan perkara perselisihan hasil pemilu merupakan persidangan yang bersifat singkat dimana diberikan batasan waktu bagi Mahkamah Konstitusi untuk memutus perkara paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak permohonan di catat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi³⁹. Pembatasan waktu tersebut juga dilakukan dalam masa permohonan dimana batas waktu pengajuan permohonan kepada Mahkamah Konstitusi paling lambat 3 x 24 (tiga kali dua puluh empat) jam setelah hasil pemilu diumumkan oleh penyelenggara pemilu⁴⁰. Batasan waktu tersebut semakin menegaskan bahwa aspek kepastian hukum sangatlah penting dalam perkara perselisihan hasil pemilu.

Dalam UU No. 10 tahun 2008 perselisihan hasil pemilu didefinisikan sebagai perselisihan antara KPU dan Peserta Pemilu mengenai penetapan perolehan suara hasil Pemilu secara nasional yang dapat mempengaruhi perolehan kursi peserta pemilu⁴¹.

³⁸ Jimly Asshiddiqie [c], *op.cit* hal. 189-190

³⁹ Indonesia, Undang-Undang Tentang Mahkamah Konstitusi, UU No. 24 Tahun 2003 pasal 78 Lembaran Negara Tahun 2003 No. 98 Tambahan Lembaran Negara No. 4316

⁴⁰ Indonesia, Undang-Undang Tentang Pemilihan Anggota DPR, DPD dan DPRD, UU No. 10 Tahun 2008 pasal 259 Lembaran Negara Tahun 2008 No. 51 Tambahan Lembara Negara No. 4836

⁴¹ *Ibid* pasal 258 ayat (1) dan ayat (2)

Oleh karena itu dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 16 tahun 2009 tentang Pedoman Beracara Perselisihan Hasil Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD pasal 5 disebutkan tentang objek perselisihan hasil pemilu yaitu Penetapan perolehan Suara yang diumumkan secara nasional oleh KPU yang mempengaruhi:⁴²

- a. Terpenuhinya ambang batas perolehan suara 2,5% (dua koma lima perseratus)
- b. Perolehan kursi partai politik di suatu daerah pemilihan
- c. Perolehan kursi partai politik dan partai politik local di peserta pemilu di Aceh
- d. Terpilihnya anggota DPD

Permohonan pembatalan penetapan perolehan suara oleh KPU dapat diajukan kepada Mahkamah Konstitusi secara tertulis oleh :

- a. Ketua dan Sekretaris Jenderal Dewan Pimpinan Pusat atau nama sejenisnya dari Partai Politik peserta pemilu atau kuasanya;
- b. Ketua dan Sekretaris Jenderal Dewan Pimpinan Pusat atau nama sejenisnya dari Partai Politik lokal peserta pemilu atau kuasanya; dan
- c. Calon anggota DPD peserta pemilu atau kuasanya.

Perkara Perselisihan hasil pemilu di Mahkamah Konstitusi diperiksa dan diputus secara cepat dan sederhana. Putusan Mahkam Konstitusi dalam perselisihan hasil pemilu adalah putusan pada tingkat pertama dan terakhir yang bersifat final dan mengikat. Pihak-pihak yang mempunyai kepentingan langsung dalam perkara perselisihan hasil pemilu adalah pemohon yaitu peserta pemilihan umum, KPU sebagai termohon dan pihak terkait yang ditentukan oleh Mahkamah yang kesemuanya dapat diwakili oleh kuasa hukum.

Pemeriksaan perkara perselisihan hasil pemilihan umum terdapat pemeriksaan pendahuluan dan pemeriksaan persidangan. Pemeriksaan pendahuluan memeriksa kelengkapan dan kejelasan materi permohonan serta memberikan nasihat kepada pemohon untuk melengkapi atau memperbaiki jika ada kekurangan. Sedangkan pemeriksaan persidangan adalah pemeriksaan materi permohonan yang dapat dilakukan pemeriksaan terhadap alat bukti dan keterangan saksi. Dalam pemeriksaan persidangan,

⁴²Mahkamah Konstitusi, Peraturan Mahkamah Konstitusi Tentang Pedoman Beracara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD, PeraturanMK No. 16 Tahun 2009, pasal 5

jika dipandang perlu Mahkamah Konstitusi dapat menetapkan putusan sela sebelum putusan akhir.

Mahkamah Konstitusi mengambil putusan secara musyawarah mufakat dalam rapat permusyawaratan yang bersifat tertutup dan dihadiri sekurang-kurangnya 7 (tujuh) orang hakim konstitusi. Putusan Mahkamah Konstitusi dijatuhkan paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja setelah permohonan dicatat dalam Buku Register dan diucapkan dalam sidang pleno Mahkamah Konstitusi yang terbuka untuk umum.

2.3. Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi

2.3.1. Teori Konstitusi

Konstitusi berasal dari bahasa latin yaitu *constitutio* yang terkait dengan istilah *jus* atau *ius* yang berarti hukum atau prinsip. Dalam beberapa bahasa, istilah konstitusi dikenal dengan *constitution* dalam bahasa Inggris, sedangkan bahasa Belanda memisahkan antara *constitutie* dengan *grondwet*. Jerman membedakan istilah *verfassung* dan *grundgesetz* sedangkan dalam bahasa Perancis dipergunakan istilah *droit constitutionnel*.⁴³

Dalam dunia akademis, konstitusi sering dikaitkan dengan teori Carl Schmidt dalam bukunya *Verfassungslehre* yang membagi konstitusi kedalam empat kelompok yaitu:⁴⁴

1. Konstitusi dalam arti absolute (*absoluter verfassungsbegriff* atau *absolute concept of the constitution*)
2. Konstitusi dalam arti relative (*relative verfassungsbegriff* atau *relative concept of the constitution*)
3. Konstitusi dalam arti positif (*der positive verfassungsbegriff* atau *positif concept of the constitution*) dan
4. Konstitusi dalam arti ideal (*idealbegriff verfassungsbegriff* atau *ideal concept of the constitution*)

Sedangkan Profesor DJoko Soetono pada awal berdirinya fakultas hukum Universitas Indonesia membedakan tiga arti konstitusi yaitu:⁴⁵

⁴³ Jimly Asshiddiqie [f], *Konstitusi Ekonomi*, (Jakarta: Kompas, 2010) hal. 3

⁴⁴ *Ibid* hal. 8

1. Konstitusi dalam arti material (*constitutive in materiale zin*)
2. Konstitusi dalam arti Formil (*constitutive in formele zin*)
3. Konstitusi dalam arti yang didokumentasikan untuk kepentingan pembuktian dan kesatuan rujukan. (*constitutie in gedocumenteerd vor bewijsbaard en stabiliteit*)

James Bryce mendefinisikan konstitusi sebagai suatu kerangka masyarakat politik (Negara) yang diorganisir dengan dan melalui hukum. Hukum menetapkan adanya lembaga-lembaga permanen dengan fungsi yang telah diakui dan hak-hak yang telah ditetapkan. Konstitusi dapat pula dikatakan sebagai kumpulan prinsip-prinsip mengatur kekuasaan pemerintahan, hak-hak pihak yang diperintah dan hubungan antara keduanya⁴⁶. Sedangkan K.C. Wheare yang juga dianggap sebagai salah seorang pakar konstitusi modern mengatakan bahwa:

“..it use to describe the whole system of government of a country, the collection of rules which establish and regulate or govern the government.”⁴⁷

Konstitusi dalam pandangan Wheare selain dipahami sebagai istilah untuk menggambarkan keseluruhan system pemerintahan suatu Negara juga dipahami sebagai kumpulan aturan yang membentuk dan mengatur atau membentuk pemerintahan negara yang bersangkutan.

Menurut Hans Kelsen, Konstitusi merupakan urutan tertinggi dalam tata hukum nasional karena mempostulasikan norma dasar. Konstitusi disini dipahami sebagai bukan dalam arti formal melainkan dalam arti material. Kelsen mendefinisikan konstitusi menjadi dua yaitu Konstitusi dalam arti formal dan Konstitusi dalam arti material. Dalam arti formal, konstitusi adalah dokumen resmi seperangkat norma hukum yang dapat dirubah hanya dibawah pengawasan ketentuan-ketentuan khusus yang tujuannya untuk membuat perubahan ini lebih sulit. Konstitusi dalam arti material

⁴⁵ *Ibid* lihat juga dalam catatan perkuliahan Hukum Tata Negara dari Prof. Djokosoetono yang dihimpun oleh Prof. Dr. H. Harun Al Rasyid hal. 53

⁴⁶ CF Strong, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern, Kajian tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi Dunia* [*Modern Political Constitutions: An Introduction to the Comparative study of Their History an Existing Form*] diterjemahkan oleh SPA Teamwork (Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004) hal. 15

⁴⁷ Jazim Hamidi dan Malik, *Hukum Perbandingan Konstitusi*, (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2009) hal. 89

terdiri atas peraturan-peraturan yang mengatur pembentukan norma hukum yang bersifat umum, khususnya pembentukan undang-undang⁴⁸.

Konstitusi dalam arti formal, khususnya ketentuan-ketentuan yang menyebabkan perubahan-perubahan itu lebih sulit dibandingkan perubahan hukum biasa hanya mungkin jika ada konstitusi tertulis, jika konstitusi tersebut mempunyai karakter hukum statute (undang-undang tertulis)⁴⁹. Terdapat Negara yang tidak memiliki konstitusi tertulis dan oleh sebab itu tidak mempunyai konstitusi formal sebagaimana terjadi di Negara Inggris yang tidak memiliki dokumen yang disebut sebagai Konstitusi. Sedangkan Konstitusi dalam arti material dalam Negara tersebut merupakan hukum kebiasaan yang tersebar kedalam berbagai macam peraturan.

Klasifikasi Konstitusi selain dilakukan oleh Kelsen juga sudah dilakukan sejak zaman kuno yaitu oleh Aristoteles yang membagi konstitusi menjadi dua antara lain konstitusi yang baik (benar) dan konstitusi yang buruk (salah)⁵⁰. Setiap bagian dari klasifikasi tersebut terdiri dari tiga tipe konstitusi berdasarkan pemerintahan tersebut apakah dikuasai oleh satu orang, beberapa orang atau banyak orang. Adapun dalam klasifikasi konstitusi yang baik dalam bentuk pemerintahan yang dikuasai satu orang disebut *Monarki*, dalam bentuk pemerintahan dikuasai beberapa orang disebut *Aristokrasi* dan dalam bentuk pemerintahan banyak orang disebut *Demokrasi*. Dalam klasifikasi konstitusi yang buruk dalam pemerintahan satu orang disebut *tirani atau despotisme*, dalam bentuk pemerintahan beberapa orang *oligarki* dan dalam bentuk pemerintahan yang dikuasai banyak orang disebut *polity*⁵¹.

Selain mengungkapkan klasifikasi konstitusi kuno, CF Strong juga menguraikan tentang klasifikasi modern yang terdiri dari lima kategori disesuaikan dengan Negara konstitusional modern yaitu: 1). Berdasarkan bentuk Negara; 2). Bentuk konstitusi itu sendiri; 3). Bentuk lembaga legislative; 4). Bentuk lembaga eksekutif dan 5). Bentuk lembaga peradilan. Dalam kategori kedua yaitu klasifikasi menurut bentuk konstitusi itu

⁴⁸ Hans Kelsen [a], [*General Theory of Law and State*], *Teori Umum Hukum dan Negara*, alih bahasa oleh Drs. Somardi (Jakarta, BEE Media, 2007). hal. 156

⁴⁹ Hans Kelsen [a] *Loc.cit.* hal. 156

⁵⁰ CF. Strong, *op. cit.* hal. 81

⁵¹ *Ibid* hal. 83 yang juga dikutip oleh Jazim Hamidi dan Malik dalam *Hukum Perbandingan Konstitusi*, (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2009) hal. 95. CF Strong menampilkan klasifikasi Aristoteles dalam bentuk tabel sedang Jazim Hamidi dan Malik membuat narasinya.

sendiri, Strong membagi menjadi dua yaitu *pertama* Konstitusi menurut bentuknya apakah tertulis atau tidak tertulis dan *kedua* konstitusi fleksibel atau kaku (*rigid*). *Pertama*, Strong menyatakan bahwa pembagian Konstitusi yang tertulis atau tidak tertulis adalah suatu hal yang keliru karena tidak pernah ada konstitusi yang benar-benar tertulis dan tidak ada pula konstitusi yang benar-benar tidak tertulis. Kedua, konstitusi fleksibel atau kaku dilihat dari proses pembuatan hukum konstitusional sama atau tidak dengan pembuat hukum biasa. Konstitusi yang dapat diubah atau diamandemen tanpa adanya prosedur khusus dinyatakan konstitusi fleksibel sedangkan konstitusi yang mensyaratkan prosedur khusus untuk perubahan atau amandemennya adalah konstitusi kaku⁵².

Indonesia dalam perspektif Hans Kelsen tersebut memiliki karakter konstitusi dalam arti formal dan konstitusi dalam arti material yang tercermin dengan berlakunya Undang-Undang Dasar 1945. Dalam konstitusi Indonesia diatur mengenai lembaga-lembaga Negara yaitu Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), Presiden, Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Mahkamah Agung (MA), Dewan Pertimbangan Agung (DPA), Badan Pemeriksa Keuangan (BPK). Lembaga Negara tersebut terinspirasi dari lembaga-lembaga Negara pada zaman Hindia Belanda seperti misal Presiden dapat dipadankan dengan *Gubernur Jenderal*, DPR dengan *Volksraad*, DPA dengan *Raad Van Nederlansche Indie*, BPK dengan *Raad Van Algemene Rekenkamer*, dan Pengadilan dan MA dengan *landraad*, *Raad Van Justitie*. Selain mengenai lembaga Negara, UUD NRI Tahun 1945 juga mengatur hubungan antar lembaga Negara tersebut serta hak-hak asasi manusia⁵³.

Dalam perkembangannya, Konstitusi Indonesia dalam arti formal mengalami perubahan sampai dengan 5 (lima) kali sehingga jika kita bagi dalam periodisasi keberlakuan konstitusi terdiri dari 6 (enam) tahap perkembangan yaitu⁵⁴:

- a. Periode tanggal 18 Agustus 1945 – 27 Desember 1949 berlaku UUD 1945
- b. Periode tanggal 27 Desember 1949 – 17 Agustus 1950 berlaku UUD 1949 atau sering disebut sebagai Konstitusi RIS 1949

⁵² *Ibid* hal 90-93

⁵³ Jimly Asshiddiqie [a], *op. cit.* hal. 72

⁵⁴ *Ibid* hal. 73

- c. Periode tanggal 17 Agustus 1950 – 5 Jul 1959 berlaku UUDS 1950
- d. Periode tanggal 5 Juli 1959 – 19 Oktober 1999 berlaku UUD 1945 beserta penjelasan
- e. Periode tanggal 19 Oktober 1999 – 10 Agustus 2002 berlaku UUD NRI Tahun 1945 dengan beberapa kali perubahan
- f. Periode tanggal 10 Agustus 2002 – sekarang berlaku UUD NRI Tahun 1945 tanpa penjelasan sebagaimana terdapat dalam UUD NRI Tahun 1945

2.3.3. Mahkamah Konstitusi sebagai *The Guardian of Constitution*

Perkembangan politik mengesankan baru berlangsung pasca Perang Dunia II di abad ke-20. Hal ini ditandai dengan diseminasi ajaran demokrasi konstitusional di hampir seluruh daratan Eropa. Dalam kurun waktu tersebut, Negara-negara barat mengadopsi konstitusi baru yang didalamnya tercantum tentang hak asasi manusia dan limitasi atas penggunaan kekuasaan Negara. transformasi penting seperti terurai dalam konstitusi baru tersebut mengisyaratkan kelahiran Mahkamah Konstitusi.⁵⁵

Kewenangan utama dari Mahkamah Konstitusi diberbagai Negara adalah kewenangan untuk melakukan pengujian terhadap konstitusionalitas undang-undang terhadap undang-undang dasar (konstitusi) atau di sejumlah Negara disebut dengan *judicial review*. Kewenangan ini dimaksudkan untuk menjaga Konstitusi agar dapat dijalankan dalam praktek penyelenggaraan Negara sehari-hari. Undang-undang sebagai wujud pelaksanaan konstitusi haruslah mendasarkan pada substansi konstitusi sebagai hukum dasar tertinggi. Jika ditemukan sebuah undang-undang bertentangan dengan konstitusi, maka peran Mahkamah Konstitusi lah untuk memeriksa dan mengadili untuk membatalkan undang-undang tersebut. Oleh karena itu, Mahkamah Konstitusi juga disebut sebagai pengawal konstitusi atau *Guardian of Constitution* yang sekaligus sebagai pengawal demokras (*the guardian of democracy*)⁵⁶.

Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga peradilan yang bertalian dengan tugas memutus perkara dengan menerapkan hukum, menemukan hukum *in concreto*

⁵⁵Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi, Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2006) hal. 1

⁵⁶Jimly Asshidiqie [f], *op. cit.* hal. 319-320

dalam mempertahankan dan menjamin ditaatinya hukum material dengan menggunakan cara prosedural yang ditetapkan oleh hukum formal. Menurut pendapat Rochmat Soemitro unsure-unsur peradilan terdiri dari 4 anasir yaitu⁵⁷:

1. Adanya aturan hukum yang abstrak yang mengikat umum yang dapat diterapkan pada satu persoalan
2. Adanya satu perselisihan hukum yang konkrit
3. Ada sekurang-kurangnya dua pihak
4. Adanya suatu aparat peradilan yang berwenang memutuskan perselisihan.

Peradilan adalah pihak ketiga yang merupakan organ pemecah persoalan yang disepakati bersama oleh para pihak yang bersengketa berdasarkan hukum. Keputusan pihak ketiga dapat memaksa salah satu pihak untuk berbuat sesuatu. Dengan demikian, peradilan adalah proses yang terbentuk melalui mekanisme *Triadic Dispute Resolution* yang mengembangkan otoritasnya dalam struktur normative di setiap masyarakat dan pengambilan keputusan oleh pihak ketiga *triadic rule making*⁵⁸.

Sebagai lembaga peradilan, Mahkamah Konstitusi merupakan bagian dari kekuasaan kehakiman. Dalam struktur kekuasaan kehakiman dikenal pengadilan umum yang mengadili perkara pidana dan perdata serta administrasi yang berpuncak di Mahkamah Agung. Keberadaan Mahkamah Konstitusi terpisah dari Mahkamah Agung sebagai lembaga pelaksana kekuasaan kehakiman tersendiri. Mahkamah Konstitusi atau *Constitutional Court* atau *Verfassungsgerichtshof* merupakan model Kelsenian yang berkembang di Eropa Barat yang pola pengujian undang-undangnya bersifat *centralized* yaitu terpusat pada satu lembaga. Model ini kebanyakan dipraktikkan di Eropa Kontinental dan Negara-negara demokrasi baru seperti Afrika Selatan, Korea Selatan dan Indonesia, serta Negara demokrasi yang terbentuk dari bekas Negara komunis⁵⁹.

2.3.3. Putusan Mahkamah Konstitusi

Produk dari Mahkamah Konstitusi adalah lahirnya putusan-putusan terhadap sengketa yang menjadi kewenangannya untuk mengadili. Putusan (*Vonnis*) adalah

⁵⁷ Jimly Asshidiqie [a], *op. cit.* hal 510-511

⁵⁸ Ahmad Syahrizal, *op. cit.* hal. 42

⁵⁹ Jimly Asshiddiqie [a], *op. cit.* hal. 581-584

keputusan yang bersifat menghakimi sebagai hasil dari proses peradilan. Putusan merupakan salah satu bentuk dari penerapan norma hukum yaitu *regeling* yang berarti keputusan yang bersifat mengatur dan *beschikking* yang berarti keputusan hukum yang bersifat menentukan atau menetapkan⁶⁰. Pengertian lain tentang Putusan adalah perbuatan hakim sebagai pejabat Negara yang berwenang yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum dan dibuat secara tertulis untuk mengakhiri sengketa yang dihadapkan para pihak kepadanya⁶¹.

Putusan dapat dibedakan antara putusan sela dan putusan akhir. Putusan sela adalah yang belum mengakhiri sengketa sedangkan putusan akhir yaitu putusan yang mengakhiri sengketa. Putusan sela dimaksudkan untuk memperlancar pemeriksaan.

Dalam persidangan Mahkamah Konstitusi putusan akhir dimaknai sebagai putusan yang bersifat final dan mengikat (*final dan binding*) sedangkan didalam peradilan lainnya putusan akhir pada tingkat tertentu masih belum tentu memperoleh kekuatan hukum tetap (*in krocht van gewijsde*) atau final karena masih ada upaya hukum berupa banding dan kasasi yang diberikan kepada para pihak.

Jenis putusan terdiri dari putusan yang bersifat *declaratoir*, *constitutive*, dan *condemnatoir*. Putusan *declaratoir* adalah putusan hakim yang isinya menerangkan apa yang sah. Putusan *constitutive* adalah putusan yang meniadakan atau menciptakan keadaan hukum. Sedangkan putusan *condemnatoir* adalah putusan yang bersifat menghukum pihak yang dikalahkan untuk memenuhi prestasi, meliputi berbuat dan tidak berbuat⁶².

Putusan pengadilan harus mencerminkan 4 (empat) kriteria dari asas-asas peradilan yang baik yaitu⁶³:

1. *Decise beninsel (right to a decision)* Asas bahwa hakim harus menjatuhkan putusan dan dalam tenggang waktu yang pantas. Hakim dilarang menolak mengadili atau memeriksa perkara kecuali editentukan oleh undang-undang.

⁶⁰ Jimly Asshiddiqie [a], *op.cit.* hal. 209

⁶¹ Abdul Latif et. al, *op.cit* hal. 205

⁶² Riawan Tjandra, *Teori dan Praktek Peradilan Tata Usaha Negara*, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2010 hal 137

⁶³ *Ibid* hal. 135. Yang mengutip de Waard dalam buku karya Sidharta (ed) Butir-butir Gagasan Tentang Penyelenggaraan Hukum dan Pemerintah yang layak (sebuah tanda mata bagi 70 tahun Prof. Dr. Ateng Syafrudin, SH) (Bandung:Citra Aditya Bakti, 1996)

2. *Verdigings beginsel (a fair hearing)* asas bahwa setiap pihak berhak atas kesempatan membela diri, mengetahui, mengajukan berkas pembuktian dan memperoleh informasi
3. *Onpartijdigheids beginsel (no bias)* asas bahwa putusan dijatuhkan harus objektif, tidak dipengaruhi oleh kepentingan pribadi atau motif tertentu.
4. *Motiverings beginsel (reasons and argumentations of decision)* asas bahwa putusan hakim harus memuat alasan-alasan hukum yang jelas, dan konsisten dengan penalaran hukum yang runtut.

2.4. Teori Keadilan

2.4.1. Keadilan Dalam Beberapa Persepektif Aliran Filsafat Hukum

Teori tentang keadilan sangat terkait dengan filsafat hukum sebagaimana disampaikan oleh E. Utrecht bahwa filsafat hukum memberikan jawaban atas pertanyaan-pertanyaan seperti: apakah hukum itu sebenarnya? (persoalan adanya tujuan hukum), apakah sebabnya kita mentaati hukum? (persoalan berlakunya hukum) dan apakah keadilan yang menjadi ukuran untuk baik buruknya hukum itu? (persoalan keadilan hukum). Pertanyaan-pertanyaan yang menjadi alat penyelidikan dalam filsafat hukum juga disampaikan oleh Kusumadi Pudjosewojo yaitu apakah tujuan dari hukum itu? Apakah semua syarat keadilan? Apakah keadilan itu? Bagaimana hubungan antara hukum dan keadilan?⁶⁴

Kata Filsafat sering dipersepsi sebagai sebuah teori tentang sesuatu, khususnya tentang bagaimana memperoleh pengertian yang luas tentang sesuatu tersebut. Padahal filsafat berasal dari kata “*philo*” yang berarti cinta dan “*Shopia*” yang berarti kebijaksanaan sehingga filsafat dapat diartikan secara etimologis mencinta kebijaksanaan atau cinta akan kebijaksanaan. Namun demikian, Theo Huijbers mendefinisikan filsafat sebagai suatu pengetahuan metodis dan sistematis yang melalui jalan refleksi hendak menerangkan makna yang hakiki dari hidu dan dari gejala-gejala hidup sebagai bagian daripadanya. Oleh karena itu filsafat hukum adalah filsafat yang

⁶⁴ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2007) cetakan ke X hal. 4-5

menyelidiki gejala-gejala hukum yang timbul dimasyarakat dalam bentuk peraturan-peraturan yang menentukan hak dan kewajiban orang⁶⁵.

Dalam beberapa literatur terdapat beberapa pembabakan atau periodisasi perkembangan filsafat hukum dari zaman ke zaman. Perkembangan yang lazim adalah sebagai berikut⁶⁶:

1. *Zaman Purbakala atau juga disebut Zaman Yunani-Romawi*; dimana hukum keluar dari lingkup sacral dan mulai dipersoalkan sebagai gejala alam (abad VI seb. Masehi sampai dengan Abad V sesudah Masehi)
2. *Abad Pertengahan*; hukum ditanggapi dalam hubungan erat dengan Allah dan Agama (Abad V sampai dengan Abad XV)
3. *Zaman Renaissance*; hukum mulai dipandang dalam hubungannya dengan kebebasan manusia dan dengan Negara-negara nasional (Abad XV sampai dengan 1650)
4. *Zaman Baru atau juga disebut Zaman Rasionalisme*; hukum dipandang secara rasional melalui dalam system-sistem Negara dan hukum (1650 sampai dengan 1800)
5. *Zaman Modern atau Abad XIX*, hukum dipandang sebagai faktor dalam perkembangan kebudayaan dan sebagai objek penyelidikan ilmiah (1800 sampai dengan 1900)

Teori tentang Keadilan telah dibicarakan oleh para filsuf sejak zaman Purbakala dengan tokoh pemikirnya antara lain Sokrates, Plato, Aristotelse dan filsuf-filsuf lainnya. Socrates dalam dialognya dengan Thrasymachus berpendapat bahwa dengan mengukur apa yang baik dan apa yang buruk, indah dan jelek, berhak dan tidak berhak jangan diserahkan semata-mata kepada orang perseorangan atau kepada mereka yang memiliki kekuatan atau penguasa yang zalim. Hendaknya dicari ukuran-ukuran yang objektif untuk menilainya. Soal keadilan bukanlah hanya berguna bagi mereka yang kuat melainkan keadilan itu hendaknya berlaku juga bagi seluruh masyarakat⁶⁷.

⁶⁵ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, (Jakarta:Kanisius, 1982) hal. 12

⁶⁶ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *op. cit.* hal. 14 yang dikombinasikan dengan periodisasi filsafat hukum menurut Theo Huijbers dalam *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, (Jakarta:Kanisius, 1982) hal. 16-17

⁶⁷ *Ibid* hal. 18

Plato mengartikan aturan Negara yang adil dapat dipelajari dari aturan yang baik dari jiwa yang terdiri dari tiga bagian yaitu Pikiran (*logistikon*), perasaan atau nafsu, (*epithumetikhon*) dan bagian rasa baik atau jahat (*thumoeides*). Dalam Harmonisasi ketiga bagian tersebut dapat ditemukan keadilan. Demikian juga dengan Negara yang harus diatur dengan seimbang sesuai dengan bagian-bagiannya supaya adil.⁶⁸

Bagi Aristoteles keadilan merupakan keutamaan moral yaitu keutamaan tertinggi manusia yang didapat dari ketaatan kepada hukum *polis* baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Dengan menjalankan keadilan ini, manusia mewujudkan keutamaan yang lain oleh karena segala yang lain dituntut oleh hukum Negara. Maka bagi Aristoteles keadilan menurut hukum adalah sama dengan keadilan umum.⁶⁹ Aristoteles membedakan keadilan kedalam dua jenis yaitu keadilan distributif dan keadilan korektif. Keadilan distributif berfokus pada distribusi honor, kekayaan dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan oleh masyarakat. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya yakni nilainya bagi masyarakat. Sedangkan keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu perjanjian dilanggar atau kesalahan dilakukan maka keadilan korektif berupaya memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan, jika suatu kejahatan dilakukan maka hukuman yang sepantasnya perlu diberikan kepada si pelaku.⁷⁰

Pada masa Romawi aliran filsafat yang berpengaruh mengenai hukum adalah aliran Stoa yang berasal dari Yunani yang kemudian menjalar ke Romawi. Menurut aliran Stoa, bahwa semuanya yang ada merupakan suatu kesatuan yang teratur (*kosmos*) berkat suatu prinsip yang menjamin kesatuan itu yaitu jiwa dunia (*logos*) yang tak lain adalah Budi Ilahi. Keutamaan manusia yang tertinggi tidak terletak dalam mematuhi hukum positif yakni undang-undang Negara. Sasaran tertinggi manusia adalah menjadi manusia yang adil dengan tunduk kepada hukum alam (*nomos*) sebagai pernyataan Budi Ilahi. Undang-undang Negara ditaati karena sesuai dengan hukum alam. Hukum positif terkadang menghambat perkembangan hidup bahkan orang yang paling konsekuen

⁶⁸ Theo Huijbers, *op.cit* hal. 23

⁶⁹ *Ibid* hal. 28-29

⁷⁰ Carl Jachim Friedrich, *op. cit.* hal. 24-25

mengikuti undang-undang paling merugikan keadilan (*summum ius summa iniuria*)⁷¹. Salah satu pemikir yang beraliran Stoa adalah Cicero yang menolak bahwa hukum positif dari suatu masyarakat (tertulis atau kebiasaan) adalah standar apa yang adil, bahkan jika hukum tersebut diterima secara adil. Ia juga tidak menerima jika utilitas semata-mata adalah standar: “Keadilan itu satu, mengikat semua masyarakat dan bertumpu diatas satu hukum, yaitu akal budi yang benar diterapkan untuk memerintah dan melarang”⁷².

Masa Abad Pertengahan diistilahkan untuk mewakili pandangan filsafat hukum pada Abad V sesudah Masehi setelah Kekaisaran Romawi runtuh. Pada masa ini, pandangan-pandangan fisluf tentang hukum dipelopori oleh Agustinus dan Thomas Aquinas. Mengenai makna keadilan, pandangan Aristoteles mengilhami pemikiran Thomas Aquinas yaitu keutamaan yang disebut keadilan menentukan bagaimana hubungan orang dengan orang lain mengenai apa yang sepatutnya bagi orang lain menurut sesuatu kesamaan proporsional. Thomas Aquinas membedakan keadilan menjadi tiga hal yaitu *pertama*, keadilan distributif yang menyangkut hal-hal umum, *kedua*, keadilan tukar-menukar yang menyangkut barang yang ditukar antar pribadi dan *ketiga*, keadilan legal yang menyangkut hukum secara keseluruhan. Keadilan legal menuntut semua orang tunduk pada semua undang-undang karena undang-undang menyatakan kepentingan umum⁷³.

Abad-abad yang periodesasinya berada diantara Abad Pertengahan dengan Abad XX disebut sebagai Zaman Modern yang berlangsung tiga tahap yaitu Masa Renaissance (Abad XV), Zaman Baru atau Zaman Rasionalisme (1650-1800) dan bagian terakhir zaman modern yaitu abad XIX yakni abad setelah Revolusi Perancis.

Zaman Renaissance ditandai dengan tidak terikatnya lagi alam pikiran manusia dari ikatan-ikatan keagamaan, manusia menemukan kembali kepribadiannya. Akibatnya pada masa ini perkembangan teknologi berkembang pesat, berdirinya Negara-negara baru, ilmu-ilmu baru dan sebagainya karena adanya kebebasan dari para individu untuk menggunakan akal pikirannya tanpa adanya rasa takut. Pada masa ini banyak orang

⁷¹ Theo Huijbers, *op. cit* hal. 32-33

⁷² Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *op. cit.* hal. 20

⁷³ Theo Huijbers, *op. cit* hal. 43

tidak melihat lagi hubungan antara bidang politik dengan hidup rohani melainkan kekuasaan yang tertinggi ada dalam tangan pemimpin Negara. Pemikir hukum pada masa ini antara lain Machiavelli, Jean Bodin, Hugo Grotius, dan Thomas Hobbes.

Machiavelli berpandangan bahwa ideal politik menuntut adanya orang yang kuat. Kekuatan itu sebenarnya adalah kebijaksanaan untuk merencanakan jalan politik Negara. Sedangkan Jean Bodin mengenalkan teori baru yaitu kedaulatan (*souverainite*) yang menyatakan bahwa dalam Negara terdapat suatu kekuasaan atas warga Negara yang tidak dibatasi oleh suatu kekuasaan lain termasuk undang-undang dan raja memiliki kedaulatan itu.

Tentang keadilan, Hobbes mengidentikkan dengan hukum positif. Kaidah-kaidah hukum adalah perintah-perintah dari penguasa (*the sovereign*); para anggota masyarakat mengevaluasi kebenaran dan keadilan dari perilaku mereka dengan merferensi pada perintah-perintah tersebut. Namun Hobbes juga mengatakan walaupun penguasa tidak dapat melakukan suatu ketidakadilan (*injustice*) ia dapat saja melakukan kelaliman (*iniquity*)⁷⁴.

Dalam pembabakan filsafat hukum berikutnya yaitu pada Zaman Baru atau Rasionalisme, pemikir yang mengemukakan gagasan tentang keadilan adalah Imanuel Kant yang pemikirannya dapat disebut sebagai filsafat keadilan yang di dalamnya konsep kebebasan manusia memainkan peranan yang sentral. Kaidah-kaidah hukum dibedakan dari kaidah-kaidah moral dalam hal mengatur perilaku eksternal terlepas dari motivasinya, meski tidak berarti hakim harus mengabaikan motivasi pelanggar hukum pada saat menjatuhkan hukuman. Kant berpandangan bahwa hukum hanya menjadi hukum oleh karena berasal dari yang berhak membentuk hukum yakni pemerintah. Hal ini berarti undang-undang harus ditaati pula bila hukum itu tidak adil.

Namun demikian pada masa ini banyak lahir pemikiran-pemikiran besar tentang hukum dan Negara antara lain yang dikemukakan oleh John Locke tentang tiga kekuasaan Negara yaitu Legislatif, Eksekutif dan federative yang kemudian menjadi inspirasi bagi Montesquieu sehingga lahir teori tentang *Trias Politica* yang ditambahkan dengan kekuasaan yudikatif. Montesquieu memandang bahwa kekuasaan federative sulit dibedakan dengan dengan kekuasaan eksekutif sehingga dalam ajaran *Trias*

⁷⁴ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *op. cit.* hal. 28

Politica hingga kini dikenal tiga cabang kekuasaan yaitu Legislatif, Eksekutif dan Yudikatif.

Pada Zaman Modern dirasakan banyaknya kepincangan dalam kodifikasi-kodifikasi karena berubahnya nilai-nilai yang menyangkut keadilan dalam masyarakat oleh karena itu, zaman ini membangkitkan kembali orang-orang untuk mencari keadilan melalui filsafat hukum. Pada masa ini terjadi peralihan bahwa filsafat hukum berasal dari pemikiran para filsuf beralih kepada para ahli hukum. Pendapat para filsuf tentang filsafat hukum sampai dengan Imanuel Kant cenderung bersifat rasionalistis dan individualis yang bertolak pada ide-ide yang umum yang kemudian diterapkan pada manusia individual termasuk juga dengan masalah hukum. Cara pandang ini lama-kelamaan berkurang pengaruhnya pada abad XIX karena kurang bersifat empiris sehingga tidak mungkin menyusun tata hukum secara ideal lepas dari situasi konkret manusia yaitu situasi masyarakat secara social-ekonomi dan budaya.

Filsafat yang paling dekat dengan abad sebelumnya adalah filsafat idealisme yang tokoh pemikirnya adalah Hegel yang sangat berpengaruh pada abad XIX. Hegel meneruskan rasionalismenya Kant tetapi dengan lebih menitikberatkan pada perkembangan hidup. Hukum dipandang sebagai suatu hasil perkembangan manusia sebagai subjek rohani.⁷⁵ Namun demikian seiring dengan berkembangnya empirisme pada abad XIX Hegel menuai kritik dari muridnya yaitu Karl Marx yang mengembangkan filsafat Materialisme. Bersama dengan Engles, Marx dikenal dengan ajaran Materialisme Historis dan Materialisme Dialektis yang membantu masyarakat untuk lebih mengerti situasi masyarakat. Marx sendiri dalam ilmu hukum juga melahirkan pemikiran bahwa hukum adalah alat bagi pemilik alat produksi/modal (*kapitalis*) untuk melakukan penindasan terhadap kaum buruh (*proletar*) sehingga keadilan hanyalah milik penguasa yaitu pemilik alat produksi/modal (*kapitalis*). Konsepsi tersebut muncul sebagai hasil analisa Marx terhadap kondisi masyarakat yang terbagi menjadi dua kelas yaitu kelas buruh (*proletar*) dan kelas pemilik alat produksi/modal (*kapitalis*) sebagai residu dari system industrialisasi pada masa itu⁷⁶.

⁷⁵ Theo Huijbers, *op. cit.* hal. 105

⁷⁶ *Ibid* hal. 112 penggolongan Marx terhadap struktur masyarakat tersebut didasarkan pada aspek ekonomis saja sehingga ia mendefinisikan masyarakat sebagai keseluruhan hubungan ekonomis,

Masyarakat industrialis tersebut menurut Marx tidak lah adil yang adil karena alat produksi seharusnya menjadi milik masyarakat dan bersifat sosial karena dibuat oleh masyarakat. Masyarakat yang adil menurut Marx adalah masyarakat komunis yang tidak ada pembagian kelas dalam struktur masyarakat. Hukum dianggap Marx sebagai salah satu institusi yang hendak mempertahankan kondisi ketidakadilan.

Pada masa abad XX, tokoh yang membahas tentang keadilan adalah Hans Kelsen. 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 hukum⁷⁷. Selanjutnya, pemikir yang secara khusus membedah tentang keadilan adalah John Rawls. Keadilan menurut Rawls adalah kebijakan utama dalam institusi social sebagaimana kebenaran dalam system pemikiran.⁷⁸ Cara pandang tentang keadilan tersebut disebut sebagai *fairness*. Untuk mencapai keadilan, manusia harus kembali kepada posisi aslinya (*original position*) yaitu keadaan di mana manusia berhadapan dengan manusia lain sebagai manusia. Posisi ini sebenarnya suatu posisi hipotesis atau fiktif agar prinsip-prinsip yang dicari jangan dicampuri dengan pertimbangan yang tidak jujur. Bertolak dari posisi asli ini orang akan sampai pada suatu persetujuan asli tentang prinsip-prinsip keadilan yang menyangkut pembagian hasil hidup manusia. Keadilan yang dihasilkan ditanggapi sebagai suatu kejujuran manusia sebagai manusia. Namun keadilan baru dapat dicapai ketika dua prinsip diterapkan yaitu prinsip kesamaan dan prinsip ketidaksamaan. Kedua prinsip keadilan tersebut menghasilkan ketentuan bahwa kebebasan yang sama yaitu kebebasan batin tidak boleh dipermainkan, pengakuan hak-hak politik bagi semua orang dan berlakunya suatu peraturan hukum sebagai system pengendalian.

baik produksi maupun konsumsi yang berasal dari kekuatan-kekuatan produksi ekonomis yakni teknis dan karya. Seperti kehidupan ekonomis menentukan kehidupan sosial demikian juga kehidupan social-ekonomis menentukan arti negara. sehingga tidak benar bahwa negara merupakan penciptaan roh sebagaimana diutarakan oleh hegel melainkan negara adalah ciptaan manusia yang hidup dalam masyarakat

⁷⁷ Hans Kelsen, *op. cit.* hal. 15-16

⁷⁸ John Rawls, *Teori Keadilan, Dasar-dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara*, [A Theory of Justice] diterjemahkan oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo (Yogyakarta: Pustaka Media, 2006) hal. 3

Pengendalian ini dilakukan melalui sanksi.⁷⁹ Lebih lanjut Rawls menyatakan bahwa keadilan formal dan keadilan substantif cenderung sejalan dan karena itu lembaga-lembaga yang tidak adil tidak pernah, atau kadang pada tingkatan apa pun diatur secara netral dan konsisten. Dimana kita menjumpai keadilan formal, *rule of law* dan penghormatan pada harapan yang sah disana kita akan menjumpai keadilan substantif pula.⁸⁰

Pandangan para pemikir diatas cenderung kearah keadilan prosedural dimana sesuatu dianggap adil jika diatur dalam sebuah peraturan yang berlaku bagi semua orang. Pandangan Legalistik-Positivistik tersebut dikritik oleh aliran *Realisme Hukum*. Dalam suasana yang terjepit antara orde hukum Liberal dan dinamika masyarakat, terjadi pembangkangan hukum oleh Pengadilan yang lebih mendengarkan gejolak dalam masyarakat daripada bunyi undang-undang. Aliran hukum yang legalistik-positivistik dipinggirkan dan digantikan oleh aliran *Realisme Hukum* yang dipelopori oleh Benyamin Cardozo dan Oliver Wendell Holmes. Aliran ini terkenal dan berkembang di Amerika dan Skandinavia.⁸¹ Pembangkangan *Realisme Hukum* diwujudkan dengan mengajukan pertanyaan penting terhadap hukum yaitu: Bagaimana peran suatu peraturan perundang-undangan yang sedang berlaku? Bagaimana dapat dibuat suatu prediksi yang akurat terhadap suatu putusan pengadilan? Sejauhmana keobjektifan pengadilan dalam menemukan fakta-fakta dalam kasus-kasus yang kongkret? Metode apa yang seharusnya dipergunakan oleh hakim dalam hal mengambil kesimpulan dan menjustifikasi putusan-putusannya? Dan bagaimana suatu putusan pengadilan dicapai?⁸²

Seiring meredupnya pemikiran *Realisme Hukum* muncullah aliran kelompok *Critical Legal Studies* (CLS) yang menolak formalisme hukum. CLS sangat dipengaruhi oleh Realisme Hukum namun juga melakukan pembangkangan dibeberapa hal. Salah satu Pokok Pemikiran Formalisme Hukum yang dikritik CLS adalah bahwa Hukum Formal dapat mencapai tujuan yang sama dengan tujuan substantif. Antara hukum formal dan hukum substantif saling bertolak belakang dalam mencapai tujuan hukum

⁷⁹ Theo Huiberjs, *op.cit* hal 193 - 200

⁸⁰ John Rawls. *op. cit* Hal. 71

⁸¹ Satjipto Raharjo [a], *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Kompas, 2006) hal. 39

⁸² Munir Fuady, *Filsafat dan Teori Hukum Postmodern*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2005) hal. 4

karena sesungguhnya unsur-unsur moral, sosial kemasyarakatan, dan rasa keadilan tidak dapat dipisahkan dari suatu reasoning hukum yang masing-masing beda untuk tiap-tiap kasus. Aliran CLS ini bermula hanya merupakan infiltrasi ke bidang hukum dari pemikiran filosof besar seperti Herbert Marcuse, Karl Marx dan Theodor Adorno. Pemikiran ini resminya lahir pada tahun 1977 dalam konferensi di University of Wisconsin, Madison USA yang diprakarsai para ahli hukum antara lain: Abel, Heller, Horwitz, Kennedy, Macaulay, Rosenblatt, Trubek, Tushnet dan Roberto Unger.⁸³

2.4.2. Keadilan Substantif versus Keadilan Prosedural

Pertentangan pemikiran filsafat hukum merupakan suatu realitas sejarah yang tidak dapat ditolak dalam kancah ilmu pengetahuan. Baik dalam filsafat maupun filsafat hukum pertentangan akan selalu terjadi disebabkan perbedaan cara pandang terhadap sesuatu dalam hal ini konsep keadilan. Sebagai contoh, dalam filsafat terdapat pertentangan antara filsafat idealisme yang digagas oleh Hegel dengan filsafat materialisme Feurbach yang berbeda dalam memandang sesuatu. Filsafat idealisme memandang bahwa ide lebih dulu ada daripada materi sedangkan filsafat materialisme memandang sebaliknya.

Dalam konteks keadilan, dewasa ini kita mengenal istilah keadilan substantif yang dipertentangkan dengan keadilan prosedural. Keadilan prosedural dalam filsafat hukum identik dengan mazhab hukum positivisme yang melihat hukum adalah fakta bahwa hukum diciptakan dan diberlakukan oleh orang-orang tertentu di dalam masyarakat yang mempunyai kewenangan untuk membuat hukum. Sumber dan validitas norma hukum bersumber dari kewenangan tersebut. Hukum harus dipisahkan dari moral.

Positivisme hukum merupakan kelanjutan dari sebuah aliran filsafat positivisme yang dipelopori oleh Auguste Comte (1798-1857) yang merupakan murid dari Saint Simon (1760-1825). Filsafat positivisme bertolak dari kepastian bahwa terdapat hukum-hukum perkembangan yang menguasai roh manusia dan segala gejala hidup bersama dan itulah secara mutlak. Menurut Comte, hukum nampak dari tiga tahap perkembangan yaitu teologis, metafisis dan positif. Dalam tahap terakhir inilah gejala-gejala tidak

⁸³ *Ibid* hal. 108-113

diterangkan lagi oleh suatu idea lam yang abstrak melainkan melalui gejala lain dengan mendapati hukum-hukum antara mereka. Hukum tidak lain daripada suatu relasi yang konstan diantara gejala-gejala.

Pemikir positivisme hukum yang terkenal adalah Jeremy Bentham dan John Austin. Bentham adalah filsuf dalam tradisi Anglo-Amerika dalam bidang hukum dan juga dikenal sebagai pendiri aliran *utilitarianisme*⁸⁴. Pandangannya dalam bidang hukum menolak pandangan hukum kodrat yang begitu yakin akan nilai-nilai subjektif dibalik hukum harus dicapai. Ia sangat percaya bahwa hukum harus dibuat secara *utilitarianistik*, yaitu melihat gunanya yang dengan patokan didasarkan pada keuntungan, kesenangan dan kepuasan mausia. Teori bentham merupakan hukum yang bersifat imperative yang didalamnya terdapat konsep *soverignty*, *power* dan *sanction* dalam sebuah masyarakat politik. Tokoh postivisme hukum berikutnya adalah John Austin yang dianggap sebagai corong dari Jeremy Bentham. Austin memandang hukum adalah perintah (*commands*) dari pihak yang berkuasa (*soverign*) yang memiliki sanksi (*sanction*)⁸⁵. Hukum terpisah dari moral, hukum adalah hukum positif yang dibuat oleh penguasa untuk yang dikuasai secara politik. Hukum adalah suatu system yang logis, tetap dan bersifat tertutup, hukum secara tegas dipisahkan dengan keadilan dan tidak didasarkan pada nilai baik dan buruk. Pandangan Austin tentang hukum tersebut juga sering diistilahkan sebagai *analytical jurisprudence*

Selain kedua tokoh diatas, terdapat pemikir positivisme hukum pada abad XX yaitu Hans Kelsen yang pemikirannya tak jauh beda dengan pendahulunya. Pemikiran Kelsen yang terkemuka adalah pemikiran tentang hukum yang bersifat murni dan pemikiran tentang hirarki perundang-undangan. Hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir yang tidak yuridis seperti etis, sosiologis, politis dan sebagainya. Kelsen mendefinisikan keadilan sebagai pertimbangan nilai yang subjektif karena jelas tidak mungkin ada tata yang adil yang memberikan kebahagiaan kepada setiap orang selama orang mendefinisikan konsep kebahagiaan menurut pengertiannya yang sempit sebagai kebahagiaan perseorangan. Keadilan adalah sebuah cita-cita yang irrasional yang bukan merupakan objek pengetahuan ditinjau dari sudut pengetahuan rasional yang ada

⁸⁴ Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manullang, *op. cit* hal. 56

⁸⁵ *Ibid* hal. 65

hanyalah kepentingan-kepentingan, dan oleh karena itu konflik-konflik kepentingan diselesaikan melalui suatu tata yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan lain atau berusaha mencapai kompromi diantara kepentingan yang saling bertentangan. Tata ini adalah hukum positif yaitu hukum sebagaimana adanya tanpa mempertahankannya dengan menyebutnya adil atau menghujatnya dengan menyebutnya tidak adil. Oleh karena itu keadilan adalah legalitas, suatu peraturan umum adalah adil jika diterapkan kepada satu kasus dan tidak diterapkan kepada kasus lain yang sama. Keadilan dalam arti legalitas adalah suatu kualitas yang berhubungan bukan dengan isi tata hukum positif melainkan dengan penerapannya⁸⁶.

Namun demikian, dalam penerapannya, Kelsen juga mengungkapkan tentang adanya “*Teori Celah*” 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 sesuai⁸⁷.

Pemikir yang secara khusus membahas tentang keadilan adalah John Rawls yang juga memberikan penghormatan kepada madzab *Utilitarianisme*. Rawls mencoba menyajikan konsep keadilan yang menggeneralisasikan dan mengangkat teori kontrak sosial yang diungkapkan oleh Locke, Rousseau, dan Kant ke tingkat abstraksi yang lebih tinggi. Prinsip-prinsip keadilan bagi struktur dasar masyarakat merupakan tujuan dari kesepakatan. Prinsip-prinsip ini akan mengatur semua persetujuan lebih lanjut; mereka menentukan jenis kerjasama social yang bisa dimasuki dan bentuk-bentuk pemerintah yang didirikan. Cara pandang terhadap prinsip keadilan ini disebut keadilan sebagai *fairness*. Dalam menyusun konsep keadilan sebagai *fairness* salah satu tugas utamanya adalah menentukan prinsip keadilan mana yang akan dipilih dalam posisi asli. Bertolak dari posisi asli ini orang akan sampai pada suatu persetujuan asli tentang prinsip-prinsip keadilan yang menyangkut pembagian hasil hidup manusia. Keadilan yang dihasilkan ditanggapi sebagai suatu kejujuran manusia sebagai manusia. Namun

⁸⁶ Hans Kelsen [a], *op. cit.* hal. 6-15

⁸⁷ Hans Kelsen [b], *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif [Pure Theory of Law]* diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien (Bandung: Nusamedia, 2008) hal. 71

keadilan baru dapat dicapai ketika dua prinsip diterapkan yaitu prinsip kesamaan dan prinsip ketidaksamaan. Kedua prinsip keadilan tersebut menghasilkan ketentuan bahwa kebebasan yang sama yaitu kebebasan batin tidak boleh dipertaruhkan, pengakuan hak-hak politik bagi semua orang dan berlakunya suatu peraturan hukum sebagai system pengendalian. Pengendalian ini dilakukan melalui sanksi.⁸⁸ Lebih lanjut Rawls menyatakan bahwa keadilan formal dan keadilan substantive cenderung sejalan dan karena itu lembaga-lembaga yang tidak adil tidak pernah, atau kadang pada tingkatan apa pun diatus secara netral dan konsisten. Dimana kita menjumpai keadilan formal, *rule of law* dan penghormatan pada harapan yang sah disana kita akan menjumpai keadilan substantif pula.⁸⁹

Kritik terhadap filsafat hukum positivisme dilakukan oleh para pemikir yang tergolong dalam aliran realisme hukum (*legal realism*). Tokoh yang terkenal dalam aliran ini adalah Benyamin Cardozo, Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank dan Karl Llewellyn. Kaum realis mendasarkan diri pada pemikiran radikal mengenai proses hukum. Hakim lebih layak merupakan pembuat hukum sehingga harus selalu melakukan pilihan asas mana yang diutamakan dan pihak mana yang akan dimenangkan. Hukum adalah alat untuk mencapai tujuan-tujuan sosial dan hendaknya konsepsi hukum itu menyinggung hukum yang berubah-ubah dan hukum diciptakan oleh pengadilan⁹⁰.

Dalam suasana yang terjepit antara orde hukum Liberal dan dinamika masyarakat, terjadi pembangkangan hukum oleh Pengadilan yang lebih mendengarkan gejolak dalam masyarakat daripada bunyi undang-undang. Aliran hukum yang legalistik-positivistik dipinggirkan dan digantikan oleh aliran *realisme hukum* yang berkembang di Amerika Serikat dan Skandinavia. Kebangkitan dan kemajuan teknologi dan ilmu-ilmu empiris yang mendominasi kehidupan nyata di Amerika Serikat telah merubah cara kaum intelektual dalam memperlakukan filsafat dan ilmu-ilmu sosial termasuk logika sebagai kajian ilmu empiris yang tidak berakar pada pendekatan-pendekatan yang abstrak dan formalisme.

⁸⁸ Theo Huiberjs, *op.cit* hal 193 - 200

⁸⁹ John Rawls. *op.cit* . hal. 71

⁹⁰ Otje Salman, *op. cit.* hal. 73

Namun demikian, realisme hukum ini menurut Llewellyn bukanlah filsafat hukum tetapi hanyalah merupakan suatu gerakan dalam cara berfikir tentang hukum. Realisme merupakan konsepsi mengenai hukum yang berubah-ubah dan sebagai alat mencapai tujuan social, maka tiap bagiannya harus diselidiki mengenai tujuan maupun hasilnya. Hal ini berarti keadilan social lebih cepat mengalami perubahan daripada hukum. Sedangkan Holmes memberikan rumusan tentang hukum yang didasarkan pada pengalaman dan meragukan peranan logika.

2.4.3. Keadilan Substantif dan Hukum Progressif

Penegakan Keadilan substantif baru mendapatkan perhatian ketika Mahkamah Konstitusi melahirkan putusan-putusan yang progressif terkait beberapa perkara pengujian undang-undang dan perselisihan hasil pemilu. Putusan yang mendapatkan perhatian banyak orang adalah putusan terhadap perkara perselisihan hasil pemilihan gubernur Jawa Timur Putaran II yang dimohonkan oleh Pasangan Kofifah Indar Parawangsa dan Mujiono. Dalam putusan perkara tersebut, Mahkamah Konstitusi seolah membongkar kebuntuan formalism hukum dengan memerintahkan penghitungan dan pemungutan suara ulang di beberapa kabupaten di Jawa Timur karena majelis hakim yakin telah terjadi kecurangan secara sistemik, terstruktur dan massif.

Dalam literature filsafat hukum telah diuraikan diatas bahwa tindakan Mahkamah Konstitusi yang membongkar formalisme hukum dapat dikategorikan masuk kedalam ranah aliran realisme hukum. Namun demikian, dalam konteks ke Indonesiaan, terdapat pemikir hukum yang mencoba menggali konsep hukum yang anti formalisme tersebut. Prof. Dr. Satjipto Raharjo adalah salah satu pemikir hukum yang mencoba menggagas sebuah konsep hukum yang ia sebut sebagai Hukum Progressif.

Hukum Progressif dimulai dari asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Hukum progressif tidak menerima hukum sebagai institusi yang mutlak serta final melakinkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Hukum Progressif menolak tradisi *analytical jurisprudence* atau *rechtsdogmatiek* dan berbagi paham atau aliran seperti *legal realism*,

freirechtslehre, sociological jurisprudence, interessenjuriprudenz di Jerman, teori hukum alam dan *critical legal studies*⁹¹.

Hukum Progressif muncul sebagai bentuk keprihatinan terhadap praktek keadilan hukum di Indonesia. Pengadilan pelan-pelan berubah peran dari institusi hukum yang sempit terisolasi menjadi pengadilan (untuk) rakyat. pengadilan yang terisolasi juga dinyatakan dalam ungkapan pengadilan sebagai corong undang-undang tidak kurang-tidak lebih yang terkesan liberal dan positivistik⁹². Keadaan ini kemudian mengundang asosiasi kearah kediktatoran pengadilan yang memutus semata-mata menurut tafsirannya tanpa mendengar dinamika masyarakat.

Hukum progressif dapat berkembang dengan lahirnya pengadilan progressif yaitu proses yang sarat dengan dengan *compassion* yang memuat empati, determinasi, nurani dan sebagainya. Untuk mewujudkan pengadilan yang progressif diperlukan hakim yang progressif pula yaitu hakim yang menjadikan dirinya bagian masyarakat yang tidak hanya bekerja mengeja undang-undang tetapi meletakkan telinga ke degup jantung rakyat⁹³.

⁹¹ Satjipto Raharjo [b], *Hukum Progressif, Sebuah Sketsa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta:Genta Publishing, 2009) hal.1

⁹²Satjipto Raharjo [a], *op.cit.* hal. 38

⁹³ *Ibid* hal. 57